

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**, Julio R. **COMADIRA**, 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 **SARRIA**, 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**, Lorenzo **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER**, Luciano **PAREJO ALFONSO**, Jaime **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ**, Santiago **GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ** (España), Hugo H. **CALDERÓN MORALES**, Jorge Mario **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

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

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

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

- Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación*, por Allan R. **BREWER-CARIÁS** 7
- La fundamentación de la apelación en el Contencioso Administrativo (Análisis del párrafo 19 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)*, Diego **BARBOZA SIRI** 29

Comentario Monográficos

- La indemnización expropiatoria en la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana*, por Giancarlo **HENRÍQUEZ MAIONICA**..... 43

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el primer trimestre de 2006*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 53

DOCTRINA

Doctrina Administrativa

- Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia dictadas durante el primer trimestre de 2006*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 63

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): primer trimestre de 2006, por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Mariannella VILLEGAS SALAZAR</i>	75
---	----

Comentario Jurisprudencial

<i>¿Hacia la construcción de un nuevo modelo del contencioso administrativo? La sentencia de la Sala Constitucional de 1 de febrero de 2006, Caso: BOGSIVICA, por José Ignacio HERNÁNDEZ G.....</i>	229
---	-----

ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	237
--	-----

ESTUDIOS

Artículos

*Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación**

Allan R. Brewer-Carías
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Vicepresidente de la Academia Internacional de
Derecho Comparado, La Haya

Resumen: *Se analiza el alcance que la jurisprudencia de la Sala Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia han tenido en la definición de las competencias de esa Sala, específicamente, en lo que respecta al recurso autónomo de interpretación de la Constitución; la potestad de revisión de sentencias; la potestad de avocamiento; la extensión de las competencias de actuación de oficio; la solución de conflictos entre las Salas del Tribunal; el control de las omisiones legislativas; la restricción de los poderes de control difuso y la interpretación de los Tratados en materia de derechos humanos en el orden interno.*

SUMARIO

- I. LA INCONSTITUCIONAL CREACIÓN DEL RECURSO AUTÓNOMO DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN
- II. LA INCONSTITUCIONAL AMPLIACIÓN DE LA POTESTAD DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE REVISIÓN DE SENTENCIAS Y LA RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA
- III. EL PRINCIPIO DEL ORDEN PROCESAL Y LA INCONSTITUCIONAL AMPLIACIÓN DE LOS PODERES DE AVOCAMIENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL
 1. *El avocamiento como competencia de todas las Salas.*
 2. *El avocamiento como competencia de la Sala Constitucional en relación con las otras Salas del Tribunal Supremo.*
- IV. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO DEL PROCESO Y LA INCONSTITUCIONAL EXTENSIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE ACTUACIÓN DE OFICIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL
 1. *El régimen constitucional y legal del principio dispositivo y las excepciones constitucionales.*
 2. *La inconstitucional asignación de poderes de actuación de oficio a la Sala Constitucional en materia de revisión de sentencias.*
 3. *La inconstitucional asignación de poderes de actuación de oficio a la Sala Constitucional en materia de avocamiento.*
 4. *El confuso caso de inicio de oficio de un proceso constitucional de control incidental de la constitucionalidad de las leyes con efectos anulatorios.*
- V. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD JERÁRQUICA DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU RUPTURA EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LAS MISMAS
- VI. LA AMPLIACIÓN DE LOS PODERES DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN

* Ponencia presentada al VII Congreso Peruano de Derecho Constitucional, Arequipa, Perú, Septiembre 2005.

- VII. LA INCONSTITUCIONAL ASUNCIÓN DEL MONOPOLIO DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA RESTRICCIÓN DE LOS PODERES DE CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES
- VIII. LA INCONSTITUCIONAL ASUNCIÓN DEL MONOPOLIO DE INTERPRETAR LA PREVALENCIA DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN INTERNO

El principio de la supremacía constitucional está consagrado expresamente en Venezuela el artículo 7 de la Constitución de 1999¹, a cuyo efecto el mismo texto constitucional regula todo un sistema de justicia constitucional² de carácter mixto o integral³, que combina el método difuso con el método concentrado de control de constitucionalidad.

En esta forma, la garantía de la supremacía constitucional se consagra, en primer lugar, mediante la asignación a todos los jueces de la República, en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, de la obligación “de asegurar la integridad de la Constitución” (art. 334)⁴. En consecuencia, la justicia constitucional, como competencia judicial para velar por la integridad y supremacía de la Constitución, en Venezuela se ejerce por *todos los jueces* mediante el método difuso en cualquier causa o proceso que conozcan, el cual también se consagra en texto expreso constitucional (Art. 334), y no sólo por el Tribunal Supremo de Justicia ni sólo por su Sala Constitucional, y, además, en particular, cuando conozcan de acciones de amparo o de las acciones contencioso administrativas al tener la potestad para anular actos administrativos por contrariedad a la Constitución (como forma de contrariedad al derecho) (art. 259)⁵.

-
- 1 Véase los comentarios a la Constitución en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, 2 Tomos, Caracas 2004.
- 2 En cuanto a nuestros trabajos, véase Allan R. Brewer-Carías, *El Sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999: Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación a veces errada, en la Exposición de Motivos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000; *Justicia Constitucional, Tomo VII, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996; “La Justicia Constitucional en la Nueva Constitución” en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1, Septiembre-Diciembre 1999, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 35-44; Allan R. Brewer-Carías, “La justicia constitucional en la Constitución de 1999”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Editorial Porrúa, México 2001, pp. 931-961; publicado también en *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 255-285; “Instrumentos de justicia constitucional en Venezuela (acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, protección constitucional frente a particulares)”, en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (Coordinadores) *Instrumentos de tutela y justicia constitucional Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 99, México 2002, pp. 75-99.
- 3 En cuanto a nuestros trabajos, véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989; *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia (Temas de Derecho Público N° 39) y Pontificia Universidad Javeriana (Quaestiones Juridicae N° 5), Bogotá 1995; publicado también en *Revista Tachirensis de Derecho*, Universidad Católica del Táchira, N° 5-6, San Cristóbal, enero-diciembre 1994, pp. 111-164; en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Medellín-Colombia 1996, pp. 163-246; y en G. J. Bidart Campos y J. F. Palomino Manchego (Coordinadores), *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica, Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima 1997, pp. 483-560.
- 4 Véase nuestra propuesta en relación con este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 Septiembre-17 Octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 24 y 34.
- 5 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Contencioso-Administrativa*, Tomo VII, *Instituciones*

En cuanto al Tribunal Supremo de Justicia, en materia de justicia constitucional, todas sus Salas tienen expresamente como competencia conforme a la Constitución para garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, correspondiéndoles a todas ser “el máximo y último intérprete de la Constitución” y velar “por su uniforme interpretación y aplicación” (art. 335). No es cierto, por tanto, como se lo ha afirmado la Sala Constitucional, que ésta tenga “el monopolio interpretativo último de la Constitución”⁶. Esta apreciación es completamente errada, pues no deriva del texto de la Constitución, de cuyo artículo 335, se deriva, al contrario, que *todas las Salas* ejercen la justicia constitucional conforme a sus respectivas competencias y son el máximo y último intérprete de la Constitución. También lo es la Sala Constitucional, mediante la cual el Tribunal Supremo de Justicia, concentra la Jurisdicción Constitucional (arts. 266, ord. 1º y 336).

Como toda Jurisdicción Constitucional, la Sala Constitucional ejerce el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de rango legal, conforme a las competencias expresas establecidas en la Constitución. A diferencia del método difuso de control, el método concentrado no puede desarrollarse como consecuencia de alguna labor pretoriana de los jueces en sus decisiones judiciales, sino que tiene que estar previsto *expresses verbis* por normas constitucionales, pues es la Constitución, como ley suprema de un país, el único texto que puede limitar los poderes y deberes generales de los tribunales para decidir la ley aplicable en cada caso; y es la única habilitada para atribuir dichos poderes y deberes en relación con ciertos actos del Estado, a ciertos órganos constitucionales, sea un Tribunal o Corte Suprema de Justicia o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional.

En Venezuela, ese órgano es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al cual la Constitución le otorga en exclusiva la potestad de anular las leyes y demás actos estatales que tengan rango legal o que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 334), pero sin dejar de atribuir a los jueces en general el método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en los casos concretos que decidan (art. 334).

En tal sentido, el artículo 336 de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como Jurisdicción Constitucional, las siguientes competencias:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.
4. 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.
5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.

Políticas y Constitucionales, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 26 y ss.

6 Véase sentencia N° 1374 de 09-11-2000, en *Revista de Derecho Público* N° 84, (octubre-diciembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 267.

6. Revisar 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.
7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.
8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.
9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.
10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.
11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

En estas normas se precisan por tanto, las atribuciones de la Sala Constitucional para controlar con poderes anulatorios la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de rango legal o dictados en ejecución directa de la Constitución; para controlar la constitucionalidad de los tratados y los decretos de estados de excepción; para controlar la inconstitucionalidad de las omisiones del Legislador; para resolver sobre la colisión de leyes y sobre las controversias constitucionales entre órganos del Estado; y para conocer del recurso de revisión de determinadas sentencias dictadas en juicios de amparo o en las cuales los jueces hubieran ejercido el control difuso de la constitucionalidad.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, lejos de haber actuado en el marco de las atribuciones expresas constitucionales antes indicadas, ha venido efectuando una inconstitucional interpretación constitucional mediante la cual ha venido asumiendo y se ha auto-atribuido competencias no sólo en materia de interpretación constitucional; sino en relación con los poderes de revisión constitucional de cualquier sentencia dictada por cualquier tribunal, incluso por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; con los amplísimos poderes de avocamiento en cualquier causa; con los supuestos poderes de actuación de oficio no autorizados en la Constitución; con los poderes de solución de conflictos entre las Salas; con los poderes de control constitucional de las omisiones del Legislador; con la restricción del poder de los jueces de control difuso de la constitucionalidad de las leyes; y con la asunción del monopolio de interpretar los casos de prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos

En todos estos aspectos, que analizaremos a continuación, la Sala al interpretar la Constitución, ha incurrido en inconstitucionalidad por violar la garantía del debido proceso, habiendo dado lugar a actos viciados de usurpación de funciones. Pero como a la Sala Constitucional, como custodio o guardián de la Constitución, nadie la controla, se ha convertido en un poder constituyente derivado no regulado en el texto constitucional, y sus inconstitucionales interpretaciones de la Constitución han pasado ilegítimamente a formar parte de la propia Constitución. La pregunta de siempre que suscita el poder incontrolado, *Quis custodiet ipsos custodes*, por tanto, aquí adquiere todo su significado, pues no tiene respuesta.

I. LA INCONSTITUCIONAL CREACIÓN DEL RECURSO AUTÓNOMO DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La primera de las interpretaciones inconstitucionales efectuadas por la Sala Constitucional sobre sus competencias fue la de haber “creado” una acción autónoma de interpretación de la Constitución, sin fundamento constitucional alguno.

En efecto, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el artículo 42,24 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia había atribuido competencia a la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema para interpretar los “textos legales, en los casos previstos en la Ley”.

En esa misma tradición, la Constitución de 1999 estableció en forma expresa, la competencia del Tribunal Supremo de Justicia, para “conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales”, pero “en los términos contemplados en la ley” (artículo 266,6), atribución que debe ser ejercida “por las diversas Salas conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley” (único aparte, artículo 266). Por ello, el artículo 5, párrafo 1º, de la Ley Orgánica de 2004, atribuye a todas las Salas del Tribunal Supremo, competencia para:

52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.

Ahora bien, a pesar de que el ordenamiento constitucional y legal venezolano sólo regulaba y regula el recurso de interpretación respecto de textos legales, la Sala Constitucional ha creado jurisprudencialmente su propia competencia para conocer de recursos abstractos y autónomos de interpretación de la Constitución, mediante una inconstitucional interpretación que le ha dado al artículo 335 de la Constitución, que atribuye a todo el Tribunal Supremo y no sólo a la Sala Constitucional, el carácter de ser “máximo y último intérprete de la Constitución”.

En efecto, la Sala Constitucional en sentencia N° 1077 de 22 de septiembre de 2000, consideró, simplemente, que los ciudadanos no requieren “de leyes que contemplen, en particular, el recurso de interpretación constitucional, para interponerlo”⁷, procediendo a “crear” un recurso autónomo de interpretación abstracta de las normas constitucionales no previsto constitucional ni legalmente, basándose para ello en el artículo 26 de la Constitución que consagra el derecho de acceso a la justicia, del cual dedujo que si bien dicha acción no estaba prevista en el ordenamiento jurídico, tampoco estaba prohibida, agregando que, por lo tanto:

No es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar una acción con la pretensión que por medio de ella se ventila, bastando para ello que exista una situación semejante a las prevenidas en la ley, para la obtención de sentencias declarativas de mera certeza, de condena, o constitutivas. Este es el resultado de la expansión natural de la jurisdicción⁸.

En esta forma, la acción de interpretación de la Constitución, en criterio de la Sala Constitucional, es una acción de igual naturaleza que la de interpretación de la ley⁹, es decir, tiene por objeto obtener una sentencia declarativa de mera certeza sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales, que no anula el acto en cuestión, pero que busca un efecto semejante, ya que en estos casos, coincide el interés particular con el interés constitucional; agregando que:

7 Véase Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00, caso: *Servio Tulio León Briceño*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Este criterio fue luego ratificado en sentencias de fecha 09-11-00 (N° 1347), 21-11-00 (N° 1387), y 05-04-01 (N° 457), entre otras.

8 Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00, caso: *Servio Tulio León Briceño*. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

9 *Idem*.

La finalidad de tal acción de interpretación constitucional sería una declaración de certeza sobre los alcances y el contenido de una norma constitucional, y formaría un sector de la participación ciudadana, que podría hacerse incluso como paso previo a la acción de inconstitucionalidad, ya que la interpretación constitucional podría despejar dudas y ambigüedades sobre la supuesta colisión. Se trata de una tutela preventiva¹⁰.

En cuanto a la legitimidad necesaria para interponer la demanda, la Sala Constitucional ha señalado que el recurrente debe tener un interés particular en el sentido de que:

Como persona pública o privada debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica.

La Sala precisó además que se “está ante una acción con legitimación restringida, aunque los efectos del fallo sean generales”; por lo que señaló que “puede declarar inadmisibles un recurso de interpretación que no persiga los fines antes mencionados, o que se refiere al supuesto de colisión de leyes con la Constitución, ya que ello origina otra clase de recurso”.

En la antes mencionada sentencia N° 1077 de 22-09-01, la Sala Constitucional reiteró su criterio sobre la legitimación activa para intentar el recurso de interpretación, señalando que el recurrente debe tener un “interés jurídico personal y directo”, de manera que en la demanda se exprese con precisión, como condición de admisibilidad, “en qué consiste la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del texto constitucional, o en una de ellas en particular; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas surgidas entre la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente”¹¹.

En este caso de esta acción de interpretación constitucional, puede decirse que se está en presencia de un proceso constitucional, que requeriría de un accionante, como consecuencia de lo cual debería abrirse el proceso a un contradictorio; pues así como puede haber personas con interés jurídico en determinada interpretación de la Constitución, igualmente puede haber otras personas con interés jurídico en otra interpretación. En tal sentido, la Sala debería emplazar y citar a los interesados para garantizarles el que puedan hacerse parte en el proceso, y alegar a favor de una u otra interpretación del texto constitucional.

Sin embargo, sobre esto, después de haber creado el recurso, la Sala Constitucional, en sentencia N° 2651 de 2 de octubre de 2003 (Caso: *Ricardo Delgado (Interpretación artículo 174 de la Constitución)*), le negó el carácter de proceso constitucional señalando que en virtud de que “el recurso de interpretación debe tener como pretensión la exclusiva determinación del alcance de normas –en este caso constitucionales–”, entonces “no hay *litis*, enfrentamiento entre unas partes, respecto de las cuales haya que procurar su defensa”. Agregó la Sala:

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Caso: *Servicio Tulio León Briceño*, en *Revista de Derecho Público* N° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Adicionalmente, en otra sentencia, N° 1029 de 13-06-2001, la Sala Constitucional atemperó el rigorismo de declarar inadmisibles el recurso si no precisaba el contenido de la acción, ya que señaló que “La solicitud deberá expresar: 1.- Los datos concernientes a la identificación del accionante y de su representante judicial; 2.- Dirección, teléfono y demás elementos de ubicación de los órganos involucrados; 3.- Descripción narrativa del acto material y demás circunstancias que motiven la acción.”

Quizás parte de la confusión derive del hecho de que la jurisprudencia de esta Sala exige, para la admisión del recurso de interpretación, la existencia de un caso concreto. Eso podría llevar a creer que se está en presencia de un litigio, así sea eventual. De hecho, en el asunto de autos, la duda interpretativa enfrenta ya a varios órganos estatales, cada uno con su particular opinión.

Ahora bien, la exigencia del caso concreto no es más que un reflejo de la necesidad de reservar al recurso de interpretación su verdadera justificación y evitar que se convierta en un medio indiscriminado de resolución de consultas. Por tanto, es sólo un requisito de legitimación –es decir, la puerta al tribunal-, sin que ello se materialice luego en la posibilidad de que el juez satisfaga pretensiones distintas a la meramente interpretativa.

De acuerdo con lo indicado, el caso concreto es el requisito para pedir la interpretación, demostrando que hay mérito suficiente para que sea el Máximo Tribunal de la República el que se pronuncie, pero sin que ello dé lugar a que se resuelva el mismo: lo que se aclara es la duda interpretativa que existía en ese supuesto. La controversia se seguirá o se llevará ante quien corresponda, para lo cual se supone que el fallo de la Sala debe ser de utilidad. Es la razón, precisamente, de algunos de los fallos de inadmisión que ha dictado esta Sala, en las oportunidades en que los accionantes no se han limitado en su pretensión, sino que han pedido pronunciamiento distintos a la sola interpretación, queriendo que el caso concreto sea no sólo el legitimante del recurso, sino también el fondo de lo que se decidirá.

...

Aunque en teoría la Sala no necesita realmente oír a nadie más para dar su opinión vinculante, la prudencia y la responsabilidad le exigen otra conducta. Por ello, la Sala no se limita a estudiar el caso aisladamente, con prescindencia de los pareceres ajenos, sino que procura llamar a quienes pudieran tener algo que decir y que, al hacerlo, podrían ilustrar a los magistrados en la toma de su propia postura. A veces no lo ha hecho, por la urgencia, y con ello no ha violado derecho alguno, pues –se insiste– no hay partes a las que proteger en su derecho. Ahora, el que no haya derechos en juego (aunque en el caso concreto bien puede haberlos) no implica que no haya intereses que tutelar. Para la protección de esos intereses la Sala formula invitaciones, no citaciones. No hay de qué defenderse, pero sí sobre qué opinar.

...

Entonces, la Sala, aun cuando ninguna norma le obliga a llamar a nadie para decidir un recurso de interpretación, entiende necesario hacerlo, con base en ese derecho a la participación –extendido al ámbito judicial– y con fundamento en la imprescindible tutela de los intereses. Por ello, la Sala mantiene y mantendrá como práctica la de notificar y publicar edictos. No puede ser de otra forma, salvo en casos de urgencia, si se piensa en que el fallo será vinculante y de efectos *erga omnes*.

Por último, debe indicarse que en sentencia N° 1347, de nueve de noviembre de 2000, la Sala Constitucional delimitó el carácter vinculante de las interpretaciones establecidas con motivo de decidir los recursos de interpretación, señalando que:

Las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto al núcleo del caso estudiado, todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia.

Como puede observarse de lo anterior, estamos en presencia de una ampliación de competencias propias que se ha arrogado la Sala Constitucional, mediante una inconstitucional interpretación de la Constitución, que no establece la posibilidad de este recurso autónomo y abstracto de interpretación de las normas constitucionales. Por lo demás, nada similar existe en los sistemas de justicia constitucional conocidos.

II. LA INCONSTITUCIONAL AMPLIACIÓN DE LA POTESTAD DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE REVISIÓN DE SENTENCIAS Y LA RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA

La segunda de las inconstitucionales interpretaciones de la Constitución efectuada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo sobre sus propias competencias, se refiere al recurso extraordinario de revisión de sentencias, el cual tiene un ámbito muy preciso en la Constitución.

En efecto, de acuerdo con la innovación consagrada en el artículo 336,10 de la Constitución, que se recoge en el artículo 5, párrafo 1º, 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional tiene competencia para conocer del recurso extraordinario de revisión de sentencias dictadas en materia constitucional, así:

16. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás tribunales de la República.

Se trata de una competencia que tiene por objeto establecer la uniformidad de la aplicación e interpretación constitucional, únicamente en los casos de sentencias definitivamente firmes dictadas *en juicios de amparo o dictadas por los jueces en ejercicio del poder de control difuso de la constitucionalidad de las leyes y normas*, al permitirle a la Sala Constitucional conocer, a su discreción, de los recursos extraordinarios de revisión que se intenten contra esas sentencias.

En particular, sobre las sentencias dictadas en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, el artículo 5, párrafo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo dispuso que “de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo tribunal de la República podrá ejercer el control difuso de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto dicha sentencia estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar”.

El objeto de esta potestad de revisión de sentencias, sin embargo, ha sido ampliado progresiva e inconstitucionalmente por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, de manera que mediante sentencia N° 93 de 6 de febrero de 2001 (*Caso: Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), al agregar como objeto de revisión *otras sentencias dictadas por las Salas del Tribunal Supremo u otros tribunales*, distintas a las dictadas en materia de amparo o de control difuso de constitucionalidad, afirmando su potestad para revisar, además de estas, respecto de las siguientes:

3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional¹².

12 Véase en *Revista de Derecho Público* N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 414-415.

La Sala Constitucional, por otra parte, en sentencia N° 727 de 8 de abril de 2003 continuó ampliando el universo de sentencias que podían ser objeto del recurso extraordinario de revisión, indicando que además de las sentencias de amparo constitucional y las sentencias de control difuso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas fundamentadas en un errado control de constitucionalidad, también pueden ser objeto del recurso de revisión:

(iii) Las sentencias que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional y (iv) Las sentencias que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás juzgados del país apartándose u obviando, expresa o tácitamente, alguna interpretación de la Constitución que contenga alguna sentencia de esta Sala con anterioridad al fallo que sea impugnado¹³.

En esta forma, la Sala Constitucional violando la Constitución, amplió el ámbito de su potestad constitucional revisora referida sólo a las sentencias dictadas en juicios de amparo o con motivo de control difuso de la constitucionalidad, abarcando otras sentencias, incluso las dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo, lo que constituye una limitación no autorizada en la Constitución al debido proceso y al derecho a la cosa juzgada, con importantes repercusiones en el ámbito de la seguridad jurídica y del Estado de derecho.

La Sala Constitucional en efecto, luego de analizar la garantía del debido proceso en relación con la revisión extraordinaria de sentencias definitivamente firmes, en sentencia N° 93 de 6 de febrero de 2001 (Caso: *Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), extendió su potestad revisora en relación con sentencias que -por supuesto a juicio de la propia Sala- “se aparten del criterio interpretativo de la norma constitucional que haya previamente establecido la Sala”; para lo cual simplemente se preguntó: “¿puede esta Sala, de conformidad con lo establecido en la Constitución, revisar las sentencias definitivamente firmes diferentes a las establecidas en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución que contraríen el criterio interpretativo que esta Sala posee de la Constitución?”. La respuesta a la pregunta, la formuló la Sala interpretando el artículo 335 de la Constitución, en particular en cuanto establece el carácter vinculante de las interpretaciones que establezca la Sala sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales; del cual dedujo que “las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales y juzgados de la República están obligados a decidir con base en el criterio interpretativo que esta Sala tenga de las normas constitucionales”.

Sin embargo, a pesar de todas estos razonamientos, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo pretendió volver a llevar el asunto a su límite constitucional, en el sentido de que las únicas sentencias dictadas por los tribunales que pueden ser objeto del recurso de revisión, son las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás tribunales de la República.

Pero si bien la Ley Orgánica en este aspecto redujo el ámbito del objeto (sentencias revisables) de la potestad revisora, la misma Ley Orgánica consagró la posibilidad de ejercicio de esta potestad revisora, *de oficio* por la Sala Constitucional, lo que en forma inconstitucional deja a la merced de la misma Sala el principio de la cosa juzgada y acaba con el principio dispositivo.

13 Caso: *Revisión de la sentencia dictada por la Sala Electoral en fecha 21 de noviembre de 2002*, en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

Pero además, la misma Ley Orgánica, en forma completamente contradictoria con la indicada reducción del ámbito de las sentencias revisables a los límites constitucionales, en relación con las sentencias dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, reguló una inconstitucional ampliación de la competencia de la Sala Constitucional para revisarlas, siguiendo la jurisprudencia que había sentado la Sala Constitucional. La Ley Orgánica así, ha “regularizado” la doctrina jurisprudencial y ha establecido la competencia de la Sala Constitucional (art. 5, párrafo 1º, 4)

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...

La inconstitucionalidad de esta norma es múltiple: primero, porque la Constitución no permite que una Sala del Tribunal Supremo pueda revisar las sentencias de otras Salas del mismo Tribunal. Todas las Salas son iguales, y no puede, por tanto, la Sala Constitucional, revisar las sentencias de las otras Salas y menos las sentencias de la Sala plena en cuyas decisiones participan todos los magistrados del Tribunal Supremo, incluyendo los de la Sala Constitucional; y segundo, porque la Constitución sólo permite a la Sala Constitucional revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo y de control difuso de la constitucionalidad, y ninguna otra.

III. EL PRINCIPIO DEL ORDEN PROCESAL Y LA INCONSTITUCIONAL AMPLIACIÓN DE LOS PODERES DE AVOCAMIENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Una tercera interpretación inconstitucional de la Constitución ha sido la ampliación de los poderes de avocamiento de todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente de la Sala Constitucional, mediante la cual pueden paralizar todo tipo de proceso y entrar a conocerlos directamente, eliminando entre otros el orden procesal y la garantía constitucional de la doble instancia.

1. *El avocamiento como competencia de todas las Salas*

En efecto, antes de la entrada en vigencia de la Constitución la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en una normativa muy cuestionada, había atribuido a la Sala Político-Administrativa de la misma, la potestad de avocarse al conocimiento de una causa que cursara ante otro tribunal, a cuyo efecto la misma Sala se había auto-restringido sus poderes¹⁴.

Sin embargo, aún con dicha disposición limitativa, antes de que entrara en vigencia la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional había negado el monopolio que en materia de avocamiento tenía la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo, y mediante sentencia No. 456 de 15 de marzo de 2002 (Caso: *Arelys J. Rodríguez vs. Registrador Subalterno de Registro Público, Municipio Pedro Zaraza, Estado Carabobo*) se declaró competente para conocer de solicitudes de avocamiento en jurisdicción constitucional (respecto de juicios de amparo)¹⁵. En otra sentencia N° 806 de 24 de abril de 2002 (Caso: *Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera*), además, consideró nula la referida norma de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de

14 Véase Roxana Orihuela, *El avocamiento de la Corte Suprema de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998.

15 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

Justicia de 1976 (Art. 43) que consagraba la figura del avocamiento como competencia exclusiva de la Sala Político Administrativa, argumentando que ello era “incompatible con el principio de distribución de competencias por la materia a nivel del máximo Tribunal de la República, sin que la propia Constitución lo autorice ni establezca una excepción al mismo en tal sentido”; señalando además que:

Esta Sala Constitucional, no obstante la claridad y laconismo con que fue redactado el precepto, objeta el monopolio que se desprende de la lectura conjunta de ambos artículos, en lo que respecta a que el trámite de las solicitudes de avocamiento sea una facultad exclusiva y excluyente de Sala Político Administrativa.

Es decir, y sobre ello ahondará seguidamente, esta Sala es del parecer que tal potestad es inconsistente desde el punto de vista constitucional, y que la misma corresponde, en un sentido contrario a como lo trata dicho dispositivo, a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, según que el juicio curse en un tribunal de instancia de inferior jerarquía a la Sala que en definitiva decida examinar la petición (aquí el vocablo *inferior* se entiende en sentido amplio, ya que algunas de estas Salas no son propiamente *alzada* de dichos tribunales; tal sucede con las de casación)...

Llegado este punto, siendo, pues, que la facultad de avocamiento conferida a la Sala Político Administrativa por el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no está prevista en la Constitución, ni se deduce de ella, ni la justifica su texto, y que, por el contrario, conspira contra el principio de competencia que informa la labor que desempeñan las Salas del máximo tribunal de la República (art. 232), esta Sala concluye en que dicho precepto resulta inconstitucional...

Tales declaraciones no son, propiamente, precedentes de la posición que mantiene esta Sala Constitucional respecto al tema, toda vez que en ellas se sostuvo, al mismo tiempo, que dicha facultad excepcional, no obstante las referidas limitaciones, resultaba de la *exclusiva* potestad de dicha Sala Político Administrativa (*Vid.* sobre el punto de la exclusividad: *ob. cit.* pp. 40 y 41). Criterio de exclusividad que ha sido expresamente abandonado por esta Sala desde su sentencia N° 456 del 15-03-02, caso: *Mariela Ramírez de Cabeza*. Lo que sí comparte es lo relativo a que la Sala Político Administrativa no estaba constitucionalmente facultada para examinar solicitudes de avocamiento ni adentrarse a su conocimiento cuando de conflictos ajenos a su competencia natural se tratara.

Pero, para prestar un mejor servicio a la justicia, esta Sala Constitucional dará, en atención a sus propias competencias, un giro en este camino, pues declarará que tal competencia (con los límites impuestos por la práctica judicial comentada) debe extenderse a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia¹⁶.

Esta doctrina, evidentemente inconstitucional, por violatoria de la garantía al debido proceso, sin embargo ha sido recogida por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, al establecer en su artículo 5, párrafo 1°, 48, la competencia de todas las Salas de poder avocarse al conocimiento de causas que cursen en otros tribunales, así:

5. P1. 48. Solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente.

En consecuencia se atribuyó a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, se presume que en las materias de su respectiva competencia, la potestad de recabar de cualquier “otro tribunal”, es decir, distinto del Tribunal Supremo (tribunales de instancia), *de oficio o a instancia de parte*, con conocimiento sumario de la situación, cualquier expediente o causa en el estado en que se encuentre, para resolver si se avoca y directamente asume el conocimiento del asunto o, en su defecto lo asigna a otro tribunal (Artículo 18, párrafo 11°).

16 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 179 y ss.

Sobre las repercusiones de esta atribución generalizada, la propia Ley Orgánica dispuso que debe ser ejercida, como lo indica ahora el artículo 18, párrafo 12° de la Ley Orgánica, “con suma prudencia”:

[Y] sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido.

En estos casos, prescribe la Ley Orgánica, que al admitir la solicitud de avocamiento la Sala debe oficiar al tribunal de instancia, requiriendo el expediente respectivo, y puede ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación; considerándose nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacuerdo por el mandamiento de prohibición (Art. 18, párrafo 13°). La sentencia sobre el avocamiento la debe dictar la Sala competente, la cual puede decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia, así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido (Art. 18, párrafo 14°).

El avocamiento por parte de las Salas del Tribunal Supremo, por supuesto, puede ser un instrumento procesal de primera importancia para asegurar la justicia en procesos en los cuales la misma ha sido subvertida; pero a la vez, puede configurarse en el más injusto de los instrumentos procesales precisamente para acabar con la justicia.

2. *El avocamiento como competencia de la Sala Constitucional en relación con las otras Salas del Tribunal Supremo*

Pero además de haber extendido la facultad de avocamiento a todas las Salas, respecto de causas que cursen en “otros tribunales” de instancia (distintos por tanto al propio Tribunal Supremo), la Ley Orgánica ha atribuido en particular a la Sala Constitucional en el artículo 5, párrafo 1°, ordinal 4, la facultad de 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”. En esta forma, las causas que cursan ante las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia también han quedado a la merced de la Sala Constitucional, la cual puede subvertir el orden procesal, con sólo “presumir fundadamente” la violación de principios constitucionales.

IV. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO DEL PROCESO Y LA INCONSTITUCIONAL EXTENSIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE ACTUACIÓN DE OFICIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Un cuarto aspecto de la inconstitucionalidad de las interpretaciones constitucionales de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, se ha originado en la ampliación de las potestades de actuación de oficio de la misma, en contravención con el principio dispositivo del proceso.

1. *El régimen constitucional y legal del principio dispositivo y las excepciones constitucionales*

En efecto, la Constitución dispone que el proceso es el instrumento fundamental para la realización de la justicia (Art. 253), el cual debe desarrollarse con las debidas garantías que establece el texto fundamental (debido proceso), lo que presupone y exige no sólo un contra-

ditorio entre partes, sino el principio dispositivo, de manera que el proceso se inicie a instancia de parte, siendo la excepción la actuación de oficio por parte de los jueces, la cual por supuesto requiere texto expreso.

En tal sentido, en cuanto a las atribuciones de la Sala Constitucional, la Constitución regula expresamente dos supuestos conforme a los cuales puede ejercer sus poderes de oficio: en primer lugar, al atribuir a las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo a la Sala Constitucional, como lo tienen todos los tribunales de la República al resolver un caso concreto, el poder-deber de ejercer *de oficio* el control difuso de la constitucionalidad de las leyes y demás normas en caso de incompatibilidad entre ellas y la Constitución, aplicando entonces preferentemente las disposiciones de ésta última (Art. 334); y en segundo lugar, al atribuir competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de actuación de oficio en materia de control obligatorio de la constitucionalidad de los decretos ejecutivos de declaratoria de estados de excepción dictados por el Presidente de la República. (Art. 336,6); competencia que se recoge el artículo 5, párrafo 1º,11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Salvo estos dos supuestos, desde el punto de vista constitucional, en los procesos constitucionales rige el principio dispositivo, de manera que incluso el artículo 18, párrafo 7º de la Ley Orgánica así lo establece expresamente al indicar que el Tribunal Supremo de Justicia debe conocer de los asuntos que le competen, “*a instancia de parte interesada*”.

Dicha norma de la Ley Orgánica, sin embargo, en una forma totalmente contradictoria, estableció una excepción general al principio dispositivo no autorizada en la Constitución, conforme a la cual y sin tener en cuenta el principio de la reserva legal, el Tribunal y sus Salas pueden actuar *de oficio* no sólo en los casos contemplados en la propia Ley Orgánica tal y como por ejemplo se establecía en el artículo 82 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹⁷, sino “cuando así lo amerite”, es decir a la sola discrecionalidad del Tribunal y sus Salas.

Esto, lamentablemente, deja a la libre apreciación de los Magistrados del Tribunal Supremo la posibilidad, sin límites, de actuación de oficio, cuando consideren que ello “lo amerita”, lo cual estimamos que no se ajusta a la Constitución ni a los principios fundamentales de la administración de justicia que están montadas sobre el debido proceso y el principio dispositivo.

De nuevo, esta innovación de la Ley Orgánica, en realidad, respondió a una doctrina jurisprudencial totalmente inconstitucional que la Sala Constitucional se había venido construyendo a sí misma, para ejercer el control de constitucionalidad mediante los poderes de revisión constitucional de materialmente cualquier sentencia, para lo cual se había auto-atribuido también en forma inconstitucional poderes de control *de oficio*, rompiendo entonces el principio dispositivo.

En efecto, la Sala Constitucional en sentencia N° 331 de 13 de marzo de 2001 (Caso: *Henrique Capriles R. vs. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Tragapapeles*), resolvió afirmar sus poderes de control de la constitucionalidad *de oficio*, dado el carácter de “orden público constitucional” del control de constitucionalidad, cuando con fundamento en los artículos 334 y 335 de la Constitución, deba conocer de algún asunto, para lo cual dijo:

17 Sustituyó el artículo 82 LOCSJ: Artículo 82. La Corte conocerá de los asuntos de su competencia a instancia de parte interesada, salvo en los casos en que pueda proceder de oficio de acuerdo con la Ley.

Así pues, las referidas potestades de la Sala y la interpretación concatenada y armoniosa de los citados dispositivos constitucionales, la comprensión de los principios enunciados en el texto de la Exposición de Motivos de la Carta Fundamental, y la doctrina sentada por la jurisprudencia de esta Sala, que procura salvaguardar la vigencia de los postulados constitucionales, *sirven de fundamento para declarar, como garante de la supremacía de la Constitución y en ejercicio de las facultades que la misma posee, de oficio, la ilegitimidad de alguna actuación, cuando habiendo sido sometido un caso a su análisis, observe que la misma ha transgredido el orden público constitucional*, y en tal virtud proceda de manera inmediata y efectiva, a restaurar a través de la forma que considere idónea, la subversión advertida. En definitiva, considera la Sala que el control constitucional jurisdiccional constituye materia de orden público constitucional, y siendo la Sala el garante de la supremacía de la Constitución, al constatar su violación, *puede actuar de oficio*, como en efecto lo hace en esta oportunidad¹⁸.

O sea, con fundamento en la noción de orden público constitucional que la Sala no definió, y que en definitiva concierne a la vigencia de la propia Constitución, la Sala resolvió auto-atribuirse estos poderes de actuación *de oficio*, con lo cual no sólo rompió el principio dispositivo, sino que dejó a la merced de los Magistrados de la Sala Constitucional el principio de la cosa juzgada, sin que nadie pueda ejercer un control sobre el guardián de la Constitución.

2. *La inconstitucional asignación de poderes de actuación de oficio a la Sala Constitucional en materia de revisión de sentencias*

Por otra parte, el artículo 5, párrafo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, destinado a desarrollar la norma constitucional relativa al control difuso de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos (art. 336,10), precisó que la sentencia respectiva esta expuesta “a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar”, pero dejó a salvo, “en todo caso”, que la Sala Constitucional podía hacer uso, *de oficio o a instancia de parte*, de la competencia de revisión prevista en el numeral 16 del artículo 5 de la ley Orgánica.

Con esta norma, por demás confusa, se estableció legalmente en relación particularmente con los poderes de la Sala Constitucional de revisión de sentencias dictadas por los tribunales en materia de control difuso de la constitucionalidad, la competencia de la Sala para realizar tal revisión no sólo a instancia de parte (recurso de revisión) sino *de oficio*. Ello, por supuesto, destruye otro principio esencial del debido proceso que es el principio de la cosa juzgada, el cual de nuevo queda a merced de los Magistrados de la Sala Constitucional sin que pueda existir control alguno sobre el controlante.

3. *La inconstitucional asignación de poderes de actuación de oficio a la Sala Constitucional en materia de avocamiento*

Por otra parte, una competencia que como se ha dicho, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 estaba reservada a la Sala Político-Administrativa, como la excepcionalísima atribución de avocarse al conocimiento de causas que cursaren en otros Tribunales, *siempre a instancia de parte*; la Ley Orgánica de 2004 en su artículo 5, párrafo 1°, 48, no sólo la ha extendido a todas las Salas, sino que ha incluido además la posibilidad del avocamiento *de oficio*, al prescribir como competencia de todas las Salas:

Solicitar *de oficio*, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente.

¹⁸ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 391.

En esta forma, los principios del debido proceso relativos al orden procesal, y a la garantía de la doble instancia han quedado de nuevo a la merced de los magistrados de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, regulándose en forma inconstitucional el avocamiento de oficio.

4. *El confuso caso de inicio de oficio de un proceso constitucional de control incidental de la constitucionalidad de las leyes con efectos anulatorios*

Debe mencionarse, además, que la Sala Constitucional, en su doctrina de los últimos años, había venido construyendo la posibilidad de ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, *de oficio*, como incidente en cualquier proceso que cursare ante ella, y sin que hubiera mediado acción popular alguna.

En efecto, mediante sentencia N° 2.588 de 11 de diciembre de 2001, la Sala Constitucional afirmó:

[Su] facultad, en virtud de ser el juez de la ley y titular del control concentrado de la Constitución, de tramitar en cualquiera de los procedimientos a que den lugar las acciones ventuales ante ella, o de las cuales conozca, el denominado incidente de constitucionalidad, el cual existe cuando la cuestión planteada (no necesariamente alegada) sobre la constitucionalidad de una norma legal es prejudicial respecto de la resolución de un proceso constitucional o de una causa que curse ante la Sala.

Para justificar esta declaratoria de propia competencia, la Sala recurrió impropriamente a aplicar criterios de derecho comparado establecidos en sistemas exclusivamente concentrados de control de constitucionalidad de las leyes (como los europeos) y que rechazan el control difuso, que no es el caso de Venezuela dado el carácter mixto e integral, argumentando como sigue:

Incidentes de este tipo se han solucionado de tres modos: bien a través de un juicio de constitucionalidad sin un pronunciamiento expreso de nulidad de la ley inconstitucionalidad; ya sea por el ejercicio de un control autónomo de constitucionalidad a través de un proceso separado del que dio origen al incidente, y, finalmente, merced a un control incidental de constitucionalidad que se realiza a través de un procedimiento de constitucionalidad pero dentro del proceso que ha dado lugar al incidente.

Dicha técnica fue consagrada por primera vez en el artículo 140 de la Constitución austriaca de 1920. Actualmente, la consagran la Constitución del mencionado Estado (artículos 139.1 y 140); la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (artículos 67 y 95) -recurso indirecto o encubierto-; la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (artículos 55.2 y 67) -cuestión previa de carácter constitucional o incidente de constitucionalidad- y lo ha desarrollado jurisprudencialmente la Corte Constitucional italiana a partir del auto N° 22, del 9 de abril de 1960 -Corte *giudice a quo* o *autorimessione*-.

La razón que apuntala esta facultad, señaladamente cuando la misma deriva en la declaratoria *pro futuro* y con efectos *erga omnes* de la norma inconstitucional -y no en la mera desaplicación del precepto para el caso concreto-, se afina en la coherencia que existe entre una declaración de este tipo con la función de los tribunales constitucionales, en tanto ejecutores del denominado control concentrado de la constitucionalidad.

Los términos en que se expresó la Corte Constitucional italiana a la hora de asumir esta competencia son suficientemente reveladores de la razón apuntada. Según dicho tribunal:

“...no puede considerarse que la misma Corte -que es el único órgano competente para decidir las cuestiones de constitucionalidad de las leyes- venga obligada a aplicar leyes inconstitucionales y tampoco que, en la hipótesis de inconstitucionalidad de las leyes que regulan la materia, pueda y deba inaplicarlas, sin poner en marcha el mecanismo (de alcance general y necesario en el vigente ordenamiento) destinado a conducir, con las debidas garantías de contradictorio, a la eliminación con efectos *erga omnes*, de las leyes inconstitucionales”. Citado a su vez por: Luis J. Mieres Mieres, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, pp. 56 y 57).

De lo anterior, la Sala Constitucional concluyó su razonamiento señalando lo siguiente:

Siendo que a los tribunales constitucionales les corresponde, como una de sus competencias esenciales, declarar la nulidad de leyes colidentes con la Constitución, luce entonces congruente con dicho cometido que, ante la presencia de normas inconstitucionales que resulten prejudiciales al asunto que en definitiva vaya a decidirse (como es el presente caso), esta Sala resulte competente para declarar la nulidad de dicha norma por colidir con la Constitución, esto es, la invalide, no sólo a sus propios efectos, sino también para el resto de los tribunales, órganos del Estado y particulares.

De este modo se mantiene la unidad del ordenamiento constitucional y se evita la contradicción que resulta de la coexistencia de una norma inconstitucional (declarada así para un caso concreto), pero vigente para el resto de los operadores judiciales a falta de una natural declaratoria de nulidad. Así se establece¹⁹.

Esta doctrina de la Sala, por supuesto, no tiene cabida alguna en Venezuela, donde el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes exige instancia de parte (acción popular) y un proceso constitucional contradictorio (litis) en el cual se debe garantizar la citación del ente productor de la norma y la participación como partes de todos los que tengan interés procesal en el asunto. Por ello, incluso, la Sala Constitucional no tuvo más remedio, en este caso, que aclarar que debía tratarse de un proceso constitucional, donde debía abrirse un contradictorio, indicando:

En cuanto al procedimiento aplicable, y especialmente respecto a la audiencia de los defensores de la ley y de los interesados, esta Sala reconoce la necesidad de que dicha audiencia se efectúe en los más de los casos, para lo cual deberá notificarse al órgano legislativo respectivo y a los demás del procedimiento en que se suscite la incidencia.

Ello viene apoyado por el respecto al derecho a la defensa y por la práctica unánime de los tribunales constitucionales anteriormente mencionados²⁰.

En todo caso, a pesar de esta doctrina jurisprudencial de control concentrado incidental de oficio de la constitucionalidad de las leyes, por lo demás confusa, puede considerarse que el Legislador ha reaccionado contra la misma, al disponer en el artículo 5, párrafo 3° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que la Sala Constitucional sólo puede ejercer el control concentrado de la constitucionalidad, “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*”.

19 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pp. 396 y ss.

20 En el caso específico de la sentencia, sin embargo, la Sala señaló: “Sin embargo, en virtud de la homogeneidad con que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido decidiendo el tema –como más adelante se pondrá de relieve–; en vista, además, de que la decisión conllevará una mera definición de la Sala que le compete decidir el fondo de la solicitud, sin que por ello resulte afectado algún derecho sustancial del solicitante, muy al contrario, a través del mismo se garantiza su derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente la faz que guarda relación con el derecho al juez natural, es por lo que la Sala prescindirá en este caso de dicho trámite. Así se establece. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, p. 397. Igualmente, la sentencia de la Sala Constitucional N° 806 de 24-04-2002 (Caso: *Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera*) en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, pp. 179 y ss.

V. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD JERÁRQUICA DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU RUPTURA EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LAS MISMAS

El quinto aspecto de interpretación inconstitucional de la Constitución, esta vez realizada por el Legislador, ha sido la que ha conducido a la ruptura del principio de la igualdad entre las Salas del Tribunal Supremo, al atribuirse a la Sala Constitucional competencia para conocer y resolver los conflictos entre las Salas, incluyendo la Sala Plena, la que debió ser atribuida a la Sala Plena.

En efecto, el Tribunal Supremo de Justicia, al igual que la antigua Corte Suprema de Justicia, está integrado por diversas Salas (Constitucional, Político-Administrativa, Casación Civil, Casación Penal, Casación Social, Electoral), cuyos magistrados, reunidos en conjunto, conforman la Sala Plena. La Constitución y la Ley Orgánica, en consecuencia, atribuyen competencias en algunos casos al Tribunal Supremo de Justicia como Sala Plena o a las Salas en particular.

Ninguna de las Salas es superior a otra, lo cual fue precisado por la propia Sala Constitucional en sentencia N° 158 de 28-03-00 (Caso: *Microcomputers Store S.A.*) al declarar que el artículo 1 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, era conforme con la nueva Constitución, al prohibir la admisión de recurso alguno contra las decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia en Pleno o por alguna de sus Salas, señalando que esta norma, lejos de ser inconstitucional,

Más bien garantiza su aplicación, ya que tal como quedó expuesto, el Tribunal Supremo de Justicia se encuentra conformado por las Salas que lo integran, las cuales conservan el mismo grado jerárquico y todas representan en el ámbito de sus competencias al Tribunal Supremo de Justicia como máximo representante del Poder Judicial²¹.

Posteriormente, sin embargo, la Sala Constitucional al afirmar su competencia para conocer del recurso extraordinario de revisión de constitucionalidad contra las sentencias de las otras Salas del Tribunal Supremo, señaló que el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Corte, para considerarlo compatible con la Constitución, sólo se refería “a los recursos preexistentes y supervivientes a la Constitución de 1999, distintos al recurso extraordinario de revisión sustitucional de sentencias de las demás Salas del Máximo Tribunal”²².

En todo caso, salvo esta inconstitucional extensión de la potestad revisora de la Sala Constitucional en relación con las sentencias de las otras Salas, conforme al artículo 42,7 de la Ley Orgánica derogada de 1976, como era lógico, correspondía a la Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia resolver los conflictos de cualquier naturaleza que pudieran suscitarse entre las Salas que la integraban o entre los funcionarios de la propia Corte, con motivo de sus funciones.

Sin embargo, sin sentido alguno, en la Ley Orgánica de 2004 la competencia para resolver los conflictos entre las Salas, incluidos los planteados entre la Sala Plena y alguna de las Salas en particular, incomprensiblemente se atribuyó a la Sala Constitucional (Art. 5,3), siendo que la misma es una Sala más, igual a las otras Salas del Tribunal Supremo.

21 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 109.

22 Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 33 de 25-01-2001 (Caso: *Revisión de la sentencia dictada por la Sala de casación Social del tribunal Supremo de Justicia de fecha 10 de mayo de 2001, interpuesta por Baker Hugher SRL*), en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 405.

Con esta atribución, en forma contraria a la Constitución, se ha investido a la Sala Constitucional de un nivel superior del cual carece, aparte de ser ella misma la que entonces resuelva los conflictos que puedan surgir entre las otras Salas y la misma Sala Constitucional.

VI. LA AMPLIACIÓN DE LOS PODERES DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN

Por último, debe mencionarse la inconstitucional interpretación de los poderes de la Sala Constitucional en materia de control de la inconstitucionalidad de la omisión del Legislador que regula el artículo 336,7 de la Constitución, el cual se ha recogido en el artículo 5, párrafo 1º, 12 de la Ley Orgánica, al atribuir a la Sala Constitucional, competencia para:

Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estadal o Nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos generales esenciales para su corrección, *sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público, o exralimitación de atribuciones.*

La última frase subrayada constituye un agregado del Legislador respecto de lo establecido en la Constitución, con el cual se ha pretendido liberar a priori a la Sala Constitucional, de cualquier usurpación de funciones en los que pueda incurrir al establecer los lineamientos para la corrección de la omisión por parte del órgano legislativo.

La verdad es que el control de la inconstitucionalidad por omisión no puede implicar en caso alguno, que la Sala pueda sustituirse en el ejercicio de la competencia del órgano legislativo omiso, y asumir y ejercer su competencia; es decir, la Sala no puede, a pesar de la exoneración *a priori* de la Ley, usurpar las funciones del órgano legislativo, como ocurrió en 2003, cuando la Sala Constitucional designó a los integrantes del Consejo nacional Electoral.

En efecto, mediante la sentencia N° 2341 de 25 de agosto de-2003 (Caso: *Hermann Escarrá y otros*), la Sala Constitucional designó a los rectores del Consejo Nacional Electoral, usurpando las funciones del órgano de representación popular, al cual constitucionalmente era imposible que sustituyera, pues conforme a la Constitución, sólo la Asamblea Nacional y mediante una votación de mayoría calificada de los 2/3 de los diputados (Art. 296), con la participación de la sociedad civil (Comité de Postulaciones Electorales), puede designar dichos funcionarios. Por ello, la omisión de la Asamblea no podría ser “suplida” por ningún otro órgano del Estado y menos por la Sala Constitucional, pues ésta ni es un órgano de representación popular ni hay forma ni manera alguna cómo pueda reflejar la mayoría calificada requerida, de la representación popular²³. En ese caso, sin duda, a través de una inconstitucional interpretación de la Constitución, hubo usurpación de funciones del órgano legislativo por la Sala Constitucional, como también la habría si la Sala Constitucional, por ejemplo, se le ocurriera actuar como cuerpo legislador y sancionar una ley ante la omisión de la Asamblea Nacional en hacerlo.

Pero a la inconstitucionalidad de la interpretación constitucional hecha por la Sala Constitucional en ese precedente, se agrega la regulación también inconstitucional contenida en la Ley Orgánica en su artículo 5, párrafo 1º,13, en el cual se ampliaron las competencias de la Sala Constitucional, al regularse una competencia de control de las omisiones de *cua-*

23 Véase sentencia N° 2341 de 25-08-2003 (Caso: *Hermann Escarrá y otros*), y los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional vs. El Estado democrático de derecho, El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Ediciones Libros El Nacional, Caracas, 2004, pp. 43 y ss.

lesquiera otros órganos del Poder Público, respecto del cumplimiento de obligaciones directamente establecidas en la Constitución, al atribuirle competencia para:

13. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esta disposición, tal como está redactada, implicaría la concentración en la Sala Constitucional, por ejemplo, del conocimiento de todas las acciones de amparo contra las conductas omisivas de los entes y funcionarios públicos en el cumplimiento de las obligaciones que resultan de todos los derechos constitucionales, ya que las normas que los regulan son de aplicación directa e inmediata.

VII. LA INCONSTITUCIONAL ASUNCIÓN DEL MONOPOLIO DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA RESTRICCIÓN DE LOS PODERES DE CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD POR LOS TRIBUNALES

En séptimo lugar, debe destacarse la inconstitucional interpretación de la Constitución efectuada por la Sala Constitucional al pretender asumir el monopolio de la interpretación constitucional y restringir los poderes de control difuso de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos atribuido a todos los jueces.

En efecto, el método difuso de control de constitucionalidad existe en Venezuela desde el siglo XIX²⁴, y estuvo regulado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que establece que:

Artículo 20: Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

Más recientemente se recogió en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, con este texto:

Artículo 19: Control de la Constitucionalidad. Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional.

A los efectos de consolidar constitucionalmente el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes²⁵, en el artículo 334 de la Constitución establece que:

En caso de incompatibilidad entre esa Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

En esta forma, el método de control difuso de la constitucionalidad adquirió rango constitucional, el cual, incluso, puede ser ejercido *de oficio* por los tribunales, incluyendo, por supuesto, las diversas Salas del Supremo Tribunal, como una obligación de todos los jueces de asegurar la integridad de la Constitución, en el ámbito de sus competencias para que de este modo la justicia constitucional sea ejercida por todos los Tribunales. Así se establece, conforme lo estableció la Sala Constitucional, para todos los Jueces, de cualquier nivel, "el poder deber para controlar la constitucionalidad de los actos normativos del poder

24 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, *op. cit.*, pp. 127 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional*, Tomo VI, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, *op. cit.*, Caracas, 1996, pp. 86 y ss.

25 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, (18 Octubre-30 Noviembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 94 a 105.

Público y ofrecer a todas las personas la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, al no aplicar a los casos concretos que deban decidir, las normas que estimen inconstitucionales²⁶.

Pero a pesar de ello, la propia Sala Constitucional en una inconstitucional interpretación de la Constitución, ha pretendido asumir el monopolio de la interrelación constitucional y limitar el ámbito del poder de los jueces de desaplicar normas que estimen inconstitucionales, al cercenarles la potestad que necesariamente deben tener para interpretar las normas constitucionales en relación con las leyes que deben aplicar en los casos concretos que decidan. Así, en la sentencia N° 833 de 15 de mayo de 2001 (Caso: *Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao vs. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*), la Sala interpretó el artículo 334 de la Constitución, y estableció “con carácter vinculante... en qué consiste el control difuso, y en qué consiste el control concentrado de la Constitución”. Ello lo hizo al formularse la pregunta de ¿si en ejercicio del control difuso un juez puede interpretar los principios constitucionales, y en base a ellos, suspender la aplicación de una norma?, respondiéndola de manera de negarle el poder a los jueces de interpretar la Constitución, al señalar que:

Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y última intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones *motu proprio* que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado.

VIII. LA INCONSTITUCIONAL ASUNCIÓN DEL MONOPOLIO DE INTERPRETAR LA PREVALENCIA DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN INTERNO

En octavo lugar, la Sala Constitucional, también mediante una interpretación inconstitucional de la Constitución, se ha atribuido una competencia exclusiva que no tiene en materia de interpretación y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En efecto, en materia de derechos humanos, de acuerdo con la propia Constitución, el principio de su supremacía cede ante las normas de los tratados, pactos y convenciones internacionales relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, a los que no sólo se les atribuye jerarquía constitucional, sino que incluso la Constitución dispone que prevalecen en el orden interno (constitucional o legal), “en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República”, declarando además la Constitución expresamente que son “de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” (art. 23).

Sobre esta norma que le otorga rango constitucional e, incluso, *supra* constitucional a esos instrumentos internacionales, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al reivindicar un carácter de máximo y último intérprete de la Constitución y de los tratados, pactos y convenios sobre derechos humanos que no tiene, pues todas las Salas del Tribunal Supremo lo tienen, ha establecido en sentencia N° 1942 de 15 de julio de 2003 (Caso: *Impugnación de*

26 Véase sentencia N° 1213 de 30 de mayo de 2000 (Caso: *Carlos P. García P. vs. Ministerio de Justicia. Cuerpo Técnico de Policía Judicial*). *Revista de Derecho Público*, N° 82, (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 446.

diversos artículos del Código Penal), que por adquirir los mencionados tratados jerarquía constitucional e integrarse a la Constitución vigente, “el único capaz de interpretarlas, con miras al derecho venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara”. De allí la Sala señaló que “es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela”²⁷.

Esta interpretación de la Constitución contraría lo expresamente establecido en ella, pues esa potestad no sólo corresponde a la Sala Constitucional, sino a todos los tribunales de la República cuando actúen como juez constitucional, por ejemplo, al ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o al conocer de acciones de amparo. La pretensión de la Sala Constitucional en concentrar toda la justicia constitucional no se ajusta a la Constitución y al sistema de justicia constitucional que regula, de carácter mixto e integral; y menos aún en materia de derechos humanos, cuando es la propia Constitución la que dispone que los tratados, pactos e instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República sean “de aplicación inmediata y directa por los tribunales” (art. 23).

27 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003.

La fundamentación de la apelación en el Contencioso Administrativo (Análisis del párrafo 19 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)

*Diego Barboza Siri
Ex Gerente General de Litigios de la
Procuraduría General de la República*

Resumen: *El presente trabajo trata sobre la fundamentación de la apelación, también conocida como formalización, la cual sin duda constituye una de las excepciones en todo nuestro Derecho Procesal, toda vez que según el procedimiento ordinario, las apelaciones no requieren ningún tipo de expresión de agravios. Se analizan en la presente investigación sus características más importantes así como su naturaleza jurídica, resaltando que sobre la formalización presentada se circunscribe toda la controversia que conocerá la segunda instancia, definiendo así los perfiles de la pretensión impugnatoria.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. NATURALEZA JURÍDICA DEL ESCRITO DE FORMALIZACIÓN
- III. CARACTERÍSTICAS DEL ESCRITO DE FORMALIZACIÓN DE LA APELACIÓN
- IV. FINALIDAD DEL ESCRITO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA APELACIÓN
- V. CONCLUSIONES
- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En el proceso contencioso administrativo, el escrito de formalización de la apelación a que hace referencia el artículo 19, párrafo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (antes, artículo 162 en su aparte único de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), constituye un acto fundamental del proceso, ya que si la apelación es realizada cumpliendo con las formalidades esenciales de tiempo, lugar y forma y el escrito no es presentado, o siendo presentado éste es defectuoso, la apelación se considerará desistida y la sentencia objeto del recurso adquirirá el carácter de definitivamente firme y por lo tanto será irrevisable, al menos por los recursos ordinarios previstos en la Ley.

El objeto del presente trabajo consiste en el análisis de las características esenciales de este escrito de fundamentación (también llamado por nuestra jurisprudencia formalización) de la apelación a que hace referencia el párrafo 19 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (en adelante LOTSJ), razón por la cual trataremos de desarrollar los aspectos más importantes de este escrito según lo establecido por nuestra jurisprudencia. Asimismo también estudiaremos los pronunciamientos de la doctrina sobre el punto, por cierto bien escasa, para finalizar con nuestras propias conclusiones.

Comenzaremos estudiando la naturaleza jurídica de este escrito, tomando en consideración lo que ha reiteradamente señalado nuestra jurisprudencia, para seguir con el análisis de sus características. Posteriormente, veremos la consecuencia de su falta de presentación o de situaciones similares, tal como ocurre cuando la formalización presentada es defectuosa. En este capítulo también analizaremos el punto, por demás interesante, de las violaciones del orden público y su relación con el desistimiento de la apelación por la falta de formalización. Luego expondremos nuestras conclusiones sobre todos los puntos desarrollados.

Cabe destacar que el escrito de formalización de la apelación, constituye una excepción en materia de recursos en todo nuestro Derecho Procesal; siendo la regla general que la apelación no debe fundamentarse, en el contencioso administrativo es condición esencial para que la misma sea válida su adecuada formalización¹. Curiosamente, en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal también se establece la obligatoriedad de la fundamentación de la apelación de sentencias, señalamos esto sólo como dato curioso, ya que este Código es una de las leyes procesales fundamentales de la República.

La formalización de la apelación ha tenido poquísima atención por parte de nuestra doctrina, ello a pesar de que gran cantidad de casos han sido declarados desistidos por la falta de formalización o por haber sido presentada ésta en forma defectuosa. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido sobre este punto tan abundante, que es relativamente fácil señalar los principios y características fundamentales que rigen esta institución. Sobre ello versará esta investigación.

Esta institución tiene una especial relevancia, ya que si bien la jurisprudencia ha afirmado en la mayoría de sus decisiones (sin embargo esta tendencia no es pacífica) que la apelación de las sentencias interlocutorias, al no resolver el fondo del asunto no requieren de formalización (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en lo adelante CPCA, sentencias del 14 de febrero de 1996 y 14 de marzo de 2001), también ha señalado que las apelaciones de sentencias que tengan fuerza de definitivas sí deben fundamentarse correctamente, de lo contrario se considerará desistida la apelación. (*Vid.* CPCA, sentencia de fecha 30 de mayo de 2001).

Así, no dudamos de la importancia que tiene un análisis de este párrafo 19 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en razón que como precisáramos antes, una gran cantidad de casos se resuelven por la falta de fundamentación o por haber sido ésta presentada en forma inadecuada, lo cual acarrea el desistimiento de la apelación.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL ESCRITO DE FORMALIZACIÓN DE LA APELACIÓN

El escrito de formalización de la apelación presenta una naturaleza jurídica realmente especial, toda vez que la serie de elementos que le dan individualidad propia son realmente dignos de un estudio detenido. Dentro de estos elementos que determinan la naturaleza jurídica del escrito de fundamentación de la apelación debemos destacar los siguientes:

a) Es un acto formal: el escrito de formalización de la apelación es un acto formal, debe reunir una serie de requisitos indispensables para que sea considerado correctamente fundamentado.

1. De allí que el Maestro Enrique Vescovi señalara que “la mayoría de los sistemas interamericanos establecen que él (el escrito) se limitará a dicha interposición, sin establecer fundamentos. Dicho de otro modo, la expresión de los agravios, la sustentación del recurso, se realiza por separado, también mayoritariamente ante el Tribunal Superior (*juez ad quem*)”. *Vid.*, *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1988, p.133.

No sólo debe ser presentado dentro de los quince (15) días hábiles siguientes desde que se dé inicio a la relación de la causa (bien ante la SPA del TSJ o de las Cortes de lo Contencioso Administrativo), sino que también debe indicar con claridad y precisión los fundamentos de hecho y de derecho de la apelación. En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, al señalar:

Con base en lo anterior, esta Sala considera oportuno reiterar el criterio asumido en fallos anteriores (sentencia dictada en fecha 2 de mayo de 2000, número 00966. Caso *Construcciones ARX C.A.*) referido a cuándo se debe considerar defectuosa o incorrecta una apelación. Así, de conformidad con la sentencia *supra* citada, la apelación ha de considerarse defectuosa cuando el escrito contentivo de su fundamentación, carece de sustancia, esto es, que no se señalen concretamente los vicios, de orden fáctico o jurídico, en que pudo incurrir el fallo contra el cual se recurre, todo ello atendiendo a la norma prevista en el artículo 162 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, es conteste la jurisprudencia en considerar defectuosa o incorrecta la fundamentación de la apelación, en aquellos casos en que la parte recurrente se limite a transcribir las argumentaciones que ha expuesto en la instancia, sin aportar -como se avisara anteriormente-, su apreciación sobre los posibles vicios de que adolece el fallo impugnado. (Sentencia de la Sala Política Administrativa de fecha 25 de junio de 2002).

Igualmente la CPCA ha señalado:

Sobre el anterior particular, observa esta Corte que el formalizante en el escrito presentado, sólo señala que las pruebas presentadas en el Tribunal de la Carrera Administrativa, no son genéricas, sino por el contrario, son precisas y categóricas, sin fundamentar en forma alguna su afirmación, razón por la cual, esta Alzada debe desechar la presente denuncia, por ser la misma imprecisa, ya que el recurrente no señala de manera concisa porque las mencionadas pruebas no eran genéricas. Así se declara. (Sentencia n° 808 de fecha 3 de mayo de 2001).

Como se colige de las sentencias citadas, el escrito de formalización debe reunir ciertas formalidades a los fines de que sea correctamente presentado. Sin embargo, también nuestra jurisprudencia ha señalado que si bien la fundamentación de la apelación debe reunir ciertas formalidades, éstas no son tan estrictas como las exigidas para la formalización del recurso de casación. En tal sentido, ha precisado la CPCA lo siguiente:

Ello ha conducido a esta Corte ha considerar en criterio reciente que la correcta fundamentación de la apelación exige, en primer lugar, la oportuna presentación del escrito correspondiente y, en segundo lugar, la exposición de las razones de hecho y de derecho en que funde el apelante su recurso, independientemente de que tales motivos se refieran a la impugnación del fallo por vicios específicos o la disconformidad con la decisión recaída en el juicio. Ello deriva de la naturaleza propia del recurso de apelación, el cual puede servir como medio de impugnación, o como medio de atacar un gravamen. Y así se ha considerado que, basta que el apelante señale las razones de disconformidad con la sentencia de instancia o los vicios que ésta contiene, ya que en sede contencioso administrativa no se requiere el cumplimiento de las formalidades técnico - procesales propias del recurso de casación. Con lo cual, efectivamente existe una carga en cabeza del apelante de no limitarse a consignar el escrito en el lapso establecido para ello, sino también y conjuntamente, de expresar por lo menos, su disconformidad con el fallo de la primera instancia.

Tales consideraciones se hacen aún más patentes, dado que el Texto Constitucional consagra el proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia y así esta Corte, como juez de Alzada, debe garantizar la realización de la justicia para la parte apelante, quien desfavorecido por el fallo de la primera instancia ejerce el recurso de apelación y debe fundamentarla, sin que sea imperativo expresar con certeza los vicios en los que puede haber incurrido el fallo, sino que se limita a sostener que tenía la razón en la primera instancia, con lo cual obvio es que manifiesta su disconformidad con lo decidido... (Sentencia n° 795 de fecha 3 de mayo de 2001).

En efecto, no es condición indispensable que el escrito de formalización indique con las formalidades técnico - procesales del recurso de casación, los vicios de que adolece la sentencia, sino que basta con indicar, con cierta precisión, en qué la parte apelante disiente de la sentencia y el por qué de tal disentimiento, de lo contrario, el recurso sí se considerará defectuosamente formalizado. Por lo tanto, la formalización de la apelación es un acto formal, aunque en menor medida que el de la formalización del recurso de casación.

b) Es un acto procesal: el escrito de formalización, sin duda alguna, constituye un acto procesal, es decir, un acto de parte ligado indisolublemente al proceso, con la finalidad de modificar algún efecto procesal².

El principal efecto procesal es que la apelación continúe su curso, es decir, la presentación adecuada del escrito permite que el juez *ad-quem* conozca del fondo del asunto, con plena jurisdicción. La formalización es un acto procesal fundamental para la continuación del proceso en la segunda instancia.

c) Es un acto de parte: La fundamentación de la apelación no sólo es un acto formal y procesal, sino que también es un acto de parte, si entendemos como parte procesal, siguiendo al maestro Devis Echandía, a quienes intervienen en el proceso sin que importe la situación en que se encuentren respecto del derecho sustancial discutido o por satisfacer y del litigio que sobre ese derecho se haya presentado³, el acto de la formalización de la apelación es un acto de parte, no del órgano jurisdiccional, por lo tanto, constituirá sólo una carga procesal de las partes, cuyo incumplimiento acarrea necesariamente el desistimiento de la apelación.

Siendo el principio general que impera en esta materia que únicamente quien tiene cualidad de parte puede apelar, es decir, aquel a quien el juez no le ha concedido lo solicitado en la medida que pretendía⁴, también únicamente quien haya apelado (y por lo tanto sea parte) podrá ser quien formalice la apelación.

A esta conclusión también es fácil de llegar a través de un simple análisis del párrafo 19 del artículo 19 de de la LOTSJ⁵, el cual dispone:

Las apelaciones que deben tramitarse ante el Tribunal Supremo de Justicia seguirán los siguientes procedimientos: iniciada la relación de la causa, conforme a los autos, *la parte apelante deberá presentar un escrito donde exponga las razones de hecho y de derecho en que fundamenta la apelación, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes*. Inmediatamente, se abrirá un lapso de cinco (5) días hábiles continuos, para que la otra parte dé contestación a la apelación. La falta de comparecencia de la parte apelante se considerará como desistimiento de la acción, y así será declarado, de oficio o a instancia de la otra parte". (Resaltado nuestro).

-
2. El Maestro Eduardo Couture nos enseñaba que por acto procesal "se entiende el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales. El acto procesal es una especie dentro del género del acto jurídico. Su elemento característico es que el efecto que de él emana, se refiere directa o indirectamente al proceso". (*Vid., Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3° Edición (Póstuma), Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 201).
 3. En su obra *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 307.
 4. Aldo Bacre, *Recursos Ordinarios y Extraordinarios*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1999, p. 214.
 5. Por su parte, establecía esta carga procesal la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en similares términos: "En la audiencia en que se dé cuenta de un expediente enviado a la Corte en virtud de apelación, se designará ponente y se fijará la décima audiencia para comenzar la relación. *Dentro de ese término el apelante presentará escrito* en el cual precisará las razones de hecho y de derecho en que se funde. Vencido ese término correrá otro de cinco audiencias para la contestación de la apelación. Si el apelante no presentare el escrito en el lapso indicado, se considerará que ha desistido de la apelación y así lo declarará la Corte, de oficio o a instancia de parte". (Resaltado y negritas nuestras).

Como se colige del artículo copiado, es evidente que sólo el apelante podrá formalizar la apelación, no podrá hacerlo un tercero por éste bajo ningún aspecto⁶. Ahora bien, ¿qué pasa si el tercero coadyuvante en la pretensión del apelante sí formaliza la apelación cuando éste no lo hace?

Indudablemente que la apelación debe considerarse a todo evento desistida, ya que la formalización es una carga del apelante, y no puede el tercero coadyuvante subrogarse en tal carga procesal⁷.

Otra interrogante también de interés, es si el adherente a la apelación también debe fundamentar la misma o si, por el contrario, tal carga no recae sobre él sino sólo sobre el apelante.

Al respecto, la jurisprudencia ha precisado, en nuestra opinión de manera incorrecta, que el adherente a la apelación sí debe fundamentar su pretensión, precisando al respecto lo siguiente:

6. A pesar que en nuestro criterio esta es la solución que más se adecua a la fundamentación de la apelación, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en decisión de fecha 23 de enero de 2003 (caso *Inversiones Bricalla S.A.*) decidió que en los casos de litis consorcios activos, la formalización de la apelación por parte de uno solo de los litisconsortes, aprovecha a los demás. En efecto, la citada decisión afirma: “En este sentido se observa que a pesar de haber sido interpuesto el recurso de nulidad por la mencionada compañía y por las ciudadanas previamente identificadas, accionistas de la misma, la apelación fue ejercida únicamente por la sociedad mercantil Inversiones Bricalla S.A., lo cual se evidencia a los folios 100, 101 y 106, donde constan copias de las diligencias por medio de las cuales el abogado Guillermo Balza García, actuando únicamente en nombre de la identificada empresa, apeló y ratificó varias veces la apelación ejercida contra la sentencia que declaró la improcedencia de la suspensión de efectos solicitada por las recurrentes. No obstante lo anterior, al momento de fundamentar la apelación los representantes judiciales de la aludida sociedad mercantil y de sus accionistas, actuaron en nombre de todas ellas, es decir, la apelación es fundamentada tanto por Inversiones Bricalla S.A., como por las ciudadanas (...) aún cuando estas últimas no habían ejercido tal recurso.

Respecto a este punto, es importante precisar que en el presente caso existe una pluralidad de partes en la posición de demandantes, cuya pretensión y causa *petendi* son idénticas, lo cual configura un *litis consorcio* activo.

En virtud de ello, y dado que la relación jurídico material no puede escindirse, afectando por igual la decisión del recurso de apelación ejercido por una sola de las demandantes a las otras, esta Sala considera pertinente de conformidad con el artículo 88 de la LOCSJ que establece la supletoriedad de las normas del CPC en los procedimientos que cursen por ante esta Máxima Instancia, aplicar lo dispuesto en el artículo 148 del mencionado texto normativo (...) Conforme al dispositivo anterior, y toda vez que la decisión de esta alzada sobre la apelación interpuesta incide por igual en la esfera jurídica de cada una de las partes accionantes, la Sala estima que la apelación ejercida por la sociedad mercantil Inversiones Bricalla S.A. aprovecha igualmente a las ciudadanas (...) siendo por ende procedente la participación de éstas en la fundamentación de la apelación interpuesta. Así se decide”. Esta sentencia no desvirtúa la conclusión a que se llega en el texto, toda vez que el litisconsorte, en términos estrictamente procesales, no es un tercero, sino que reúne, sin duda alguna, la condición de parte. Por esta razón es evidente que la formalización de la apelación presentada por uno sólo de ellos, es perfectamente coherente con los lineamientos seguidos por la LOTSJ para considerar que debe continuarse con el procedimiento en la segunda instancia al cumplirse con los requisitos exigidos por el artículo 19, párrafo 19 de la LOTSJ.

7. Al respecto, la CPCA en decisión de fecha 24 de octubre de 2000, afirmó: “En consecuencia, en atención a la clara relación de dependencia o subordinación en que se encuentra el tercero coadyuvante respecto a la parte principal en el proceso en que actúan, la intervención de aquél, en el proceso termina, como ocurre en el presente caso, como consecuencia legal del desistimiento presentado por la parte principal, quedando extinguida la instancia para ambas partes. Así se declara”.

En particular, esta Corte considera que, no son aplicables en esta Jurisdicción las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil referentes a la forma y al tiempo para la adhesión a la apelación, en razón de que las mismas no concuerdan con las especiales características de la apelación en esta jurisdicción. En efecto, si la adhesión a la apelación es un recurso - aunque adherente y subordinado propio y específico - es necesario considerar al adherente como un verdadero apelante (*sic*) que está solicitando en nombre propio y en su interés, la modificación del fallo de primera instancia, en aquello que lo perjudica, está pues devolviendo al juez *ad-quem* algunas cuestiones resueltas por el a-quo. En esta medida no puede limitarse a apelar, sino que debe, al igual que el apelante, precisar ante el *ad quem* las razones de hecho y de derecho en que se funde, es decir, debe formalizar también su recurso. (Sentencia de la CPCA de fecha 20 de mayo de 1995, ratificada por decisiones de fechas 21 de junio de 1995 y la N° 1.655 del 12 de diciembre de 2000).

La sentencia comentada incurre en algunas imprecisiones, en tal sentido, ha seguido la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa, tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia como del ahora Tribunal Supremo de Justicia, por demás en forma pacífica y reiterada, que la adhesión a la apelación sí puede presentarse hasta el acto de los últimos informes, de conformidad con lo previsto en el artículo 301 del CPC. Sin embargo, la CPCA ha señalado que no se aplica este Código y pretende convertir, en forma absoluta, al adherente a la apelación en un simple apelante, con las mismas cargas que a éste, cargas que bajo ningún aspecto se establecen ni en el Código de Procedimiento Civil y menos aún en la LOTSJ⁸.

Por lo tanto, el adherente a la apelación no es un apelante, ello así, no se le pueden imponer las mismas cargas que a éste y dejarle a su vez en dependencia absoluta del recurso principal. En efecto, supongamos que el adherente a la apelación sí cumple con esta exigencia y formaliza adecuadamente su recurso, y luego el apelante desiste de la apelación, ¿entonces? se llenó de cargas al adherente y se le sigue concibiendo como parte subordinada en forma absoluta al apelante principal.

d) Es una carga procesal: la fundamentación de la apelación constituye un acto obligatorio de la parte que pretenda seguir la *litis* en la instancia superior, es decir, constituye una verdadera carga procesal⁹.

Ciertamente, la falta de adecuada formalización implica de por sí el desistimiento de la apelación, trayendo la respectiva carga desfavorable sobre el apelante, cual es que la sentencia recurrida adquiera el carácter de definitivamente firme y sea inmodificable en todo proceso futuro, al menos por los recursos ordinarios que consagra nuestro ordenamiento jurídico.

También ha referido la doctrina que “esta formalización de la apelación es sin duda, una parte esencial del procedimiento, pues si el apelante no presentare el escrito en el lapso

8. Como tampoco se establecían en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

9. A este respecto, ha dicho la doctrina: “Hay derechos subjetivos cuyo no ejercicio no acarrea consecuencias desfavorables en el proceso (por ejemplo: el no cobro de unas costas o de una indemnización reconocidas por providencia ejecutoriada) en cambio, existen otros, (...) cuyo no ejercicio trae consecuencias procesales desfavorables, que pueden incidir también desfavorablemente en los derechos subjetivos sustanciales que se están reclamando o defendiendo en el proceso. En el último caso existirá una carga procesal de su ejercicio oportuno y en debida forma, para evitar esas consecuencias desfavorables: demandar antes de que se produzca la caducidad de la acción o la prescripción del derecho sustancial, comparecer el demandado o imputado a defenderse para no agravar su situación en el proceso; probar para no recibir sentencia desfavorable; recurrir para no sufrir las consecuencias de una providencia del juez adversa o equivocada”. (Devis Echandia, *ob. cit.*, p. 365).

indicado, se considerará que ha desistido de la apelación, y así lo declarará el Tribunal o la Corte, de oficio o a instancia de parte”¹⁰.

e) Es un acto de impugnación de la sentencia apelada: con la fundamentación de la apelación se persigue sólo la declaratoria de nulidad de la sentencia apelada, razón por la cual no se deben presentar alegatos tendentes a demostrar la nulidad o legalidad del acto administrativo impugnado, según sea el caso, sino sólo los vicios de que adolece la decisión recurrida. Sin embargo, a raíz de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, la jurisprudencia ha matizado este principio, flexibilizando el criterio anterior y aceptando que la formalización ha sido correctamente presentada cuando se aleguen, incluso confusamente, vicios de la sentencia. Así lo ha delimitado claramente la jurisprudencia, precisando al respecto lo siguiente:

En cuanto al alegato de la querellante, en el sentido de que la apelación no fue fundamentada por cuanto no ataca vicios de la sentencia, debemos observar que ese criterio ha sido abandonado desde hace un buen tiempo, siendo que más recientemente se ha considerado que no es necesario, para fundamentar la apelación, denunciar concretamente la presencia de determinados vicios de la sentencia, como si se tratase de casación, sino que se considera que la apelación ha sido suficientemente fundamentada con la sola expresión del desacuerdo con lo decidido por el *a quo*, requisito que en este caso ha sido más que cumplido por la apelante, por lo cual se debe desechar tal argumento de la no fundamentación de la apelación, y en consecuencia la solicitud de declaratoria de perención presentada por la recurrente, la cual no operó en el presente caso. Así se declara. (CPCA; Sentencia N° 1844, de fecha 21 de diciembre de 2000)

Sin embargo, cuando las denuncias son genéricas o de tal modo imprecisas que imposibilitan al Superior conocer realmente cuales son los motivos de impugnación de la sentencia, sí se ha declarado la apelación desistida. Así, ha precisado la misma CPCA lo siguiente:

Observa esta Corte que el formalizante en el escrito presentado, sólo señala que las pruebas presentadas en el Tribunal de la Carrera Administrativa, no son genéricas, sino por el contrario, son precisas y categóricas, sin fundamentar en forma alguna su afirmación, razón por la cual, esta Alzada debe desechar la presente denuncia por ser la misma imprecisa, ya que el recurrente no señala de manera concisa por qué las mencionadas pruebas no eran genéricas. (Sentencia N° 808 del 3 de mayo de 2001).

En conclusión, podemos afirmar que la formalización de la apelación persigue la fundamentación de hecho y de derecho que justifica la nulidad de la sentencia objeto de apelación, sin que sea necesario explicar los alegatos planteados en la instancia, sin embargo, debido a la gran flexibilización que con respecto a este punto ha mostrado la jurisprudencia dominante, siempre y cuando se manifieste en forma indubitante el desacuerdo con la sentencia recurrida, será considerada correctamente formalizada la apelación.

III. CARACTERÍSTICAS DEL ESCRITO DE FORMALIZACIÓN DE LA APELACIÓN

De seguidas pasamos a analizar las características del escrito de formalización de la apelación, dentro de las cuales cabe destacar las siguientes:

a) El escrito de fundamentación de la apelación determina el objeto de la controversia en la segunda instancia.

10. Allan Brewer Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Contencioso Administrativo, t. VII, 3ª Edición, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1997, p. 263.

En efecto, como primera nota de los elementos que caracterizan al escrito de fundamentación, se debe destacar que éste determina el objeto de la controversia en toda la segunda instancia.

Ciertamente, con el escrito de formalización se delimita y concreta la controversia en la segunda instancia. Obviamente, tal como lo ha señalado la doctrina, mientras mejor sea la delimitación y la concreción de los términos, amplitud y extremos de la apelación, mayor será el beneficio para el recurrente, tanto para la defensa de sus propias pretensiones, como con respecto al quehacer del órgano jurisdiccional.¹¹

Igualmente, a este respecto la CPCA ha precisado:

La apelación prevista contra las sentencias de los Tribunales que deciden en materia contencioso administrativa en primera instancia tiene un carácter particular, por cuanto no basta con ejercer el indicado recurso, sino que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 162 exige su formalización mediante un escrito en el cual se señalen los motivos de hecho y de derecho que determinan su ejercicio, sin lo cual, opera una presunción de desistimiento del mismo que puede ser declarada tanto a solicitud de parte como de oficio. La apelación posee así un carácter muy especial por cuanto lo que se pretende del apelante es que delimite los motivos de impugnación que desea formular contra el fallo recurrido, a fines de que el Tribunal de alzada de proceder, corrija o enmiende los vicios o irregularidades que se imputan a la decisión. Lo anterior no impide que se replanteen por parte del formalizante los argumentos a favor o en contra del acto que fuera objeto de recurso, en razón de lo cual la correcta formalización ha de contener prioritariamente las razones por las cuales se impugna la sentencia apelada y sólo en segundo lugar, y como motivo de fondo contra la misma, la defensa o ataque del acto administrativo que constituyera el objeto de la decisión de primera instancia. *De allí que el apelante es quien determina en el momento de la formalización el objeto controversial, delimitando los puntos sobre los cuales recaerá la decisión de la segunda instancia.* (Sentencia de la CPCA de fecha 18 de noviembre de 1993). (Resaltado nuestro).

Este criterio fue ratificado igualmente en sentencias de esa misma Corte en fechas 2 de abril de 1997 y 3 de mayo de 2001.

Por su parte, en sentencia de fecha 20 de marzo de 2001, la CPCA señaló que con el escrito de formalización, se permite “definir los perfiles de la pretensión impugnatoria de quien solicita un reexamen de la sentencia que ha causado un gravamen a los intereses debatidos en juicio”.

Será sólo el apelante, quien al momento de la formalización establecerá el objeto de la controversia en la segunda instancia. ¿Qué quiere decir esto? Si la sentencia impugnada anula un acto administrativo de efectos particulares por incompetencia del funcionario que dictó el acto, si el apelante (quien será el representante del órgano o ente que dictó el acto), al momento de fundamentar su apelación sólo presenta argumentos de fondo tendentes a demostrar la legalidad del acto, sin impugnar la sentencia y demostrar la competencia del funcionario que dictó el acto, sencillamente el Tribunal Superior (bien la Sala Político Administrativa o la Corte Primera o Segunda de lo Contencioso Administrativo) deberá declarar desistida la apelación, toda vez que el apelante sencillamente se conformó con el vicio establecido en la sentencia objeto de apelación, al no cuestionar la incompetencia declarada.

11. Al respecto se ha señalado, no sin razón “...que el apelante concrete y delimite, como aquí proponemos, los términos, amplitud y extremos a que se refiere la apelación, comporta una mayor utilidad y beneficio, tanto para la defensa de sus propias pretensiones, como con respecto al quehacer del órgano jurisdiccional, que la actitud de dejar en manos de tribunal superior, exclusivamente, la suerte del recurso”. (Vid., Jaime Sole Riera, *El Recurso de Apelación Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 69).

b) la confusión de alegatos del formalizante no es causal suficiente para declarar desistida la apelación:

La jurisprudencia ha señalado que la formalización confusa no implica que se declare desistida la apelación. Ciertamente, señaló la CPCA lo siguiente:

Sostiene la parte apelante, que el recurrente presentó sus alegatos en forma ambigua, confundiendo los vicios de inmotivación y de falso supuesto, (vicios en los que no incurrió la Administración). Al respecto, este Juzgador considera conveniente aclarar que, aunque el recurrente plantee o presente sus alegatos de modo confuso, disperso o ambiguo, confundiendo en muchas ocasiones términos que no guardan relación entre sí, el sentenciador tiene el deber y la obligación de tratar de discernirlos, debe procurar llegar a la intención real del demandante, al sentido exacto que quiso darle a su exposición, sin incumplir en ningún momento el 'principio dispositivo y de verdad procesal' contenido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil; es decir, todo juzgador está en la obligación de esclarecer los alegatos presentados por las partes en un proceso, aunque éstos resulten confusos o incomprensibles, sin incurrir en *ultrapetita* o quebrantar alguno de los principios procesales contenidos en el mencionado Código. (Sentencia de fecha n° 168 de fecha 28 de febrero de 2001).

Basta que se manifieste el desacuerdo con la sentencia recurrida para que la apelación se considere correctamente formalizada. Incluso la jurisprudencia ha señalado:

Así, se ha dejado sentado que la correcta fundamentación a la apelación exige, en primer lugar, la oportuna presentación del escrito correspondiente y, en segundo lugar, la exposición de las razones de hecho y de derecho en que funde el apelante su recurso, independientemente de que tales motivos se refieran a la impugnación del fallo por vicios específicos o la disconformidad con la decisión recaída en el juicio. Tal exigencia se deriva de la naturaleza propia del recurso de apelación, el cual puede servir como medio de impugnación o como medio de atacar un gravamen. En consecuencia, *basta que el apelante señale las razones de disconformidad con la sentencia de instancia o los vicios de la cual ésta adolece...* (Sentencia n° 1098 de fecha 30 de mayo de 2001). (Resaltado nuestro).

c) el escrito no necesariamente debe cumplir los requisitos técnico-procesales del recurso de casación:

También ha precisado la jurisprudencia, en especial la de la CPCA, que la fundamentación de la apelación no debe cumplir con las formalidades técnico procesales del recurso de casación. En efecto:

[...] basta que el apelante señale las razones de disconformidad con la sentencia de instancia o los vicios de la cual ésta adolece, ya que en sede contencioso administrativa no se requiere el cumplimiento de las formalidades técnico procesales propias del recurso de casación. (Sentencia n° 333 de fecha 20 de marzo de 2001).

La apelación tiene, en virtud de lo anterior, gran analogía con el recurso de casación por lo que atañe a los vicios que se le imputan a la sentencia apelada, ya que estos han de quedar perfectamente determinados, pero advierte esta Corte que tal analogía es relativa, por cuanto el juez de Alzada no es simplemente un contralor de derecho, sino que su potestad abarca la decisión de todo el asunto ya que tiene poder de revisión del acto administrativo originalmente impugnado [...].

Ello ha conducido a esta Corte ha considerar en criterio reciente que la correcta fundamentación de la apelación exige, en primer lugar, la oportuna presentación del escrito correspondiente y, en segundo lugar, la exposición de las razones de hecho y de derecho en que funde el apelante su recurso, independientemente de que tales motivos se refieran a la impugnación del fallo por vicios específicos o la disconformidad con la decisión recaída en el juicio. Ello deriva de la naturaleza propia del recurso de apelación, el cual puede servir como medio de impugnación o como medio de atacar un gravamen. Y así se ha considerado que, basta que el apelante señale las razones de disconformidad con la sentencia de instancia o los vicios que ésta contiene, ya que en sede contencioso administrativa no se re-

quiere el cumplimiento de las formalidades técnico-procesales propias del recurso de casación. Con lo cual, efectivamente existe una carga en cabeza del apelante de no limitarse a consignar el escrito en el lapso establecido para ello, sino también y conjuntamente, de expresar, por lo menos, su disconformidad con el fallo de primera instancia. (Sentencia N° 795 de fecha 3 de mayo de 2001).

Como se colige de las sentencias transcritas, a pesar de que la formalización de la apelación requiere de algunas exigencias mínimas en cuanto a la denuncia de la sentencia recurrida, tales exigencias no son de tal magnitud que permitan identificarlas con el recurso extraordinario de casación.

d) la apelación de las sentencias interlocutorias y su formalización:

Punto importante cuando estudiamos las características de la fundamentación de la apelación, es el referente a la formalización de las sentencias interlocutorias. Al respecto, si bien la jurisprudencia no ha sido pacífica al respecto, la tendencia dominante parece ser la no exigencia de este requisito, ya que las sentencias interlocutorias no resuelven el fondo del asunto con carácter definitivo.

Así, la CPCA ha señalado:

Sin embargo, conviene destacar en esta oportunidad el criterio sostenido en sentencia de fecha 14 de febrero de 1996, (caso *Joachim Dieter Freitz*), reiterado en posteriores decisiones, en el sentido de que en las apelaciones contra sentencias interlocutorias (que no definitivas) no se exige de la parte recurrente -en Alzada- la presentación del escrito de formalización del recurso prevista en el artículo 162 de la ley antes citada. Por tanto, y en virtud de que en el presente caso la apelación se interpone contra una decisión interlocutoria, que no resuelve el fondo de litigio sino una incidencia del mismo, resulta improcedente la aplicación de la sanción contenida en el precitado artículo por la falta de presentación del escrito de fundamentación del recurso. Así se decide: (Sentencia N° 294 del 14 de marzo de 2001).

En posición contraria, la misma CPCA ha establecido la obligatoriedad de fundamentar las apelaciones de las sentencias interlocutorias, señalando al respecto:

En el sentido expuesto, y considerando que esta Corte ha establecido el criterio de la necesaria fundamentación de las apelaciones de sentencias interlocutorias, aun las que tengan fuerza de definitiva como ocurre en el presente caso, se hace necesario verificar, previo a las consideraciones de fondo, la realización o no de la fundamentación aludida, a fin de tener conocimiento de las razones de hecho o de derecho sobre las que el o los apelantes sustentan su actuación procesal, independientemente de que con posterioridad a ello pueda la Corte estimar razones distintas a las planteadas por los recurrentes, o que pueda apreciar de oficio elementos de orden público cuyo cumplimiento no es necesario que haya sido alegado por las partes (Sentencia N° 1.098 de fecha 30 de mayo de 2001).

A pesar de que la jurisprudencia en este punto no es pacífica, consideramos que las sentencias interlocutorias no deberían fundamentarse, toda vez que no resuelven el fondo del asunto sometido a litigio, aunado al hecho que también alargan injustificadamente la resolución de la incidencia. Igualmente, si la intención del Superior es conocer los fundamentos de la apelación, a todo evento, cuando se apele de la sentencia definitiva ésta se deberá fundamentar, incluyendo los alegatos relativos a la incidencia apelada en caso que no se haya a la fecha aún resuelto, de conformidad con lo previsto en el derogado artículo 88 de la LOCSJ, el cual señalaba que en aquellos casos en los que habiendo sido oída la apelación de una sentencia interlocutoria, ésta no fuere decidida antes de la sentencia definitiva, "...podrá hacérsela valer nuevamente junto con la apelación de la sentencia definitiva, a la cual se acumulará aquella".

IV. FINALIDAD DEL ESCRITO DE FUNDAMENTACIÓN DE LA APELACIÓN

En este aparte analizaremos la finalidad del escrito de fundamentación de la apelación, razón por la cual consideramos que es primordial entender, que el escrito de formalización delimita, recién inaugurada la segunda instancia, toda la controversia que en adelante se seguirá conociendo por el *ad quem*¹².

Así, ha precisado la jurisprudencia que “la fundamentación de la apelación tiene como fin poner en conocimiento al juez revisor de los vicios que se le atribuyen al pronunciamiento de primera instancia, así como los motivos de hecho y de derecho que sustentan dichos vicios. Tal exigencia, permite definir los perfiles de la pretensión impugnatoria de quien solicita un reexamen de la sentencia que ha causado un gravamen a los intereses debatidos en juicio”¹³.

Si ello es así, cabría preguntarse, ¿qué pasaría si una formalización es defectuosa o, peor aún, no es siquiera presentada y se evidencia de los autos una flagrante violación al orden público¹⁴?

A este respecto, la doctrina ha señalado:

[...] la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, se ha zafado frecuentemente de esa obligación de fundamentar la apelación, y debiendo simplemente declarar que como no se formalizó la apelación en tiempo oportuno, se declara desistido el recurso, se ha decidido a considerar la cuestión de fondo por considerar que en la misma están implícitas cuestiones de interés. De manera pues, fíjense ustedes, la poca utilidad práctica que tiene esta fundamentación, que por lo demás, si el recurso de apelación tiene esta fundamental inte-

12. De allí que el Tribunal Supremo español haya señalado: “Es cierto que el recurso de apelación tiene carácter general y en él cabe la revisión de todas las cuestiones que hayan sido objeto de debate, pero debe precisarse que tales cuestiones son las sometidas a la consideración del propio recurso, no, las totales que configuraron el debate de la primera instancia, pues así como la pretensión del actor determina, inicialmente, el objeto de la primera instancia del proceso, aparte las que pueda introducir el demandado, así también, la pretensión del apelante al impugnar la sentencia en todo o en parte, establece la cuestión sobre la que debe versar el recurso, o sea, que el grado de aceptación o de impugnación de la sentencia recurrida, indica el contencioso que subsiste y delimita, a su vez, los poderes del órgano ‘*ad quem*’ para resolver con lo solicitado en el recurso (...) es decir, aquél no puede dictar la sentencia que habría dictado de haber actuado como órgano jurisdiccional de primera instancia, sino dictar la que debe dentro de los límites perjudiciales a juicio del apelante, que han sido sometidos a su consideración, y lo que más puede hacer es desestimar las peticiones del recurrente, sin que el apelado pueda solicitar otra cosa que no sea el mantenimiento de la resolución apelada, a no ser que se adhiera a la apelación del contrario”. (Consultada en Sole Riera, *ob. cit.*, p. 70).

13. Sentencia N° 333 de fecha 20 de marzo de 2001, CPCA.

14. La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha definido el concepto de orden público en sentencia N° 13 de fecha 23 de febrero de 2001, en los siguientes términos: “...el concepto de orden público representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada. La indicación de estos signos característicos del concepto de orden público, esto es, la necesidad de la observancia incondicional de sus normas, y su consiguiente indisponibilidad por los particulares, permite descubrir con razonable margen de acierto, cuando está o no en el caso de infracción de una norma de orden público.

A estos propósitos es imprescindible tener en cuenta que si el concepto de orden público tiende a hacer triunfar el interés general de la sociedad y del estado frente al particular del individuo, para asegurar la vigencia y finalidad de determinadas instituciones de rango eminente, nada que pueda hacer o dejar de hacer un particular y aun una autoridad, puede tener la virtud de subsanar o de convalidar la contravención que menoscabe aquel interés, lo que equivaldría a dejar en manos de los particulares o de las autoridades, la ejecución de voluntades de Ley que demandan preterito acatamiento”. *Vid., Doctrina de la Sala de Casación Civil*, Colección Doctrina Judicial, N° 1, Ediciones TSJ, 2002, p. 237.

rés público porque es un instrumento de garantía para la eficacia de los derechos que se concretan en una buena administración de justicia, en vez de trabarlo, en vez de dificultarlo, someterlo a condiciones diferentes de las que exige el recurso, los legisladores deben tratar de lograr que se haga mediante un trámite sencillo y expedito¹⁵.

Por su parte, la jurisprudencia también ha señalado que cuando estamos en presencia de una infracción a normas de orden público, a pesar de haberse desistido de la apelación, la Corte puede conocer de oficio y corregir la infracción. En tal sentido:

[...] se hace necesario verificar, previo a las consideraciones de fondo, la realización o no de la fundamentación aludida, a fin de tener conocimiento de las razones de hecho o derecho sobre las que el o los apelantes sustentan su actuación procesal, *independientemente de que con posterioridad a ello pueda la Corte estimar razones distintas a las planteadas por los recurrentes, o que pueda apreciar de oficio elementos de orden público cuyo cumplimiento no es necesario que haya sido alegado por las partes* [...]. (CPCA, sentencia N° 1.098 de 30 de mayo de 2001). (Resaltado nuestro).

En efecto, mal podría la Corte declarar desistido el recurso de apelación cuando con la sentencia recurrida se han violentado normas de orden público. Así, cuando la CPCA ha declarado procedente el desistimiento expreso (con más razón para el tácito), siempre lo ha condicionado a la no vulneración de normas de orden público. En sentencia N° 1.297 de fecha 23 de octubre de 2000, la CPCA dispuso: “Por otro lado, el presente desistimiento versa sobre derechos y materias disponibles por las partes, y en las cuales no esté involucrado el orden público, razón por la cual quedan satisfechos los requerimientos establecidos en el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, al haberse llenado los requisitos exigidos en los mencionados artículos del Código de Procedimiento Civil, esta Corte HOMOLOGA el desistimiento solicitado y así se decide”.

Para concluir con este punto, debemos señalar que la finalidad de la formalización de la apelación consiste en la delimitación, precisa y concreta de la controversia que se llevará durante toda la segunda instancia, todo sin perjuicio de las potestades que como juez inquisitivo que es el Juez Contencioso Administrativo pueda escudriñar del expediente. Igualmente, aun cuando haya operado el desistimiento tácito por la falta de formalización, el juez *ad quem* podría declarar que hay vulneración de normas de orden público con la sentencia apelada y proceder a corregir la infracción, anulando la recurrida y sustituyéndola por una decisión propia.

V. CONCLUSIONES

Luego de realizadas las consideraciones expuestas a lo largo del presente trabajo, sólo nos resta concluir lo siguiente:

a) La formalización de la apelación es un acto formal, procesal, de parte y obligatorio (constituye sin duda una carga procesal para el apelante).

b) Constituye la formalización un acto procesal destinado fundamentalmente a la impugnación de la sentencia apelada, siendo improcedente que se esgriman ante la Alzada alegatos que fueron explanados durante la primera instancia, debiendo limitarse el apelante a esgrimir alegatos destinados a destruir la sentencia impugnada. Así, si no se realizan alegatos destinados a destruir la sentencia, la formalización será defectuosa y las Cortes o el Tribunal Supremo de Justicia declararán desistido el recurso.

15. José Rodríguez Urraca, *El Sistema de los Recursos en el nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano*, en Conferencias sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil, Serie Eventos, Editorial Arte, Caracas, 1986, p. 317.

c) El escrito de formalización determina la controversia que será resuelta por el *ad quem*. En principio, sólo de los alegatos expuestos por el formalizante se desprenderá la controversia que resolverá el superior, bien ésta puede versar sobre toda la sentencia o sólo sobre algunos puntos de la misma.

d) Sin embargo, puede el Superior, en razón de ser un Juez inquisitivo, apartarse de los alegatos explanados por el apelante y conocer de oficio otros puntos no esgrimidos, por ser normas que violentan el orden público (*i.e.* algún vicio de nulidad absoluta que invalida el acto recurrido y que no fue advertido por el sentenciador en la primera instancia).

e) A pesar de ser la formalización un acto formal, no exige para su validez los mismos requisitos técnico procesales que el recurso de casación, siendo en alguna medida menos formal que el escrito de formalización de la casación. En efecto, para la validez del escrito de formalización de la apelación, no se requiere que se denuncien con suma precisión los vicios de la sentencia, siendo necesario que el apelante sólo se limite a denunciar su disconformidad con el fallo apelado, bien por vicios específicos de la sentencia o la simple disconformidad con el dispositivo de la recurrida.

f) Las denuncias genéricas de infracciones de Ley, bien sean procedimentales o sustanciales no implican una correcta formalización, declarándose desistidos los recursos cuando tales denuncias son tan genéricas que impiden al superior conocer con cierta precisión la pretensión impugnatoria del apelante.

g) Cuando hay infracciones de normas de orden público, el desistimiento producto de la falta de formalización o de una formalización defectuosa, puede ceder y las Cortes o el Tribunal Supremo revisar con base en sus poderes inquisitivos la recurrida.

h) La fundamentación de la apelación tiene como finalidad la de poner en conocimiento al juez revisor de los vicios que se le atribuyen al pronunciamiento de primera instancia, así como los motivos de hecho y de derecho que reflejan dichos vicios. Tal exigencia permite definir los perfiles de la pretensión impugnatoria de quien solicita un reexamen de la sentencia que ha causado un gravamen a los intereses debatidos en juicio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BACRE, Aldo, *Recursos Ordinarios y Extraordinarios*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1999.

BREWER CARIAS, Allan, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII, Contencioso Administrativo, 3º Edición, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal, 1997.

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3º Edición (Póstuma), Editorial Desalma, Buenos Aires, 1978.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997.

Doctrina de la Sala de Casación Civil, Colección Doctrina Judicial, N° 1, Ediciones TSJ, 2002.

Jurisprudencia, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Volúmenes I y II, Editorial Melvin, 2001 y 2002.

RODRÍGUEZ URRACA, José, *El Sistema de los Recursos en el nuevo Código de Procedimiento Civil Venezolano*, en Conferencias sobre el nuevo Código de Procedimiento Civil, Editorial Arte, Serie Eventos, Caracas, 1986.

SOLE RIERA, Jaime, *El Recurso de Apelación Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

VESCOVI, Enrique, *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1988.

Comentario Monográfico

LA INDEMNIZACIÓN EXPROPIATORIA EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA VENEZOLANA

Giancarlo Henríquez Maionica
Abogado*

Resumen: *La indemnización expropiatoria, como garantía de la expropiación, es estudiada a partir de la definición de sus elementos característicos, así, en lo que respecta a su condición de "justicia indemnización" y al pago oportuno.*

I. PLANTEO

El derecho de propiedad, al igual que casi todos los derechos fundamentales y que encuentra asidero al menos desde la Constitución del 21 de diciembre de 1811¹, es susceptible de restringirse. Entre tales restricciones se encuentra la expropiación², que se entiende como la transferencia forzosa del derecho de propiedad a favor del Estado, que se hace por una causa de utilidad pública o de interés social, y que comporta, precisamente por su restricción, el pago de una indemnización al expropiado.

-
- * La indemnización y el justiprecio para su justa y razonable determinación, será siempre el talón de Aquiles o la piedra angular de la expropiación pública José Canasi, *Tratado teórico práctico de la expropiación pública*, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 44
- 1 Calcaño de Temeltas, Josefina, "Notas sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en Venezuela", (Alfredo Arismendi A., Jesús Caballero Ortiz/Coordinadores) *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, t. III, Thomson Civitas/Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2003, p. 2501
- 2 En la bibliografía nacional, puede consultarse por todos a, Brewer-Carías, Allan R., *La expropiación por causa de utilidad pública o interés social*, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1966, 416 pp., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y estudios de derecho administrativo*, t. VI, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1979, 690 pp., Lagrange, Enrique, "Contribución al estudio de los modos de fijación de la indemnización en materia expropiatoria", *Revista de Derecho Público* N° 23, Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, p. 5, Meier, Enrique, *Los principios generales de derecho administrativo democrático y el proyecto de ley de expropiación: observación al proyecto de ley de expropiación*, Grafúnica, Caracas, 1977, 141 pp., Muci Borjas, José Antonio, *La retrocesión en la expropiación forzosa*, Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, 164 ps., Rodríguez García, Nelson, "Comentarios sobre criterios de valoración expropiatoria", *Revista de Derecho Público* N° 1, Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 185, y más recientemente, Badell Madrid, Rafael, "Limitaciones legales al derecho de propiedad", *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, t. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, Brewer-Carías, Allan/Linares Benzo, Gustavo/Aguerreverre Valrero, Dolores/Balasso Tejera, Carolina, *Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social*, Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, 204 pp., Linares Benzo, Gustavo José, "Innovaciones de la ley de expropiación por causa de utilidad pública o social del 21-05-2002", *Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, t. I, Universidad Católica Andrés Bello/Tinoco, Travieso, Planchart & Nuñez Abogados, Caracas, 2003, Lunar Ortega, Manuel, *Observaciones a la Ley de Expropiación*, Caracas, 2003, 126 pp., Salomón de Padrón, Magdalena, "Consideraciones generales sobre la expropiación por causa de utilidad pública o social", *El Derecho Administrativo Venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Universidad Monteávila/Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

Simplemente nos interesa, pues, describir la recepción jurisprudencial de esta indemnización en el contencioso administrativo venezolano³, lo cual se hará explicando en qué consiste esa indemnización, y en cómo se puede reclamar procesalmente su adecuado pago.

II. LA INDEMNIZACIÓN EXPROPIATORIA

Sobre esta indemnización, que no es más que una exigencia del mismo derecho expropiado⁴, establece el artículo 115 de la Constitución⁵ que “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”.

Pues bien, es en este sentido que se sostiene que “la Constitución reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir ... Esta noción integral del derecho de propiedad es la que está recogida en nuestra Constitución, por lo que los actos, actuaciones u omisiones denunciados como lesivos del mismo, serían aquellos que comporten un desconocimiento de la propiedad como hecho social, a lo que se puede asimilar situaciones que anulen el derecho sin que preexista ley alguna que lo autorice”⁶.

Precisamente la indemnización expropiatoria surge para que la expropiación no anule al derecho de propiedad. Además, por esta razón, para que una expropiación proceda, debe (i) existir una causa de utilidad pública o de interés general, (ii) haber una sentencia firme, o antes bien, un arreglo amigable, y (iii) darse oportunamente el pago de una justa indemnización. Esta tríada de requisitos tiene lugar, porque no pueden existir restricciones irracionales del derecho de propiedad en el sentido que se imposibilite la capacidad patrimonial de los particulares⁷, capacidad esta que se refiere a todos los elementos de la propiedad.

Dispone en este sentido el artículo 545 del Código Civil⁸ que “La propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley”. Pues bien, según la Procuraduría General de la República la facultad de uso “permite al propietario destinar la cosa a todos los servicios que la misma pueda prestar”, la facultad de goce “permite al propietario hacer propios todos los frutos y productos provenientes de ella”, y la facultad de disponer de la cosa “implica tanto el

3 Las decisiones que se citarán son de la Sala Constitucional (Sc), la Sala Político Administrativa (Spa), ambas del Tribunal Supremo de Justicia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Cpca) y la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (Csca), y tales citas siguen el siguiente orden: (i) la Sala o Corte que dicta el fallo, (ii) sus autos, (iii) el número de la sentencia y (iv) su fecha de publicación.

4 Ortiz-Álvarez, Luis A./Ferreira Villafranca, José G., “Vinculaciones urbanísticas y garantía indemnizatoria (con especial referencia a las rezonificaciones)”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 2, Sherwood, Caracas, 1998, p. 101.

5 *Gaceta Oficial* N° 36.860, 30-12-1999.

6 Sc, *Manuel Quevedo*, 462, 06-04-2001, Cpca, *Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Hipódromos*, 79, 25-02-2005.

7 Sc, *Cervecería Regional*, 3003, 14-10-2005.

8 *Gaceta Oficial Extraordinario* N° 2.990, 26-07-1982.

derecho de consumir la cosa, como el derecho de transferir la propiedad a otros sujetos o gravarla mediante la constitución de derechos reales a favor de otras personas⁹.

La limitación de estos elementos, que en todo caso debe hacerse por una ley o por un reglamento de ésta¹⁰, deriva de la función social del derecho de propiedad¹¹, característica estructural de éste¹². En este sentido, a esa limitación, que también cumple una función social¹³, corresponde una indemnización que debe hacerse oportuna y justamente, o lo que es lo mismo, en tiempo (oportuna) y en sustancia (justa)¹⁴.

Si bien el artículo 101 de la Constitución de 1961¹⁵, al igual que el citado 115, hacía referencia al pago de una justa indemnización, este artículo 115 agrega ahora, que esa indemnización se hará mediante “pago oportuno”. Esta adición, sin embargo, no varía mucho el escenario de la expropiación, debido a que esa oportunidad temporal deriva también de que la indemnización deba ser justa. Ahora bien, en tanto que esa indemnización se entiende como la única posibilidad de reparación para el expropiado¹⁶, la exigencia de determinarla justa, resulta, pues, un corolario inviolable.

1. *La indemnización debe ser justa*

Esta indemnización sustituye al derecho de propiedad, y por ende, no debe empobrecer ni enriquecer al expropiado¹⁷. Se trata de una metamorfosis de derechos: Del derecho de propiedad se pasa al derecho a la indemnización expropiatoria, o sea, “La expropiación viene a ser entonces un mecanismo de conversión de derechos, del derecho patrimonial de carácter real por un derecho de crédito sobre una cantidad determinada de dinero, compensatoria de la situación anteriormente existente”¹⁸.

La justicia de la indemnización consiste en que se reintegre, al máximo posible, pero evidentemente en especie, la propiedad expropiada. Es por esto que se ha precisado que “la justa indemnización se materializa cuando se reintegra al expropiado el valor económico equivalente del que se le priva, por lo que debe comprender no sólo el valor real del inmue-

9 *Oficio* N° D.B.D.P. 0221 (19-03-2002) cuya versión digital puede verse en www.pgr.gob.ve (Doctrinas/ Dictámenes), y el cual, en esencia, ha sido conceptualmente ratificado por la decisión Spa, *Autopista Puente Mohedano*, 856, 05-04-2006.

10 Spa, *Gretta González*, 1573, 15-10-2003, *Omar Alcalá*, 645, 10-06-2004.

11 Sc, *Industrias Free Ways*, 1267, 27-10-2000, *Municipio Baruta*, 403, 24-02-2006.

12 Rolla, Giancarlo, *Il sistema costituzionale italiano*, III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 204.

13 Cpca, *Ramón Mota*, 2562, 25-09-2002.

14 Como se puede observar, todo lo referente a la propiedad tiene función social. Esta permeabilidad social, sin embargo, no debe llegar al extremo de socializar la propiedad y los procedimientos de su limitación, razón por la cual se ha señalado que el procedimiento de expropiación no puede sustituirse sin más, por una asamblea de ciudadanos (Sc, *Municipio Libertador del Estado Carabobo*, 256, 16-03-2005).

15 *Gaceta Oficial* N° 3.357 (Extraordinaria), 02-03-1984.

16 Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, p. 322.

17 Rondón de Sansó, Hildegard, *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*, ExLibris, Caracas, 2000, p. 89. Esta misma situación de imposibilidad de enriquecimiento o empobrecimiento también acontece con las indemnizaciones para reparar las violaciones de derechos humanos en el ámbito de la responsabilidad internacional estatal (Nikken, Pedro, “El deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos hasta las fronteras del Pacto de San José”, (Alfredo Arismendi A., Jesús Caballero Ortiz/Coordinadores) *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, t. III, Thomson Civitas/Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2003, p. 2467).

18 Brewer-Carías, Allan R., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, I, Editorial Jurídica Venezolana/Universidad Católica del Táchira, Caracas/San Cristóbal, 1996, p. 643.

ble, sino además los perjuicios que tengan su causa directa e inmediata en el proceso de expropiación. De tal manera que si ese valor se percibe sin tener en cuenta la depreciación de la moneda, y la limitación que sufrió el propietario del bien expropiado de los atributos del derecho de propiedad (uso, goce y disposición) por haberse efectuado la ocupación previa, la indemnización no sería justa ni integral¹⁹.

En otras palabras, “el ineludible requisito constitucional de que la indemnización expropiatoria ha de ser *integralmente justa*, exige que dicha indemnización sea aumentada o actualizada en proporción a la depreciación de la moneda: de lo contrario la indemnización acordada implicaría un agravio a la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad. Dicha actualización de la moneda debe efectuársela por el período comprendido entre la toma de posesión y el pago total y definitivo²⁰”.

La indemnización será justa, en definitiva, cuando se cancele integral, indexada y tempestivamente, y en defecto de esto último, cuando se pague, integral e indexadamente, con los intereses moratorios correspondientes. Esto, sin embargo, no encuentra unanimidad en la jurisprudencia, debido a que también se ha sostenido la imposibilidad de acumular los intereses moratorios con la indexación judicial, en el entendido que ello aparentemente equivaldría a un doble pago²¹.

2. El pago de la indemnización

Este pago, en líneas generales y tal como establece el artículo 547 del Código Civil, debe ser previo²², pero sin embargo, por ejemplo, en el arreglo amigable el expropiado puede autorizar que la posesión estatal del inmueble expropiado se haga antes que el mencionado pago²³. Ahora bien, independientemente que se haga previamente, o no, la indemnización expropiatoria deberá tener en cuenta la devaluación monetaria, y de ser el caso de retraso del pago, también se deberán ponderar los intereses moratorios.

La ocupación previa, en este orden de ideas, (i) puede declararse a través de una medida cautelar cuando los bienes se vean afectados derechos laborales o la ocupación productiva²⁴, o cuando los bienes expropiados se usen para la elaboración de productos esenciales destinados a la actividad petrolera, principal actividad de la economía venezolana²⁵, lo cual revela una dilatación de las razones expropiatorias, pero al menos, por ahora, no al extremo de la actualidad jurisprudencial estadounidense²⁶, y (ii) la indemnización

19 Cpc, *Sucesión Piñango*, 494, 20-02-2003, Juan Bautista Chávez, 2280, 17-07-2003.

20 Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 4, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 272.

21 Spa, *Tropi Protección*, 611, 29-04-2003, Cpc, Ramón Márquez, 719, 14-07-2005.

22 Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, VI, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 391.

23 Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2002, p. 620.

24 Cpc, *Venepal*, 84, 08-03-2005, donde se dispuso que “debe ponderarse que el despertar de esta fundamental empresa papelera, produce como consecuencia inequívoca la protección y generación de fuentes de ocupación productiva, con lo cual, se resguarda a un número significativo de trabajadores y trabajadoras; amparo que se extiende a sus núcleos familiares, en el entendido que ellos representan el sostén económico del mismo, desde un punto de vista directo, e incluso, generan múltiples empleos indirectos, habida cuenta que la referida empresa se encuentra ubicada en el poblado de Morón, Estado Carabobo, donde no existe ninguna otra fuente de empleo de vital importancia, razones que de suyo avalan el otorgamiento de las medidas antes analizadas”.

25 Cpc, *Constructora Nacional de Válvulas*, 1395, 17-11-2005.

26 En decisión del 23 de junio de 2005, *Susette Kelo v. City of New London* (125 S.Ct. 2655-2005) la Corte Suprema estadounidense, bajo la pluma del Justice Stevens, permitió la expropiación a favor

expropiatoria, tanto en lo referente a los daños²⁷, como a los intereses²⁸, se calculará desde el momento de esa ocupación.

A. *La devaluación monetaria y los intereses moratorios*

En lo que se refiere a la devaluación monetaria, se ha dicho que el artículo 115 de la Constitución es concluyente “en cuanto a la justa indemnización y esto es un aspecto de vital importancia ya que si ese valor se percibe sin tener en cuenta la depreciación de la moneda, la indemnización no puede ser justa”²⁹. Y es que, en efecto, el expropiado “no está en la obligación de soportar los perjuicios derivados de la devaluación de la moneda”³⁰. La indemnización expropiatoria no puede abstraerse, por lo tanto, de la devaluación monetaria, y menos aún, cuando esta es un hecho notorio y por ende, no susceptible de probarse³¹. Pero esto, sin embargo, no es todo.

La corrección monetaria se debe hacer “hasta que se realice el pago efectivo”³², vale decir, hasta el momento en el cual el expropiado recibe efectivamente la indemnización, pudiendo incluso exceder lo dispuesto en el avalúo³³, cuando el monto que éste revela no se encuentra indexado³⁴. Sin embargo, también se ha establecido que la actualización monetaria corresponde hasta la publicación de la sentencia³⁵, o hasta que la misma queda firme³⁶, momentos que claramente pueden diferir del de efectivo pago, por lo cual tales decisiones no están exentas de crítica³⁷. Y es que, ciertamente, y tal como se ha dispuesto desde hace algún tiempo, el monto debe equivaler al valor que en la fecha de la sentencia tiene “de pagarse de inmediato, o de la cantidad equivalente si se hace posteriormente, de no haberse mantenido el poder adquisitivo de la moneda”³⁸.

de otro particular que llevaría a cabo un plan de desarrollo urbanístico, argumentando que “For more than a century, our public jurisprudence has wisely eschewed rigid formulas and instructive scrutiny in favor of affording legislatures broad latitude in determining what public needs justify the use of the takings power”. La reacción de la disidencia integrada por los Justices O’Connor, Thomas y el Chief Justice Scalia, fue vehemente: “Today the Court abandons this long-held, basic limitation on government power. Under the banner of economic development, all private property is now vulnerable to being taken and transferred to another private owner, so long as it might be upgraded- *i.e.*, given to an owner who will use it in a way that the legislature deems more beneficial to the public- in the process. To reason, as the Court does, that the incidental public benefits resulting from the subsequent ordinary use of private property render economic development takings ‘for public use’ is to wash out any distinction between private and public use of property- and thereby effectively to delete the words ‘for public use’ from the Takings Clause of the Fifth Amendment”. Un resumen de este caso puede verse en *Harvard Law Review v. 119, N° 1*, 2005, p. 287.

27 Cpc, *La Esperanza*, 960, 27-03-2003.

28 Cpc, *Aura Pérez*, 842, 20-03-2003.

29 Spa, *Estado Lara*, 1959, 18-10-2000.

30 Cpc, *Rafael Quintero*, 102, 31-01-2002.

31 Spa, *Lyoncar*, 805, 05-12-1996.

32 Cpc, *Sucesión Pedro Manuel Bello*, 555, 20-03-2002.

33 Pueden diferenciarse en este sentido dos avalúos. El *avalúo para la ocupación previa* que es precisamente “previo, cautelar y producto de un proceso incidental relativo a la ocupación previa”, y por otra parte, el *avalúo definitivo* que “se realiza con el fin de determinar la justa indemnización que le corresponde, teniendo como consecuencia la terminación del procedimiento de expropiación con carácter definitivo” (Spa, *Finca El Diamante*, 6127, 09-11-2005).

34 Csc, *Sucesión Pedro Manuel Bello*, 305, 22-02-2006.

35 Spa, *Metro de Caracas*, 14-08-1997, Cpc, *Magalli Azpúrua*, 3070, 06-11-2002.

36 Cpc, *Ramón Mota*, 3066, 29-11-2001.

37 Rodner, James-Otis, *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, p. 439.

38 Cpc, *Natalio Hecker*, 28-10-1987.

Pues bien, en este sentido debe garantizarse que la indemnización “no contemple un aumento de valor por razón de la obra misma a cuya realización esté afectado el bien, sino exclusivamente en relación con factores de carácter inflacionario. Será entonces en ese contexto que se dará efectividad, es decir, cumplimiento a los principios establecidos en las normas constitucionales y legales que informan esta materia”³⁹.

Por otra parte, también están los intereses moratorios. Éstos (i) se calculan al doce por ciento anual⁴⁰, y (ii) para su determinación cabe aplicar el artículo 1.269 del Código Civil -ante la remisión del artículo 66 de la Ley de Expropiación- según el cual se constituye la mora (a) una vez vencido el plazo establecido, y (b) “Si no se establece ningún plazo en la convención, el deudor no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente”.

Finalmente, también se ha dicho que una vez fijada en el dispositivo de la decisión, el monto no puede actualizarse en su ejecución debido a que ello comportaría una modificación sustancial de la decisión que está vedada por el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil^{41,42}. No obstante, parece que este criterio no se corresponde con la justicia indemnizatoria que se establece para con la expropiación. El carácter justo que impregna a la indemnización, repudia que exista una brecha temporal irrazonable entre la decisión y su ejecución, y ello no importa una modificación sustancial de la decisión, sino su ejecución actualizada, precisamente, por no haberse ejecutado a tiempo.

Dicho esto, pasamos a analizar a través de un ejemplo concreto, el alcance de la voluntad del expropiado ante las características de la indemnización expropiatoria.

B. *Los efectos de un arreglo amigable en el cual el expropiado renuncie a cualquier reclamo una vez hecho el pago por el monto fijado por el avalúo, y éste se haga tiempo después de tal avalúo*

El arreglo amigable –fase del procedimiento expropiatorio en el sentido del artículo 22 de la Ley especial⁴³– puede entenderse como un acuerdo⁴⁴, de obvio carácter convencional⁴⁵, o mejor aún, como un acto administrativo bilateral⁴⁶ donde interesa al igual que la competencia del ente expropiante, la capacidad del expropiado, con lo cual, por ejemplo, una persona en quiebra no puede suscribirlo⁴⁷, o incluso, en virtud de esa naturaleza, en su formación y en su ejecución deben observarse los principios contractuales básicos, tales como la buena fe⁴⁸.

Ahora bien, dicho esto, piénsese en un arreglo amigable en el cual se conviene en que una vez que el ente expropiante ocupe previamente el bien, deberá pagar la indemnización que resulte del avalúo, y que una vez pagado el monto que exprese dicho avalúo, nada se podrá reclamar al ente mencionado. En este escenario, qué sucede si el pago se hace tiempo después del avalúo, mucho tiempo después.

39 Spa, *Energía Eléctrica de Venezuela*, 980, 17-07-2002.

40 Cpc, *Ampliación de la Comandancia de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, 213, 30-01-2003.

41 *Gaceta Oficial* N° 4.209 (Extraordinaria), 18-09-1990.

42 Spa, *Corporación Venezolana de Guayana*, 1262, 22-10-2002.

43 *Gaceta Oficial* N° 37.475, 01-07-2002.

44 Prado Moncada, Rafael G., “Naturaleza jurídica del arreglo amigable expropiatorio”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 7, Sherwood, Caracas, 1999, p. 201.

45 Cpc, *Jorge Rangel*, 3358, 20-12-2001.

46 Tawil, Guido Santiago, *Administración y Justicia, t. I*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 220, quien sigue a su vez el criterio expuesto por la Corte Suprema argentina en decisión del 23 de diciembre de 1976, *Metalmecánica (Fallos)*, 296: 672).

47 Cpc, *Venepal*, 84, 08-03-2005.

48 Spa, *Desarrollos Naguanagua*, 66, 04-03-1993.

Podría pensarse, en primer lugar, que una vez aceptado el pago de la indemnización por el monto arrojado por el avalúo, sin que medie indexación, la solicitud de esta última no sería procedente, en tanto que, según el arreglo, una vez pagada la indemnización que resulte de dicho avalúo, nada podrá el expropiado reclamar.

En segundo lugar, sin embargo, puede decirse que toda cláusula establecida en un arreglo amigable que impida expresa o implícitamente la indexación de la indemnización, carece de validez, debido a que (i) permitiría sortear la oportunidad requerida para el pago, pudiendo éste hacerse en cualquier momento y por el mismo monto, y (ii) distorsionaría a la indemnización entendida como justa, según el artículo 115 de la Constitución.

III. POSIBLES FORMAS PROCESALES PARA RECLAMAR LA INDEXACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

Hechas las anteriores precisiones, conviene ahora determinar las formas procesales para solicitar la indexación de la indemnización expropiatoria, así como los intereses moratorios. Estas formas serían, al menos en principio, dos. Una demanda por responsabilidad del Estado, cuyo tribunal competente variará por la cuantía⁴⁹, y por otra parte, una acción por abstención, competencia de la Sala Político Administrativa, según el artículo 5.26 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁵⁰.

Sea de una u otra manera, se tratará siempre de una pretensión patrimonial, razón por la cual, habrá que llevar a cabo antes de cualquier reclamo o solicitud judicial, y so pena de inadmisibilidad⁵¹, el antejuicio administrativo contemplado en el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República⁵², y según el cual “Quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República deben manifestarlo previamente por escrito al órgano al cual corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso. De la presentación de este escrito se debe dar recibo al interesado y su recepción debe constar en el mismo”.

Se trata, simplemente, de una prerrogativa procesal de la Administración que, al propio tiempo, puede considerarse tuitiva para el particular, en el entendido de resolverse la controversia –si le es favorable, claro está– sin necesidad de acudir a instancias judiciales⁵³. Por esta razón, antes de iniciarse cualquier demanda judicial –siempre de contenido patrimonial– se deberá acudir previamente por ante el órgano respectivo exponiendo las pretensiones particulares.

Pues bien, si en la resolución de este procedimiento administrativo previo –con una duración, de al menos, cincuenta días hábiles– que queda ciertamente determinada a la opinión de la Procuraduría, debido a que ésta se vuelve vinculante según el artículo 56 de su Ley especial, los particulares quedan conformes, no habría necesidad alguna de acudir a la vía judicial. Si esa resolución, por el contrario, no les convence, tienen expedita esta vía, recomendable a través (i) de una demanda de responsabilidad o (ii) una acción por abstención.

49 Spa, *Alejandro Ortega*, 1315, 08-09-2004.

50 *Gaceta Oficial* N° 37.942, 20-05-2004.

51 Spa, *Hugo Useche*, 5407, 04-08-2005, en concordancia con el artículo 19(5) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

52 *Gaceta Oficial* N° 5.554 (Extraordinaria), 13-11-2001.

53 Csca, *Cedi Vera*, 445, 09-03-2006.

IV. CONCLUSIÓN GENERAL

Puede afirmarse, sin perjuicio de lo antes expuesto, (i) que la indemnización expropiatoria hace jurídicamente viable a la expropiación, (ii) que su indexación está permitida, precisamente por su carácter justo, (iii) que en caso de retardo en el pago indemnizatorio, y de constitución de la mora, resulta posible solicitar la cancelación de los intereses que ella genere, debido a la necesidad de pago oportuno, y (iv) que para ello, podría interponerse una demanda de responsabilidad del Estado, o una acción por abstención, pero siempre llevando a cabo, con anterioridad a tales solicitudes judiciales, el antejuicio administrativo correspondiente.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL PRIMER TRIMESTRE DE 2006

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar
Abogado

SUMARIO

- I. ORDENAMIENTO DEL ESTADO FEDERAL
 1. *Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES)*. 2. *Asignaciones Económicas Especiales a los Estados*.
- II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
 1. *Poder Ejecutivo Nacional*. A. Administración Pública Central. B. Administración Descentralizada: Instituto Nacional del Menor. 2. *Poder Judicial: Tribunales (Régimen procesal transitorio)*.
- III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO
 1. *Sistema Financiero: Régimen Presupuestario*. 2. *Sistema de Control: Sistema Nacional de Control Fiscal (Designación de los titulares de los órganos de control fiscal)*. 3. *Sistema Impositivo*. A. Impuestos. a. Impuesto al Débito Cambiario. b. Impuestos de Importación. B. Tasas y otras Contribuciones: Régimen Aduanero (Arancel de Aduanas).
- IV. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA
 1. *Símbolos Patrios*. 2. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Tratados, Acuerdos y Convenios: Acuerdos y Tratados Bilaterales. B. Integración Latinoamericana y Caribeña.
- V. DESARROLLO ECONÓMICO
 1. *Régimen de las Instituciones Financieras*. A. Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras. B. Régimen del Mercado de Capitales. 2. *Régimen del Comercio Interno*. A. Metrología. B. Precio Máximo de Venta al Público. 3. *Régimen de la Protección al Consumidor y al Usuario*. 4. *Régimen de Energía y Petróleo*. 5. *Régimen de los Seguros*. 6. *Régimen de Desarrollo Agropecuario*.
- VI. DESARROLLO SOCIAL
 1. *Salud*. A. Expendio de medicamentos. B. Productos derivados del tabaco. C. Salas Sanitarias en Unidades de Transporte. D. Medidas Fitosanitarias. 2. *Trabajo. Inamovilidad laboral*. A. Sueldos y salarios. B. Cargos Vacantes Absolutos. C. Registro Nacional de Empresas y Establecimientos.
- VII. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO
 1. *Régimen de la Ordenación del Territorio y del Desarrollo Urbano*. 2. *Régimen de Protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*. 3. *Régimen de las Telecomunicaciones*. A. Habilitaciones Administrativas Generales. B. Equipos de Telecomunicaciones. 4. *Régimen del Transporte y Tránsito: Transporte y Comercio Marítimo*.

I. ORDENAMIENTO DEL ESTADO FEDERAL

1. Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES)

Ley de Reforma Parcial de la Ley que crea el Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES). *G.O.* N° 38.403 de 22-3-2006. (Véase *G.O.* N° 5.805 Extraordinario de esa misma fecha).

2. Asignaciones Económicas Especiales a los Estados

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Asignaciones Económicas Especiales para los Estados y el Distrito Metropolitano de Caracas, Derivadas de Minas e Hidrocarburos

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Poder Ejecutivo Nacional

A. Administración Pública Central

Decreto N° 4.276 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. *G.O.* N° 38.386 de 23-2-2006.

B. Administración Descentralizada: Instituto Nacional del Menor

Ley de Supresión del Instituto Nacional del Menor. *G.O.* N° 38.365 de 25-1-2006.

2. Poder Judicial: Tribunales (Régimen procesal transitorio)

Resolución N° 2006-0029 del Tribunal Supremo de Justicia, por la cual se prorroga por seis meses la vigencia del régimen procesal transitorio de los tribunales del trabajo de las Circunscripciones Judiciales de los estados Amazonas y Lara. *G.O.* N° 38.393 de 8-3-2006.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. Sistema Financiero: Régimen Presupuestario

Providencia N° 014 de la Oficina Nacional de Presupuesto (Ministerio de Finanzas), mediante la cual se Establecen los Mecanismos para realizar los Ajustes a la Formulación y Ejecución del Presupuesto del Ejercicio Económico Financiero 2006. *G.O.* N° 38.410 de 31-3-2006.

2. Sistema de Control: Sistema Nacional de Control Fiscal (Designación de los titulares de los órganos de control fiscal)

Resolución N° 01-00-000091 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, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados. *G.O.* N° 38.386 de 23-2-2006.

3. *Sistema Impositivo*

A. *Impuestos*

a. *Impuesto al Débito Cambiario*

Ley que deroga la Ley que establece el Impuesto al Débito Bancario. *G.O.* N° 38.375 de 8-2-2006.

b. *Impuestos de Importación*

Resolución Conjunta N° DM 1.734, DM 0140 y DM 040 de los Ministerios de Finanzas, de Industrias Ligeras y Comercio y de Turismo, por la cual se dictan las Normas y Procedimientos para el Ingreso a la Zona Libre para el Fomento de la Inversión Turística en la Península de Paraguaná, de las Mercancías o Bienes para la Prestación de Servicios Turísticos o Comerciales Conexos al Turismo. *G.O.* N° 38.388 de 1-3-2006.

B. *Tasas y otras Contribuciones: Régimen Aduanero: (Arancel de Aduanas)*

Resolución Conjunta N° 1.717 y 131 de los Ministerios de Finanzas y de Industrias Ligeras y Comercio, por la cual se modifica parcialmente el artículo 23 del Decreto N° 3.679 de fecha 30 de mayo de 2005, mediante el cual se promulgó el Arancel de Aduanas.

IV. **POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA**

1. *Símbolos patrios*

Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 38.394 de 9-3-2006.

2. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, Acuerdos y Convenios: Acuerdos y Tratados Bilaterales*

Resolución N° DM 008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto de la Carta de Intención entre los Gobiernos de la República Bolivariana de Venezuela y la República de Italia, para impulsar el Plan Ferroviario Nacional en el Tramo La Encrucijada-San Juan de los Morros-Dos Caminos-Calabozo-San Fernando de Apure. *G.O.* N° 38.352 de 6-1-2006.

Resolución N° DM 009008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto de la Carta de Intención entre los Gobiernos de la República Bolivariana de Venezuela y la República de Italia, para impulsar el Plan Ferroviario Nacional en el Tramo Charallave-La Encrucijada. *G.O.* N° 38.352 de 6-1-2006.

Resolución N° DM 011008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo de Donación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay, para la Cooperación en el sector Construcción de Escuelas y Apoyo socioeconómico. *G.O.* N° 38.352 de 6-1-2006.

Resolución N° 049 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo sobre la Cooperación en el Sector Energético entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Bolivia. *G.O.* N° 38.379 de 14-2-2006.

Ley Aprobatoria del “Memorándum de Entendimiento Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán, en el Área de Vivienda y Hábitat”. *G.O.* N° 38.388 de 1-3-2006.

Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán. *G.O.* N° 38.389 de 2-3-2006.

Resolución N° DM 067 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorandum de Entendimiento para el Establecimiento de un Mecanismo de Consulta entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federal Democrática de Etiopía. *G.O.* N° 38.396 de 13-3-2006.

Resolución N° 068 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar las Notas Reversales, mediante las cuales se establece la prórroga por el período de un (1) año, del Acuerdo sobre permiso de sobrevuelo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Reino de los Países Bajos. *G.O.* N° 38.396 de 13-3-2006.

B. *Integración Latinoamericana y Caribeña*

Resolución N° DM 012008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo Marco para la Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur. *G.O.* N° 38.352 de 6-1-2006.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Energética Petrocaribe. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.360 de 18-1-2006.

V. **DESARROLLO ECONÓMICO**

1. *Régimen de las Instituciones Financieras*

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

Resolución Conjunta N° DM/027 y DM/1.726 de los Ministerios de Finanzas y de Agricultura y Tierras, por la cual se fija en once por ciento (11%) el mínimo sobre la cartera de créditos que debe destinarse al financiamiento agrícola cada Banco Comercial y Universal medida al cierre de los meses de febrero y marzo de 2006. *G.O.* N° 38.368 de 30-1-2006.

Resolución N° 06-01-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras no podrán cobrar por sus operaciones activas, una tasa de interés anual o de descuento superior a la tasa fijada que en ella se indica. *G.O.* N° 38.370 de 1-2-2006.

Resolución N° 010-2006 Ministerio para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se aprueba el pago de la comisión correspondiente a los operadores financieros, del dos por ciento (2%) por concepto de gestión y administración de créditos a corto plazo otorgados a las comunidades organizadas, con cargo al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda. *G.O.* N° 38.400 de 17-3-2006.

Resolución N° 012-06 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 de crédito bruta que, con carácter obligatorio, deben colocar con recursos propios 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 destinados a la adquisición, construcción, autoconstrucción, ampliación o remodelación de vivienda principal. *G.O.* N° 38.407 de 28-3-2006. (Reimpresa según *G.O.* N° 38.415 de 7-4-2006).

Resolución N° 06-02-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las Normas que Regirán la Constitución del Encaje. *G.O.* N° 38.376 de 9-2-2006. (Reformada según *G.O.* N° 38.412 de 4-4-2006).

B. Régimen del Mercado de Capitales

Resolución N° 178-2005 de la Comisión Nacional de Valores, por la cual se dictan las “Normas para la Prevención, Control y Fiscalización de las Operaciones de Legitimación de Capitales Aplicables al Mercado de Capitales Venezolano”. *G.O.* N° 38.353 de 9-1-2006.

Resolución de la Comisión Nacional de Valores por la cual se dicta la Reforma de las “Normas Relativas a la Información Periódica u Ocasional que deben Suministrar las Personas Sometidas al Control de la Comisión Nacional de Valores”. *G.O.* N° 38.393 de 8-3-2006. (Véase *G.O.* N° 5.802 Extraordinario de esa misma fecha).

2. Régimen del Comercio Interno

A. Metrología

Ley de Metrología. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.371 de 2-2-2006.

B. Precio Máximo de Venta al Público

Resolución N° DM/0137 del Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio, por la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) para el producto que en ella se menciona. *G.O.* N° 38.379 de 14-2-2006.

Resolución N° DM/039 del Ministerio de Agricultura y Tierras, por la cual se fija el precio del arroz paddy húmedo tipo “A” y del arroz paddy húmedo tipo “B”, para la cosecha del ciclo norte verano 2005-2006. *G.O.* N° 38.379 de 14-2-2006.

Resolución N° 021 del Ministerio de Energía y Petróleo, por la cual se fija el precio del producto de cemento asfáltico, que será requerido para darle cumplimiento al Plan Vial 2006. *G.O.* N° 38.379 de 14-2-2006.

3. Régimen de la Protección al Consumidor y al Usuario

Resolución N° 0134 del Servicio Autónomo Nacional de Normalización, Calidad, Metrología y Reglamentos Técnicos, por la cual se aprueban y modifican las Normas Venezolanas COVENIN que en ella se especifican. *G.O.* N° 38.359 de 17-1-2006.

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. (Se reimprime por falla de originales). *G.O.* N° 38.361 de 19-1-2006.

4. Régimen de Energía y Petróleo

Acuerdo de la Asamblea Nacional mediante el cual se aprueban los Términos y Condiciones para la Creación y Funcionamiento de las Empresas Mixtas. *G.O.* N° 38.410 de 31-3-2006.

Resolución N° 244 del Ministerio de Energía y Petróleo, por la cual se dispone que la metodología para el cálculo de la regalía del gas natural no asociado, se establecerá de acuerdo a su contenido. *G.O.* N° 38.353 de 9-1-2006.

Resolución Conjunta N° DM/139 y DM/019 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio y de Energía y Petróleo, por la cual se establecen las tarifas del servicio de transporte para el mercado interno desde los Centros de Despacho, así como las tarifas de distribución del gas metano para las redes industriales y domesticas existentes *G.O.* N° 38.386 de 23-2-2006.

Resolución N° 045 del Ministerio de Energía y Petróleo, por la cual se establecen los precios del gas metano para el mercado interno, en los Centros de Despacho, aplicándose tanto para el gas metano proveniente del gas natural asociado como al proveniente del gas natural no asociado. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.401 de 20-3-2006.

5. *Régimen de los Seguros*

Providencia N° 2-2-000002 de la Superintendencia de Seguros, por la cual se establecen los Parámetros para determinar el cumplimiento de los requisitos de experiencia, honorabilidad y solvencia exigidos para el ejercicio de las actividades aseguradora, reaseguradora y conexas. *G.O.* N° 38.380 de 15-2-2006.

6. *Régimen de Desarrollo Agropecuario*

Resolución N° DM/032 del Ministerio de Agricultura y Tierras, por la cual se establece que el sector agroindustrial del producto ajonjolí pague el precio de mil cuatrocientos bolívares por kilogramo (Bs. 1.400/kg) de ajonjolí, a los productores del ramo en todo el territorio nacional. *G.O.* N° 38.377 de 10-2-2006.

VI. DESARROLLO SOCIAL

1. *Salud*

A. *Expendio de medicamentos*

Resolución N° 604 del Ministerio de Salud, mediante la cual se regula la dispensación de medicamentos antimicrobianos en farmacias, servicios farmacéuticos y cualquier otro establecimiento debidamente autorizado, mediante la presentación de la prescripción facultativa. *G.O.* N° 38.348 de 2-1-2006.

B. *Productos derivados del tabaco*

Resolución del Ministerio de Salud N° 011, por la cual se Regulan los Puntos y Formas de Venta de Productos Derivados del Tabaco. *G.O.* N° 38.375 de 8-2-2006.

Resolución N° 012, por la cual no se permite la colocación transitoria o permanente, distribución o promoción en medios publicitarios o cualquier tipo de publicidad exterior, que inciten, promuevan o estimulen de cualquier forma el consumo de productos derivados del tabaco. *G.O.* N° 38.375 de 8-2-2006.

C. *Salas Sanitarias en Unidades de Transporte*

Resolución N° 043 Ministerio de Salud, por la cual se dictan las Normas para el Registro, Vigilancia y Control de las Salas Sanitarias Instaladas en Unidades de Transporte Terrestre. *G.O.* N° 38.409 de 30-3-2006.

D. *Medidas Fitosanitarias*

Resolución N° DM 068 del Ministerio de Agricultura y Tierras, por la cual se establecen las Medidas y los Procedimientos Fitosanitarios para la Certificación del Embalaje de Madera, fabricado de Madera en Bruto para la Exportación. *G.O.* N° 38.408 de 29-3-2006.

2. Trabajo

A. Inamovilidad laboral

Decreto N° 4.211 de la Presidencia de la República, mediante el cual se establece como cláusula irrenunciable de los contratos de trabajo, la inamovilidad laboral especial de aquellas personas que habiten y laboren en el Estado Vargas o que habitando en éste laboren en el Distrito Capital o en el Estado Miranda, o bien, que habitando en el Distrito Capital o en el Estado Miranda laboren en el Estado Vargas. *G.O.* N° 38.363 de 23-1-2006.

B. Sueldos y salarios

Decreto N° 4.270 de la Presidencia de la República, mediante el cual se rige las escalas de sueldos para los funcionarios públicos y las funcionarias públicas al servicio de la Administración Pública Nacional, a partir del 1° de febrero de 2006. *G.O.* N° 38.377 de 10-2-2006.

Decreto N° 4.271 de la Presidencia de la República, mediante el cual se rige el tabulador general de salarios para los trabajadores obreros y obreras al servicio de la Administración Pública Nacional a partir del 1° de febrero de 2006. *G.O.* N° 38.377 de 10-2-2006.

C. Cargos Vacantes Absolutos

Resolución N° 77 del Ministerio de Educación y Deportes, por la cual se dispone que a los efectos del artículo primero de la Resolución N° 58, debe entenderse por cargos vacantes absolutos los que en ella se señalan. *G.O.* N° 38.351 de 5-1-2006. (Reformada según Resolución N° 21, publicada en la *G.O.* N° 38.429 de 4-5-2006).

D. Registro Nacional de Empresas y Establecimientos

Resolución N° 4525 del Ministerio del Trabajo, mediante la cual se regula lo referente al inicio y funcionamiento del Registro Nacional de Empresas y Establecimientos. *G.O.* N° 38.403 de 22-3-2006.

VII. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. Régimen de la Ordenación del Territorio y del Desarrollo Urbano

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio. *G.O.* N° 38.388 de 1-3-2006.

2. Régimen de Protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales

Decreto N° 4.335 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta la Reforma del Decreto N° 3.228 de fecha 8 de noviembre de 2004, Contentivo de las Normas para Regular y Controlar el Consumo, la Producción, Importación, Exportación y el Uso de las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono. *G.O.* N° 38.392 de 7-3-2006.

Providencia N° 158 del Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura, mediante la cual se regula la pesca y actividades conexas de la pesquería de la Pepitona (Arca zebra) en la región nororiental de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 38.372 de 3-2-2006.

3. *Régimen de las Telecomunicaciones*

A. *Habilitaciones Administrativas Generales*

Providencia N° 785 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan las Condiciones Generales de las Habilitaciones Administrativas Generales. *G.O.* N° 38.390 de 3-3-2006.

B. *Equipos de Telecomunicaciones*

Providencia N° 736 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), mediante la cual se dictan las Categorías de Equipos de Telecomunicaciones sujetos a Homologación y Certificación. *G.O.* N° 38.381 de 16-2-2006.

4. *Régimen del Transporte y Tránsito: Transporte y Comercio Marítimo*

Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 1.506, con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo. *G.O.* N° 38.351 de 5-1-2006.

Providencia N° 002 del Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos e Insulares, mediante la cual se dictan las Normas para el Suministro de Información Estadística sobre el Transporte Acuático. *G.O.* N° 38.362 de 20-1-2006.

Providencia N° 011 del Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos e Insulares, por la cual se da cumplimiento a las normas que sobre Seguridad de la Navegación Acuática están obligados a cumplir todos los buques mercantiles nacionales destinados al servicio de remolcadores y/o empujadores, menores de quinientas (500) unidades de arqueo bruto. *G.O.* N° 38.398 de 15-3-2006.

Providencia N° 010 del Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos e Insulares, por la cual se establece que los buques nacionales iguales o menores a ciento cincuenta (150) unidades de arqueo bruto están obligados a tener a bordo el Certificado de Navegabilidad Acuática, además de todos los documentos exigidos en la ley. *G.O.* N° 38.398 de 15-3-2006.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Doctrina Administrativa

*Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Primer Trimestre Año 2006**

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. *Ámbito de aplicación de la LPPLC.* 3. *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. *Prácticas exclusionarias.* 2. *Boicot.* 3. *Manipulación de factores de producción.* 4. *Acuerdo entre competidores.* 5. *El abuso de la posición de dominio.* A. Principios generales del abuso de la posición de dominio. 6. *Competencia desleal.* A. Principios generales de la competencia desleal. B. Competencia desleal y publicidad. a. Condiciones de ilicitud de la publicidad. b. La publicidad engañosa y falsa. C. La publicidad comparativa. C. Soborno comercial. D. Violación de secretos industriales. E. Simulación de productos.

* Abreviaturas utilizadas: DA/RDP: Doctrina Administrativa contentiva de las Resoluciones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia publicada en esta Revista. 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.

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. Expresamos nuestro agradecimiento a Julio Daantje, por la colaboración prestada en la elaboración de esta recopilación.

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA1. *Conceptos claves de la libre competencia*¹

Caso: Empresas Servicios Q.P., C.A. y Corporan, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías QUICK PRESS, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0007-2006 01-02-06

El marco constitucional de la libre competencia y el orden público económico. La tutela del mercado

De esta manera, el reconocimiento constitucional de libertad económica significa a su vez el reconocimiento al principio de libre competencia y/o concurrencia, que ha dado origen a una intervención estatal de carácter normativo que fundamentalmente busca defender a las actividades económicas de los particulares. La defensa y protección de la libre competencia, es el mecanismo que el Estado ha creado para ocuparse de las empresas, sean estas grandes, medianas o pequeñas, incluyendo también a las cooperativas y los consumidores. (...) Debe insistirse, una vez más, que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia busca la protección de un interés general. Por tanto, la protección de este interés público va más allá de la protección de derechos e intereses de los agentes económicos que en el se desenvuelven. No es objetivo de la Ley *in comento* la defensa de los negocios individuales. Al contrario, la Ley que protege la competencia crea un mecanismo administrativo que sitúa como objetivo único y primordial la defensa del mercado como institución.

Caso: Cabimodul, C.A. vs. Movistar

Resolución: SPPLC/0004-06 01-02-06

La defensa de la competencia como defensa de los operadores económicos

Importante es señalar que la protección de la libre competencia se sitúa en la defensa de los operadores económicos anteriormente señalados y que conforman un mercado como una institución, y por tanto las prácticas prohibidas en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia no persiguen resolver conflictos entre agentes económicos. (...)

Caso: Osiris, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0010-2006 22-03-06

Finalidad de la LPPLC y el orden público económico

Por lo que, esta Superintendencia ha señalado que este dispositivo está destinado a 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 establecido en el país. Es decir, el bien jurídico tutelado por la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia, esta vinculado a la protección conjunta y no excluyente, de varios intereses, como lo son los particulares o empresarios, los consumidores y el bienestar social. En tal sentido, estos tres elementos unidos o en conjunto conforman lo que se ha denominado en la doctrina como el *orden público económico*.

1 Véase DA/RDA N° 102, pp. 72 y ss.

2. *Ámbito de aplicación de la LPPLC*²

Caso: Anaucó vs. Libretaxis
 Resolución N° SPPLC/0006-2006 13-01-06
Operadores económicos sometidos a la LPPLC

De conformidad con el artículo transcrito *ut supra*, uno de los elementos necesarios para determinar cuáles son los sujetos que están sometidos al imperio de la Ley que tutela la libre competencia, es que se realicen actividades económicas, entendiéndose por ello *toda manifestación de producción o comercialización de bienes y de prestación de servicios dirigida a la obtención de beneficios económicos*, según lo dispone el artículo 3 *ejusdem*. Igualmente, es requisito fundamental que dichas actividades económicas se realicen dentro del territorio nacional o sus repercusiones y efectos tengan íntima relación con el mercado nacional.

3. *El mercado relevante*A. *Concepto de mercado relevante*³

Caso: Pinturas Charallave, C.A., (La Tienda del Pintor) vs. Pinturas Charallave, C.A. (Pintacasa)
 Resolución: N° SPPLC/0002-2006 30-01-06
Definición de mercado relevante

El mercado relevante es el conjunto de productos o servicios que dentro de un área geográfica delimitada, pueden ser objeto del uso de poder de mercado, ó de la habilidad de los agentes económicos para influir, en búsqueda de su beneficio económico, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia.

B. *Definición de mercado producto*

Caso: Pinturas Charallave, C.A., (La Tienda del Pintor) vs. Pinturas Charallave, C.A. (Pintacasa)
 Resolución: N° SPPLC/0002-2006 30-01-06
Definición de mercado producto

La determinación del mercado producto busca establecer cuál es el conjunto mínimo de productos o servicios cuya oferta debería ser controlada por una empresa hipotética para poder lograr un incremento de precios rentable y sostenido en el tiempo.

C. *Definición de mercado geográfico*

Caso: Pinturas Charallave, C.A., (La Tienda del Pintor) vs. Pinturas Charallave, C.A. (Pintacasa)
 Resolución: N° SPPLC/0002-2006 30-01-06
Definición y determinación del mercado geográfico

2 Véase DA/RDP N° 97-98, pp. 82 y ss. Véase también la Resolución: N° SPPLC/0007-2006 de 01-02-06, caso *Empresas Servicios Q.P., C.A. y Corporan, C.A. Vs. Lavanderías y Tintorerías QUICK PRESS, C.A.*, así como la Resolución: N° SPPLC/0004-06 de 01-02-06, caso *Cabimodul, C.A.*, vs. *Movistar*, entre otras.

3 No ha habido, en este punto, variación sustancial en relación con la doctrina de la SPPLC dictada en el primer trimestre de 2006.

En primer lugar, se debe determinar el área geográfica dentro de la cual operan las empresas objeto del presente procedimiento administrativo, y se amplía efectivamente, si al producirse un aumento en los precios de los productos, los consumidores podrían trasladar su consumo hacia la adquisición de productos provenientes de otras áreas geográficas. En el caso de que el desplazamiento ocurriera, los productos localizados en las áreas geográficas de origen y los productos considerados como alternativa cierta por parte de los consumidores, entrarían dentro del mercado relevante a ser considerado por la evaluación de la Superintendencia.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Prácticas exclusionarias*⁴

Caso: Servi-D, C.A. vs. Alimentos Heinz, C.A. y otros.

Resolución: N° SPPLC/0011-2006 08-03-06

Presupuestos de procedencia de una práctica exclusionaria

Ahora bien, sobre esta norma, la Superintendencia para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia ha fijado pautas tendentes a simplificar su análisis, estableciéndose, para ello, presupuestos de procedencia concurrentes que serán evaluados a los efectos de demostrar si un agente económico realiza actividades excluyentes o no. Estos requisitos, conforme lo ha sentado la doctrina administrativa de esta Superintendencia son los siguientes: 1. La capacidad de la denunciada de afectar el mercado relevante. 2. La verificación de una práctica que dificulte u obstaculice la permanencia en el mercado relevante de un agente económico. 3. Que no exista justificación económica para desplegar la presunta conducta exclusionaria realizada.

2. *Boicot*⁵

Caso: Servi-D, C.A. vs. Alimentos Heinz, C.A. y otros.

Resolución: N° SPPLC/0011-2006 08-03-06

La ratio de la prohibición del boicot

Luego, se puede afirmar que el artículo 7° contiene la prohibición de boicoteo en el sentido de la defensa de la competencia, cuando a través de un acuerdo horizontal o el ejercicio de una posición dominante, se incita a un tercero a perjudicar comercialmente a otro agente. Es así como el boicoteo puede manifestarse de dos maneras, o a través de acciones emprendidas por un agente económico con suficiente poder para influenciar a un tercero a que realice prácticas restrictivas en contra de otro, o a través de una concertación de voluntades entre varios agentes económicos, es decir, estos se ponen de acuerdo o actúan conjuntamente incitando a terceros a realizar determinadas conductas para evitar la entrada de un nuevo competidor o provocar la salida de uno indeseado.

3. *Manipulación de factores de producción*⁶

Caso: Servi-D, C.A. vs. Alimentos Heinz, C.A. y otros.

Resolución: N° SPPLC/0011-2006 08-03-06

Condiciones de ilicitud de la manipulación de factores de producción.

4 Cfr.: DA/RDA N° 103, pp. 75 y ss. Véase también la Resolución N° SPPLC/0006-2006 de 13-01-06, caso *Anauco vs. Libretaxis*.

5 DA/RDP N° 101, pp. 74 y ss.

6 Vid. DA/RDP N° 103, pp. 76 y ss.

Dentro de este contexto, ha sido criterio pacífico y reiterado de esta Superintendencia que la manipulación de los factores de producción, restringirá la libre competencia, cuando el manejo de dichos factores por un agente económico tienda a impedir la entrada de nuevos competidores o provocar la salida injustificada de aquellos que compiten actualmente. Además, la manipulación de los factores productivos también podría manifestarse como una práctica de explotación, que afecte no sólo a los competidores sino también a aquellos agentes que dependan del bien o servicio manipulado para desarrollar su proceso de producción. En este sentido es tipificada como una práctica de tipo exclusionaria. (Ver *Resoluciones N° SPPLC/004-99*, y *SPPLC/001-00*).

4. *Acuerdo entre competidores*⁷

Caso: Servi-D, C.A. vs. Alimentos Heinz, C.A. y otros.

Resolución: N° SPPLC/0011-2006 08-03-06

Condiciones de ilicitud de los acuerdos entre competidores

Con respecto al artículo *ut supra* citado, ha sido doctrina reiterada de esta Superintendencia establecer que existen tres condiciones necesarias que conllevan a la configuración de una violación de dicho artículo, a saber: a) que su comisión se atribuya a agentes económicos competidores b) que la conducta sea producto del concierto de voluntades que produzca una acción conjunta, y c) el objeto de dicha conducta debe estar previsto en los ordinales del artículo 10 de la mencionada ley (Ver *Resoluciones SPPLC/010-99* y *SPPLC/001-2000*.)

5. *El abuso de la posición de dominio*

A. *Principios generales del abuso de la posición de dominio*

Caso: Empresas Servicios Q.P., C.A. y Corporan, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías QUICK PRESS, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0007-2006 01-02-06

Concepto de posición de dominio⁸

De esta forma, se ha establecido que la posición de dominio consiste en la facultad que tienen uno o varios agentes económicos vinculados entre sí, de ejercer una influencia considerable en el mercado, de manera independiente, sin tener en cuenta y sin que se lo impidan sus competidores, compradores o distribuidores, proveedores, usuarios o consumidores, ya sea por la falta de otros competidores o porque existen factores que hacen que la competencia se vea, de alguna manera, obstruida. Esta facultad asegura, a la empresa en posición de dominio, la existencia de una independencia global de comportamiento, lo que en definitiva le permite anticipar y determinar los comportamientos y decisiones económicas de las otras empresas que participan en el mercado (*Resolución N° SPPLC/003-01*, de fecha 16 de enero de 2001, caso *CORPORACIÓN SALINERA*).

Caso: Empresas Servicios Q.P., C.A. y Corporan, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías QUICK PRESS, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0007-2006 01-02-06

Metodología para determinar la existencia de la posición de dominio

⁷ Vid. DA/RDA N° 101, pp. 77 y ss.

⁸ Vid. DA/RDP N° 103, p. 80. Véase además la Resolución N° SPPLC/0006-2006 de 13-01-06, caso: *Anaeco vs. Libretaxis*

De este modo, para determinar si un agente económico se encuentra en una posición de dominio, debe determinarse, en primer lugar, cuál es el segmento de mercado o mercado relevante dentro del cual se pretende ubicar la actuación del agente económico. En segundo lugar, se debe determinar si existe competencia efectiva o, equivalentemente, si el agente económico disfruta de poder de mercado. Esto se consigue, a su vez, tomando en consideración, entre otras cosas, la cuota de participación de mercado del agente económico en cuestión, esto en consideración a lo que establece el artículo 14 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (...).

6. *Competencia desleal*

A. *Principios generales de la competencia desleal*⁹

Caso: Pinturas Charallave, C.A., (La Tienda del Pintor) vs. Pinturas Charallave, C.A. (Pintacasa)

Resolución: N° SPPLC/0002-2006 30-01-06

Condiciones de ilicitud de la competencia desleal¹⁰

En este sentido, la ilegalidad que plantea el artículo *ut supra* 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.

⁹ Vid. DA/RDP N° 104

¹⁰ Véase también la Resolución: N° SPPLC/0007-2006 de 01-02-06, caso *Empresas Servicios Q.P., C.A. y Corporan, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías QUICK PRESS, C.A.* En cuanto al requisito del daño al mercado, véase también la Resolución: SPPLC/0004-06 de 01-02-06, caso: *Cabimodul, C.A., vs. Movistar.*

B. *Competencia desleal y publicidad*¹¹a. *Condiciones de ilicitud de la publicidad*

Caso: Empresas Servicios Q.P., C.A. y Corporan, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías QUICK PRESS, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0007-2006 01-02-06

Condiciones de ilicitud de la publicidad¹²

Observa este Despacho, que para que una publicidad sea considerada lícita, es necesario que contenga la información lo suficientemente clara y precisa, que transmita al consumidor justamente la idea que se quiso dar a conocer, evitando vagas o erróneas interpretaciones de la misma. En este sentido, el omitir una información considerada relevante para la transmisión del mensaje, puede producir engaño o confusión entre los receptores del mensaje, pues supone la transmisión de información insuficiente, y por tanto inexacta, que lleva al consumidor a actuar en un sentido diferente y manipulado al curso de acción que hubiere seguido si dicha información hubiese sido proporcionada adecuadamente. En ello es crucial, desde luego, que la información faltante sea determinante en la forma incluida en que el consumidor tiende a actuar, por elaborar en su mente una percepción falsa de la realidad, a consecuencia de dicha información faltante.

b. *La publicidad engañosa y falsa*¹³

Caso: Empresas Servicios Q.P., C.A. y Corporan, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías QUICK PRESS, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0007-2006 01-02-06

Concepto de publicidad falsa

La publicidad falsa está relacionada con la veracidad del anuncio. Lo que quiere decir es que la prohibición de efectuar publicidad falsa contenida en el ordinal 1° del artículo 17 de la ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, supone que la información manejada no sea veraz, ni sincera; vale decir, que produzca una falsa representación de los hechos, no de opiniones. Por lo tanto, tratándose de hechos, es necesario que la información esté respaldada en fuentes ciertas, y en la comprobación objetiva de tales hechos.

Caso: Empresas Servicios Q.P., C.A. y Corporan, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías QUICK PRESS, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0007-2006 01-02-06

Concepto de publicidad engañosa

Por ello, es posible definir a la publicidad engañosa como aquella que incluso en términos abstractos sea exacta pero que en la práctica induzca a error. Dicha publicidad engañosa, puede ser, escrita, oral y también la realizada por sonidos, imágenes, y otros. En España, el legislador ha incluido de manera explícita, los requisitos necesarios para considerar engañosa la publicidad por omisión; el silencio debe versar sobre datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, y además la omisión debe inducir a error.

11 En relación con este punto, véanse la DA/RPA N° 97-98, pp. 99 y ss.

12 *Cfr.*: DA/RDP N° 97-98, pp. 99 y ss. Véase también la Resolución: SPPLC/0004-06 de 01-02-06, caso *Cabimodul, C.A., vs. Movistar*.

13 DA/RDP N° 93-94/97-98, p. 95. Véase igualmente la Resolución citada en la nota anterior.

c. *La publicidad comparativa*

Caso: Empresas Servicios Q.P., C.A. y Corporan, C.A. vs. Lavanderías y Tintorerías QUICK PRESS, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0007-2006 01-02-06

Concepto y condiciones de licitud de la publicidad comparativa¹⁴

En la doctrina se ha definido a la publicidad comparativa como aquella publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos (subrayado nuestro) (TA-TO PLAZA, Anexo; *La publicidad comparativa Marcial Pons*, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1996, 41 p.). Este Despacho subrayó la palabra compara, por cuanto la misma encierra una confrontación entre dos o más bienes, servicios y/o competidores a fin de poner en manifiesto sus diferencias o semejanzas. En tal sentido, la publicidad comparativa permite a los consumidores obtener mayor información respecto de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, así como, representan una herramienta sumamente eficaz para que el empresario anunciante distinga sus productos de los de sus competidores y expanda su participación en el mercado o ingrese a nuevos mercados, captando mayor número de clientes. En opinión de esta Superintendencia, las comparaciones publicitarias favorecen el sistema competitivo siempre y cuando no contravengan los principios generales aplicables a todo tipo de anuncios -esto es, que no engañen (por implicancia u omisión) o confundan a los consumidores ni denigren a los competidores.

C. *Soborno comercial*

Caso: Cabimodul, C.A., vs. Movistar

Resolución: SPPLC/0004-06 01-02-06

Condiciones de ilicitud del soborno comercial

El soborno, en los términos en los que se encuentra establecido en el artículo 17 *eiusdem*, es una figura a través de la cual una empresa logra una posición favorable, frente a sus competidores, mediante el ofrecimiento y posterior otorgamiento de un pago, el cual puede consistir en una determinada cantidad de dinero o un arreglo de índole no monetario. Cuando se presenta una situación de soborno, el mecanismo de rivalidad que debe prevalecer en el mercado, y que es el que en definitiva asigna las posiciones en el mercado, se ve alterado. Las empresas que actúan como agentes del soborno, rompen las reglas del proceso competitivo, e incrementando el costo de sus rivales.

D. *Violación de secretos industriales*

Caso: Cabimodul, C.A., vs. Movistar

Resolución: SPPLC/0004-06 01-02-06

Concepto secreto industrial

El secreto industrial puede ser definido como un proceso secreto, una fórmula, un programa o cualquiera otra información confidencial que tiene un valor comercial por el hecho de mantenerse en secreto. En consecuencia, un secreto comercial comprende cualquier tipo de información sea técnica, comercial o de negocios, incluyendo fórmulas, procesos de manufacturas, especificaciones de productos, dibujos, planes de comercialización, listas de clientes, programas de computadores, información de investigaciones y desarrollo, planes especiales de precio, información sobre costos, etc., que se mantenga en reserva.

14 En igual sentido, *vid.* Resolución: SPPLC/0004-06 de 01-02-06, caso *Cabimodul, C.A., vs. Movistar*.

Caso: Cabimodul, C.A., vs. Movistar
Resolución: SPPLC/0004-06 01-02-06

Modalidades de la violación al secreto industrial

Ahora bien, aunque el artículo 17 de la Ley Pro-Competencia sólo hace mención de la violación de secretos sin mayor especificación, podríamos señalar que existen dos modalidades de violación de secretos. La primera, consiste en la explotación o divulgación del secreto por parte de quienes acceden legítimamente al conocimiento del mismo, con el deber de reserva (empleados, directivos y administradores de la empresa), también llamado violación de confianza. Dicha explotación o divulgación implica la existencia de una relación laboral contractual o pre-contractual, en la cual, puede establecerse expresa o tácitamente la obligación de mantener un secreto. Se verifica el presupuesto de competencia desleal cuando el detentador del secreto, utiliza o comunica el mismo. La segunda modalidad, la explotación o divulgación del secreto por lo que tienen acceso al mismo de una manera ilegítima, lo cual es también denominado por la doctrina como imitación desleal por captación. Esta situación se produce cuando se obtiene la información secreta a través del espionaje o por medio de inducción a un empleado a que suministre datos protegidos por un secreto industrial.

E. *Simulación de productos*¹⁵

Caso: Cabimodul, C.A., vs. Movistar
Resolución: SPPLC/0004-06 01-02-06

Concepto de simulación de productos

De tal manera vemos que la simulación de productos, como conducta prohibida en la Ley Pro-Competencia, es entendida como el conjunto de casos donde la actuación de un agente económico esta dirigida a desequilibrar la transparencia de la información que los competidores transmiten al mercado, con el objeto de lograr confundir a los consumidores, y de esta manera mejorar su posición de empresa competidora, sin que necesariamente exista un interés por excluir completamente a la otra empresa participante.(...) De igual forma, se ha considerado a la *simulación de productos*, como un acto de confusión, por medio del cual se desea que el público asocie el producto o servicio del imitador con otra u otras que gozan de un prestigio o de una notoriedad, de la cual el competidor desleal carece, y que quiere apropiarse de manera ilegítima. Dicho lo anterior, este Despacho ha entendido que la simulación de productos con fines desleales debe prohibirse por ser fuente de ineficiencias para los agentes económicos, generando distorsiones en el mercado y afectando la dinámica de competencia. Es decir, cuando un agente económico actúa deslealmente y en consecuencia distorsiona los intereses de los consumidores que son engañados al momento de realizar una compra. Esto desincentiva al competidor, que ve como las inversiones que ha realizado para ganarse una buena reputación son aprovechados por un tercero, perdiendo de esta manera ingresos que legítimamente le corresponden.

15 *Vid.* DA/RDP N° 93-94/95-96, pp. 98 y ss.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2006

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. La Constitución: Fraude constitucional. 2. Responsabilidad Patrimonial del Estado.*
- II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
 1. *Contenido esencial de los derechos constitucionales. 2. Garantías Constitucionales. A. Las garantías del debido proceso. a. Derecho a la defensa: Acceso a las actas procesales. b. Derecho a no declarar contra sí mismo. B. La garantía de acceso a la justicia. 3. Derechos Individuales. A. Libertad Personal: Reserva Legal Nacional. B. Derecho de igualdad ante la Ley: Prohibición de discriminación. C. Derecho a la protección del honor y a la reputación. 4. Derechos Culturales y Educativos: Derecho a la Educación Integral. 5. Derechos Sociales. Sistema de seguridad social: Previsión y protección social de los legisladores. 6. Derechos Políticos. A. Sistema Electoral de postulación de candidatos: "Las Morochas". B. Derecho al sufragio: Causales de inelegibilidad.*
- III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
 1. *Régimen del ejercicio del Poder Público. A. Criterio orgánico y no subjetivo de la función pública. B. Régimen de la Administración Pública. Derecho administrativo sancionador. C. El Poder Judicial. a. Tribunal Supremo de Justicia: Facultad de avocamiento (Carácter restrictivo). b. Autonomía. c. Principios de la administración de justicia: Imparcialidad de los jueces. D. El poder electoral: Competencias.*
- IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO
 1. *Derechos Económicos: Libertad económica. 2. Propiedad y Expropiación: Régimen urbanístico de la propiedad.*
- V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO
 1. *Principios del Régimen Tributario. A. Principio de legalidad tributaria. B. Administración Tributaria. Recaudación de los tributos. 2. Impuestos Municipales: Impuesto sobre Espectáculos Públicos.*
- VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
 1. *Reglamentos: Potestad reglamentaria. 2. Actos Administrativos. 3. Contratos Administrativos. 4. Recursos Administrativos. Recurso de Reconsideración.*

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Órganos*. A. Cortes de lo Contencioso Administrativo. 2. *Principio de universalidad de control y de integralidad de la tutela judicial*. 3. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Objeto. Actos recurribles: Actos administrativos de efectos generales Legitimación. B. Suspensión de efectos del acto administrativo. C. Pruebas: Posiciones juradas. D. Sentencia. a. Apelación: Fundamentación. b. Vicios: Incongruencia negativa. 4. *El Contencioso Administrativo contra la abstención o negativa de la Administración*. 5. *El Contencioso Administrativo de las Demandas contra los Entes Públicos*. 6. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. El Contencioso Administrativo Funcionarial. a. Órganos. a'. Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo. b. Pruebas. Admisión: Apelación de la sentencia. c. Sentencia: Consulta obligatoria. B. El Contencioso Administrativo Tributario. a. Pruebas. Inadmisibilidad: Prueba de posiciones juradas. b. Sentencia.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Carácter vinculante de las interpretaciones que realice la Sala Constitucional*. 2. *Control Concentrado de la constitucionalidad: Cosa juzgada de la sentencia: Reedición del acto normativo*.

IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Funcionarios Públicos. Funcionarios excluidos: Cuerpos de seguridad del Estado*. 2. *Clases de funcionarios: Funcionarios de Hecho*.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico. La Constitución: Fraude constitucional*

TSJ-SC (74)

25-1-2006

Magistrado Ponente: Luis Velásquez Alvaray

Caso: Acción Democrática vs. Consejo Nacional Electoral y demás autoridades electorales.

El fraude a la Constitución se entiende como la utilización del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido. Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional.

Por otra parte, esta Sala considera pertinente aclarar la noción de fraude constitucional invocada por los accionantes. En efecto, en La Francia de Petain, 1943, C. Lieut-Vaux donde observó y denunció la destrucción de las teorías democráticas en Italia, Alemania y Francia, mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales, como ocurrió con el uso fraudulento de los poderes conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de Weimar, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado (G. Lieut-Vaux, "Le Fraude a la Constitution", en *Revue de Droit Pulic et de la Science Politique*, abril-junio de 1943, p. 116).

Por otra parte, la doctrina francesa del Derecho Público y el Derecho Constitucional comparado han diferenciado la expresión "*falseamiento de la Constitución*" ("*Faussement de la Constitution*"), que alude a esa situación en la que se otorga a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una mo-

dificación no formal de la Constitución que la doctrina alemana llama (“*verfassungswandlung*”) o la trasgresión de la misma, mientras que el fraude a la Constitución se entiende como la utilización del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido. Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional, tal como lo sostiene Pedro de Vega en su obra “*La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*”.

2. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*

TSJ-SC (403)

24-2-2006

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda vs. Decisión la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

La responsabilidad patrimonial no puede ser enmarcada en un sistema puramente objetivo, es decir, que ante cualquier falta de la Administración deba ser ésta objeto de condenatoria patrimonial, ya que lo mismo, podría conllevar a un estado de anarquía judicialista, que pondría en peligro la estabilidad patrimonial del Estado. Deben ser evaluados en cada supuesto las condiciones en la prestación del servicio, la posible actuación personal del funcionario que no se encuentre relacionada con su servicio, la complejidad del caso objeto de cuestionamiento, el comportamiento de la víctima, los elementos intrínsecos y extrínsecos de la relación acaecida objeto de la presunta responsabilidad, así como las condiciones de modo, tiempo o lugar.

En tal sentido, se aprecia que la sentencia objeto de revisión declaró: i) parcialmente con lugar la apelación ejercida por la representación judicial de dicho Municipio contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital el 8 de mayo de 2002 y su aclaratoria del 9 de julio de 2003, en consecuencia, se revocó la sentencia apelada y su aclaratoria; ii) parcialmente con lugar la demanda por daños y perjuicios y, iii) condenó al referido Municipio al pago del daño emergente ocasionado por los costos financieros relativos al endeudamiento contraído por la empresa Sindicato Agrícola 168, C.A., con el Banco Caribe y, al pago del lucro cesante demandado y causado por la merma patrimonial sufrida como consecuencia de la imposibilidad de disponibilidad del inmueble desde la fecha en que ha debido producirse la constancia de culminación de obra (20 de diciembre de 2001), hasta el referido fallo.

En virtud de lo expuesto, debe esta Sala analizar en primer lugar el alegato esgrimido contra la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 26 de julio de 2005, relativo a los principios y postulados constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, así como de los criterios vinculantes emanados de esta Sala en cuanto a la materia de responsabilidad patrimonial.

Así pues, se observa que el constituyente venezolano en el momento de elaborar nuestro Texto Constitucional vigente quiso modernizar y constitucionalizar en varios artículos la responsabilidad patrimonial de la Administración como un sistema de garantías de los derechos de los particulares ante posibles actuaciones legales o ilegales contra los particulares que causasen un acervo patrimonial.

Dentro de ellos, resulta relevante citar lo dispuesto en el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual expresa: “*El Estado responderá pa-*

trimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública”.

Así pues, se aprecia que “(...) la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, acorde con el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia proclamado en su artículo 2, y en correlación con el carácter de gobierno responsable que los artículos 6 y 141 ejusdem atribuyen al Estado administrador, consagra un sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado”, el cual lleva aparejado un mandato obligatorio a los Tribunales integrantes de la jurisdicción contencioso administrativa, por expreso mandato del artículo 259 *eiusdem*, a ordenar la indemnización de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de la actividad de la Administración, sea esta por una responsabilidad con falta o sin falta de la Administración según sea el caso objeto de reclamo jurisdiccional. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 2818/2002).

Así pues, en sentencia de esta Sala N° 2818, se estableció jurisprudencialmente el reconocimiento constitucional que establecían los artículos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual en materia de responsabilidad patrimonial, habían sido recogidos previamente por la doctrina nacional, así dispuso la referida sentencia:

“Es así, como los artículos 25, 29, 30, 140, 259, 46 numeral 4, 49 numeral 8, 115, 139, 141, 199, 216, 222, 232, 244, 255, 281 y 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela permiten configurar el régimen básico de responsabilidad integral del Estado venezolano, el cual abarca todos los daños ocasionados por cualesquiera sea la actividad derivada del ejercicio del Poder Público”.

En este orden de ideas, debe destacarse que la responsabilidad patrimonial del Estado puede devenir de una obligación contractual o extracontractual, siendo susceptible esta última de reclamación proveniente de una responsabilidad con falta de la Administración por la comisión de un hecho ilícito o una responsabilidad sin falta ocasionada por el anormal funcionamiento de los servicios públicos.

No obstante, la responsabilidad patrimonial no puede ser enmarcada como erróneamente lo considera el fallo objeto de la revisión en un sistema puramente objetivo, es decir, que ante cualquier falta de la Administración deba ser ésta objeto de condenatoria patrimonial, ya que lo mismo, podría conllevar a un estado de anarquía judicialista, que pondría en peligro la estabilidad patrimonial del Estado.

Asimismo, la precitada sentencia (2818/2002), igualmente dispuso que el Estado Venezolano consagra:

“(...) un régimen de responsabilidad objetiva del Estado no puede ser apriorístico y tener los efectos de una presunción iure et de iure a favor de los particulares, ya que pudiera ocurrir que la acción ilícita o delictual del funcionario público no gravara la responsabilidad del Estado pero solo y siempre cuando quedare evidenciado que el móvil y circunstancias del hecho quedaron limitadas al ámbito íntimo y personalísimo del funcionario; o también, cuando existieren causas de inimputabilidad penal como son el estado de necesidad y la legítima defensa”.

En tal sentido, el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado debe ser concebido con prudencia y justicia y no debe inspirarse en un profundo deseo positivista e individualista del ser humano, ante todo el Estado es un ente pluripersonal que está concebido y encaminado a la satisfacción de los intereses particulares, y las actuaciones que pueden conllevar al menoscabo patrimonial de otros ciudadanos en beneficio de un colectivo o por una actuación anormal de éste, debe ser previa comprobación de una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la falta cometida por éste, exceptuándose en ciertos casos de dicho análisis por el principio de igualdad ante las cargas públicas o teoría de la raya.

Así el Estado Venezolano debe ser considerado en su integralidad como un Estado responsable, que conlleve su actividad al desarrollo de los entes individuales y colectivos que lo conforman con fundamento en una solidaridad racional de sus obligaciones, sin que ello implique un desconocimiento del sacrificio de los particulares, sino por el contrario la asunción de los mismos, no obstante sin que ello se prolifere a que cualquier demanda judicial conlleve indefectiblemente a la condenatoria patrimonial sin previamente analizar la relación de causalidad necesaria cuando ello sea indispensable.

No obstante lo expuesto, debe advertirse que del análisis de la normativa constitucional vigente, se infiere que la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el contrario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño.

La asunción del criterio contrario implicaría la proliferación de demandas contra los Entes Estatales en perjuicio de las partidas presupuestarias del Estado, ya que debe existir un justo equilibrio entre las obligaciones normales de la Administración y los daños cometidos por ésta con base a unos estándares de funcionamiento, ya que la optimización de la prestación del servicio debe ser aparejada a una actuación diligente del administrado, todo ello con fundamento en que no puede el particular pretender el resarcimiento de daños y perjuicios cuando su actuación ha sido elemento causal del daño sufrido y advertido o no en ciertos casos, por la Administración Pública.

En consonancia con lo expuesto, debe atenderse que visto que no existe un catálogo expreso de cuándo se podría estar en presencia de una responsabilidad sin falta o con falta de la Administración, se hace necesario que el juzgador determine en cada caso concreto cuándo debe analizarse integralmente la existencia de una falla en el servicio, en cuanto al grado de normalidad y de soportabilidad por parte del administrado y/o cuándo es necesario la existencia de una actuación ilegítima de la Administración para proceder a la condena patrimonial de la Administración, debiendo demostrarse la relación de causalidad.

En atención a los argumentos expuestos, se aprecia que la sentencia objeto de revisión constitucional, al respecto dispuso:

“El régimen de responsabilidad de la Administración tiene rango Constitucional y se consagra hoy, de manera acorde a los avances jurídicos de los modernos estados de derecho, en un sistema objetivo, conforme al cual al Estado corresponde, en general, resarcir los daños que produce, indistintamente de que su actuación sea legítima o ilegítima.

...

El sistema de responsabilidad objetiva de la Administración, que bien define la jurisprudencia del Máximo Tribunal, constituye un principio fundamental del Estado de Derecho Moderno que también se ha reconocido en otros ordenamientos jurídicos (...).

En particular, por lo que se refiere a los daños ocasionados por la revisión de actos administrativos en materia urbanística, como lo sucedido en autos, se reconoce igualmente la responsabilidad objetiva de la Administración, en caso de que tal actuación haya configurado daños efectivos e individuales. De esa manera, la jurisprudencia del citado Tribunal ha señalado que la ilegalidad de los actos revocatorios de licencias urbanísticas configura un supuesto de responsabilidad administrativa por cuanto ‘...supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición de lo realizado. Por ello, es claro que el administrado sufre en estos supuestos una lesión patrimonial que es consecuencia directa del obrar no correcto de la Administración y así la procedencia de la indemnización’ (Sentencia del 2 de enero de 1990).

...

Se reconoce así tanto en el ordenamiento jurídico venezolano, como en el derecho comparado, un sistema de responsabilidad objetivo que opera como garantía de los particulares frente a los daños que produzca la actividad de la Administración, sin que sea necesario evaluar la normalidad o no de la actuación de la Administración. Bajo ese principio, lo determinante es la existencia de un daño efectivo e individualizado que sea directamente imputable a la Administración Pública, el cual debe ser indemnizado de manera integral de modo que el perjudicado resulte indemne (Véase sentencia del Tribunal Supremo Español N° 1120 del 22 de diciembre de 2004).

Lo expuesto anteriormente, en especial las decisiones del máximo Tribunal citadas, y el texto expreso de las normas constitucionales aludidas, impiden considerar el argumento de la anormalidad funcional expuesto por la representación municipal a fin de excluirse de responsabilidad en el presente caso.

A todo evento, la ilegalidad de los actos impugnados, que ha sido igualmente declarada por esta Alzada, configura el funcionamiento anormal de la actividad del Municipio que, según la doctrina antes expuesta, determina la imputabilidad de los daños ocasionados a la recurrente por la imposibilidad que ha tenido de disponer oportunamente del inmueble de su propiedad. Así se declara.

Por lo que se refiere a la argumentación de la parte apelante en cuanto a que deben atribuirse en todo caso a la propia recurrente, los daños cuya indemnización se demanda, en virtud de que la construcción de la obra 'Centro Profesional Vizcaya' realizada en la parcela N° 149, se efectuó en base a decisiones judiciales que instó la parte actora, esta Corte considera que tal alegato es contrario al principio de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución, pues la protección derivada de las sentencias favorables al actor configuraron una situación de certeza que le permitió ejercer su derecho de propiedad. Ello, además, en modo alguno desvirtúa la relación de causalidad entre los actos anulados y el daño producido, el cual se configura, como se señaló, por la imposibilidad de disposición de su propiedad, declarada ilegal mediante los actos viciados. Así se decide".

Con fundamento en los criterios expuestos, se aprecia que a diferencia de lo expuesto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo resulta necesario determinar la normalidad o no de la actuación administrativa, la cual no simplemente se verifica con la procedencia de la nulidad del acto administrativo, sino que es indispensable precisar *a priori* diversos elementos con la finalidad de apreciar si ciertamente el acto declarado nulo apareja responsabilidad patrimonial en sede administrativa.

Incluso podría afirmarse *prima facie* que aun cuando los actos administrativos que son declarados conforme a derecho, es decir, que no han sido anulados en sede judicial o administrativa pueden aparejar responsabilidad de la Administración Pública, por lo que en consecuencia, no se puede encasillar y abstraer el mundo real del mundo jurídico, si no que hay que atender a sus elementos y rasgos conceptuales, razón por la cual, no se puede establecer ni pretender aparejar como en efecto lo realizó la referida Corte una operación aritmética en el ámbito jurídico, la cual se encontraría fundamentada en que todo acto nulo conlleva irreflexivamente a una condena patrimonial del Estado.

Establecer ello, significa prácticamente dejar a la Administración Pública en un estado de inseguridad e inercia ante el cumplimiento de sus fines, los cuales se verían menoscabados en su eficacia y operatividad ante el posible riesgo de condena continua patrimonial del Estado, adicional a la posible responsabilidad funcional.

En otras palabras, ello quiere decir que deben ser evaluados en cada supuesto las condiciones en la prestación del servicio, la posible actuación personal del funcionario que no se encuentre relacionada con su servicio, la complejidad del caso objeto de cuestionamiento, el comportamiento de la víctima, los elementos intrínsecos y extrínsecos de la relación acaecida objeto de la presunta responsabilidad, así como las condiciones de modo, tiempo o lugar.

Todos estos elementos deben ser considerados y apreciados por el juzgador al momento de emitir cualquier juicio al respecto, en virtud de la consagración constitucional de un Estado de Derecho y de Justicia, ya que tanto daño se ocasiona a los particulares con el resguardo y salvaguarda de una Administración ineficaz que sea irresponsable y poco audaz y acuciosa en sus funciones, como una Administración temerosa en el ejercicio de sus funciones ante el posible riesgo de múltiples condenas patrimoniales sin mayor razonamiento a favor de los particulares.

Lo anterior, no quiere significar la incompetencia en el funcionamiento de los órganos administrativos y su resguardo u ocultamiento de actuaciones ilegales, sino ponderar racionalmente, con base en los principios de proporcionalidad y racionalidad, cuándo ciertamente la actuación de la Administración sea objeto de una falta grave o leve, para en el determinado caso proceder a la reparabilidad de los daños causados.

Ello, tiene una explicación lógica ya que no puede castigarse y atribuir una falta de funcionamiento a la Administración en un caso cuya complejidad tiene un alto grado de asignación para el ente administrativo, similarmente a un caso donde sólo deben ser verificados el cumplimiento de una serie de requisitos legales.

Este último caso, es que el sí conllevaría indefectiblemente a la responsabilidad patrimonial de la Administración, por cuanto debe existir ciertamente un cierto nivel de soporabilidad y normalidad en el desempeño de sus funciones, pero cuando dicho límite es rebasado es cuando se generaría la procedencia de la reparabilidad de los daños y perjuicios causados al administrado, siempre y cuando éstos sean oportunamente probados por la víctima.

En atención a ello, debe determinarse si en el presente caso, nos encontramos ante una falta grave de servicio por parte de la Administración, que llevase aparejado la responsabilidad administrativa previa declaratoria de ilegalidad del acto administrativo en el procedimiento contencioso administrativo.

Así, deben puntualizarse principalmente los hechos acaecidos en el presente caso, para esclarecer el objeto de la presente revisión, así como sus efectos jurídicos y las posibles incidencias colectivas que podrían generarse, por estar inmiscuida en el mismo el resguardo de la legalidad urbanística y el derecho de propiedad de unos terceros intervinientes, en tal sentido, se observa:

1. La zonificación de la parcela N° 149, registrada con el catastro N° 122/01-01 ubicada en la Urbanización Colinas de Tamanaco y propiedad de la empresa Agrícola 168, C.A., se encontraba regulada mediante Oficio N° 1370 del 28 de julio de 1971, ya que en el área sureste de Caracas no existía un mapa único de zonificación, por lo que el Concejo Municipal del Distrito Sucre aprobó el Acuerdo N° 25 el 25 de septiembre de 1966, que contenía el Plano de Zonificación del Distrito Sucre, en el cual se le asignaba la nomenclatura RE.
2. En el mencionado Oficio N° 1370/1971, se le encontraba asignado un uso específico como “*Estación de Servicios y Bomba de Gasolina*”, a la referida parcela. (Anexo C de la primera pieza del expediente judicial).
3. Los propietarios del inmueble solicitaron información a la Administración Pública sobre las variables urbanas fundamentales de la parcela identificada con el N° 149, oportunidad en la cual la Administración, mediante Oficio N° 1622 del 25 de abril de 1989, expuso lo siguiente: “(...) *este Despacho cumple con informarle que de acuerdo a lo señalado en el Plano de Zonificación anexo al Acuerdo N° 25 de fecha 15.09.66, la Urbanización Colinas de Tamanaco es zona con Reglamentación Especial (RE), por lo que las Variables Urbanas Fundamentales de la parcela en cuestión se encuentran contenidas en el Oficio N° 1370 de fecha 28-07-71, aproba-*

torio de modificaciones al Anteproyecto de Parcelamiento, Zonificación y Vialidad./En conformidad con lo señalado en dicho Oficio, la parcela objeto de consulta forma parte de un lote de siete (7) parcelas destinadas al desarrollo de un centro comercial, en el cual sólo se podrá establecer los usos que se especifican en la Ordenanza de Zonificación Vigente, bajo la reglamentación C1 (Comercio Local)./ Ahora bien, el Oficio mencionado anteriormente, establece que la parcela en cuestión deberá ser destinada al uso específico de bomba de gasolina o estación de servicio, debiéndose emplazar la construcción del Centro Comercial en las seis (6) parcelas restantes del citado lote. Por ello, el uso de Comercio Local, como tal, sólo podrá ser desarrollado en estas seis (6) parcelas, de ser aprobado el proyecto correspondiente al Centro Comercial (...)". (Anexo D-1 de la primera pieza del expediente judicial).

4. Posteriormente, en la oportunidad de la solicitud de reconsideración contra el Oficio N° 1622/1989, el ciudadano Honorio Pulgar Pulgar, en su condición de Director de la Dirección de Ingeniería Municipal del Concejo Municipal del Distrito Sucre, mediante Oficio N° 4180 del 29 de agosto de 1989, ratificó el Oficio objeto de reconsideración, mediante el cual dispuso: *"En atención a su comunicación N° 848 de fecha 17 de mayo de 1989, mediante la cual solicita lo indicado en la referencia (Reconsideración del Oficio N° 1622/1989), este Despacho cumple con informarle que de acuerdo a lo previsto en el Artículo 182, referente a las Zonas RE, de la Ordenanza de Zonificación vigente y al Oficio N° 499 de fecha 03-09-50 Aprobatorio del Anteproyecto, Zonificación y Vialidad, emanado de esta Dirección; a la referida parcela; se le otorga el uso exclusivo de 'BOMBA DE GASOLINA'; por lo tanto no considera procedente la Solicitud de reconsideración del Oficio N° 1622 de fecha 25 de Abril de 1989, referente a las Variables Urbanas Fundamentales para la parcela N° de Catastro 2-007/12-01./Por todo lo anteriormente expuesto se ratifica en todas y cada una de sus partes, el citado Oficio N° 1522 de fecha 24-04-89./ Finalmente le informamos que usted dispone de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación del presente Oficio, para que de conformidad con el Artículo 36, Numeral 16 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, ejerza el Recurso de Apelación, por ante la Cámara Municipal"*. (Anexo D-2 de la primera pieza del expediente judicial).
5. Contra dicho acto fue ejercido el recurso de apelación, el cual fue decidido mediante Resolución N° JI-0003/91 dictada el 17 de mayo de 1991, por la ciudadana Gloria Lizarraga de Capriles, en la cual se declaró con lugar el recurso interpuesto y se dispuso que la zonificación para la parcela N° 149, era la correspondiente al artículo 125 de la Ordenanza de Zonificación Vigente del Municipio Baruta del Estado Miranda como C-2 (Comercio Vecinal).
6. Seguidamente, la Administración Municipal ante la notificación de la constancia de inicio de obra N° 690 y una solicitud de constancia de ajuste a las variables urbanas presentada el 12 de mayo de 1998, negó la respectiva autorización mediante Oficio N° 991 del 19 de julio de 1998, por estimar que la misma violaba el artículo 87.1 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.
7. Asimismo, mediante Oficio N° 266 del 9 de febrero de 2000, la Gerencia de Ingeniería Municipal se pronunció nuevamente sobre la incompatibilidad del proyecto presentado.
8. Posteriormente, en Oficio N° 570 del 16 de marzo de 2000, emanado del Alcalde del Municipio Baruta y notificado el 21 de marzo de 2000, se declaró la nulidad absoluta de la Resolución N° JI0003/91 y, en consecuencia, se revocó la referida Re-

solución así como los actos administrativos dictados con fundamento en la misma, y se restableció la zonificación original de la parcela N° 149.

9. Finalmente, la Gerencia de Ingeniería Municipal del Municipio Baruta, mediante Oficio N° 1263 del 22 de junio de 2001, declaró la nulidad absoluta de las constancias de cumplimiento de variables urbanas fundamentales contenidas en los Oficios N° ON-601 del 3 de mayo de 2001 y 4 de agosto de 2001; ordenó la demolición total de la construcción ejecutada e, impuso sanción de multa por la cantidad de Bs. 1.952.789.4440,00

En atención a lo expuesto, ciertamente se aprecia que en principio por estar asignada la zonificación de la Urbanización Colinas de Tamanaco como Reglamentación Especial (RE), la asignación del uso del suelo, era planificada mediante oficios y resoluciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182 de la Ordenanza de Zonificación del Distrito Sucre del Estado Miranda, el cual dispone:

“Las Zonas R-E son aquellas sometidas a reglamentos especiales dictadas por el Concejo Municipal y también aquellas urbanizaciones cuyos permisos de construcción fueron otorgados estableciendo normas especiales o distintas a las previstas para zonas similares en esta Ordenanza.

Los permisos de edificación y la zonificación se regirán, para tales zonas, por lo prescrito en los mencionados reglamentos especiales o permisos de construcción de urbanizaciones, según el caso”.

En consecuencia, se observa que de conformidad con lo establecido en el Oficio N° 1370/1971, a la parcela N° 149, se le encontraba asignado un uso específico, el cual era Bomba de Gasolina y Estación de Servicio, en el cual se disponía:

“Centro Comercial:

Se aprueban las parcelas 143, 145, 148, 148, 149, 150 y 152.

En cuanto a la construcción a edificarse como centro comercial esta deberá estudiarse sobre las seis (6) parcelas como un proyecto de conjunto y la lotificación será posterior.-

El uso del terreno será de acuerdo a la aprobación anterior.

Área máxima de ubicación: 30%

Área máxima de construcción: 60%

Altura Máxima: dos (2) plantas o siete (7) metros.

Retiros mínimos:

Frente: 10,00 mts.

Lateral: 10,00 mts.

Fondo: 10,00 mts.

Estacionamiento de vehículos: Para la satisfacción de la demanda de estacionamiento se exigirán un (1) un puesto por cada quince (15) mts. de área comercial.

En este centro comercial sólo podrán establecerse los usos que se especifican en la Ordenanza de Zonificación Vigente, bajo la reglamentación C-1, Comercio Local.

Bomba de Gasolina:

La parcela 149 con un área de 1.760 m² será destinada a Estación de Servicio y Bomba de Gasolina.

El área de ubicación no podrá ser mayor del 30%.

Deberá estudiarse el proyecto cumpliendo todas las normas de seguridad específicas sobre la materia y obtener la aprobación de la Gobernación del Estado y del Cuerpo de Bomberos.

Podrá establecerse una estación de lavado y engrase (...)”.

Así pues, de la norma *in commento* se desprende claramente la asignación de un uso exclusivo a dicha parcela, conforme a las limitaciones legales del derecho de propiedad, el cual, no se constituye como un derecho absoluto y a diferencia de lo expuesto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, no lo vacía de contenido o lo desnaturaliza, ya que la armonización urbanística se encuentra dirigida a la satisfacción de un bien común, superándose de esta manera la concepción liberalista e individualista del derecho.

Atendiendo a la finalidad del derecho urbanístico, es allí donde con mayor intensidad se puede reflejar la relación y mutación de los derechos individuales en intereses generales, ya que esta especialidad del derecho se encuentra íntimamente vinculada a la satisfacción y mejoramiento del bien social, en aras de regular cualquier conducta desproporcionada de la visión individualista del ser humano, ello con el objeto de evitar el desorden de una sociedad, así como la destrucción colectivista del medio ambiente, atendiendo a las consecuencias posteriores de la demolición o construcción de grandes urbes que aseguren la necesidad mínima de servicios e infraestructuras concebidas para mejorar o en algunos casos garantizar el estándar mínimo requerido para preservar la calidad de vida de los habitantes.

Esta garantía a los derechos de los individuos, en la búsqueda del Estado de un bien común, en cuanto al sistema de ordenación urbanístico fue reflejado por LE CORBUSIER quien intuitivamente sostuvo en la Carta de Atenas que: “(...) *el urbanismo está destinado a concebir las reglas necesarias que aseguren a los ciudadanos condiciones de vida que salvaguarden tanto su salud física como su salud moral y la alegría de vivir que de ellas se desprende*”. (Vid. LE CORBUSIER, La Charte de Athenes, Ediciones de Minuit, 1957).

Es por ello, que no comparte esta Sala Constitucional lo dispuesto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a la interrelación del derecho urbanístico y las limitaciones legales al derecho de propiedad, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el siguiente sentido:

*“(...) comparte la Corte la opinión de la parte apelante en cuanto a que la calificación RE se corresponde con la zona y no con las parcelas que individualmente la integran, más difiere el sentenciador en cuanto a que ello constituye una habilitación en blanco para determinar singularmente los usos del suelo urbano. **Ello comporta una contradicción en los términos, pues tanto es general la calificación RE como general debe ser la definición de los destinos permitidos mediante el mecanismo de la zonificación.***

Siendo nota característica de la zonificación la generalidad, considera la Corte que la regulación a que se contrae el artículo 182 de la Ordenanza de Zonificación a lo sumo permitió una definición general de los usos de la zona, dando contenido a la calificación RE efectuada en la norma, admitiendo, eso sí, que en las asignaciones específicas realizadas mediante los proyectos del urbanizador se aplicasen las condiciones especiales fijadas en los correspondientes oficios aprobatorios.

Esta es la interpretación correcta de la norma y no, como pretende la parte apelante, la de que esta regulación confiera la posibilidad de legalizar una afectación individual de las parcelas que la integran, pues ello sin duda atentaría contra el derecho de propiedad que la ordenación urbanística precisamente garantiza al concretarse en limitaciones legales que delimitan la función social de la propiedad urbana.

Es importante en este aspecto distinguir la calificación del suelo que se realiza mediante la zonificación, de las reservas de terreno para la localización de edificaciones e instalaciones de servicios colectivos que se requieran de acuerdo con los planes de ordenación

urbanística. La reserva implica la cesión del terreno así como las garantías para asegurar su cumplimiento.

La Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en efecto regula la figura de la reserva y en este sentido dispone la obligación de la autoridad municipal de exigir la cesión de los terrenos y las garantías correspondientes. En los casos de reservas, si opera una asignación específica, concreta y exclusiva de un uso particular. Pero este no es el supuesto a que se refiere el caso de autos, toda vez que mediante el oficio aprobatorio del desarrollo urbanístico, lo que se decide es la pertinencia del uso y las especificaciones especiales. Así en el oficio aprobatorio de la Urbanización Colinas de Tamanaco, contenido en el oficio N° 1370 de fecha 28 de julio de 1971 se determina como acorde al uso admitido para la parcela en cuestión, la construcción de una Bomba de Gasolina, sin que ello pueda considerarse como una zonificación aislada ni como una reserva.

Por ello en criterio de esta Alzada estuvo en lo correcto la Administración Municipal cuando interpretó mediante la Resolución N° JI-0003/91 que el uso asignado a la parcela en cuestión es el correspondiente a la categoría general que permitió admitir para el caso específico del proyecto originalmente aprobado, el destino de estación de servicio.

Este criterio se corresponde con la noción de generalidad, propia de la zonificación como instrumento de planificación urbana, pues con él se está aplicando varios destinos, con lo cual no desnaturaliza el derecho de propiedad sino que se delimita su contenido, ofreciendo al propietario una gama de posibilidades de disposición, acordes con la planificación integral de la zona”.

Dicha posición judicial contraría los fines del derecho urbanístico, entendido el urbanismo como la solución encaminada al logro de una vida colectiva digna, de conservación en una gran medida de la especie humana en un determinado espacio, sin que se convierta en el marco o nudo espíritu egoísta del individuo en satisfacer sus intereses personales, sin asegurar un beneficio común a los habitantes integrantes de un territorio, lo cual conlleva al análisis sobre la reflexión de la problemática y la fundamentación del derecho urbanístico por URDANETA TROCONIS, cuando sostiene:

“Con estas consideraciones, quiero hacer referencia al hecho de que el estado actual de los ordenamientos jurídicos en materia urbanística y, particularmente en lo relativo a la ejecución, es el resultado de una lenta y difícil evolución; evolución que, en cada país, ha adquirido rasgos peculiares pero que en todos los casos presenta una línea conductora común: los esfuerzos sucesivos que ha debido realizar el Estado para ir resolviendo los inevitables conflictos que aquí surgen entre los intereses individuales de los particulares y los intereses colectivos de la sociedad, en una progresión marcada, en su origen, por el predominio casi absoluto de los primeros y, en los momentos actuales, por una mayor tendencia a hacer prevalecer los segundos sin que por ello dejen de respetarse aquellos. No se trata más que del reflejo, en el concreto campo del urbanismo, de lo que ha sido, en las sociedades occidentales de corte liberal, la tendencia general de ir corrigiendo las fallas y los excesos de ese liberalismo, corrección que se ha pretendido lograr a través de un creciente intervencionismo del Estado (considerado en esta concepción como la instancia representativa de los intereses colectivos) y de una correlativa reducción de los derechos y libertades de los ciudadanos o, al menos, una demarcación más precisa del ámbito en que aquellos pueden desenvolverse.

El urbanismo es, indudablemente, uno de los campos en donde se ve muy claramente que el Estado, al intervenir tiene que afectar de alguna manera –y, a veces, muy sensiblemente– las libertades y los derechos individuales de los particulares. Concretamente, es el derecho de propiedad privada lo que aquí está en juego: cuando el Estado pretende intervenir en las condiciones de realización del desarrollo urbano, independientemente de la utilidad colectiva que proporcione, esa intervención produce una incidencia en la esfera jurídica de los propietarios inmobiliarios; mientras más acentuada sea la intervención estatal, más limitado (o, al menos, más delimitado) se verá el ejercicio de las facultades dominicales.

(...)

*Con el tiempo, se fueron ampliando las causas justificantes de la intervención pública y, por ende, correlativamente, las materias sobre las cuales ésta podría recaer. Pero la forma de la intervención continuó siendo, por mucho tiempo, esencialmente la misma: la reglamentación de policía. Incluso cuando, ya entrado este siglo, surge la novedosa técnica de la planificación urbanística, en los ordenamientos jurídicos que la introducen está aún vigente esa concepción; lógicamente, los planes van a estar marcados por ese sello; se trata de planes que contienen básicamente disposiciones de policía, es decir, ciertas limitaciones y prohibiciones de carácter general aplicables a los propietarios urbanos que, en ejercicio de sus facultades, deciden construir. Un instrumento fundamental de este tipo de planificación permite entender mejor el carácter de ésta: la zonificación, que consiste en una decisión pública por medio de la cual se reservan determinadas zonas de la ciudad para necesidades o funciones concretas. Ello produce una importante limitación al derecho de los propietarios afectados: si bien no están obligados a obrar positivamente, cuando decidan construir en sus propiedades, deberán hacerlo de acuerdo con el destino que le ha sido asignado a la zona en que aquellos se encuentren, y no de acuerdo a su libre decisión de propietarios, como se sucedía anteriormente". (Vid. URDANETA TROCONIS, Gustavo, *La Ejecución del Urbanismo*, Editorial Jurídica Venezolana, 1980, pp. 22-28).*

La admisión de dicho criterio jurisprudencial, conllevaría el retroceso del derecho urbanístico a tiempos históricos, cuando el derecho de propiedad era concebido como un derecho absoluto e intangible de delimitación alguna por parte del Estado, concepción temprana y satisfactoriamente superada por ser concebida la propiedad privada como un derecho relativo que se encuentra garantizado por el Estado, pero que puede ser objeto de limitación legal por razones de interés social y utilidad pública. (Vid. Sentencia de esta Sala N° 1267/2000).

En atención a lo dispuesto, debe citarse lo establecido en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la esencia y resguardo del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico. Al efecto, dispone:

"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".

Como punto previo a la delimitación del núcleo esencial del derecho propiedad, para verificar si como en efecto lo dispuso la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, éste quedaría desnaturalizado o vaciado de contenido con la afectación de un uso exclusivo, debe destacarse lo que debe entenderse por el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

En este sentido, se observa que la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo viene dado en cada caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a esa clase y tiene que quedar comprendido en otro, desnaturalizándose así de alguna manera. Todo ello no puede ser considerado aisladamente al momento histórico, al caso de que se trate y a las condiciones inherentes a toda sociedad democrática, cuando se esté en presencia de derechos constitucionales.

Determinación la cual, puede ser entendida como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente tutelados. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Ahora bien, habiendo sido precisado lo que se debe considerar como núcleo esencial de los derechos fundamentales, se debe proceder a analizar cuál es el contenido esencial del

derecho de propiedad, para posteriormente proceder a determinar si en el caso concreto se desnaturalizó su contenido con la afectación de un uso exclusivo a una determinada parcela.

En este contexto, se aprecia que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva perspectiva subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, **sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.**

La incorporación de exigencias sociales, con fundamento en la utilidad individual y función social al contenido del derecho a la propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido, ya que, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario, hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito, en este sentido, cabe destacar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución.

No obstante lo expuesto, cabe advertir que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, por lo que ello puede y debe ser controlado por esta Sala Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Finalmente, debemos advertir que entendiendo la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho subjetivo, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica limitada exclusivamente al tipo abstracto descrito en el Código Civil, sino que la misma ha sido reconducida en virtud de la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, produciéndose una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos, como entre ellos podría citarse el aprovechamiento del suelo, así como la delimitación y restricción del derecho de edificación en ciertos casos. (*Vid.* REY MARTÍNEZ, Fernando, *La Propiedad Privada en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucional, pp. 304-327).

Es por ello que, no se puede compartir los argumentos expuestos por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en cuanto a que la regulación y asignación de un uso exclusivo haga impracticable ni prive de protección a los intereses individuales inherentes al dominio delimitado por su función social, sea en sí misma contraria al derecho reconocido en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues tal intervención normativa no entraña una desnaturalización de aquel derecho constitucional que lo haga irreconocible como perteneciente al tipo descrito, tanto desde el punto de vista histórico

como por la relación entre el conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica.

Sin embargo, debe destacarse que cuando la limitación provenga de un hecho posterior a la constitución del derecho de propiedad, y sea esta misma conforme a las finalidades de utilidad pública o interés social, es decir, que su actividad sea completa y comprensiblemente lícita y dictada dentro del marco del ordenamiento jurídico, procede afirmar en este orden de ideas, la consecuente disminución del derecho de propiedad del propietario, lo cual sí conlleva a la desnaturalización de su núcleo esencial y degeneraría indefectiblemente en la reparabilidad de los daños causados, en virtud de la no soportabilidad de un sacrificio particular, como consecuencia de una rezonificación de un área.

Visto lo expuesto, se aprecia que las limitaciones urbanísticas en principio no vacían de contenido el derecho de propiedad, ni implican en los supuestos de la delimitación de la zonificación la inexistencia de tal derecho que conlleve a la reserva o cesión del referido inmueble, lo que pudiera proceder en caso, como bien se expuso anteriormente ante un cambio de rezonificación, es la procedencia de la garantía indemnizatoria por la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, en el presente caso se aprecia de la cronología efectuada y de los autos procesales que se pueden apreciar del presente expediente, que la sociedad mercantil propietaria de la parcela N° 149 se encontraba en pleno conocimiento de las variables urbanas fundamentales de tal parcela, así como la asignación de un uso exclusivo de Bomba de Gasolina y Estación de Servicio, conforme a lo dispuesto en el Oficio N° 1370 del 28 de julio de 1971.

Todo ello, se refleja de la resolución de la constancia de inicio de obra, así como de la resolución del recurso de reconsideración y posteriormente, con respecto al ajuste de la construcción a las variables urbanas fundamentales, contenidas en los Oficios N° 1622 del 25 de abril de 1989, 991 del 19 de julio de 1998, y 266 del 9 de febrero de 2000, en los cuales la Gerencia de Ingeniería Municipal se pronunció nuevamente sobre la incompatibilidad del proyecto presentado.

Adicional a ello, se aprecia que los representantes judiciales de la sociedad mercantil Sindicato Agrícola 168, C.A., intentaron fundamentarse en la resolución de medidas judiciales para tratar de obtener el ajuste de la constancia a las variables urbanas, aun cuando se encontraban en conocimiento de las mismas, en virtud de la información solicitada por éstos ante la Alcaldía del Municipio Baruta (Oficio N° 1622 del 25 de abril de 1989).

Sin embargo, ante la infructuosidad del recurso de reconsideración por haber sido declarado improcedente (Oficio N° 4180 del 29 de agosto de 1989), no obstante su procedencia en virtud del recurso de apelación ejercido ante la Alcaldía del Municipio Baruta (Resolución N° JI-0003/91 dictada el 17 de mayo de 1991), los referidos representantes judiciales de la empresa Sindicato Agrícola 168, C.A., solicitaron la constancia de inicio de obra y solicitud de constancia de ajuste a las variables urbanas, ante lo cual la referida Administración Municipal negó la respectiva autorización mediante Oficio N° 991 del 19 de julio de 1998, por estimar que la misma violaba el artículo 87.1 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

En este mismo escenario, se observa que la referida empresa intentó reiteradamente la interposición de acciones judiciales con la finalidad de obtener la referida constancia de variables urbanas fundamentales, ante lo cual esta Sala en sentencia N° 1508/2003, negó la posibilidad de acordar la constancia de variables urbanas mediante la procedencia de una acción de amparo cautelar y posteriormente expresó el incumplimiento de la Administración ante la omisión aducida, por cuanto esta última existía dada su improcedencia para el otorgamiento, en virtud de no haber cumplido los requisitos técnicos establecidos por ella conforme a las variables arquitectónicas asignadas a la parcela N° 149. En tal sentido, dispuso la Sala:

“A modo ilustrativo, observa la Sala que durante años la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa había sostenido que la falta de respuesta por parte de la Administración Municipal en el lapso que tiene para otorgar la constancia de ajuste a las variables urbanas fundamentales (artículo 85 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística) se equiparaba o entendía como un silencio positivo, por aplicación del artículo 119 de la mencionada Ley, en concordancia con el artículo 55 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, lo cual constituía un absurdo para algunos especialistas en la materia (José Araujo Juárez y Armando Rodríguez García), quienes sostenían que dicha disposición no podía ser aplicada en forma supletoria, por cuanto la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio establece un mecanismo diferente al de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística sobre el control del desarrollo urbanístico (véanse los votos salvados de los doctores Gustavo Urdaneta Troconis y Alexis Pinto D’ Ascoli emitidos en decisiones que reflejan el criterio antes mencionado, entre otras, en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 4 de febrero de 1993, caso Promotora Rosávila, C.A.).

Esa posición absurda a la que antes se refirió, conllevó a una práctica indiscriminada e inconsciente por parte de los afectados por el silencio de la Administración de utilizar medios judiciales como la acción de amparo constitucional para obtener la constancia de cumplimiento de las variables urbanas fundamentales, y como en el caso bajo examen, a través de un amparo cautelar, lograr el otorgamiento de la constancia de culminación de obra, en un recurso por abstención en el que como antes se estableció -en atención a la Constitución- no es posible el ejercicio del llamado amparo cautelar.

Por ello, y con fundamento en los argumentos expuestos, en especial por el hecho de que la cautela otorgada vació de contenido y de objeto el fallo definitivo, al pronunciarse sobre el fondo del asunto debatido, declara nula y sin efecto alguno la decisión dictada el 8 de enero de 2002 por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital. Así se decide.

...omissis...

En atención a lo dispuesto en las disposiciones antes transcritas, la Sala de oficio declara temerario e infundado el recurso contencioso administrativo por abstención interpuesto el 27 de diciembre de 2001, por el SINDICATO AGRÍCOLA 168, C.A., a través de su representante judicial JOHN GERARDO ELÍAS S., ante el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, toda vez que dicho recurso se basó (v. folios 269 al 278) en la supuesta omisión del Gerente de Ingeniería Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda, al no emitir la constancia de culminación de obra correspondiente a la edificación de su propiedad, construida en la parcela de terreno identificada con el número 149, número de catastro 122/01-01, ubicada en la avenida La Trinidad de la Urbanización Colinas de Tamanaco, siendo que de autos se evidencia que dicha empresa estaba en conocimiento de que no existía tal abstención por parte de la Administración Municipal, ni se habían dado los extremos para el cumplimiento de esa obligación legal (expedir la constancia de culminación de obra), toda vez que SINDICATO AGRÍCOLA 168, C.A. había interpuesto -con antelación a dicho recurso por abstención- un recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con solicitud de amparo cautelar contra los actos administrativos contenidos en los siguientes oficios:

a) Oficio N° 266 del 9 de febrero de 2000, dictado por la Gerencia de Ingeniería Municipal del referido Municipio, mediante el cual se decidió que el proyecto de edificación presentado por la empresa SINDICATO AGRÍCOLA 168, C.A. no se ajusta a las variables urbanas fundamentales y, en consecuencia, ordenó paralizar la obra (v. folios 127 al 129).

b) Oficio N° 00570 del 16 de marzo de 2000, emanado de la Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda, mediante el cual -tramitado el recurso administrativo de revisión- se declara la nulidad absoluta de un acto administrativo (resolución N° JI-0003/91 de dicha Alcaldía donde se había cambiado en forma aislada la zonificación de Estación de Servicio y Bomba de Gasolina a zona C-2 (comercio vecinal), y en consecuencia, se ratifica la zona original de la parcela para bomba de gasolina y no para comercio (v. folios 131 al 156).

c) Oficio N° 1263 del 22 de junio de 2001, dictado por la Gerencia de Ingeniería Municipal, a través de cual se acordó revocar las constancias de ajuste a las variables urbanas fundamentales contenidas en los oficios N° 601 y 601-99 del 3 de mayo y 4 de agosto de 1999, las cuales se otorgaron en acatamiento a la orden emanada del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo, que a través de una acción de amparo constitucional autónoma ejercida por la empresa SINDICATO AGRÍCOLA 168, C.A. ordenó expedir dichas constancias (v. folios 195 al 232)”.

En consecuencia, se aprecia que la zonificación realizada no fue con posterioridad a la presentación de los proyectos de inicio de obra en la referida parcela, por cuanto la primera solicitud de información de variables urbanas fundamentales fue realizada y respondida con ocasión del Oficio N° 1622 del 25 de abril de 1989, posteriormente recurrido mediante solicitud de reconsideración y declarado improcedente, con la consecuente ratificación del acto recurrido mediante Oficio N° 4180 del 29 de agosto de 1989.

No es hasta la Resolución N° JI-0003/91 dictada el 17 de mayo de 1991, con ocasión del recurso de apelación interpuesto, que la ciudadana Gloria Lizarraga de Capriles, dispuso que la zonificación para la parcela N° 149, era la correspondiente al artículo 125 de la Ordenanza de Zonificación Vigente del Municipio Baruta del Estado Miranda como C-2 (Comercio Vecinal).

Es el prenombrado acto, el cual crea una serie de cambios en la zonificación de la referida parcela N° 149, mediante la interpretación del Oficio N° 1370/1971, y el cual genera una serie de efectos jurídicos para el presente caso, en virtud de la permisividad para la construcción del referido centro comercial en dicha parcela, generando derechos a los particulares y objeto de la solicitud de revisión de nulidad absoluta en sede administrativa.

En tal sentido, debe analizarse si la Resolución N° JI-0003/91, constituye un cambio de zonificación aislado, prohibido expresamente por el artículo 46.1 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, y afectado consecuentemente de nulidad absoluta, conforme al artículo 113 *eiusdem*, aplicable *rationae temporis* al presente caso. Dicha disposición consagra lo siguiente:

“Artículo 46. Si las modificaciones o reformas a las cuales se refiere el artículo anterior constituyen cambios de zonificación, deberán cumplirse las siguientes condiciones:

1. En ningún caso se permitirán cambios de zonificación aislada o singularmente propuestos. Todo cambio de zonificación debe ser integral o formar parte de algún plan sectorial

Artículo 113. Los actos generales o particulares que consagren cambios de zonificación aislada o singularmente propuestos serán nulos de nulidad absoluta.

Los concejales y demás funcionarios municipales que hubieren aprobado dichos cambios serán sancionados con multas equivalentes a diez (10) veces su remuneración mensual, sin perjuicio de la responsabilidad individual civil o penal a que hubiere lugar”.

En primer lugar, de la norma *in commento* se desprende una clara aseveración congruente con lo expuesto anteriormente en cuanto a la limitación al derecho de propiedad y la posible generación de una responsabilidad patrimonial del Estado, y es que el cambio de zonificación o rezonificación, entendido este como la modificación que se verifica en los usos y características urbanísticas de una zona, no se encuentra legalmente prohibido, siempre y cuando se cumplan los requisitos previamente establecidos en el artículo 46 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, y dentro de los cuales debe concebirse la rezonificación aislada de una determinada parcela, sin atender a una integralidad o formar parte de un plan sectorial.

En este orden de ideas, se aprecia que el cambio en cuanto a la zonificación aislada debe ser valorado en el conjunto del plan de zonificación, ya que pueden existir cambios que no afecten la zonificación funcional pero que incidan en la zonificación arquitectónica, por lo que la apreciación de la prohibición de rezonificación debe ser valorada en cuanto a ambos conceptos y al respeto de la integralidad del sector.

En consecuencia, se aprecia que en el caso concreto la Resolución N° JI0003/91, en la oportunidad de interpretar el Oficio N° 1370/1971, aclaró que la zonificación correspondiente al uso específico de Bomba de Gasolina, está contemplada como C-2 (Comercio Vecinal), de conformidad con lo establecido en el artículo 125 de la Ordenanza, por lo tanto se le asignaba a dicha parcela la zonificación establecida como C-2, razón por la cual se encontraba habilitado para la construcción de cualquier inmueble que cumpliera las variables urbanas fundamentales asignadas.

En la oportunidad de confirmar la legalidad del referido acto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo expuso que “(...) cuando la autoridad municipal señala en la Resolución N° JI-0003/91 que las parcelas colindantes a la N° 149 propiedad de la recurrente proyectada por el Urbanizador para Centro Comercial corresponde a la zonificación C-1, conforme a los usos de la Ordenanza de Zonificación y que la N° 149, proyectada por el Urbanizador para Estación de Servicio, corresponde a los usos de la zonificación C-2, está respetando el criterio de integralidad y generalidad de la planificación urbana, aplicando al caso concreto la norma general y en modo alguno desconociéndola o modificándola. No se altera con ello los elementos de la zonificación, sino que se impone la aplicación de los elementos previstos en el acto normativo”.

En atención a ello, entendido por rezonificación el cambio que se produce sobre un modelo de zonificación precedente, en forma tal que se modifican los fines u objetivos urbanos asignados a la propiedad, se aprecia que la prohibición absoluta establecida tiene como finalidad evitar la transformación de la fisonomía urbanística de un sector con la presencia de construcciones que constituyen excepciones a la naturaleza o destino de la misma, aceptadas o consentidas por las autoridades y que cambian la estructura general de la zona.

Visto ello, se aprecia incluso de las mismas aseveraciones expuestas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, así como del referido acto administrativo, que la referida Resolución al interpretar el Oficio 1370/1971, y modificar la asignación de un uso exclusivo a la de Comercio Vecinal (C-2), transformó no sólo la zonificación funcional si no la zonificación arquitectónica, ya que no únicamente se modificó la asignación de Bomba de Gasolina y Estación de Servicio, si no también los porcentajes de construcción con respecto a la parcela, ya que a diferencia de lo expuesto por la referida Corte, no puede cambiarse la asignación de un uso particular y mantenerse las variables urbanas anteriores.

En este sentido, expuso la Corte en la referida oportunidad: “Así, en el oficio aprobatorio de la Urbanización Colinas de Tamanaco, ocurre con la proyección del Urbanizador respecto a la opción de estación de servicio, acorde con el uso (C-2), cuando se establece que en ese supuesto específico deberá respetarse el área de ubicación establecida así como las demás especificaciones allí contenidas, distintas a las previstas en la Ordenanza para la zonificación C-2”.

La afirmación de lo expuesto, constituye una limitación insostenible jurídicamente al derecho de propiedad, por cuanto no es congruente con la legalidad urbanística la asignación de un uso del suelo, con las variables arquitectónicas de otra especie de zonificación, ya que las variables urbanas de la Bomba de Gasolina y Estación de Servicio, son mucho más restrictivas en cuanto al porcentaje de construcción, así como el área de ubicación es mayor a la de comercio vecinal.

En atención a lo expuesto, es inconsistente la modificación de una zonificación determinada parcialmente sin asignarle los plenos efectos jurídicos de ésta, ya que con ello no sólo se lesiona irracionalmente el derecho de propiedad, mediante la determinación de unas variables arquitectónicas que no se corresponden con el área determinada, sino que las mismas infringen el respecto y resguardo del ambiente urbanístico de una determinada parcela, integrada a la fisonomía general de la zona.

Al respecto, interesa destacar lo dispuesto por RONDÓN DE SANSÓ, cuando estableció siguiendo la doctrina italiana representada por VIRGILIO TESTA los requisitos esenciales de la zonificación y la prohibición de la zonificación aislada con respecto al requisito de estabilidad, exponiendo lo siguiente:

“Si se analizan los requisitos esenciales de los planes de urbanismo de los cuales, a nuestro ver, la zonificación constituye la máxima concreción, es decir, el más particularizado de todos, se aprecia que es en esta prohibición absoluta donde se pone de relieve el carácter estricto que ellos poseen. En efecto la doctrina indica como tales requisitos esenciales a la Obligatoriedad, que ha de entenderse en el sentido de que, hasta tanto no sean modificados los Planes (Generales o Particularizados), los mismos tienen el valor de disposiciones objetivas (así lo ha establecido la Casación italiana) y, en consecuencia, deben ser aplicados rigurosamente, tanto por los administrados como por los entes públicos, incluso por las autoridades que han concurrido a elaborarlos y que no pueden alejarse de ellos sin incurrir en graves ilegitimidades, aún cuando un evidente beneficio pueda derivar para la comunidad. Deriva igualmente de tal carácter el hecho de que las prescripciones contenidas en los Planes no pueden considerarse derogadas por falta de uso. Otro de los requisitos es la Publicidad que ha de entenderse en el sentido de que su contenido ha de ser llevado al conocimiento de los ciudadanos en todos sus detalles, incluso durante las fases de su aprobación, razón por la cual los procedimientos administrativos en esta materia tienden a establecer la participación de la comunidad, tal como lo veremos en nuestro caso específico. Finalmente, el requisito que alude directamente a la prohibición que se expusiera, es la Estabilidad, que debe entenderse en el sentido de que los planes urbanísticos puedan ser modificados sólo cuando exigencias públicas de gran importancia así lo requieran, debiendo ser adoptados los cambios sólo mediante el cumplimiento de las mismas formalidades establecidas para los planos originales.

*Es en base al antes señalado principio de estabilidad que la re zonificación aislada no es posible ya que tal objeto particular no puede encajar en la noción señalada de ‘exigencia de notable importancia’, y por otra parte sería absurdo modificar toda una ordenanza para que varíe el destino de una simple parcela. En relación con esto último, un acontecer de tal índole implicaría una regulación ‘singular’ que es contraria a la naturaleza general de los planes urbanísticos”. (Véase RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, “Zonificación y re zonificación en el ámbito de la formación urbanística venezolana (a través del análisis del artículo 168 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal”, *Revista de Derecho Público* N° 17, pp.37-38).*

En consecuencia, se aprecia que la Resolución N° JI-0003/91, introdujo una re zonificación aislada del sector Colinas de Tamanaco, ya que la misma solo tuvo como objeto la modificación de la zonificación correspondiente a la parcela N° 149, sin atender a la integridad del sector, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, la referida Resolución debió ser declarada nula, tal como lo efectuó en sede administrativa la Alcaldía del Municipio Baruta mediante Oficio N° 570 del 16 de marzo de 2000.

Finalmente, habiéndose advertido la re zonificación aislada acaecida en el presente caso, y la posterior realización de la construcción con fundamento en dicho acto ilegítimo, debe analizarse lo atinente a la responsabilidad administrativa ordenada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en la ilegalidad de los actos administrativos.

Al respecto, debe aclararse que el administrado efectuó la referida construcción con fundamento en una Resolución del Municipio Baruta, por lo cual se podría afirmar *prima facie*, que el referido ciudadano actuó conforme a una expectativa plausible de legitimidad del acto administrativo, es decir, con fundamento en una confianza legítima en el ejercicio de su actuación del derecho de edificación.

A pesar de ello, debe esta Sala destacar que el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias, ni les

reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja, sin embargo, la actuación conforme a dicho principio genera en la Administración una responsabilidad por la actuación lícita del administrado y su posterior modificación.

Así pues, en caso de que la Administración decida la anulación de un acto administrativo ilegal, ésta debe ante el requerimiento de la persona afectada, compensar el perjuicio patrimonial sufrido por el hecho de que aquella había actuado conforme la vigencia del acto administrativo, en virtud de que éste –administrado- atendiendo a la expectativa plausible generada, habría realizado una serie de actuaciones que quedarían inertes y objeto de reparación patrimonial con respecto a terceras personas, si se involucraron en dicha situación jurídica.

En el presente caso, dicha situación se concreta con la venta de los inmuebles integrantes de la construcción realizada, así como los créditos asumidos por la empresa constructora, tal como lo expresó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en una parte fundamental de su fallo, relativa a la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Municipio.

Empero lo anterior, dicha garantía indemnizatoria representada por la vulneración del principio de confianza legítima contiene una excepción y es que en ningún caso procedería la indemnización si ha existido dolo, culpa o negligencia grave imputables al administrado. En dicho caso, habría que afirmar que la responsabilidad del Estado tendría una causa eximente de la responsabilidad por hecho de la víctima, salvaguardando así una recta distribución de las cargas patrimoniales y de las actuaciones anárquicas y negligentes del administrado, lo cual por demás en nuestro ambiente urbanístico se ha convertido en una actitud generalizada en la construcción de obras sin el debido respeto a la legalidad urbanística, con la espera de la obtención por vía jurisprudencial, de las constancias de habitabilidad.

Con relación a la responsabilidad patrimonial en el prenombrado supuesto, cabe citar a RAMÓN PARADA, quien reflexiona y expone el caso de las sanciones y responsabilidades administrativas de las obras realizadas al amparo de licencias graves y manifiestamente ilegales, así el referido autor expone:

“Si los efectos de la licencia ya se han consumado por haberse terminado las obras en ella previstas, es preciso destruir el título jurídico en que dichas obras se amparan y seguir el proceso de lesividad o el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos del artículo 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que exige el previo dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente a la Comunidad Autónoma, dictamen no vinculante, por lo que la Corporación autora del acto no viene obligada a atenerse a él. Anulada la licencia u orden de ejecución, la Corporación municipal acordará la demolición de las obras realizadas al amparo de dicha licencia, incoará el correspondiente expediente sancionador y adoptará las demás medidas procedentes.

La anulación de una licencia tanto por la vía del proceso sumario de suspensión como por el proceso de lesividad, como a través del procedimiento administrativo de revisión de oficio, genera la responsabilidad patrimonial de la Administración que expidió la licencia irregular de acuerdo con las normas generales que regulan esta institución”. (Véase PARADA, Ramón; Derecho Urbanístico, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, pp. 297).

En consecuencia, ciertamente se aprecia de la relación de los hechos efectuada que la sociedad mercantil propietaria de la parcela N° 149, se encontraba en pleno conocimiento en virtud de los Oficios administrativos contentivos de la notificación de la negativa de la constancia de inicio de la obra, así como de la apertura del procedimiento de revisión de oficio vista la nulidad absoluta del acto en cuestión, entre otros, de que la obra proyectada y posteriormente construida no se ajustaba al cumplimiento de las variables urbanas fundamentales.

Adicional a ello, se aprecia que la Resolución que modificó la zonificación de la referida parcela no fue un acto dictado por el citado Concejo Municipal, el cual era el órgano competente para la determinación del uso del suelo y sus variables fundamentales, sino que el mismo fue acordado por el Alcalde, en franca vulneración de lo dispuesto en el artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aunado al hecho de que como se ha expuesto, ello constituye una rezonificación aislada.

En atención a dichos hechos, sumado a la continua excitación del propietario para la expedición de las variables urbanas fundamentales, ante los diversos órganos jurisdiccionales competentes por la materia, sentencias las cuales posteriormente en segunda instancia fueron revocadas en lo atinente a las órdenes cautelares, conlleva a concluir que éste se encontraba en pleno conocimiento del estado fáctico-legal del proyecto de construcción, así como del efecto jurídico de su incumplimiento (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 1508/2003).

Razón la cual, permite a esta Sala concluir la presunción de una actuación dolosa por parte del propietario, que eximiría la responsabilidad administrativa en el presente caso, lo cual deberá ser apreciado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su oportunidad y advirtiendo los lineamientos jurisprudenciales establecidos en el presente fallo.

Finalmente, debe esta Sala Constitucional, cónsona con los criterios expuestos, declarar con lugar la revisión constitucional y, en consecuencia, anular la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 26 de julio de 2005, mediante la cual se declaró: i) parcialmente con lugar la apelación ejercida por la representación judicial de dicho Municipio contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital el 8 de mayo de 2002 y su aclaratoria del 9 de julio de 2003, en consecuencia, se revocó la sentencia apelada y su aclaratoria; ii) parcialmente con lugar la demanda por daños y perjuicios y, iii) condenó al referido Municipio al pago del daño emergente ocasionado por los costos financieros relativos al endeudamiento contraídos por la sociedad mercantil Sindicato Agrícola 168, C.A., con el Banco Caribe y, al pago del lucro cesante demandado y causado por la merma patrimonial sufrida como consecuencia de la imposibilidad de disponibilidad del inmueble desde la fecha en que ha debido producirse la constancia de culminación de obra (20 de diciembre de 2001), hasta el referido fallo.

En consecuencia, se ordena a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, se pronuncie conforme a la doctrina expresada en el presente fallo. Así se decide.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Véase: Página 77 de esta Revista

1. *Contenido esencial de los derechos constitucionales*

TSJ-SC (403)

24-2-2006

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Municipio Baruta del Estado Miranda vs. Decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

La determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo viene dado en cada caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a esa clase y tiene que quedar comprendido en otro, desnaturalizándose así de alguna manera. Todo ello no puede ser considerado aisladamente al momento histórico, al caso de que se trate y a las condiciones inherentes a toda sociedad democrática, cuando se esté en presencia de derechos constitucionales.

2. Garantías Constitucionales

A. Las garantías del debido proceso

a. Derecho a la defensa: Acceso a las actas procesales

TSJ-SC (636)

21-3-2006

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Alida Teresa Pernalete vs. Decisión Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Lara.

El Sistema JURIS 2000 no reemplaza el acceso físico al expediente, pues en él se establece que el Archivo de la Sede (AS) es el encargado del manejo físico de los expedientes, de la custodia de los mismos y del control sobre su ubicación dentro de la Sede y, además, está encargado del trámite de la peticiones de los expedientes que hagan tanto los abogados como las partes y el público en general. Resulta claro, entonces, que tanto las partes como el público en general tienen el derecho de consulta material del expediente, que el Archivo de la Sede está obligado a su tramitación y que esta consulta no puede negarse ante la existencia del JURIS 2000, pues este último no da fe de las actuaciones. En razón de la anterior análisis respecto del acceso a las actas procesales la Sala Constitucional exhorta a los Juzgados de la República a permitir el acceso a la actas del proceso en los términos y condiciones que establecen las normas procesales, sin que pueda negarse tal derecho a las partes bajo el argumento de que deben limitarse a la consulta del sistema JURIS 2000.

La parte actora denunció la violación a su derecho a la defensa por parte de la Presidencia del Circuito de Protección del Niño y del Adolescente del Estado Lara por cuanto, según denunció, se le impide el acceso físico al expediente.

1. La supuesta agravante alegó que a la parte actora no se le había impedido el acceso a las actas procesales, sino que esta no se había acostumbrado a la actual metodología de acceso que impone el sistema JURIS 2000, con el cual las partes deben dirigirse a la Unidad de Recepción de Demandas y Documentos para la presentación de sus escritos, solicitudes y pruebas, procedimiento que no menoscaba el acceso a la justicia de la demandante.

2. El Juzgado *a quo* declaró sin lugar el amparo pues consideró que, luego de la implantación del Sistema Integral de Gestión, Decisión y Documentación Juris 2000, el acceso a los expedientes está ampliamente relacionado con ese medio y es a través de él como las partes tienen acceso a las actas procesales y que con la instalación de ese modelo se hace difícil la violación al derecho de acceso al expediente, pues éste se concreta mediante una consulta al sistema en las áreas dispuestas para ello.

3. Para la decisión, la Sala observa:

3.1 Si bien la parte actora denunció que no se le permitió la consulta de los expedientes de las causas en las que era parte, el Juzgado de primera instancia constitucional no fundamentó su sentencia en la ocurrencia o no de tales hechos sino que desestimó la demanda con el argumento de que a la parte se le permitió el acceso a las actas mediante consultas al sistema Juris 2000. Este argumento implica, tácitamente, que las consultas al Juris 2000

sustituyen el acceso físico al expediente. Al respecto la Sala considera propicio pronunciarse en relación con el alcance del derecho de las partes a la consulta de las actas procesales y si éste puede sustituirse por el uso de aquel sistema.

3.2 En cuanto al acceso al expediente y las violaciones constitucionales que su negativa ocasiona a los justiciables esta Sala estableció:

“El supuesto agraviado alegó que el Juzgado Superior Tercero Agrario Accidental de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, a cargo del Conjuez Freddy Rodríguez Rodríguez, violó su derecho a la defensa porque retuvo indebidamente el expediente desde el 2 de marzo de 1999, sin permitirle acceso al mismo.

Sobre este aspecto la Sala observa que corre inserta en autos, copia certificada del Libro de Préstamos de Expedientes del Juzgado Superior Tercero Agrario donde consta que, el 2 de marzo de 1999 se le entregó al Conjuez Freddy Rodríguez Rodríguez el expediente N° 2-93-041, de setecientos noventa y siete (797) folios, divididos en tres (3) piezas. Según se deriva del informe de la Juez Superior Tercero Agrario, dicho Tribunal no ha recibido el expediente y éste aún se encuentra en poder del Conjuez Freddy Rodríguez Rodríguez.

Pasa entonces la Sala a la determinación de si esa actuación del Juzgado Superior Tercero Agrario Accidental constituye violación del derecho a la defensa del supuesto agraviado.

En criterio de esta Sala *‘la violación al derecho a la defensa existe cuando los interesados no conocen el procedimiento que pueda afectarlos, se les impide su participación en él o el ejercicio de sus derechos, se les prohíbe realizar actividades probatorias o no se les notifican los actos que los afecten’* (s. S.C. N° 02 del 24.01.01) (Destacado de la Sala).

El impedimento, de cualquier manera, del acceso de las partes al expediente de la causa, mucho más si es por la sustracción del expediente de la sede del Tribunal, ciertamente imposibilita que las partes participen en el proceso pues, de conformidad con el artículo 187 del Código Civil, la ausencia del expediente impide a las partes hacer solicitudes, que necesariamente deben extenderse en el expediente mediante diligencia escrita. **La falta de acceso al expediente, además, impide a las partes tener certeza sobre las actuaciones o solicitudes de su contraparte, de las actuaciones del Juez y, con ello, impide que los interesados conozcan en toda su extensión el proceso. La formación del expediente judicial y el acceso a dicho expediente que establecen los artículos 25 y 190 del Código de Procedimiento Civil, son parte esencial del derecho a la defensa pues permite a las partes que tengan certeza de lo que sucede en el juicio y que tomen las acciones que, para su defensa, consideren necesarias.**

Por los argumentos que se expusieron, esta Sala considera que el impedimento del acceso al expediente constituye violación del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes y, en consecuencia, ordena al Juzgado Superior Tercero Agrario Accidental de la Circunscripción Judicial del Estado Lara que devuelva, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, el expediente al archivo del Juzgado Superior Tercero Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Lara; y, si no cumpliera con esa orden, a petición del interesado se proceda a la reconstrucción del expediente. Así se decide. (s. S.C. N° 1686 del 18-07-02, caso: *Aristides Enrique Adarfo Meléndez*. Negrillas añadidas)

En el caso de autos, la utilización del Juris 2000 permite que las partes consignen actuaciones sin tener a la vista el expediente de la causa ya que no se requiere que las diligencias se extiendan directamente en el expediente sino su presentación ante la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos; sin embargo, eso no significa que las partes no tengan derecho a la revisión de las actas procesales cuando así lo requieran, pues, tal como declaró esta Sala, el acceso directo a las actas procesales es indispensable para la obtención de certeza de lo que ocurre en el juicio y para que, en consecuencia, se defiendan con conocimiento de causa.

No puede equipararse el acceso físico a las actas con la consulta de actuaciones en el JURIS 2000, porque el expediente da fe de lo ocurrido en una causa particular, pero no puede afirmarse lo mismo respecto del sistema informático a que se ha hecho referencia, pues, en

primer lugar, sus registros no cumplen con los requisitos que establecen los artículos 6, único aparte, y 8 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Por otro lado, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura de este Máximo Tribunal no otorga fe pública a los registros del sistema JURIS 2000, pues en el artículo 8 de la Resolución N° 70 *mediante la cual se ordena crear progresivamente la estructura organizativa y funcional necesaria para implantar y desarrollar en todos los tribunales del País donde hasta el momento no haya sido implantado el Sistema Integral de Gestión, Decisión y Documentación JURIS 2000* (G.O. N° 38.015 del 30-09-04) se estableció:

“*Artículo 8.* Los Jueces que integran los Circuitos Judiciales en cada Circunscripción Judicial individualmente llevarán un Libro Diario y un Copiador de Sentencia. En el Libro Diario se asentarán todas las actuaciones procesales, administrativas y de cualquier otra índole, realizadas diariamente por el Juez en dicha materia, durante el horario de labores. Del mismo modo, los asientos de las actuaciones del Libro Diario se realizarán a través de la actuación de la impresión de los archivos digitalizados, contenidos en JURIS 2000, que deberán compilarse en Tomos, bajo serie numérica, con la debida firma del Juez y del Secretario con el respectivo sello del Tribunal, el cual además deberá contener nota de apertura y cierre.

Parágrafo único: Los reportes de los registros que suministra el Sistema JURIS 2000 no darán fe pública si no están refrendados con la firma del Juez, del secretario o de ambos, según los requerimientos de Ley.”

El contenido del artículo 25 de la Resolución N° 70 que se citó apoya el argumento de que el JURIS 2000 no reemplaza el acceso físico al expediente, pues en él se establece que el Archivo de la Sede (AS) es el encargado del manejo físico de los expedientes (asuntos), de la custodia de los mismos y del control sobre su ubicación dentro de la Sede y , además, **está encargado del trámite de la peticiones de los expedientes que hagan tanto los abogados como las partes y el público en general.** Resulta claro, entonces, que tanto las partes como el público general tienen el derecho de consulta material del expediente, que el Archivo de la Sede está obligado a su tramitación y que esta consulta no puede negarse ante la existencia del JURIS 2000, pues este último no da fe de las actuaciones. Así se declara.

Lo anterior no debe entenderse como una descalificación al JURIS 2000, sistema artifice de la modernización de nuestros Tribunales de Justicia, sino como un llamado de atención sobre sus limitaciones, una de las cuales es, por ejemplo, que no puede sustituir la consulta del expediente pues los registros informáticos aportan un **resumen** de las actuaciones pero no las transcriben y, en ese sentido, el acceso al expediente a través del sistema es limitado y, por ello, en ciertos casos su sola consulta no permite a las partes la toma de decisiones sobre las estrategias procesales que consideren beneficiosas para el logro de sus objetivos. Si bien las partes y el público pueden conformarse con ese acceso restringido, no puede obligárseles a ello sin que se infrinjan sus derechos a la defensa y al debido proceso. Así se declara.

En razón de la anterior análisis respecto del acceso a las actas procesales la Sala Constitucional exhorta a los Juzgado de la República a permitir el acceso a la actas del proceso en los terminos y condiciones que establecen las normas procesales, sin que pueda negarse tal derecho a las partes bajo con el argumento de que deben limitarse a la consulta del sistema Juris 2000.

TSJ-SPA (0215)

8-2-2006

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Javier Rafael Espinosa Sánchez vs. Ministerio de la Defensa

La violación del derecho a la defensa se produce cuando la Administración impide de manera absoluta el ejercicio que este derecho constitucional comprende, principalmente, el derecho a ser oído dentro de un procedimiento legalmente establecido; la posibilidad de presentar los argumentos que en su defensa pueda aportar al procedimiento el particular y las pruebas que permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración; el derecho de acceso al expediente y a examinar en cualquier estado las actas que lo componen, así como el derecho a ser notificado de la decisión administrativa y de los recursos y medios de defensa que posee.

Con relación al derecho a la defensa, señala el actor que tal violación se produjo en distintos momentos: *I)* al no haber tenido acceso a todas las actas administrativas, sino sólo a una parte de ellas; *II)* al no permitirle la asistencia de su abogado, sino la del Consultor Jurídico del Comando Regional N° 5; y *III)* al habersele sancionado en ausencia de pruebas.

En este sentido, la Sala ha señalado que la violación del derecho a la defensa se produce cuando la Administración impide **de manera absoluta** el ejercicio y que este derecho constitucional comprende, principalmente, el derecho a ser oído dentro de un procedimiento legalmente establecido; la posibilidad de presentar los argumentos que en su defensa pueda aportar al procedimiento el particular y las pruebas que permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración; el derecho de acceso al expediente y a examinar en cualquier estado las actas que lo componen, así como el derecho a ser notificado de la decisión administrativa y de los recursos y medios de defensa que posee.

En el presente caso, de las actas que conforman la investigación administrativa disciplinaria (cuya copia certificada cursa en el expediente abierto por la Fiscalía Militar Segunda del Consejo de Guerra Permanente de Caracas) se aprecia que una vez ordenada la averiguación administrativa, el recurrente no sólo rindió declaración ante el Oficial Instructor (folio 85 del expediente remitido por la Fiscalía Militar Segunda), sino que además se entrevistó con el Comandante de la Unidad a la cual estaba adscrito para tratar asuntos relacionados con la investigación que en su contra se llevaba a cabo (folio 55 del mismo expediente).

Asimismo, tal como el mismo accionante reconoce en el escrito libelar (folio 2 del expediente judicial), fue objeto de un procedimiento administrativo disciplinario, tuvo acceso a determinadas actas administrativas, fue sometido al Consejo Disciplinario y finalmente, pudo disponer de los servicios del Consultor Jurídico del Comando Regional N° 5, todo lo cual, por una parte, conlleva a este juzgador a afirmar, que el hoy recurrente sí pudo ejercer el derecho a la defensa, pues no sólo fue alertado de la sustanciación de una investigación disciplinaria en su contra, sino que participó en ella, ya que tuvo la oportunidad de ser oído por diferentes autoridades y de presentar ante el Consejo Disciplinario los alegatos que a su entender fueran pertinentes.

Del mismo modo, el actor ejerció los recursos administrativos de reconsideración y jerárquico, así como interpuso el presente recurso contencioso administrativo de nulidad, todos en tiempo hábil y ante las autoridades competentes.

Siendo todo ello así, resulta forzoso concluir en la inexistencia de la violación denunciada. Así se declara.

CPCA

23-2-2006

Juez Ponente: Javier Tomás Sánchez Rodríguez

Caso: Constructora Fontainebleu C.A vs. Concejo Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda.

En lo que toca a la prevalencia de la garantía del derecho a la defensa y al debido proceso, poco importa el volumen o intensidad de las actuaciones que se hagan a espaldas del administrado. Lo importante es el hecho de que se impida su acceso oportuno, es decir, que se construya una decisión sin dar la oportunidad a conocer de tal circunstancia.

b. *Derecho a no declarar contra sí mismo*

TSJ-SPA (0607)

8-3-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: GLOBOVISIÓN TELE, C.A., vs. Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

El no estar obligado a declarar contra sí mismo, se traduce en la garantía a no ser coaccionado para declarar culpabilidad sobre los hechos imputados, cuando la declaración que se haga en estos términos, no se corresponda con la verdad, y los medios para obtener esa declaración constituyan violencia física o moral.

B. *La garantía de acceso a la justicia*

TSJ-SE (0310)

15-2-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Tres y Medio Eventos, C.A. vs. Alcaldía del Municipio Maracaibo del Estado Zulia.

La Sala Político Administrativa desaplica por control difuso de la constitucionalidad la expresa prohibición de recurribilidad de los actos de la Administración Tributaria mediante los cuales se negaron las solicitudes de rebajas o demás facilidades en el pago de deudas no vencidas, dispuesta en el artículo 46 del Código Orgánico Tributario vigente.

De acuerdo a los argumentos reseñados, la presente controversia se contrae a verificar en segunda instancia, si la declaratoria de admisibilidad dictada por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Zuliana respecto del presente recurso contencioso tributario, se ajusta a las normas procesales que rigen la materia.

En tal sentido, vale destacar que la admisión de la causa constituye desde el punto de vista procesal, el análisis previo mediante el cual, el operador de justicia examina lo relativo a la juridicidad de la pretensión y su adecuación al orden público, a la moral y a las buenas costumbres, prescindiendo al efecto del examen de mérito necesario para decidir la controversia sometida a sus poderes jurisdiccionales, por cuanto para esta fase procesal no se ha conformado aún el contradictorio.

Ello así, la interposición de la acción y su posterior admisión, constituyen el punto de partida del proceso, y es de acuerdo al derecho al libre acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (artículo 26 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), que la tendencia legislativa está dirigida a limitar a causales taxativas, los motivos por los cuales puede el Juzgador desechar una determinada acción judicial.

En ese orden de ideas, circunscritos a la materia fiscal, las causales de inadmisibilidad de los recursos contencioso tributarios están previstas en el artículo 266 del vigente Código Orgánico Tributario, en los términos siguientes:

“Artículo 266: Son causales de inadmisibilidad del recurso:

1. La caducidad del plazo para ejercer el recurso.
2. La falta de cualidad o interés del recurrente.
3. Ilegitimidad de la persona que se presente como apoderado o representante del recurrente, por no tener capacidad necesaria para comparecer en juicio o por no tener la representación que se atribuye, o porque el poder no está otorgado en forma legal o sea insuficiente.”

Estas causales así enumeradas en la norma reproducida anteriormente, exigen en su aplicación un alcance netamente restrictivo, entendiéndose por ende, que la inadmisibilidad del recurso contencioso tributario queda confinada a los específicos supuestos descritos en la norma, por cuanto la regla general en materia de admisión de acciones judiciales, impone a quien juzga, obviar en mayor medida aquellos defectos que por su entidad, no logren comprometer los presupuestos básicos del proceso.

No obstante la especialidad de la materia debatida, existen otros supuestos que le son consustanciales a la generalidad de las acciones judiciales, que van más allá del orden procesal, y cuya producción en la práctica, compelen al operador de justicia a rechazar las pretensiones deducidas en juicio.

Los supuestos referidos en el párrafo anterior, se encuentran regulados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, y aluden, además de la contrariedad al derecho, a la transgresión del orden público y a las buenas costumbres.

En observancia a este precepto, se observa del examen de las actas que la representación judicial del ente municipal fundamenta, en primer lugar, la apelación ejercida contra el auto de admisión dictado en el caso de autos por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Zuliana, en la pretendida imposibilidad de incorporar al recurso contencioso tributario causales de nulidad no alegadas en el recurso jerárquico interpuesto en sede administrativa.

Ante tal afirmación, estima oportuno la Sala resaltar, que además de no constituir este elemento un supuesto de inadmisibilidad de los expresados anteriormente, no puede limitarse al accionante y obligarle a proponer las acciones judiciales en idénticos términos en los que ha ejercido los recursos en sede administrativa; por el contrario, el ejercicio de los medios de impugnación judicial requiere de las más amplias libertades de argumentación de los actores del proceso, en razón de la diversidad de situaciones que pudieran derivarse de la actividad administrativa.

Visto desde otra perspectiva, cualquier restricción -ajena a las descritas- que al respecto se imponga a quien interpone un recurso contencioso, implica prima facie condicionar su derecho de libre acceso a la justicia, preceptuado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como eje fundamental de la labor jurisdiccional.

En efecto, el mecanismo de admisión de las acciones judiciales representa el límite legítimo del derecho fundamental al libre acceso a la justicia, en el entendido de que se ha delegado a la Ley la función de establecer los extremos básicos que apuntalan la viabilidad del proceso. Por tanto, declarar inadmisibles una determinada pretensión conforme a supuestos no previstos en la normativa aplicable, distorsiona el instituto procesal en examen, convirtiéndose en óbice para el ejercicio del fundamental derecho de los particulares de instar la resolución jurisdiccional de sus conflictos.

En conclusión, de acuerdo a los argumentos que preceden, se impone a esta Máxima Instancia desestimar el alegato anterior en los términos expuestos. Así se decide.

Adicionalmente, como fundamento del recurso de apelación que nos ocupa, la representación judicial del Municipio Maracaibo del Estado Zulia insistió en la inadmisibilidad del recurso contencioso tributario interpuesto, en razón del supuesto carácter de agente de retención o percepción de la empresa recurrente respecto del impuesto generado por el espectáculo público descrito anteriormente. De este modo, ante la indeterminación del apelante en la calificación del vicio denunciado, interpreta la Sala de acuerdo a los términos descritos anteriormente, que la representación judicial del ente municipal pretendía con tales afirmaciones, invocar como causal de inadmisibilidad la supuesta falta de interés legítimo de la recurrente para intentar la acción contenida en autos.

En apoyo a lo anterior, reprodujo en su escrito de fundamentación de la apelación, el contenido del artículo 54 de la Ordenanza de Espectáculos Públicos del Municipio Maracaibo del Estado Zulia, conforme al cual el impuesto generado por este concepto deberá ser soporado por los adquirentes de las respectivas entradas o boletos, y no por el productor del evento, quien quedará constituido como agente de retención o percepción del mencionado tributo.

No obstante, haciendo abstracción del carácter que ocupa la empresa recurrente respecto de la obligación tributaria derivada del presupuesto descrito en la norma supra mencionada, es preciso destacar, sin que esto implique calificar en esta etapa del proceso a la accionante en el rol que ocupa dentro la relación jurídica que la vincula a la Administración Tributaria Municipal, que aun partiendo de la premisa de que la sociedad mercantil en referencia no es más que un agente de retención del impuesto impugnado, es incuestionable el interés legítimo con el cual actúa, habida cuenta que es el sujeto pasivo del reparo fiscal formulado por el ente municipal, de lo cual resulta evidente que el acto recurrido incide en la esfera jurídica de sus intereses.

Asimismo, como consecuencia de la falta de interés legítimo alegada en los términos expuestos, la representación judicial del ente municipal adujo que el *a quo* incurrió en falso supuesto por errónea interpretación del derecho, al aplicar a los efectos de admitir el recurso, las normas contenidas en los artículos 242 y 259 del Código Orgánico Tributario, siendo en su criterio, aplicable en el caso de autos lo previsto en el numeral 3 del párrafo único del artículo 242 y en el numeral 3 del párrafo segundo del artículo 259 ambos del Código Orgánico Tributario vigente, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 46 *eiusdem*.

En atención a lo anterior, las normas señaladas en el párrafo precedente, son todas del siguiente tenor:

“Artículo 242: Los actos de la Administración Tributaria de efectos particulares, que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados podrán ser impugnados por quien tenga interés legítimo, personal y directo, mediante la interposición del recurso jerárquico regulado en este Capítulo.

Parágrafo Único: No procederá el recurso previsto en este artículo: (...)

(...) 3. En los demás casos señalados expresamente en este Código o en las leyes.”

“Artículo 259: El recurso contencioso tributario procederá:

1. Contra los mismos actos de efectos particulares que pueden ser objeto de impugnación mediante recurso jerárquico, sin necesidad del previo ejercicio de dicho recurso.
2. Contra los mismos actos a que se refiere el numeral anterior, cuando habiendo mediado recurso jerárquico éste hubiere sido denegado tácitamente conforme al artículo 255 de este Código.

3. Contra las resoluciones en las cuales se deniegue total o parcialmente el recurso jerárquico, en los casos de actos de efectos particulares. (...)

(...) Parágrafo Segundo: No procederá el recurso previsto en este artículo: (...)

(...) 3. En los demás casos señalados expresamente en este Código o en las leyes.”

“Artículo 46: Las prórrogas y demás facilidades para el pago de obligaciones no vencidas podrán ser acordadas con carácter excepcional en casos particulares. (...)

(...) La decisión denegatoria no admitirá recurso alguno. (...) (Resaltado de la Sala).”

De acuerdo al análisis sistemático de las normas supra citadas, infiere la Sala que el falso supuesto de derecho invocado por el Municipio apelante respecto de la sentencia dictada por el tribunal de instancia, se traduce propiamente, en la falsa aplicación y la falta de aplicación de una norma jurídica vigente y la consiguiente inobservancia por parte del órgano productor del fallo, de una prohibición de ley de admitir la acción propuesta.

Ciertamente, la norma consagrada en el artículo 46 del vigente Código Orgánico Tributario, prohíbe la impugnación de aquellos actos mediante los cuales la Administración declare denegadas las solicitudes formuladas por los sujetos pasivos de la obligación tributaria, en procura de la obtención de rebajas y demás facilidades en el pago de sus deudas no vencidas.

De acuerdo a lo anterior, pudiera afirmarse que el régimen aplicable a tales supuestos consagra la “no recurribilidad” de esta categoría de actos, suponiéndose al respecto que la *ratio legis* de tan excepcional figura descansa en las amplias potestades discrecionales que le sirven de sustento a este tipo de decisiones administrativas.

No obstante, tal discrecionalidad no produce de suyo la “irrecurribilidad” del acto, por cuanto si bien se ha delegado en la Administración la potestad de apreciar la oportunidad de la medida, es presupuesto esencial para la actividad administrativa en todo momento, su apego a la legalidad (artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), y en tal virtud, todo acto derivado de la misma tiene y debe necesariamente ser controlado en sede jurisdiccional.

En efecto, estas amplias potestades de la Administración de apreciar la oportunidad y conveniencia de sus decisiones en determinados supuestos, están delimitadas por ciertos parámetros que deben ser considerados inexorablemente a los fines de evitar la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública. De este modo, la irrevisabilidad del acto discrecional sólo alcanza el mérito de la decisión, en tanto ésta no sea desproporcionada, no constituya abuso o desviación de poder o carezca de causa legítima.

Por lo demás, todos los presupuestos del acto, tales como la competencia del órgano del cual emana, los requisitos de forma consagrados en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en especial la legalidad de la propia potestad discrecional, deben ser revisados por el sistema de justicia nacional.

Siguiendo este orden de ideas, el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

“Artículo 26: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. ...*omissis*...”

El precepto anterior proclama el denominado derecho de libre acceso a la justicia, el cual más que un presupuesto lógico del derecho a la tutela judicial efectiva, entraña también una doble perspectiva, de un lado un derecho fundamental, que abarca además el derecho a los recursos judiciales, y del otro, una garantía constitucional.

Ahora bien, partiendo de esa perspectiva garantista, podemos puntualizar al menos tres presupuestos condicionantes, a saber: i) la competencia del órgano jurisdiccional; ii) la gratuidad de la justicia; y iii) la admisión de toda clase de pretensión.

Este último aspecto, consiste, como se decía anteriormente, en que las causales de inadmisibilidad de las acciones judiciales deben estar previstas taxativamente en las normas adjetivas y su interpretación y alcance deben ser considerados con especial carácter restrictivo. De ello se desprende, que ante cualquier supuesto que no se encuentre previsto en la norma, la obligación del órgano es favorecer el acceso a la justicia y con ello la tutela judicial efectiva.

Por consiguiente, aun esas prohibiciones de ley de admitir determinadas pretensiones judiciales, no pueden ser establecidas por el Legislador de manera arbitraria; por el contrario, justifican su existencia en la sanidad de los procesos judiciales y no como mecanismo de evasión del control jurisdiccional del resto de los poderes públicos. Así, pese a restringir los derechos fundamentales al libre acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, la armonización e interpretación de esta clase de normas, en contraste con los principios propugnados en la Carta Magna, incide de manera directa en la efectividad de estos derechos, y en tal virtud no basta la simple vigencia de la norma, cuando sea antagónica al ordenamiento constitucional.

Bajo tales premisas, advierte la Sala que admitir la irrevisabilidad absoluta de los actos similares al recurrido en autos, en los términos en que fue consagrado efectivamente por el Legislador de 2001 en el artículo 46 del Código Orgánico Tributario vigente, sería a todas luces violatorio de los derechos fundamentales de libre acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, en el mismo modo en que ha sido reseñado precedentemente. Por tanto, no podía el *a quo* más que admitir el presente recurso a través del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, y no como en efecto lo hizo, obviando el derecho aplicable al supuesto de autos.

En consecuencia, resulta forzoso para esta Sala desaplicar por control difuso de la constitucionalidad la expresa prohibición de recurribilidad de los actos de la Administración Tributaria mediante los cuales se negaron las solicitudes de rebajas o demás facilidades en el pago de deudas no vencidas, dispuesta en el prenombrado artículo 46 del Código Orgánico Tributario vigente. Así se decide.

A partir del pronunciamiento que antecede, debe esta Alzada declarar sin lugar la apelación interpuesta por la representación judicial del Municipio Maracaibo del Estado Zulia contra la decisión dictada por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Zuliana en fecha 16 de abril de 2004 y, por ende, confirmar la declaratoria de admisibilidad pronunciada por el *a quo* respecto al recurso contencioso tributario ejercido por la contribuyente Tres y Medio Eventos, C.A. Así se declara.

Ahora bien, vista la declaratoria anterior, en atención a lo previsto en el numeral 22 y aparte cuarto, del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala acuerda informar a la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal de la presente decisión, a cuyo efecto se ordena librar el oficio respectivo y remitir los recaudos pertinentes. Así se decide.

3. *Derechos Individuales*A. *Libertad Personal: Reserva Legal Nacional*

TSJ-SC (130)

1-2-2006

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación de los artículos 82, 83, 84, 85, 86 y 94 del Código de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Yaracuy.

Ni los Estados ni los Municipios pueden dictar normas penales que tipifiquen delitos o faltas sancionables con privación o restricción de libertad. Las normas penales no pueden conferir potestad a los órganos administrativos para que sean éstos los que impongan las sanciones privativas o restrictivas de libertad, salvo que se trate del caso previsto en la Constitución (detención in fraganti con miras a poner a la persona a disposición de los tribunales).

La parte actora, con la que coincidió el Ministerio Público, afirmó que los artículos 82 a 86 y el artículo 94 del Código impugnados violan derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República, pues facultan a autoridades administrativas para ordenar arrestos, cuando –en su criterio– ello es sólo competencia de los órganos judiciales, y siempre que medie la comisión de una falta prevista en ley nacional y que se prevean suficientes garantías procesales.

Al respecto esta Sala observa que se ha demandado la anulación parcial de una ley estatal por conferir competencia a órganos administrativos, tanto estatales como municipales (Gobernador de Estado, Comandante General de las Fuerzas Armadas Policiales, Comandantes de Policía de Unidades Operativas, Prefectos de Distrito, Alcaldes, Jefes Civiles, Comandantes de Policía Municipal) para imponer “sanción de arresto”. Se trata de los artículos 82 a 86 del Código de las Fuerzas Armadas Policiales, cuyos textos son del siguiente:

Artículo 82: El Gobernador de la Entidad Federal podrá imponer multas o arrestos hasta por ocho días, mediante resolución razonada, para mantener el orden, la moral, la decencia pública, la seguridad social y la protección de las personas y sus bienes.

Parágrafo Único: El Gobernador del Estado Yaracuy queda exclusivamente facultado para imponer las penas de confinamiento o expulsión”.

Artículo 83: El Comandante General de las Fuerzas Armadas Policiales podrá imponer sanción de arresto hasta por cinco días.

Artículo 84: Los Comandantes de Policía de Unidades Operativas podrán imponer sanción de arresto hasta por setenta y dos horas.

Artículo 85: Los Prefectos de Distritos podrán imponer sanción de arresto hasta por setenta y dos horas.

Artículo 86: Los Alcaldes de Municipio, Jefes Civiles, y los Comandantes de Policía de esas jurisdicciones, podrán imponer sanción de arresto hasta por setenta y dos horas”.

Como se observa, en esas normas se faculta a las distintas autoridades administrativas para ordenar arrestos, con una sola diferencia: la privación de libertad será de menor o mayor duración dependiendo del funcionario que la imponga (desde las 72 horas hasta los 8 días). Por su parte, el artículo 94 del Código impugnado permite otra manera de ordenar el arresto: mediante la conversión de las multas. Dicho artículo establece:

Artículo 94: Cuando se hubiere impuesto una multa y el sancionado no pudiera satisfacerla tendrá derecho a solicitar que se le conmute en arresto”.

Los impugnantes expusieron en su libelo que, con base en el transcrito artículo 82, el Gobernador del Estado Yaracuy dictó los Decretos N° 520 y 524, del 14 y 17 de diciembre de 1998, y ordenó el arresto por ocho días de trece ciudadanos, entre los que se encontraba uno de los accionantes (Nelson Adonis León), por subvertir el orden público, la decencia pública, la seguridad social y por irrespetar la investidura del Gobernador del Estado. En criterio de la parte actora, la existencia del referido Código de Policía del Estado Yaracuy amenaza continuamente a la ciudadanía, y permite violaciones al derecho a la libertad personal, al debido proceso, a la defensa, a ser juzgado por el juez natural y al libre tránsito. Por ello, solicitaron la anulación de las seis disposiciones transcritas.

Ahora bien, resulta oportuno destacar que en sentencia del 29 de mayo de 2003 (N° 1372, dictada en este mismo caso, con ocasión del pronunciamiento sobre la posible perención de la instancia), la Sala sostuvo, sin pretender menospreciar el resto de los derechos, que la libertad personal destaca, desde el origen mismo del Estado moderno, en el conjunto de los derechos fundamentales. No es casual -se destacó- que haya sido la libertad personal una de las primeras manifestaciones de derechos particulares que se conoció en la evolución histórica de los derechos humanos.

De hecho -y así lo resaltó también la Sala en ese fallo del 29 de mayo de 2003-, existe una acción especial que sirve para proteger la libertad personal: el *habeas corpus*. Basta recordar -y asimismo lo hizo la Sala- que durante la vigencia de la Constitución de 1961, si bien erradamente se entendió que no podía existir la acción de amparo mientras no se hubiera dictado la ley que la regulase, no se negó la procedencia del *habeas corpus*, acción de tanta importancia que el propio Constituyente le dedicó una norma especial, en la que reguló ciertos aspectos procesales. De esta manera, la libertad personal es principio cardinal del Estado de Derecho venezolano.

Otro de esos principios cardinales es el de la reserva legal. Así, la historia constitucional venezolana ha venido marcada por la permanente previsión de una reserva de ley a favor del Poder Nacional, inspirada en las más avanzadas corrientes políticas y jurídicas, a fin de evitar que ciertas materias de especial trascendencia sean reguladas por órganos distintos al Parlamento, depositario de la voluntad popular -según la concepción clásica-, ni por actos diferentes a la ley, único texto -también según la doctrina clásica- rodeado de las garantías imprescindibles para legitimar la imposición de conductas a la población.

La lista de materias reservadas al legislador nacional siempre ha sido larga, en especial en un Estado como el venezolano, que incluso en épocas de sedicente federalismo, ha adoptado figuras cercanas al Estado unitario y centralizado. Por supuesto, la única manera de saber en cada ordenamiento cuáles son las materias de la reserva legal es a través de la consulta del texto constitucional: éste enumera los casos; fuera de ellos, se autoriza la normación por otros órganos o por otros actos, siempre que se respeten los principios de la competencia y de jerarquía.

La legislación penal tradicionalmente ha sido reservada entre nosotros al Poder Nacional, de la misma manera en que se ha hecho en los ordenamientos jurídicos que han servido de inspiración o referencia al nuestro. Así lo establecía el número 24 del artículo 136 de la Constitución de 1961, vigente para la fecha de interposición del presente recurso, y lo hace el actual Texto Fundamental, el cual ratifica dicha reserva en el numeral 32 del artículo 156.

La razón de esa reserva legal al Poder Nacional es evidente, sobre todo al pensar en la realidad histórica en que surgió dicho principio: la tipificación de ciertas conductas como punibles debe venir rodeada de las máximas garantías, y la mayor de ellas es la de ser establecida por el propio pueblo a través de los representantes que ha elegido y por un acto con vocación de estabilidad y que es fácilmente conocido por todos, como es la ley. Así, ningún órgano distinto de la Asamblea Nacional (o el Presidente de la República, en caso de mediar

habilitación) ni un acto que carezca de rango de ley (nacional) servirían para garantizar efectivamente la protección que merece el individuo y la necesidad de conocer con precisión las posibles consecuencias penales de sus conductas.

Reconoce la Sala que los órganos deliberantes regionales o locales también son —al menos en Venezuela— representantes de la voluntad del pueblo que les eligió y asimismo admite la Sala que de esos órganos emanan actos con idéntica abstracción y generalidad que la ley nacional. Ello, sin embargo, no puede conducir a perder de vista la inconveniencia de que cada ente menor —estados o municipios— regule la materia penal de manera distinta, en posible atentado a la seguridad jurídica, la cual exige que todo habitante del territorio nacional sepa de antemano la legislación penal a la que está sujeto. Por ello, la legislación penal sólo puede ser nacional, y así lo consagra expresamente nuestra Constitución.

No puede olvidarse que la libertad personal es un derecho inalienable de todos los venezolanos y extranjeros que residen en el territorio de la República. De ella sólo puede privarse o únicamente puede ser restringida con razón suficiente: la comisión de un hecho que la ley nacional (la sociedad, a través de sus representantes parlamentarios o excepcionalmente el Presidente de la República) ha calificado como delictual.

La necesidad de proteger a la sociedad frente a ciertas conductas —castigándolas, dando con ello a la vez ejemplo de desaprobación y procurando luego la corrección de una conducta delictual— aconsejan privar a ciertas personas de su libertad, pero no implica la posibilidad de desproteger a la colectividad, sometiéndola a la incertidumbre. La reserva legal nacional, sin que sea tal vez el medio óptimo para ello, es hasta ahora el mejor que se ha ideado.

Por supuesto, la reserva de la materia penal a favor del Poder Legislativo Nacional no implica el rechazo a la posibilidad, para órganos distintos al Parlamento Nacional, de calificar como faltas ciertas conductas y, al hacerlo, prever una sanción. Por ello, desde hace mucho se reconoce la existencia de un Derecho Administrativo Sancionador como disciplina jurídica distinta del Derecho Penal, y a la precisión del ámbito de cada uno se han dedicado ingentes esfuerzos doctrinales.

Se parte de esta idea: la penalización de conductas exige celo especial, debido a sus graves consecuencias, pero no puede extremarse al punto de desconocer la necesidad de que conductas menores, pero censurables, encuentren sanción sin tener que estar previstas en la ley nacional. Ello es frecuente, en el sistema venezolano de repartición del poder, en el ámbito municipal, pues los Municipios deben contar con la potestad para sancionar conductas que violen deberes que se imponen a los administrados con ocasión de las diversas competencias locales, como puede ser el caso del urbanismo.

Para comprender lo anterior debe tenerse en cuenta que resulta excesivo pretender que sólo la Asamblea Nacional pueda legislar sobre un asunto que sin duda tiene trascendencia —por algo se sanciona—, pero que no supera los límites de una localidad (al respecto, sentencia N° 1984, del 22 de julio de 2003, caso: *Semi Poliszuk Vaibish*).

Si bien los límites entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador pueden en ocasiones parecer difusos, con el peligro de que se confundan uno y otro, lo cierto es que existen. Pena y sanción son nociones equivalentes en el lenguaje ordinario, pero que admiten una diferenciación. Cada noción es el centro de atención de cada una de esas disciplinas jurídicas, y desde el nombre mismo de éstas puede ello notarse.

Lo imprescindible, entonces, es precisar si se está realmente en presencia de una materia penal, que como tal está reservada al legislador nacional: la tipificación de delitos y la previsión de penas constituye el ámbito del Derecho Penal, mientras que la consagración de faltas administrativas y sus correspondientes sanciones es el centro del Derecho Administrativo Sancionador. El primer caso pertenece al Poder Nacional; el segundo a cualquiera de los entes territoriales (ver el fallo citado supra de fecha 22 de julio de 2003).

No se trata, advierte la Sala de simple semántica: si bien puede darse el caso de delitos disfrazados de faltas administrativas y de penas disfrazadas de sanciones también administrativas -con lo que el nombre que reciben bien podría ser un eufemismo para ocultar una realidad-, lo cierto es que el dinamismo de la sociedad exige mayor sencillez para la sanción de determinadas conductas: no sería necesaria la ley nacional para ordenar la sanción de conductas censurables socialmente pero de escasa gravedad. La reserva legal en materia de sanciones existe siempre. Sólo que esa reserva es al Poder Nacional cuando se trata de penas.

Así, pese a las dificultades teóricas -en las que no debe entrar la Sala ahora- existe una nota esencial para distinguir el Derecho Penal del Derecho Administrativo Sancionador: el primero suele caracterizarse por la sanción privativa o restrictiva de libertad, aunque no siempre deba preverla; el segundo jamás conocerá de las mismas, debiendo limitar su alcance a otras formas de sanción. De hecho, mientras que las multas son la sanción típica del Derecho Administrativo, ellas tienen poca importancia en el Derecho Penal, y en ocasiones son apenas el complemento de una pena de privación o restricción de libertad.

El legislador nacional podría convertir en delito, y sancionar con privación de libertad, conductas que podrían juzgarse como de escasa gravedad. Sin duda sería un exceso -controlable por la jurisdicción constitucional, en todo caso-, pero que en principio reúne las condiciones exigidas. Lo contrario sí sería totalmente inaceptable: la privación o restricción de la libertad personal es un límite infranqueable, sólo superable por la Asamblea Nacional, y antes por el Congreso de la República.

Los estados y los municipios pueden legislar sobre faltas administrativas, las cuales consisten en la violación de una regla de conducta cuyo control está a cargo de la Administración, en su carácter de tuteladora del interés colectivo. Como la Administración está encargada de velar porque la sociedad logre la satisfacción de sus necesidades, para ello puede quedar habilitada para sancionar a quienes infrinjan las normas que permitirían ese bienestar, siempre que la violación sea de escasa entidad y la sanción se corresponda precisamente con esa ausencia de gravedad. Es obvio que privar o restringir la libertad de las personas no guarda correspondencia alguna con el carácter administrativo de una falta.

Pero no se trata sólo de un asunto de reserva legal. La relevancia del derecho a la libertad personal implica la necesidad de una garantía adicional: la imposición de las penas a que haya lugar sólo es competencia del Poder Judicial. Así, respecto de las penas sólo pueden actuar el legislador nacional y los jueces: el primero para reglar la situación y el segundo para castigar al culpable según la tipificación previa.

Lo anterior implica otra diferencia entre penas y faltas administrativas. Cuando se trata de estas últimas la reserva legal no implica que la ley sea nacional, así como tampoco exige que el órgano que imponga la sanción sea un juez, sino que ello le está permitido a la propia Administración, siempre que se respeten además las debidas garantías procedimentales. Los delitos y las penas, en cambio, están circunscritos al ámbito jurisdiccional.

La necesidad de intervención judicial para imponer penas que afecten la libertad personal también está prevista en la Constitución de la República, pues como derecho fundamental que es, se le ha regulado con detalle. El artículo 44 de la Carta Magna es la prueba del interés enorme del Constituyente en el derecho a la libertad personal. Se lee en él:

“Artículo 44. La libertad personal es inviolable, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.

La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad de la persona detenida no causará impuesto alguno.

2. Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o abogada o persona de su confianza, y éstos o éstas, a su vez, tienen el derecho a ser informados o informadas sobre el lugar donde se encuentra la persona detenida, a ser notificados o notificadas inmediatamente de los motivos de la detención y a que dejen constancia escrita en el expediente sobre el estado físico y psíquico de la persona detenida, ya sea por sí mismos o por sí mismas, o con el auxilio de especialistas. La autoridad competente llevará un registro público de toda detención realizada, que comprenda la identidad de la persona detenida, lugar, hora, condiciones y funcionarios o funcionarias que la practicaron.

Respecto a la detención de extranjeros o extranjeras se observará, además, la notificación consular prevista en los tratados internacionales sobre la materia.

3. La pena no puede trascender de la persona condenada. No habrá condenas a penas perpetuas o infamantes. Las penas privativas de la libertad no excederán de treinta años.

4. Toda autoridad que ejecute medidas privativas de la libertad estará obligada a identificarse.

5. Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta”.

En ese artículo están contenidas las reglas para tutelar la libertad personal. En ellas se observa claramente la existencia de otros derechos: defensa y debido proceso. Recuérdese que la defensa es el instrumento básico del proceso y ambos son esenciales en la garantía del derecho a la libertad. Son derechos íntimamente unidos, lo que se ve con facilidad en el presente recurso, en el cual los actores continuamente los relacionan. De la libertad puede privarse, en ciertos casos (tipificación legal), pero es necesario que se haga de cierta manera (por previsión de ley nacional, con decisión judicial y mediante un proceso con garantías).

Precisamente es esta última palabra la fundamental: garantías. Todo, desde el principio de legalidad, pasando por el derecho al juez natural y el debido proceso con oportunidad de defensa, son las garantías ciudadanas, que protegen muchos de sus derechos (y los valores de la sociedad), pero en especial el de la libertad. La Sala ya ha dejado sentados tales principios, por ser rectores del Estado de Derecho y, en consecuencia, ha anulado disposiciones similares a las del caso de autos (ver fallo N° 1394 del 07 de agosto de 2001, caso: “*Código de Policía del Estado Bolívar*”).

De los cinco cardinales del transcrito artículo 44 de la Constitución interesan en esta causa los dos primeros, pero en especial el 1, según el cual: “*Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso*”.

En ese cardinal se pueden distinguir varios aspectos, todos relevantes en cuanto al derecho a la libertad:

- La libertad es la regla. Incluso las personas que sean juzgadas por la comisión de delitos o faltas deben, en principio, serlo en libertad.
- Sólo se permiten arrestos o detenciones si existe orden judicial, salvo que sea la persona sorprendida *in fraganti*.
- En caso de flagrancia, sí se permite detención sin orden judicial, pero sólo temporal, para que en un plazo breve (48 horas) se conduzca a la persona ante la autoridad judicial.

Ese artículo impone una obligación en salvaguarda del derecho: la de intervención de los jueces para privar de libertad a una persona. De hecho, la garantía del *juez natural* presupone la existencia de un *juez*. El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas.

Precisamente a ese aparato administrativo, enorme y por lo general más dotado en personal y recursos materiales que el judicial, se le encomienda una labor básica en relación con la justicia: la de *colaborar con ella*. Las fuerzas de policía son, en realidad, imprescindibles en la labor de los tribunales penales. Las policías aprehenden a personas en el mismo momento en que se les observa cometiendo el hecho tipificado como punible o investigan para dar con los sospechosos y solicitar del tribunal que les permita capturarlos y ponerlos luego a sus órdenes.

Los jueces, así, juzgan a quienes los órganos policiales suelen traer ante ellos. Sin órganos de policía el sistema de justicia estaría incompleto. Negar a los cuerpos policiales el poder para efectuar detenciones cuando en sus tareas diarias observan cómo algunas personas violan la ley o cuando se esfuerzan en investigar para descubrir quién lo ha hecho, implicaría vaciar de contenido su misión, en franco perjuicio para la colectividad.

Lo que no puede permitirse es que los órganos policiales cuenten con el poder para ser ellos mismos los que sancionen o que se les permita alargar las detenciones antes de poner a las personas frente a los jueces. Tal vez sólo en sociedades extremadamente refinadas los cuerpos policiales pueden proporcionar garantías suficientes.

La misión de los órganos de policía es, entonces, fundamental (la seguridad de los ciudadanos) y sus medios *deben* ser proporcionales, pero no puede ocultarse que, por su magnitud, la Administración (de la que la policía forma parte) es la que necesita control para evitar los excesos en que pudiera incurrir en el ejercicio de sus poderes.

Ahora bien, la relevancia de las competencias de los cuerpos policiales no elimina su carácter de órganos auxiliares de los órganos que imparten justicia (los jurisdiccionales). Los órganos de policía tienen competencias que no son de auxilio judicial, como la vigilancia callejera, el control del orden público, la advertencia a la ciudadanía sobre su proceder indebido, entre otras. Su sola presencia es motivo, cuando trabajan correctamente, para dar tranquilidad a la colectividad. Lo que no tienen autorizado es, so pretexto del control del orden público y de la seguridad ciudadana, detener personas. Los dos únicos supuestos en que pueden hacerlo ya se han mencionado: si son capturadas *in fraganti* en la comisión de un delito o si un juez dicta una orden en tal sentido para que sea ejecutada por la Administración.

En esos casos, en los que la conducta del ciudadano podría dar lugar a la sanción de privación de libertad, los cuerpos policiales son auxiliares de los tribunales y, como tales, parte del sistema de justicia, como lo son incluso los ciudadanos por mandato expreso de la Constitución (Artículo 253: “[...] *El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio*”).

En fin, las detenciones (como vocablo genérico para identificar a cualquier medida de privación de libertad) pueden ser de dos tipos:

- Como sanción (presidio, prisión o arresto, según el Código Penal venezolano).

- Como medida preventiva (detención administrativa preliminar a efectos de poner a la persona en manos de los tribunales; o detención ordenada por un juez directamente por estimar que hay razones que aconsejan el proceso sin libertad).

En realidad las detenciones, si se observa con el debido detenimiento, sólo pueden venir justificadas por la existencia de una sanción o la posibilidad de imponerla. No existe posibilidad de detenciones si no hay la comisión de un hecho punible (respecto del cual se haya capturado *in fraganti* a una persona o se sospeche su culpabilidad). No tienen cabida, pues, las detenciones –ni judiciales ni administrativas– en las que no haya hecho punible (previsto en ley nacional) que imputar, quedando a salvo, por supuesto, el poder disciplinario de los Jueces, que no es parte de su función jurisdiccional, que encuentra su fundamento en la necesidad de ordenar adecuadamente el desarrollo de la actividad procesal (ver sentencia N° 1212 del 23 de junio de 2004, caso: *Carlo Palli*).

De esta manera, aunque existen dos razones por las que una persona puede estar detenida (porque ha sido ya sancionada con esa medida o porque está camino de ser procesado o siendo ya objeto del enjuiciamiento) en realidad la segunda está relacionada con la primera: si no hay posibilidad de sanción (como medida definitiva) no hay posibilidad de detención provisional, por más breve que ésta sea.

Los cuerpos policiales del Estado Yaracuy (y los de cualquier entidad federal o municipio; ni siquiera a través de sus Gobernadores o Alcaldes) jamás pueden arrestar como sanción definitiva. Sólo pueden hacerlo en los casos en que la ley nacional haya establecido un delito y haya previsto para esos hechos una sanción privativa de libertad. En esos casos, se ha visto, su tarea se limita a poner en manos del juez a la persona. *Son auxiliares de la justicia nacional; nunca -como se pretende en el caso del Código impugnado- la justicia misma.*

En conclusión:

- 1) Para todas las sanciones existe la reserva legal (ley nacional, ley estatal u ordenanza).
- 2) Para las penas la reserva legal es nacional.
- 3) Si se está en presencia de infracciones de naturaleza administrativa, los órganos ejecutivos son competentes para imponer la sanción.
- 4) Si se trata de penas su imposición está reservada al Poder Judicial.
- 5) En los casos de previsión de delitos y penas, los órganos policiales pueden efectuar detenciones preventivas, siempre que hubieren sorprendido *in fraganti* al infractor o que hayan sido autorizados por un juez.

Por todo lo anterior, la inconstitucionalidad de los artículos 82 al 86 del Código de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Yaracuy radica en que en ellos se prevén arrestos administrativos como sanciones definitivas, olvidándose de que constitucionalmente sólo corresponde al Poder Nacional: 1) la tipificación de delitos y la previsión sobre su sanción (Poder Legislativo); y 2) el enjuiciamiento de la persona que ha cometido el hecho punible y la imposición de la pena (Poder Judicial). La Administración (de cualquier entidad territorial) sólo tiene la posibilidad de colaborar con el Poder Judicial. Los Estados no pueden, en consecuencia, ni dictar normas penales ni autorizar a sus cuerpos administrativos a ordenar sanción de arresto. Deben los cuerpos policiales ajustar su conducta, en lo relacionado con delitos, a la de colaboradores del Poder Judicial.

La situación es especialmente grave en un caso como el de autos cuando se repara en las causas que pueden llevar al arresto: “*mantener el orden, la moral, la decencia pública, la seguridad social y la protección de las personas y sus bienes*”. Podría afirmarse que todo el

Código Penal (texto legal de nivel nacional) y todas las normas penales contenidas en leyes especiales (también nacionales) se han dictado para proteger esos valores y bienes (llamados jurídicamente tutelables). Ello, sin embargo, no es motivo para olvidar un principio básico: el de tipicidad.

Resulta realmente asombroso constatar cómo en un solo artículo (el 82, pues los siguientes sólo constituyen limitaciones a la duración del arresto según el órgano que lo impone) se pretende resumir todo el ordenamiento penal. Por más que el artículo 82 exija una resolución motivada para que se ordene el arresto, lo cierto es que será muy fácil motivarlo: bastará afirmar (quizás con razón) que se ha pretendido mantener el orden o proteger personas y bienes.

Esa redacción del artículo 82 constituye un retroceso en el Derecho Penal (en realidad en el Derecho Constitucional, que es su base). Sin descripción del tipo no cabe hecho punible. No es posible, en un artículo, compendiar todas las infracciones sancionables y dejarlas, además, en manos de la policía y no de los tribunales.

Como se ve, la Sala observa que las normas impugnadas están viciadas de nulidad por las siguientes razones:

- Los estados ni los municipios pueden dictar normas penales que tipifiquen delitos o faltas sancionables con privación (o restricción) de libertad.
- Las normas penales no pueden conferir potestad a los órganos administrativos para que sean éstos los que impongan las sanciones privativas (o restrictivas) de libertad, salvo que se trate del caso previsto en la Constitución (detención *in fraganti* con miras a poner a la persona a disposición de los tribunales).
- Las normas penales deben necesariamente contener la descripción del tipo (*nulum crimen nullum poena sine lege*).
- Invade la reserva legal (artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Nada de eso ocurre en el caso de autos: una ley estatal (en lugar de nacional) faculta a una autoridad administrativa (y no a la judicial) imponer una medida privativa de libertad con carácter de sanción definitiva (en lugar de cautelar) en casos en que la falta ni siquiera es precisa (sin atender al deber de tipificación), con lo que en definitiva se corre el riesgo de la arbitrariedad y el descontrol, y la negación de la función de administración de justicia, que es garantía del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, según lo consagra el artículo 2 de la Carta Magna, y el valor de la libertad expresamente señalado como valor superior del ordenamiento jurídico.

Las anteriores consideraciones obligan también a declarar que la conversión de multas en arrestos que permite el artículo 94 del Código impugnado es inconstitucional, por cuanto aunque las autoridades administrativas sí pueden imponer multas (siempre que exista una legislación nacional en tal sentido) no puede habilitarse a cualquier órgano administrativo a convertir la multa en arresto, todo ello sin que la Sala deje de reparar en la curiosa fórmula (común a otras leyes, según ha podido constatar en otros procesos de nulidad), según la cual quien no pudiera satisfacer una multa tendrá derecho a que se le conmute en arresto. Curioso (y reprochable) derecho, que consiste en admitir un desmejoramiento individual.

Por todo lo expuesto, la Sala considera que los artículos 82 al 86 y el artículo 94 del Código de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Yaracuy están viciados de nulidad absoluta. Así se declara. Sobre el párrafo único del artículo 82, que no contiene sanción de arresto sino “penas de confinamiento y expulsión” se pronunciará la Sala a continuación.

Aparte de la sanción de arresto, el Código de las Fuerzas Armadas Policiales contiene dos penas más: confinamiento y expulsión. Lo dispone así el parágrafo único del artículo 82, según el cual:

“El Gobernador de la Entidad Federal queda exclusivamente facultado para imponer las penas de confinamiento o expulsión”.

Según la parte actora esa disposición es nula, por cuanto “*faculta al Gobernador del Estado Yaracuy para imponer penas de confinamiento o expulsión*”, en violación del derecho constitucional al libre tránsito por todo el territorio nacional. En criterio de los accionantes, los órganos del Poder Público no pueden “establecer penas de extrañamiento, salvo a solicitud del mismo reo y como conmutación de otra pena, es decir, debe existir una sentencia judicial condenatoria previa”.

El Ministerio Público sostuvo, al respecto, que “*las penas de expulsión y confinamiento (...) están establecidas en el artículo 9 del Código Penal como penas corporales de naturaleza represiva y restrictivas de la libertad y son competencia exclusiva de los jueces penales*”. Es parecer de la representación fiscal que “*sólo a través de una ley nacional es posible establecer limitaciones al derecho al libre tránsito por el territorio nacional*”, si bien aclara que “*sin embargo no pueden aplicarse penas de expulsión del país y menos aún puede la Administración sancionar con confinamiento a algún particular, como lo señala la norma impugnada que confiere al Gobernador la potestad de imponer las penas de confinamiento y expulsión del territorio del Estado, lo que no está dentro de sus atribuciones, en razón de la inexistencia de una norma legal de carácter formal que lo faculte para ello*”.

Al respecto observa la Sala:

Aunque los demandantes centraron su denuncia contra las penas de confinamiento y expulsión en la violación del libre tránsito, *lo cierto es que esa disposición está afectada por el mismo vicio existente en el resto de las normas impugnadas: la violación de la reserva legal nacional y el derecho a ser condenado por jueces*.

De esta manera, se ha insistido en el apartado anterior que no existe posibilidad alguna de que las entidades federales tipifiquen delitos y faltas para sancionar tales hechos con penas privativas o restrictivas de la libertad, por lo que escapan de su poder no sólo los arrestos sino también las medidas de confinamiento y expulsión.

En efecto, existen penas *privativas* de libertad (como es entre nosotros el presidio, la prisión y el arresto) y otras que se entienden como *restrictivas* de la libertad. En las primeras se coloca al penado en lugar cerrado (pena de tipo carcelario), por lo que se le priva de su libertad. En las segundas, en cambio, se le *restringe* su libertad y el libre tránsito, sin que implique su encierro en una institución. A las segundas corresponden las penas de confinamiento y expulsión. Ambas medidas han sido objeto de críticas y defensas, pues no han faltado quienes las consideran justas y provechosas para la sociedad y quienes las juzgan, por el contrario, innecesariamente injustas y carentes de ventajas.

Es el Código Penal -no lo hace en ningún momento el Código de las Fuerzas Armadas del Estado Yaracuy- el texto que define tanto a la pena de confinamiento como a la de expulsión, de la manera siguiente:

“*Artículo 20: La pena de confinamiento consiste en la obligación impuesta al reo de residir durante el tiempo de la condena, en el municipio que indique la sentencia firme que la aplique, no pudiendo designarse al efecto ninguno que diste menos de cien kilómetros, tanto de aquel donde se cometió el delito, como de aquellos en que estuvieren domiciliados, el reo al tiempo de la comisión del delito, y el ofendido para la fecha de la sentencia de Primera Instancia.*”

El penado estará obligado, en comprobación de estar cumpliendo la sentencia y mientras dure la condena, a presentarse a la Jefatura Civil del Municipio con la frecuencia que el Jefe Civil indique, la cual no podrá ser más de una vez cada día ni menos de una vez por semana.

Es pena accesoria a la de confinamiento la suspensión, mientras se la cumple, del empleo que ejerza el reo”.

Artículo 21: La expulsión del espacio geográfico de la República impone al reo la obligación de no volver a ésta durante el tiempo de la condena. Esta pena comporta como accesoria la misma indicada en el aparte final del artículo anterior”.

Según las normas transcritas, la pena de confinamiento consiste en la obligación de residir en una población determinada durante el tiempo de ejecución de la condena. Así, sin necesidad de encierro en un estableciendo penitenciario, se impide que el penado salga de un lugar que se le fija como residencia obligatoria.

La finalidad del confinamiento es alejar al condenado del lugar en que se cometió el hecho punible, ya sea para poner distancia entre él y las personas víctimas del delito o sus familiares y allegados (en especial si se trata de una pena sustitutoria del presidio o la prisión), o para dificultar la influencia que la persona tiene en el lugar de su residencia habitual (lo que ha sido especial y desafortunadamente aplicado en regímenes de limitación de derechos de expresión política, con la intención de que el penado tenga escasa ocasión de divulgar su mensaje, sin tener que recurrir a la cárcel).

La pena de expulsión tiene finalidad similar, pero por medio enteramente distinto: en lugar de confinar a la persona a una población concreta, se le *destierra* del lugar donde se le condena, quedando en libertad para desplazarse por cualquier otro. La expulsión o destierro del país, como el confinamiento, ha sido también mecanismo de represión de la disidencia, hoy en día prohibido por la Constitución, que no permite expulsar del territorio nacional a los venezolanos, lo cual constituye un evidente avance en la garantía de los derechos.

En efecto, el único aparte del artículo 50 de la Carta Magna ordena:

“Ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos o venezolanas”.

Ya la Constitución de 1961 lo disponía como principio, aunque aceptaba su aplicación como excepción, siempre que fuera el propio reo el que lo solicitase a fin de conmutar otra pena. Así, el artículo 64 del derogado Texto Fundamental consagró:

“Ningún acto del poder público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos, salvo como conmutación de otra pena y a solicitud del reo”.

La prohibición del extrañamiento (expulsión, destierro, deportación) de nacionales fue, durante años, reclamo de los especialistas en materia penal y penitenciaria, al entender que se trata de una medida injusta, por desproporcionada y dolorosa. De hecho, implica incluso una contradicción con otros principios penales, como el de prohibición de la extradición de nacionales: de esta manera, si un nacional de un Estado no puede ser extraditado a otro Estado, sin importar el delito, existe poca o ninguna justificación para que sí se le pueda expulsar del territorio, impidiéndole el retorno a su país.

El confinamiento y la expulsión están hoy concebidas como dos penas distintas, pero antaño se fundían en una: la expulsión y el confinamiento coincidían, ya que se enviaba a la persona normalmente a un lugar en que su movilidad era en exceso reducida, con frecuencia una isla. El Derecho Romano conocía bien esa figura: la *deportatio in insulam*, hoy superviviente en escasos países.

Las penas de confinamiento y expulsión existen en los códigos penales venezolanos desde tiempo ya lejano (1863, concretamente), pero la de expulsión ha sido la más discutida en los momentos en que se ha planteado la reforma de nuestra legislación penal. De hecho, la exposición de motivos del proyecto (no sancionado) de reforma del Código Penal de 1954 se lee:

“La pena de expulsión del territorio de la República se eliminó del cuadro penológico nacional, pues sólo figuraba como sanción en los delitos cometidos por eclesiásticos cuando hubieren violado las normas del patronato o atacaren las instituciones nacionales”.

Por su parte, en la exposición de la reforma de 1974 se lee:

“La inconveniencia de mantener como pena principal el extrañamiento surge también del artículo 64 de la Constitución (...). Resulta entonces que establecer el extrañamiento como pena principal, equivale a aceptar que sólo debe aplicarse a los extranjeros, y no nos parece lógico que se haga tal cosa cuando de acuerdo con la Ley de Extranjeros la expulsión de los mismos puede hacerse por el Poder Ejecutivo, de conformidad con las disposiciones de dicha ley, en un acto que la doctrina ha catalogado como propio del ejercicio de la soberanía nacional y parece que la normativa de la Ley de Extranjeros es la más adecuada en salvaguarda de esta soberanía.

Creemos que tampoco puede establecerse como pena reemplazante dentro del sistema del Código, porque ésta es jurisdiccional y la mencionada Ley de Conmutación de Penas atribuye competencia al Ejecutivo para acordar la conmutación en razón de la índole política de los delitos a que dicha ley se refiere”.

No corresponde a esta Sala pronunciarse ahora sobre la validez, en sí, de la pena de expulsión judicial de extranjeros. Lo cierto es que se trata de una competencia del Poder Nacional, y nunca de los estados, por mandato expreso del Texto Fundamental (artículo 156, número 4: “*Es de la competencia del Poder Público Nacional (...) 4. La naturalización, la admisión, la extradición y expulsión de extranjeros o extranjeras. (...)*”).

De esta manera, la expulsión de extranjeros sí persiste en nuestro ordenamiento constitucional, lo que puede explicarse con facilidad, por cuanto es válido constitucionalmente que una persona que no sea nacional del Estado donde delinque o comete falta se le conmine a abandonar el territorio. Es ello muy distinto al caso de un nacional que se le destierra de su propia patria: al extranjero se le permitía residir en ese Estado, pero nada obliga a mantener esa situación si el Estado considera que existen motivos para expulsarlo. Ello, por supuesto, tiene que ser objeto de gran ponderación, pues la expulsión de extranjeros, si bien permitida, nunca debe convertirse en mecanismo de represión.

Lo que carece de sustento constitucional es la expulsión de nacionales, tal como se ha indicado, lo que tampoco es una novedad en nuestro ordenamiento. Por el contrario, ya en decreto del Presidente Juan Crisóstomo Falcón, del 18 de agosto de 1836, se establecía la prohibición del extrañamiento de venezolanos del territorio nacional e incluso el confinamiento.

En cualquier caso, ***el establecimiento de penas de confinamiento y de expulsión es competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, como lo es el de toda pena privativa o restrictiva de la libertad personal. Por ello, no pueden los Estados (ni los municipios) establecer ninguna pena que implique la restricción de libertad o el libre tránsito, por lo que también escapan de su poder las penas de confinamiento y expulsión***, por lo que **la Sala declara también la nulidad del párrafo único del artículo 82 del Código de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Yaracuy**. Así lo declara.

1. *Consideración final sobre los efectos de la presente decisión:*

La declaratoria de inconstitucionalidad de las normas derogadas y la anulación de las nuevas disposiciones obliga a esta Sala a fijar los efectos del fallo, para lo cual observa:

La Sala en ejercicio del poder para fijar, en cada caso, si los efectos de sus fallos anulatorios tendrán carácter retroactivo, para lo cual debe atender a ciertas consideraciones, en especial lo relacionado con la seguridad jurídica.

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica no puede amparar casos en los que una entidad territorial –cualquiera que sea- dicte normas que son evidente y groseramente inconstitucionales.

El principio de seguridad jurídica protege a los ciudadanos, quienes no deben verse afectados por las conductas irregulares de los órganos del Poder Público, pero no puede ser el refugio de los entes estatales para desentenderse de su responsabilidad.

Cuando la República o los Estados o los Municipios dictan normas en violación del Texto Constitucional y esa violación es especialmente clara -como en el caso de autos, en el que no se hace necesario esfuerzo interpretativo, y en el que la entidad demandada ni siquiera expuso un argumento en su defensa-, resulta por lo menos injusto que la colectividad se haya visto perjudicada durante cierto tiempo -años en este caso- y que, luego del fallo en el que se deje constancia de la inconstitucionalidad, no se encuentre ninguna reparación.

El principio de seguridad jurídica, pues, nunca puede ser el medio por el cual los entes públicos logren burlar -así sea sin intención de hacerlo- sus deberes. La fijación de efectos meramente prospectivos a fallos como el presente constituye una incitación a la violación del Derecho, sabiéndose que, a lo sumo, se anularán las normas, pero lo realizado quedará inmutable.

Por tanto, se fijan efectos retroactivos a la presente declaratoria, con lo que se entienden nulas todas las actuaciones que hubiesen sido dictadas con base en las normas anuladas. En consecuencia: a) debe concederse libertad inmediata a quien esté cumpliendo la sanción de arresto ordenada con base en las normas anuladas; b) debe cesar cualquier pena de confinamiento o expulsión ordenada según ese mismo Código; y c) deberá eliminarse cualquier referencia en expedientes y archivos, así como en registros, a la detención, confinamiento o expulsión a que hubieran sido objeto quienes sufrieron la aplicación de esas disposiciones.

Asimismo, esta Sala estima necesario exhortar a los Consejos Legislativos estatales y a los Concejos Municipales a derogar cualquier disposición de contenido similar a las que han sido anuladas por este fallo. Estima la Sala que el control concentrado de constitucionalidad de los actos de rango legal no puede servir sólo para depurar el ordenamiento jurídico, sino que también debe ser medio para prevenir la repetición de vicios. La publicación de los fallos anulatorios, por tanto, tiene dos razones: una, que la colectividad sepa de la desaparición de la norma, al igual que se hizo cuando fue dictada; dos, que se conozca el criterio judicial para evitar incurrir en idénticos errores.

Por ello, se exhorta a todos los Consejos Legislativos estatales y Concejos Municipales a derogar sus normas sobre esa materia, sin esperar a que sean impugnadas, así como a no legislar esos aspectos en lo sucesivo. Así se exhorta.

B. Derecho de igualdad ante la Ley: Prohibición de discriminación

TSJ-SPA (0083)

19-1-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Cámara Venezolana de Educación Privada y A.N.D.I.E.P. vs. Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio y del Ministerio de Educación y Deportes.

El artículo 21 del Texto Fundamental, dispone:

“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 vulnerados; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancias 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 reconocerán títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.”

La Constitución de 1961 aludía de forma única a la discriminación fundada en la raza, el sexo, el credo o la condición social. Con el nuevo orden Constitucional se recogen en una sola disposición todos estos aspectos, pero además se extiende el concepto de discriminación a todas aquellas situaciones que anulen o menoscaben el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona, con lo que se interpreta ampliada la regulación en referencia.

Es así como a través de la disposición transcrita se consagran finalmente los principios que la jurisprudencia ha ido delineando en la materia, pues ésta ha sido conteste en señalar que la discriminación existe también cuando situaciones análogas o semejantes se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria, resultando así necesario que la parte afectada en su derecho demuestre la veracidad de sus planteamientos, toda vez que sólo puede advertirse un trato discriminatorio en aquellos casos en los cuales se compruebe que ante circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se manifieste un tratamiento desigual.

C. *Derecho a la protección del honor y a la reputación*

TSJ-SPA (0215)

8-2-2006

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Javier Rafael Espinosa Sánchez vs. Ministerio de la Defensa

Respecto a la presunta violación al derecho al honor y a la reputación, esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que se entiende por honor, la cualidad moral de toda persona que obedece a los estímulos de su propia estimación con relación a los otros; a la vez representa, la recompensa moral por nuestros actos. El honor encierra, indubitablemente conceptos más abstractos aún, como la confianza y la dignidad, que no son otra cosa que la seriedad y el decoro en la forma de comportarse; la reputación no es más que la opinión favorable o adversa de los demás, acerca de una persona, en virtud de la actitud y comportamiento de aquélla.

4. *Derechos Culturales y Educativos: Derecho a la Educación Integral***TSJ-SPA (0083)****19-1-2006**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Cámara Venezolana de Educación Privada y A.N.D.I.E.P. vs. Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio y del Ministerio de Educación y Deportes.

Una educación integral y permanente supone la realización de una actividad que, constante en el tiempo y por el período que se precise cumplir hasta su culminación definitiva, cuente con los elementos necesarios para satisfacer los requerimientos establecidos dentro de los programas diseñados por la autoridad administrativa competente, bajo criterios constitucionales desarrollados en la ley, para cada etapa de formación en el proceso educativo que se inicia con la etapa maternal y culmina con el nivel medio diversificado, elementos que sin duda, dependen fundamentalmente de una correcta disposición a proveerlos, así como también de una adecuada preparación por parte de quienes tienen a su cargo la importante misión de educar.

Así, se observa que el artículo 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

“Toda persona tiene derecho a una educación integral de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, el Estado realizará una inversión prioritaria, de conformidad con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas. El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo. La ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad y a quienes se encuentren privados o privadas de su libertad o carezcan de condiciones básicas para su incorporación y permanencia en el sistema educativo. Las contribuciones de los particulares a proyectos y programas educativos públicos a nivel medio y universitario serán reconocidas como desgravámenes al impuesto sobre la renta según la ley respectiva”.

Los apoderados judiciales de la parte accionante señalaron, en forma general, que con el acto impugnado la Administración cercenó su derecho “a educar integralmente”, sin que resulte correcto el sentido que se pretende dar a esta expresión, pues pareciera inferirse que el beneficio como tal no está dirigido a las personas a quienes, como receptores, se les garantiza el derecho a tener una educación integral, de calidad y en forma permanente, sino más bien, de acuerdo con lo dicho, estaría orientada a constituir un derecho de las instituciones que tienen a su cargo la misión de educar.

Sobre este punto es importante recalcar que la naturaleza subjetiva del amparo exige que el solicitante se encuentre afectado directamente por la situación que denuncia como violadora de sus derechos constitucionales. Así, reitera la Sala, que no es posible esgrimir como violados, derechos de terceros a la acción incoada, como sucede en este caso, en que el derecho que se alega transgredido está dirigido a las personas naturales beneficiarias de una educación integral, de calidad y permanente.

A mayor abundamiento, es importante destacar que esta norma guarda en sí misma un alto sentido social, pues persigue erigir la educación como un derecho al cual acceden todas las personas, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin otras limitaciones que no sean las aptitudes vocacionales o aspiraciones que decida la propia persona.

De ahí que esta disposición consagra un principio que prevalece a favor de todos los ciudadanos, sin distinción de alguna clase; lo que quiere decir que independientemente de que la educación impartida se origine en el sector público o privado, debe cumplir como lo exige la disposición constitucional, con el atributo de ser “integral”, “permanente” y sobre todo, de “calidad”.

Ahora bien, una educación integral y permanente supone la realización de una actividad que, constante en el tiempo y por el período que se precise cumplir hasta su culminación definitiva, cuente con los elementos necesarios para satisfacer los requerimientos establecidos dentro de los programas diseñados por la autoridad administrativa competente, bajo criterios constitucionales desarrollados en la ley, para cada etapa de formación en el proceso educativo que se inicia con la etapa maternal y culmina con el nivel medio diversificado, elementos que sin duda, dependen fundamentalmente de una correcta disposición a proveerlos, así como también de una adecuada preparación por parte de quienes tienen a su cargo la importante misión de educar.

Asimismo, cuando se habla de la “calidad” impresa a un modelo educativo debe tenerse en cuenta que para el mejor cumplimiento de los fines, ciertamente se precisa de los recursos de orden económico que coadyuvan al funcionamiento de una adecuada logística que permita el correcto desenvolvimiento de los programas establecidos en el diseño curricular. Si bien no se duda de su importancia, también es preciso señalar que algunas veces la buena calidad escapa de los factores económicos que le sirven de entorno, pues una gran infraestructura económica, en sí misma, no constituye garantía de que el estudiante va a recibir la calidad que se precisa en la enseñanza. Vale decir, aun cuando no puede desdeñarse en tanto y en cuanto coadyuve a la consecución de los fines propuestos, es claro que la calidad depende también de elementos que trascienden a lo material y sustancialmente encuentran soporte en el orden intelectual, moral y formativo, antes que en cualquier otro tipo de recurso.

Los anteriores lineamientos establecidos en el Texto Constitucional como notas características del sistema educativo, que propugna que sea integral, permanente y de calidad, son reveladores de la prioridad que reviste el tema de la educación para todos los venezolanos si se considera que, como servicio público, el Estado debe proveer a ella en cumplimiento de uno de sus fines esenciales. Sobre esa base, cuando se trata de preservar los atributos contenidos en la norma *in commento*, no hay duda de la obligación que tiene el Estado de regular todos los aspectos que le rodean, con las limitaciones individuales que esto pueda involucrar, pero siempre con el fin de que todas las personas tengan acceso a la educación; por lo que en el caso que nos ocupa, concluyendo la innegable trascendencia que tiene el tema educativo dentro de los fines prioritarios del Estado, esta Sala considera desestimable la presunta violación al derecho a recibir una educación integral, permanente y de buena calidad, por estimar insuficientes los elementos aducidos en ese sentido, de acuerdo con el contenido de lo dispuesto en el artículo 103 constitucional; fundamentalmente, porque la parte accionante no presentó prueba alguna que permita inferir que la limitación impuesta a las mensualidades a ser cobradas por los colegios privados, afecta la calidad y demás elementos señalados en la respectiva norma, en forma alguna, más allá de las consideraciones generales contenidas en el escrito recursivo. Así se decide.

5. *Derechos Sociales. Sistema de seguridad social: Previsión y protección social de los legisladores*

TSJ-SC (800)

29-3-2006

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Interpretación del artículo 2 de la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios.

El concepto establecido en el artículo 2 de Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios no se refiere a los beneficios propios del sistema de previsión y protección social, ya que dicho sistema constituye un servicio público de carácter no lucrativo, conforme lo dispone el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por lo tanto, tampoco se encuentra sujeto a los límites fijados por el artículo 6 de la ley en referencia. En consecuencia, continúan vigentes las disposiciones de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, que regulan lo referente al sistema de previsión y protección social, en concreto, lo establecido en el único aparte del artículo 12, ya que allí se establece la prohibición de recibir otro beneficio distinto a los correspondientes por concepto de previsión social, lo cual debe leerse e interpretarse concatenadamente con lo dispuesto en el artículo 49 *eiusdem*, en el sentido de que la previsión y protección social de los legisladores y las legisladoras se rige por la ley especial que regula la materia, es decir, por la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social.

Expuestos los argumentos de los solicitantes, resulta necesario en primer término, delimitar el problema central objeto de la solicitud, dada su complejidad.

En este sentido y de conformidad con lo expuesto por los apoderados de los recurrentes en el escrito, la problemática central deriva de la necesidad de dilucidar si en virtud de la promulgación de la *Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios*, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.412 de fecha 26 de marzo de 2002, y en la cual, según la parte actora, no se establece el derecho de los legisladores y legisladoras a gozar de un sistema de previsión y protección social, se mantienen aún incólumes las disposiciones contenidas en la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.282 de fecha 13 de septiembre de 2001, incluidas en el primer aparte del artículo 12 y el artículo 49, éste último relativo al sistema de previsión y protección social aplicable a los legisladores y legisladoras.

Según indican en su solicitud, conforme lo expuesto “...pareciera mantenerse en vigencia lo dispuesto en el primer aparte del artículo 12 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, que dispone una prohibición de percepción a los legisladores, por conceptos distintos a los contemplados en su remuneración u otros beneficios distintos de los establecidos en la previsión social, lo cual supondría concluir, (...) que la Ley equipara como concepto de ‘emolumentos’, tanto la remuneración mensual que persiguen los funcionarios, como los beneficios establecidos en la previsión social, cuestión que de ser así, nos insta a suponer que en igual sentido, al fijar la Ley los límites de percepción de los funcionarios en ella indicados, incluye un concepto que en ningún caso, (...) puede tomarse como ‘elementos remunerativos o lucrativos’ que deban ser incluidos en esos límites (mínimos y máximos) de percepción...”. (subrayado del escrito).

A objeto de dilucidar lo anterior, la Sala considera necesario transcribir el texto del artículo 2 de la *Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios*, en virtud de que los solicitantes estiman, como se ha expuesto, que los conceptos relativos al sistema de previsión y protección social (a los cuales se hace referencia en el citado primer aparte del artículo 12 y artículo 49 de la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*) parecieran no estar incluidos en la definición de ‘emolumentos’ contenida en el referido artículo que a continuación se transcribe:

Artículo 2. “Se entiende por emolumentos las remuneraciones, sueldos, bonos, dietas, primas y cualquier tipo de ingresos mensuales percibidos por el funcionario, en razón de las funciones públicas que desempeña.

Los límites establecidos en esta Ley regirán exclusivamente para los emolumentos que se devenguen de manera regular y permanente, con exclusión de las bonificaciones de fin de año y del bono vacacional, a los cuales tienen derecho todos los funcionarios públicos regulados por esta Ley....”.

Al respecto, resulta necesario hacer algunas precisiones terminológicas con carácter preliminar, ya que como tantas veces ha reiterado la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 4 del Código Civil: “... *A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión entre sí y la intención del legislador....*”.

Conforme al Diccionario de la Lengua Española, la palabra ‘emolumento’ procede del latín *emolumentum*, que significa utilidad, retribución; de allí que se entienda por emolumento la remuneración adicional que corresponde a un cargo o empleo y por remuneración, la acción o efecto de remunerar o simplemente significa ‘retribución’. Es decir, que para la Real Academia Española, los conceptos ‘emolumento’ y ‘remuneración’, pueden utilizarse como sinónimos, así como también pueden ser utilizados indistintamente los términos ‘salario’ y ‘sueldo’. De allí que la Ley Orgánica del Trabajo, al desarrollar en el Título III lo relativo a ‘la remuneración’, se refiere por igual a los conceptos de ‘salario’ y de ‘remuneración’, estableciendo su significado en el artículo 133 *eiusdem* de la manera siguiente:

“...Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuera su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda...”.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto, la Sala debe precisar que cuando el primer aparte del artículo 12 de la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*, establece que: “...*Los legisladores y las legisladoras no percibirán emolumentos por conceptos distintos a los contemplados en su remuneración ni ningún otro beneficio distinto de los establecidos en la previsión social*”, indica dos planteamientos diferentes. Esto es: la primera oración refiere la prohibición de recibir pagos distintos a los percibidos por concepto de remuneración, es decir, que en este contexto, remuneración, emolumento o pago resultan sinónimos (*Vid. Diccionario de sinónimos y antónimos*, Edit. Espasa Calpe, S.A., Madrid 2000). Y por otra parte, el citado primer aparte del artículo 12, dispone seguidamente la prohibición de recibir ningún otro beneficio *distinto* de los establecidos en la previsión social; es decir, en esta última parte, vale la pena destacar que el concepto de ‘beneficio’ se encuentra diferenciado del concepto ‘emolumento’, al estar calificado por un adjetivo (*distinto*), que claramente lo identifica como relativo a la previsión y protección social y cuyo régimen se encuentra establecido en el artículo 49 *eiusdem*.

Ciertamente, se trata de dos prohibiciones expuestas en una misma norma; la primera, concerniente a la imposibilidad de recibir los legisladores y las legisladoras otro pago diferente al que le corresponda por concepto de su ‘remuneración’ y la segunda, relativa a la

imposibilidad de recibir *'beneficios'* distintos a los derivados por concepto de previsión social; los cuales, a tenor de lo establecido en el artículo 49 de la misma *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*, se regirá por lo preceptuado en la ley nacional que desarrolla la materia, es decir, por la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.600 de fecha 30 de diciembre de 2002.

En tal sentido, según exponen los apoderados judiciales de los recurrentes, surge la duda razonable de si habría de entenderse que los conceptos que puedan recibir los legisladores y legisladoras por efecto de la seguridad social, deben quedar enmarcados en el límite máximo establecido por el enunciado del citado artículo 12 de la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*, o si como consecuencia de la promulgación posterior de la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios, cuyo objeto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° consiste en fijar los límites máximos y mínimos de los *'emolumentos'* que devenguen, entre otros, los legisladores y las legisladoras de los Consejos Legislativos, se debe entender que se incluyen estos beneficios por concepto de seguridad social, los cuales, en su criterio, no pueden jamás tomarse *"...como 'elementos remunerativos o lucrativos' que deban ser incluidos en esos límites (mínimos y máximos) de percepción..."*

De allí que en principio, habiéndose establecido el significado etimológico de la palabra remuneración, ha quedado clara la distinción entre ambos conceptos (remuneración y beneficios) y con ello, despejada la duda razonable de que en ninguno de los supuestos indicados en las normas ante citadas, de fijación de límites máximos de percepción, la Ley se refiere a los beneficios por concepto de seguridad social, como un elemento susceptible de ser considerado como servicio público de carácter no lucrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte observa la Sala, que en fecha 7 de mayo de 2003, la recurrente Fanny Rose García Magallanes, actuando en su condición de Presidente del Consejo Legislativo del Estado Aragua, representada por los mismos apoderados judiciales que actúan en el presente recurso de interpretación, interpuso ante la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, un recurso de colisión de leyes *"...entre el primer aparte del artículo 12 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados y el artículo 6 de la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios..."*, en virtud del cual dicha Sala, en sentencia N° 279 de fecha 4 de marzo de 2004, declaró lo siguiente:

"...no existe colisión entre el artículo 12 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados y el artículo 6 de la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios, pues esta última Ley derogó las normas de aquella, 'referidas a la remuneración y demás emolumentos de los legisladores y legisladoras estatales', y, en consecuencia, se reitera también que es la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios la que rige el régimen de las remuneraciones y emolumentos de dichos funcionarios del Poder Legislativo de los Estados. Así se decide..."

Asimismo se observa, que la citada decisión de la Sala Constitucional, reiteró su criterio expuesto en sentencia N° 3244 recaída en el caso: *Iván Rondón*, de fecha 18 de noviembre de 2003, en la cual se decidió igualmente, que no existe colisión de leyes entre las disposiciones anteriormente citadas.

No obstante, la Sala Constitucional, en la referida decisión N° 279 de fecha 4 de marzo de 2004, también precisó lo que sigue:

"...Ahora bien, y a diferencia de lo que planteó el representante de la Asamblea Nacional, el asunto que se debate en el caso no se identifica plenamente con el que se decidió mediante la referida sentencia de 18 de noviembre de 2003. En efecto, en esta demanda la parte actora planteó también que la derogatoria que, en materia de emolumentos impli-

có la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios respecto a Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, no incidió en el aparte único del artículo 12 de la esta última Ley, pues éste se refiere a los beneficios de seguridad social y no a las remuneraciones o emolumentos. Al respecto esta Sala observa:

...Omississ...

Según anteriormente se señaló, el criterio que esta Sala sostuvo, en su decisión de 18 de noviembre de 2003, fue que la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios de los Estados y Municipios derogó la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, solo en lo que se refiere a las normas que regulan la remuneración y demás emolumentos de los legisladores, pues, precisamente, sobre esa materia es que existió una nueva regulación a través de una ley posterior y especial de igual rango a la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados. Por tanto, es evidente que la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios de los Estados y Municipios no derogó a aquella en lo que a las normas sobre seguridad social se refiere, sencillamente porque ésta no fue materia de su reglamentación.

...Omississ...

En consecuencia, si la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios de los Estados y Municipios derogó únicamente las disposiciones de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados relativas al objeto de la nueva Ley, esto es, la fijación de los límites de los emolumentos de los altos funcionarios estatales y municipales, es evidente – y así lo reitera esta Sala– que tampoco existe colisión alguna entre ambas Leyes en lo que se refiere al derecho a la seguridad social de los Legisladores estatales pues, se insiste, la Ley posterior –Ley Orgánica de Emolumentos– no reguló esta materia, sino sólo la relativa a los emolumentos de dichos funcionarios, concepto del que exceden los beneficios propios de la seguridad social.

Por tanto, las normas de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados que aluden al derecho a la seguridad social de los legisladores estatales, en desarrollo del artículo 7 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el Régimen Transitorio de Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y de los Municipios (*Gaceta Oficial* N° 36.880 del 28 de enero de 2000) y, en definitiva, con fundamento en los artículos 86 y 144 de la Constitución de 1999, mal pueden entenderse derogadas por la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios de los Estados y Municipios, pues se trata de una materia que no fue objeto de regulación por este cuerpo legal y de allí que tampoco, en este punto, exista colisión de leyes. Así se decide...” (Subrayado de esta Sala).

En efecto, con la promulgación de la *Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios*, dejaron de tener vigencia todas aquellas disposiciones de la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*, que coliden con la citada ley, en virtud de la Cláusula Derogatoria Única.

Por ello, debe entenderse que el artículo 2 de *Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios*, desarrolla sólo el concepto de ‘emolumentos’, sin hacer referencia a los beneficios referidos a la previsión social, a estos últimos beneficios tendrían derecho los legisladores y las legisladoras estatales, por ser éste un concepto de carácter no lucrativo, conforme lo establece expresamente el artículo 86 de la Constitución y en consecuencia, su contenido resulta ajeno a cualquier concepto de naturaleza remunerativa, por lo que tampoco se encuentra sujeto a los límites fijados en el artículo 6 de la citada ley.

En otras palabras, la *Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios*, no regula lo relativo a la previsión y protección social de los legisladores y las legisladoras, sino que es a la *Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social*, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.600 de fecha 30 de diciembre de 2002, a la que corresponde regularlo; de allí que se conserve vigente la remisión preceptuada en el artículo 49 de la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*. Así se declara.

En este mismo sentido, quedó expuesta la distinción entre el término emolumentos y los conceptos relativos a los beneficios derivados de la previsión social, en decisión más reciente de la Sala Constitucional, recaída en el caso: *Fanny García, Luis Herrera, Henry Rosales, Rosa León Bravo, Wilfredo Croquer y otros*, en su condición de legisladores del Consejo Legislativo del Estado Aragua, en virtud del recurso de interpretación que interpusieron de las normas contenidas en los artículos 9 del *Decreto sobre el Régimen para la Integración de las Comisiones Legislativas de los Estados*, publicado en *Gaceta Oficial* N° 36.865, del 07-01-00, 4 y 5 del *Decreto sobre el Régimen Transitorio de las Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y Municipios*, publicado en *Gaceta Oficial* N° 36.880, del 28-01-00, y 3 y 12 del *Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público*, publicado en *Gaceta Oficial* N° 36.859, del 29-12-99, dictados todos ellos por la Asamblea Nacional Constituyente.

En la referida decisión de la Sala Constitucional se dejó sentado lo siguiente:

*“...Con base en las consideraciones previas, esta Sala Constitucional declara (I) que entre el 8 de agosto de 2000 y el 13 de septiembre de 2001, los legisladores de los Consejos Legislativos de los Estados no podían percibir por concepto de emolumentos o remuneraciones totales (incluidos sueldo, dietas, bonos, primas y demás ingresos recibidos en forma regular y continua) un monto superior a setecientos cincuenta mil bolívares (Bs. 750.000,00), por mandato expreso de los artículos 9 del Decreto sobre el Régimen para la Integración de las Comisiones Legislativas de los Estados y 5 del Decreto sobre el Régimen Transitorio de las Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y los Municipios; y (II) que entre el 8 de agosto de 2000 y el 13 de septiembre de 2001 los legisladores de los Consejos Legislativos de los Estados sí podían percibir prestaciones, distintas a los emolumentos señalados, por concepto de bono vacacional, bonificación de fin de año, prestaciones sociales, pensiones y jubilaciones, **por no corresponder tales pagos a las remuneraciones totales a que aluden las mencionadas disposiciones legales, relativas al derecho constitucional al salario digno, sino a otros derechos igualmente protegidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** Así se decide...”.* (Subrayado y negritas de esta Sala),

En este orden de ideas, también se observa que con motivo de la sentencia anterior, de fecha 23 de junio de 2004, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en decisión N° 1211, se pronunció acerca de la solicitud de aclaratoria y ampliación presentada por los apoderados judiciales de los Legisladores del Estado Aragua, así como también, sobre la solicitud de aclaratoria planteada por los representantes judiciales de la Contraloría General de la República, resolviendo entre otros aspectos lo siguiente:

*“...respecto del supuesto reconocimiento por parte de esta Sala de derechos sociales de rango constitucional distintos al salario, en cabeza de los miembros de los órganos legislativos estadales durante el período comprendido entre el 8 de agosto de 2000 y el 13 de septiembre de 2001, como son las vacaciones, las prestaciones sociales, las pensiones, las jubilaciones, etc, debe esta Sala Constitucional negar en forma categórica que se haya efectuado dicho reconocimiento en la sentencia interpretativa N° 830/2004, del 7 de mayo, en la que, por el contrario, en forma expresa e inequívoca se advirtió que los integrantes de los órganos legislativos estadales durante el período que va desde el 8 de agosto de 2000 y el 13 de septiembre de 2001, **tendrían derecho a reclamar tales beneficios sociales si y sólo si “concurrían los requisitos establecidos en la legislación especial...”.**”.* (Negritas de esta Sala).

Lo anteriormente expuesto tiene un gran significado para esta Sala Político-Administrativa, ya que a través de la citada decisión N° 830 de fecha 7 de mayo de 2004 y de su aclaratoria posterior establecida en el fallo N° 1211 de fecha 23 de junio de 2004, la Sala Constitucional precisó cual era el límite máximo que por concepto de ‘emolumentos’ o ‘remuneraciones totales’ podían percibir los legisladores de los Consejos Legislativos, en el período comprendido entre el 8 de agosto de 2000 y el 13 de septiembre de 2001, en virtud de la interpretación de ciertas normas que debido a su rango en el sistema de fuentes

podían ser objeto de interpretación por dicha Sala, como es el caso, del artículo 9 del Decreto sobre el Régimen para la Integración de las Comisiones Legislativas de los Estados y artículo 5 del Decreto sobre el Régimen Transitorio de las Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y Municipios

Lo expuesto adquiere especial interés para la interpretación que se ha solicitado a esta Sala Político-Administrativa, a efectos de precisar, como en efecto lo hizo la Sala Constitucional en la citada decisión, que el término salario o remuneración no encierra el de otros conceptos reconocidos como derechos sociales de rango constitucional, los cuales sólo “...se causan o son exigibles en el tiempo y modo establecido en la ley nacional...”.

En efecto, como ya se ha indicado, la *Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios*, no regula lo relativo a la previsión y protección social de los legisladores y las legisladoras, ya que esta regulación se hace en la *Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social*, antes citada, a la que corresponde velar por los supuestos necesarios para obtener dichos beneficios sociales, lo cual implica la revisión particular de cada caso, a efectos de constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos en este instrumento que desarrolla el Sistema de Seguridad Social, conforme la Constitución.

6. Derechos Políticos

A. Sistema Electoral de postulación de candidatos: “Las Morochas”

TSJ-SC (74)

25-1-2006

Magistrado Ponente: Luis Velázquez Alvaray

Caso: Acción Democrática vs. Consejo Nacional Electoral y demás autoridades electorales.

“Las morochas” son, en sí mismas, un método que consiste en un sistema de postulación de candidatos a cuerpos deliberantes, donde actúa una pluralidad de partidos o grupos políticos postulando candidatos por lista y candidatos nominales.

Como cuestión previa y de acuerdo a la doctrina, los sistemas electorales determinan el modo en que los votos se transforman en curules, afectando por supuesto, la conducta del votante además de si el elector vota por un partido o por una persona, como dice Sartori: “*En el primer caso, lo que haya que saber es si la conversión de votos en curules es o no proporcional y de esta manera la principal división de los sistemas electorales es entre la representación proporcional y la mayoría. En el segundo, se trata de identificar quién controla la selección de los candidatos, y la principal división es si se vota o no por una persona*” (Giovanni Sartori, *Ingeniería constitucional comparada*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001).

El autor referido menciona más adelante lo siguiente: “*Un sistema electoral es mayoritario si la votación se hace en distritos (circunscripciones) de un solo representante, en que el triunfador se lleva todo: Lo que llaman los estadounidenses El sistema del primero que cruza la meta*”. Por el contrario, cualquier sistema electoral en que la votación sea por distritos de dos o más representantes, en que hay dos o más triunfadores elegidos sobre la base de las mayores votaciones, es un sistema proporcional. Desde luego, hay dos formas muy diferentes de establecer estas proporciones triunfadoras: Una (la más frecuente) es por medio de los cocientes electorales; la otra consiste en elegir a los triunfadores según la votación que obtienen los candidatos (en un distrito de dos representantes serían los dos primeros lugares, y así sucesivamente). En el primer caso se elige a los candidatos sobre la base de partes iguales (cocientes electorales); en el segundo, se les elige sobre la base de las mayores proporciones de votos.

Continúa el citado autor señalando que de esa manera “*Surge inmediatamente la duda de si tanto los cocientes como los ordenamientos por el rango de las votaciones obtenidas pueden ser considerados criterios proporcionales. Mi opinión es afirmativa, si consideramos que ambos producen resultados proporcionales y que cualquiera de los dos criterios puede dar per se, un mismo grado de proporcionalidad justa*” (Op. Cit. supra, pp. 16-17).

En consecuencia, existen sistemas mixtos donde coexisten, ponderadamente, el sistema de mayoría o mayoritario con el sistema proporcional, lo cual depende, fundamentalmente, de los cocientes electorales, por lo tanto, no es dicotómica la representación proporcional y la mayoritaria como modo de transformar los votos en la asignación de curules o escaños parlamentarios; en el sistema proporcional no se concentra el voto y los sistemas son muy variados.

Claro está que hay distorsiones estudiadas por el derecho comparado, algunas de las cuales generan una sobre-representación; en este sentido, existe la situación electoral llamada Gerrymandering, que es el trazado de circunscripciones electorales que, en forma sesgada, busca favorecer la representación de un partido o grupo político concentrando los votos favorables y esparciendo los de los oponentes; ello ocurre en los sistemas uninominales con límites modificables y su consecuencia es la sobre-representación. La otra distorsión electoral es la llamada Malapportionment, cuando la asignación de los escaños no coincide con las proporciones poblacionales, configurando en alguna circunscripción una marcada sobre-representación (véase; COX, Gary y Jonathan KATZ (2002): *Elbridge Gerry’s Salamander: The Electoral Consequences of the Reapportionment Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge. KATZ, Richard (1994): “Electoral Systems”, Lecture prepared for delivery at the IPSA Workshop/International, school of political science, Sakala Centre, Tallinn, Estonia. Abril. SARTORI, Giovanni (1994): *Ingeniería Constitucional Comparada. Una Investigación de Estructuras, Incentivos y Resultados*, Fondo de Cultura Económica, México. COLOMER, Joseph (2001): *Instituciones políticas*, Ariel, Barcelona. CRESPO, Ismael (1997): “El sistema Electoral” en Manuel Alcantara y Antonia Martínez (eds.): *Política y Gobierno en España*, Tirant lo Blanch, Valencia. GIBSON, Edward, Ernesto F. CALVO y Tullia G. FALLETI (1998): “*Reallocative federalism: Overrepresentation and Public Spending in the Western Hemisphere*”, Northwestern University, October, (Manuscrito). REYNOSO, Diego (2000): *Distritos y escaños: malaportcionamiento y representación partidaria en perspectiva comparada*, Tesis Doctoral, FLACSO, México. TAAGEPERA, Rein y Matthew SHUGART (1989): *Seats and votes: The effects and determinants of Electoral Systems*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, USA. VALLÉS, Josep M. y Agustí BOSCH (1997): *Sistemas Electorales y Gobierno Representativo*, Ariel, Barcelona.

Ahora bien, “*Las morochas*” son, en sí mismas, un método que consiste en un sistema de postulación de candidatos a cuerpos deliberantes, donde actúa una pluralidad de partidos o grupos políticos postulando candidatos por lista y candidatos nominales. Se alega que el común denominador de esa modalidad (según los recurrentes), es que los partidos agrupados participan, orgánicamente, postulando en sus listas, pero no lo hacen en los circuitos, y los electos por circuitos en la tarjeta que los accionantes llaman “*comodín*”, no se le deducen a los electos en las listas, atribuyéndose al grupo o partido político más representantes que los que corresponderían mediante el método del cociente, según el entender de los accionantes.

Por lo demás, la Constitución garantiza la personalización del voto y la representación proporcional, lo que ha operado mediante un sistema que permita a los ciudadanos postularse por lista y en forma nominal, dando lugar a la aplicación de los llamados cocientes electorales, que constituyen el fundamento último del principio democrático de las mayorías, armonizado con el sistema proporcional. Los artículos 62, 63, 67 y 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refieren a la participación ciudadana en los asuntos públicos, el derecho al sufragio y la reserva legal, para garantizar el principio de la personali-

zación del sufragio, la representación proporcional y el derecho de asociación con fines políticos, además del derecho a postular candidatos y candidatas. En efecto, el artículo 62 constitucional es del tenor siguiente:

“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”.

La otra norma invocada es la contenida en el artículo 63 constitucional, cuyo texto es el siguiente:

“El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional”. (resaltado de la Sala)

En este orden de ideas el artículo 67 constitucional señala:

“Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos y candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.

La Ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las organizaciones con fines político, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización.

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulados candidatos y candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las avocaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público”.

Y finalmente, el artículo 293 constitucional, invocado por los accionantes señala:

“El Poder Electoral tiene por funciones:

- 1. Reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que éstas susciten o contengan.*
- 2. Formular su presupuesto, el cual tramitará directamente ante la Asamblea Nacional y administrará autónomamente.*
- 3. Dictar directivas vinculantes en materia de financiamiento y publicidad político-electorales y aplicar sanciones cuando no sean acatadas.*
- 4. Declarar la nulidad total o parcial de las elecciones.*
- 5. La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos.*
- 6. Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos electorarios.*

7. *Mantener, organizar, dirigir y supervisar el Registro Civil y Electoral.*
8. *Organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos y velar porque éstas cumplan las disposiciones sobre su régimen establecidas en la Constitución y en la ley. En especial, decidirá sobre las solicitudes de constitución, renovación y cancelación de organizaciones con fines políticos, la determinación de sus autoridades legítimas y sus denominaciones provisionales, colores y símbolos.*
9. *Controlar, regular e investigar los fondos de financiamiento de las organizaciones con fines políticos.*
10. *Las demás que determine la ley.*

*Los órganos del Poder Electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional** (Resaltado de la Sala).

Estas normas *supra* indicadas no han sido menoscabadas o amenazadas de lesión de conformidad a la evaluación que esta Sala ha realizado en el expediente y de los alegatos y exposiciones en la audiencia constitucional, tanto respecto de la solicitud de amparo como del resto de los registros y pruebas consignadas. Por consiguiente, no hay objeto a tutelar, al no encontrar situaciones de infracción, de injuria constitucional, violaciones y amenazas de los derechos constitucionales denunciados fundamentados en las normas superiores ya indicadas, y así se decide.

Por otra parte, esta Sala Constitucional observa que las normas referidas integran axiológicamente la Constitución, en lo que se refiere al derecho de participación y en general la democracia participativa, que forman un sistema de normas básicas de la que es componente esencial la Constitución. La transformación del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico capaz de poner en funcionamiento efectivo una democracia social y participativa conforme a las preguntas y bases del referendo del 25 de abril de 1999, constituyen elementos de validez del orden constitucional, son normas que no sólo poseen una pretensión de permanencia indeterminada sino que constituyen el bloque de constitucionalidad en Venezuela.

De tal manera, que la democracia participativa, la participación ciudadana, el derecho de participación, la soberanía popular y la representación a través del sistema proporcional y de personalización del voto, constituyen las bases de la nueva democracia y del nuevo sistema normativo constitucional, que, antológicamente, expresa las relaciones de integración de la Constitución, (J. Wróblewski, *Constitución y Teoría General de la Interpretación*, Madrid, Civitas, 1985) y en modo alguno han sido afectados por la presunta injuria constitucional.

En la sesión N° 38 del 6 de noviembre de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente debatió sobre el Poder Electoral y el Derecho de Participación. De ello se desprende lo siguiente del acta correspondiente: *“Los órganos del poder electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales. Así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional”*. (Resaltado de la Sala), con lo que resulta indiscutible la intención del constituyente de asignar el método, aplicación y formas de hacer efectivas la representación proporcional, a los órganos del Poder Electoral. En este mismo orden de ideas, debe recordarse que en el decreto mediante el cual se dictó el Estatuto Electoral del Poder Público, particularmente los artículos 15 y 19, el constituyente estableció, para los integrantes de la Asamblea Nacional y otros órganos, la aplicación del sistema de personalización y representación proporcional, así como el sistema de adjudicación por cociente, como marco de referencia de la intención, espíritu y teología del constituyente de 1999.

Como corolario de lo expuesto, encuentra la Sala, luego de un profundo análisis del mecanismo que se cuestiona, que el mismo, en primer término, no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico. Al respecto, debe precisarse,

que tal circunstancia se circunscribe dentro del ámbito del principio de “*libertad*”, o también denominado “*de la autonomía de la voluntad*”, ya que nos encontramos frente al ejercicio de derechos individuales -en este caso políticos- los cuales pueden y deben ser interpretados y ejercidos de la manera más amplia posible, en aras de garantizar la vigencia y efectividad del Estado de Derecho. No se trata, pues, de una materia regida por el principio de legalidad, bajo el cual tendría que exigirse a los ciudadanos y a los partidos políticos, una actuación expresamente autorizada por la ley, lo cual reñiría abiertamente con el principio antes anotado.

Siendo ello así, y al no estar prohibida la aplicación del sistema aludido, el mismo encuadra dentro del orden jurídico; y aun cuando pudiese afirmarse que no toda conducta permitida resulta *per se* ajustada a la Constitución, en el presente caso, tampoco encuentra la Sala afectación alguna al principio de representación proporcional, habida cuenta que el mecanismo de postulación adoptado y bajo el cual se inscribieron los candidatos a diputados para las elecciones del mes de diciembre de 2005 (incluso los del partido político accionante), no proscribiera, rechaza, ni niega la representación proporcional.

Por último, esta Sala debe expresar que el amparo constitucional no es un medio constitutivo de derechos sino restablecedor de derechos constitucionales infringidos o garante de los mismos ante su amenaza de infracción, lo cual supone la existencia de una situación jurídica en la que se infrinjan los derechos constitucionales. En el presente caso, lo que se pretende no es el restablecimiento de derechos o garantías constitucionales, sino la instauración de un mecanismo electoral distinto al adoptado por el Poder Electoral, que no existía para el momento en que se produjo la negada infracción constitucional, respecto de lo cual la acción de amparo resulta improcedente, y así se decide.

En definitiva, las motivaciones del presente fallo, expuestas con anterioridad, se sintetizan de la siguiente manera:

1. El artículo 63 de la Constitución ordena el desarrollo de las garantías de la personalización del sufragio y la representación proporcional, a través de la reserva legal. La intangibilidad de la técnica de la reserva legal limita la actuación del Poder Judicial en esta materia, en acatamiento del principio de la división del poder y la distribución de funciones.
2. Conforme a lo anterior, el Poder Electoral tiene a su cargo, entre otras funciones, garantizar la personalización del sufragio y la representación proporcional, de acuerdo con la ley, pudiendo, además, ejercer la potestad reglamentaria de leyes electorales y la competencia para resolver dudas y vacíos interpretativos que las normas electorales susciten o contengan, de conformidad con lo previsto en el artículo 293 constitucional. Por tanto, esta Sala Constitucional reitera su jurisprudencia pacífica en el sentido de no inmiscuirse en el ámbito de competencias de los órganos del Poder Público Nacional, determinado mediante la reserva legal.
3. La acción de amparo constitucional reviste un carácter restitutorio, restablecedor, mas no constitutivo, es decir, no puede ni debe crear derechos o configurar nuevas situaciones jurídicas, como lo ha sostenido la reiterada jurisprudencia de esta Sala; por consiguiente, no podría dicha acción trascender a las normas invocadas como presuntamente amenazadas de lesión, identificadas en los artículos 62, 63, 67 y 293 constitucionales, las cuales nada tienen que ver con el mecanismo de postulación denominado “las morochas”, y por el contrario, se refieren al derecho de participación y a la democracia participativa, ideas propias del proceso constituyente e integradoras de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
4. La potestad evaluativa de esta Sala Constitucional no encontró pruebas, alegatos o argumentos que permitieran evidenciar la contradicción entre el mecanismo de pos-

tulación denominado “*las morochas*” y las normas superiores constitucionales, más aun cuando el precitado mecanismo no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico.

5. El principio de personalización del sufragio está garantizado por la nominalidad y la representación proporcional por el voto lista, dejando a la iniciativa de los ciudadanos y de las organizaciones políticas el sistema de selección y postulación de sus candidatos, como un reflejo de la igualdad política; prueba de ello viene dada por la propia actuación desarrollada por la parte accionante, quien ha postulado sus candidatos bajo la misma fórmula electoral que hoy se cuestiona, por lo que no existe amenaza de violación a los principios democráticos en que se sustenta el régimen electoral en Venezuela. La cuestión del método matemático para la adjudicación de escaños o curules corresponden fundamentalmente a la competencia exclusiva del Poder Electoral y la regulación de la garantía de la personalización del sufragio y el sistema proporcional corresponden a la Asamblea Nacional, en cuanto técnica de la reserva legal a que alude la propia Constitución en su artículo 63.
6. En materia de democracia participativa (artículo 2 constitucional), la noción de proporcionalidad es distinta a la que prevalecía en la Constitución de 1961, y no puede esta Sala, regularla -ni siquiera por la vía del amparo constitucional-, correspondiendo a la ley hacerlo, por cuanto la misma quedaría comprendida en el sistema de reserva legal.
7. La Sala observa que la Constitución reconoce sólo el principio de representación proporcional, sin calificar si se trata de mayorías o minorías, lo cual se reserva al ordenamiento jurídico infraconstitucional, según se desprende del Título Tercero, Capítulo Cuarto de la Ley Fundamental. Así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

...gistrado Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa de la mayoría que suscribió la sentencia que antecede; en consecuencia, salva su voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Como punto previo, observa quien disiente que la Sala debió señalar que la parte demandante incurrió en una evidente situación de consentimiento tácito, tal como alegaron tanto los terceros opositores como la Defensoría del Pueblo, desde que el partido Acción Democrática se acogió, también, al ejercicio del mecanismo de postulación electoral –“*las morochas*”- que el mismo impugnó en esta oportunidad. Ciertamente, y si bien tal consentimiento no impedía que esta Sala conociera y decidiera sobre el fondo del asunto –como en efecto debía decidir y decidió-, pues el objeto de debate es materia de eminente orden público, según el artículo 6, cardinal 4 Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no dejan de ser reprochables actitudes como tales en las que, aún en aras de la participación de organizaciones políticas y la obtención de cargos de elección popular, se consienta no sólo en violaciones al derecho a la representación proporcional de los partidos minoritarios a través del sufragio pasivo, sino, lo que es más importante aún, en violación al derecho al sufragio activo de cada uno de los electores del país.

2. En el caso de autos, la parte actora alegó la violación al derecho al sufragio de los electores en el sentido de que “*su voluntad se vea reflejada en la composición de los cuerpos deliberantes de acuerdo con el principio de representación proporcional*”, para lo cual invocó la conculcación de los artículos 62, 63, 186 y 293, aparte único, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, derechos que invocó también respecto de las organizaciones y partidos políticos, de conformidad con el artículo 67 *eiusdem*.

Por su parte, la mayoría sentenciadora declaró sin lugar la demanda de amparo, para lo cual consideró, entre otros aspectos, que el amparo constitucional posee carácter restitutorio, restablecedor y no constitutivo, y que la personalización del voto y la representación proporcional, que recogen los artículos 63 y 293 *in fine* de la Constitución, “...no sería un objeto de tutelar por cuanto no existe razón alguna en el expediente que prueba que pudiese evaluarse y que permitiera concluir con la violación o amenaza de violación de esos derechos”.

Este voto salvante discrepa de la decisión de la Sala Constitucional, máximo y último garante de la recta interpretación de la Constitución, que no estimó la pretensión de amparo pues, tal como se expone a continuación, el mecanismo electoral que se denunció en este proceso, y que coloquialmente se conoce como “las morochas”, sí es contrario al principio de representación proporcional, sí es contrario al derecho al sufragio y sí es contrario al derecho a la participación en los asuntos públicos y, asimismo, por cuanto el Consejo Nacional Electoral tiene el deber expreso de hacer valer estos derechos en toda fase del procedimiento comicial con inclusión de la inscripción de partidos y agrupaciones políticas que pretendan postular, la admisión de las postulaciones de candidatos y las campañas electorales, tal como se lo imponen el propio Texto Fundamental y la Ley, motivos por los cuales debió declararse con lugar la demanda de amparo, con fundamento en las siguientes razones:

2.1. El argumento central de la sentencia que antecede es que la regulación de los principios de la personalización del sufragio y el sistema de representación proporcional corresponden a la Asamblea Nacional porque se trata de materias de la reserva legal y, en consecuencia, por cuanto el sistema de postulaciones que se denunció como fraudulento en este caso –“las morochas”– no está expresamente prohibido, su declaratoria como inconstitucional implicaría que la Sala invadiera el ámbito de competencias de otros órganos del Poder Público ocasionando una “*interferencia indebida tanto en la técnica (rectius: principio constitucional) de la reserva legal como en las atribuciones y contenidos que la Constitución le señala al Poder Electoral en esta materia*”.

Quien disiente observa que la pretensión que se planteó en el caso de autos no se refería ni conllevaba, en modo alguno, que la Sala legislase ni asumiese competencias del Legislativo para el desarrollo de principios constitucionales. Por el contrario, y como es propio de una demanda de la naturaleza del amparo constitucional, lo que se alegó fue una violación directa de la Constitución (en concreto de los derechos al sufragio y representación proporcional) por parte del Consejo Nacional Electoral y se buscaba dejarla sin efecto, *con independencia de que existiera o no regulación legal de tales derechos*.

De manera que ninguna relación guarda la máxima constitucional de que la regulación de los derechos fundamentales –entre ellos los derechos al sufragio y representación proporcional– es materia de la estricta reserva legal– de conformidad, apunta este disidente, con el artículo 156, cardinal 32, de la Constitución– con el supuesto concreto –propio de todo amparo– de que se alegue la violación directa a derechos constitucionales por parte de una actuación de la Administración electoral. Incluso, que haya o no regulación legal y que la actuación supuestamente lesiva se ajuste o no a ella es absolutamente irrelevante en el marco de una demanda de amparo, en la que el análisis jurisdiccional se centra en la violación directa a la Constitución. Resulta pertinente recordar lo que esta misma Sala estableció en sentencia no. 828 de 27-7-00:

“...la situación jurídica del ciudadano es un concepto complejo, en el que destacan derechos y deberes, pero la acción de amparo tutela un aspecto de la situación jurídica del ciudadano que son sus derechos fundamentales, pues la defensa de los derechos subjetivos –diferentes a los derechos fundamentales y las libertades públicas– y los intereses legítimos, se realiza mediante recursos administrativos y acciones judiciales. Por ejemplo, no es lo mismo negar la posibilidad a un ciudadano de tener la condición de propietario, que una discusión acerca de la titularidad de un bien entre particulares, cuya protección se ejerce

mediante una acción judicial específica: la reivindicación. Pero, si se niega a un ciudadano su derecho a defender su propiedad, se le niega un derecho fundamental, cuyo goce y ejercicio debe ser restituido.

Esto trae como consecuencia, que en el procedimiento de amparo el juez enjuicia las actuaciones de los órganos del poder público o de los particulares, que hayan podido lesionar los derechos fundamentales. Pero, en ningún caso, puede revisar, por ejemplo, la aplicación o interpretación del derecho ordinario, por parte de la administración o los órganos judiciales, a menos que de ella se derive una infracción directa de la Constitución. No se trata de una nueva instancia judicial o administrativa, ni de la sustitución de los medios ordinarios para la tutela de los derechos o intereses, se trata de la reafirmación de los valores constitucionales, en la cual el juez que conoce del amparo puede pronunciarse acerca del contenido o aplicación de las normas constitucionales que desarrollan los derechos fundamentales, revisar la interpretación que de éstas ha realizado la administración pública o los órganos de la administración de justicia, o establecer si los hechos de los que se deducen las violaciones constitucionales, constituyen una violación directa de la Constitución.

La noción de violación directa de las normas fundamentales, requiere ser precisada, por ser una manifestación del objeto de la acción de amparo y un límite implícito de su alcance. Al respecto, se pueden hacer las siguientes consideraciones:

La Constitución se desarrolla mediante la legislación, la cual tiene normas de ejecución directa del texto y los principios constitucionales, así como normas de instrumentación de todo ese desarrollo constitucional.

Ahora bien, se ha venido sosteniendo que el amparo persigue las violaciones directas de la Constitución y, que cuando la infracción se refiere a las leyes que la desarrollan, se está ante una transgresión indirecta que no motiva un amparo.

A juicio de esta Sala, tal distinción carece de base legal. Según el artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el amparo procede cuando se menoscaban de alguna forma el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, lo cual puede provenir del desconocimiento, de la errónea aplicación, o de la falsa interpretación de la ley, que atenta contra un derecho o garantía constitucional. No se trata del rango de la ley, sino del efecto que sobre los derechos y garantías fundamentales ejerce la violación de la ley, en relación con la situación jurídica de las personas y la necesidad de restablecerla de inmediato si ella fuere lesionada.

Cuando la infracción a una ley, sin importar su rango, es a su vez una transgresión a la Constitución, que deja sin aplicación, en alguna forma, el mandato constitucional, procede el amparo, sin que sea necesario distinguir si se trata de una violación directa e inmediata de la Constitución, ya que estos conceptos son importantes para definir el ámbito de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad prevenidas en los numerales 1 y 4 del artículo 336 de la vigente Constitución, pero no para el amparo.

Para que el amparo proceda, es necesario que exista una infracción por acción u omisión a una norma constitucional, sea esta realizada mediante desconocimiento, mala praxis, o errada interpretación de normas legales o sub-legales, siempre que ella enerve el goce y ejercicio pleno de un derecho constitucional”.

En todo caso, observa quien difiere que el ejercicio mismo de la jurisdicción constitucional implica que la Sala controle el cumplimiento, por parte de los demás órganos del Poder Público, de sus competencias en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sin que ello signifique -si se ejerce en sus justos términos- “inmiscuirse en el ámbito de sus competencias”. De esta manera, el juez constitucional se presenta como un legislador negativo cuando anula leyes y demás actos de rango legal e incluso, en ciertos casos, un verdadero legislador -en sentido material- en ejercicio de la que la propia Sala asumió como “jurisdicción normativa” y que consiste en que *mientras no se dictan las leyes que desarrollan un determinado precepto constitucional la Sala regulará normativa y provisionalmente la materia de que se trate, para dar vigencia inmediata a la norma fundamental*. Así, en múltiples fallos esta Sala ha modificado el contenido de normas jurídicas -que evidentemente son de la

reserva legal- a través de “sentencias interpretativas” o en ejercicio de esa “jurisdicción normativa”, entre otras, sentencias N° 2855/20-11-2002; N° 806/24-4-00; N° 1042/31-5-2004; N° 511/5-4-2004; N° 7/1-2-2000; N° 1/20-1-2000; N° 1077/22-9-2000; N° 1571/22-8-2001; N° 93/6-2-2001; N° 656/30-6-2000; N° 1395/21-11-00; N° 1053/31-8-2000; N° 1140/5-10-2000; N° 1050/23-8-00; N° 332/14-3-2001. Asimismo, la Sala ha dictado muchas decisiones en las cuales se anulan (total o parcialmente) normas legales y *se procede a establecer la nueva redacción de las mismas* (Sentencias N° 80/1-2-2001; N° 1264/11-6-2002; N° 2241/24-9-2002; N° 3241/12-12-2002; N° 865/22-4-2003 y N° 1507/5-6-2003).

Por tanto, aún si la pretensión procesal persiguiera que la Sala subsanara la ausencia de regulación legal, como correctivo para el correcto y cabal ejercicio de derechos fundamentales, observa este disidente que aquélla habría podido ejercer esa “jurisdicción normativa” sin que ello, según su propia jurisprudencia, implicara invasión al ámbito de competencias propias de otros Poderes Públicos, en violación a los principios de reserva legal o separación de poderes.

2.2. La interpretación de todas las normas legales y sublegales del ordenamiento electoral, así como la actuación y decisiones de todos los órganos que conforman el Poder Electoral, *debe informarse de los principios constitucionales de contenido electoral*. Así lo postula y exige el principio de legalidad electoral.

Tales principios constitucionales en los que se fundamenta nuestro sistema democrático, son el *principio de representación* y el *principio de participación*, los cuales, a su vez, se informan de los valores superiores de la libertad, la igualdad y el pluralismo político (artículo 2 de la Constitución). Así, según recoge el artículo 6 de la Constitución de 1999, el gobierno de Venezuela es *democrático, participativo y electivo*; principio de participación que resulta, ciertamente, un estadio más avanzado que el de la representatividad que caracterizaba nuestro sistema democrático durante la vigencia del Texto Fundamental de 1961, pero que no implica, en modo alguno, un sistema distinto u opuesto al de la representatividad.

Así, la evolución de nuestra democracia de representativa a participativa ha implicado que, *sin que deje de ser representativa*, se busque un mayor protagonismo y participación ciudadana bien en la gestión de los asuntos públicos, bien mediante instrumentos cotidianos en los asuntos locales. El carácter no excluyente de la democracia participativa respecto de la representativa en el marco de la Constitución venezolana de 1999, ha sido expuesto por la doctrina (*Vid.* entre otros, Bracho Grand, P. y Álvarez de Bozo, M., “Democracia Representativa en la Constitución Nacional de 1999”, *Estudios de Derecho Público*, Tomo I, Ediciones Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 235 y ss.) y así se desprende también de las decisiones de esta misma Sala, cuando señala que:

“De tal manera que, como lo afirma la Carta Democrática Interamericana suscrita el 11 de septiembre de 2001 en Lima, capital de la República del Perú, el carácter participativo de la democracia en Venezuela en los diferentes ámbitos de la actividad pública tiende progresivamente a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en los distintos niveles político-territoriales en que se distribuye el Poder Público a lo largo y ancho de la República, y por ello mismo, **si bien la democracia representativa es la base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, ésta se refuerza y profundiza únicamente con la participación** y protagonismo permanente, ético y responsable de la ciudadanía.

(...)

En tal sentido, como bien advierte Norberto Bobbio, **la democracia participativa no se opone a la democracia representativa, por el contrario, aquélla no implica sino el perfeccionamiento o complemento de ésta**, propia de las complejas y plurales sociedades contemporáneas asentadas en vastas extensiones de territorio, a través de la creación de

distintos y eficaces medios de participación en lo político, en lo económico, en lo social, en lo cultural, etc. de tal manera que la responsabilidad de la conducción de la vida nacional, estatal o local, no sólo sea exclusiva de los representantes o de la Administración, sino también de todos quienes integran la comunidad política afectada por la regulación o decisión (Cfr. *El Futuro de la Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, traducción de José F. Fernández Santillán, pp. 49 y ss.)". (s.SC. 23 de 22-1-03. Destacado añadido).

Precisamente por ello, los derechos fundamentales de contenido político más relevantes en el marco de nuestro Estado Democrático de Derecho son, de una parte, *el derecho a la participación en los asuntos públicos* (Artículo 62 constitucional), que se dirige a canalizar y garantizar ese principio de participación, y de otra, *el derecho al sufragio* (Artículo 63 *eiusdem*) mediante el cual –sufragio activo- los electores pueden elegir, por votación libre, universal, directa y secreta a sus representantes o bien –sufragio pasivo- esos mismos electores –dentro de las limitaciones de ley- pueden ser elegibles como tales representantes; derecho al sufragio que se refuerza, a su vez, por el mismo derecho a la participación, pues el encabezado del artículo 62 de la Constitución establece que “*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*” (Destacado añadido).

Ahora bien, para que se garanticen los principios de representación y participación no es suficiente el ejercicio formal del derecho al voto, sino que el Constituyente exigió que, además, esos representantes respondan al pluralismo político y, por ende, sean fiel reflejo de las distintas tendencias mayoritarias y minoritarias del electorado.

Así, el carácter democrático de nuestro Estado de Derecho parte del supuesto elemental de que ha de ser la mayoría de los ciudadanos, y no un monarca o un sujeto totalitario, la que ha de tomar las decisiones y la que ha de propiciar la consecución del bien común. No obstante, no obvió el Constituyente el hecho de que el funcionamiento de la democracia presupone que esa mayoría no se apropie de la soberanía popular que corresponde a todo el pueblo y no sólo al grupo mayoritario, y, en consecuencia, la democracia implica que se garantice la presencia de las minorías –que también son parte de ese pueblo soberano- en la toma de decisiones, para evitar, en palabras de Alexis de Tocqueville, una “*tiranía de las mayorías*” (*La Democracia en América I*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, pp. 236 y ss).

La participación de la minoría –como parte del todo- no es, en modo alguno, retórica política, sino, por el contrario, un principio que está expresamente recogido en el Texto Constitucional como garantía de la representatividad democrática. Así, el artículo 63 de la Constitución vigente establece, en el marco del derecho fundamental al sufragio, que *la Ley garantizará la representación proporcional*, proporción que se debe tanto a la mayoría como a la minoría, cada una en su justa medida. Evidentemente, dicha representación proporcional únicamente se logra en la conformación de los cuerpos deliberantes –no así en los cargos unipersonales de elección popular- y es precisamente por ello que el artículo 186 de la Constitución pone nuevo énfasis en la garantía del principio de representación proporcional para el caso de la elección de los miembros de la Asamblea Nacional, máximo órgano deliberante dentro de la estructura del Poder Público Nacional y, en consecuencia, preceptúa que “*La Asamblea Nacional estará integrada por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país*”.

En efecto, y tal como se dispuso en la sentencia que antecede, el artículo 63 constitucional recoge dos postulados electorales básicos: el de la personalización del voto y la representación proporcional. Para que se equilibren ambas premisas, la Constitución optó por un sistema mixto de elección de órganos deliberantes, que incluye la elección uninominal o por circuitos, en aras de ese voto personalizado, y la elección por listas cerradas, en aras de la representación proporcional.

La aplicación práctica de ese sistema electoral mixto fue expuesto en autos tanto por las partes como por los intervinientes en este proceso, no así por la sentencia que antecede, y consiste –en el caso que nos ocupa– en que el electorado vota por el sesenta por ciento de los escaños nominalmente –a través de circuitos electorales–, y por el cuarenta por ciento a través de una lista cerrada que presenta la organización con fines políticos o agrupación política de su preferencia; en este último caso, resultan elegidos los candidatos según el método D' Hondt, que consiste en la división del número total de votos que hubiere obtenido cada lista entre los números naturales, en serie y sucesivamente, hasta cuando se obtenga, para cada lista, un número de cocientes *igual al de los cargos que corresponda elegir en cada entidad*, para la posterior adjudicación de tales cargos a los partidos o grupos de electores que hubieren obtenido los cocientes más altos hasta cuando se complete el número de escaños disponibles, todo ello según las normas legales que desarrollan y garantizan ese principio constitucional de la representación proporcional, concretamente los artículos 15, 19 y 20 del Estatuto Electoral del Poder Público y los artículos 7, 11 al 16 y 20 al 22 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, aplicables estos últimos como principios generales, *mutatis mutandi*, teniendo en cuenta la nueva conformación orgánica de la Asamblea Nacional.

Pero, esa coexistencia de candidatos uninominales y por lista no es lo único que determina el carácter mixto del sistema venezolano, ya que ello, por sí solo, no garantiza la representación proporcional.

El carácter plural y, sobre todo, representativo del sistema –en forma *directamente proporcional* al universo electoral– lo garantiza el método de adjudicación de los candidatos a los escaños que hubiere obtenido cada agrupación política, a través del voto lista, según el referido método D' Hondt.

Así, establecen tanto el Estatuto Electoral como la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que, una vez que se determina cuántos escaños de un cuerpo legislativo corresponden a cada agrupación política, a través de la organización por orden decreciente de los cocientes que hubieren obtenido todos ellos, los primeros escaños (que corresponderán a los primeros cocientes) serán adjudicados a los miembros de las agrupaciones políticas que hubieran sido vencedores en los circuitos electorales a través de la votación nominal; si después de esta adjudicación, a la agrupación política de que se trate le correspondieren más cargos, éstos serán adjudicados a los candidatos de su lista, del primero al último, hasta la concurrencia del total de escaños que corresponda.

Pero debe resaltarse que esa adjudicación última a los candidatos por lista que fueron postulados por determinada agrupación política, se realiza luego de la *deducción* o *resta* del número de candidatos que previamente se adjudicaron de manera uninominal a esa misma agrupación. He allí, precisamente, donde se manifiesta la violación al principio de representación proporcional en el marco del sistema de votación que se denunció en este caso como inconstitucional –las morochas– pues como sea que en este caso no es una sino –formalmente– dos agrupaciones políticas las que postulan candidatos –una nominalmente y otra por lista– de manera conjunta o “enmorochada”, al momento de dicha adjudicación residual de escaños de la lista, luego de que se completa la adjudicación nominal, *no se verifica deducción alguna*, porque al tratarse de dos agrupaciones distintas, a la lista de la segunda agrupación se le adjudica la *totalidad* de escaños, se insiste, *sin deducción de los adjudicados nominalmente a la otra*. La explicación de este fenómeno indeseable en el marco de un sistema mixto como el venezolano puede explicarse, de manera práctica, con el siguiente ejemplo hipotético:

Un partido o agrupación política X presenta postulaciones para la elección de un cuerpo deliberante. En un primer escenario, dicha agrupación postula candidatos tanto por circuito (nominalmente) como por lista cerrada. Supóngase que nominalmente se postulan tres (3) candidatos y supóngase también que ese partido logra la mayoría de los votos durante

el proceso de votación y, en consecuencia, le corresponden –hipotéticamente– cinco escaños. Al momento de la adjudicación, y de conformidad con el método D' Hondt, se adjudicarán en primer lugar, tres escaños a esos tres candidatos que resultaron electos uninominalmente y los dos (2) restantes se tomarán de la lista cerrada que hubiera postulado el partido político X, esto es, solamente se adjudicarán escaños por lista *luego de la deducción* de los que se hubieran obtenido de manera uninominal.

En un segundo escenario, la misma agrupación política X sólo postula de manera uninominal, nuevamente, por tres circuitos, y no realiza postulaciones mediante listas cerradas. Supóngase nuevamente que ese partido obtiene el mayor número de votos. Al momento de la adjudicación, los escaños corresponderán a esos tres candidatos uninominales, *sin que haya deducción alguna* en las adjudicaciones por lista pues, según se dijo, dicha agrupación sólo postuló nominalmente.

En un tercer escenario, una agrupación política Z no postula candidatos por circuitos –uninominales– sino únicamente a través de lista cerrada. Imagínese, también en este escenario, que dicha agrupación alcanza el mayor número de votos e hipotéticamente le corresponden cinco escaños, con el cual éstos se tomarán de la lista cerrada directamente, sin deducción previa pues la agrupación no propuso candidatos uninominalmente.

En un cuarto escenario se combinan los dos anteriores: un partido político X presenta aspirantes sólo uninominalmente en “alianza” o mediante la “estrategia electoral” de “las morochas” con la agrupación política Z, la cual sólo postula mediante listas cerradas. Cabe destacar que esa “alianza” consiste en que los candidatos que son postulados uninominalmente por X son importantes dirigentes o militantes de la agrupación Z. En este cuarto escenario, al partido X se le adjudican los tres escaños que le corresponden y a la agrupación Z, *sin deducción alguna de dichos tres escaños uninominales, pues se trata de una agrupación política formalmente distinta de X*, se le adjudican cinco escaños. En definitiva, esta “alianza” de partidos obtiene ocho (8) curules en vez de cinco, tal como ocurriría en el primer escenario si se cumpliera, a cabalidad, el procedimiento electoral –especialmente en su fase de postulaciones– y se aplicara correctamente el método D' Hondt.

De esta manera, se rompe, sin lugar a dudas, el equilibrio de la representación proporcional y se consigue una **representación desproporcionada**, *pues el o los partidos que obtuvieron la mayoría de los votos adquieren más escaños de los que proporcionalmente le corresponden en atención al número de votos que obtuvieron, y los partidos que obtuvieron un porcentaje minoritario en la votación, adquieren menos escaños de los que proporcionalmente le corresponden en atención a ese número de sufragios que recibieron.*

Por vía de consecuencia, además, se viola el derecho al sufragio pasivo de los candidatos –individualmente considerados– que habrían resultado electos a través del método legal pero que quedan desplazados por el método distorsionado por agotamiento de los escaños a ser adjudicados.

2.3. De lo que antecede se deriva, en criterio de quien discrepa, que en el marco de un Estado democrático de Derecho como el venezolano, el principio de representación proporcional es consustancial e inherente al derecho fundamental al sufragio que recoge el artículo 63 de la Constitución, derecho que, a su vez, es la expresión primaria del también derecho constitucional a la participación en los asuntos públicos (artículo 62 *eiusdem*). Así, los principios constitucionales que antes se expusieron exigen la inteligencia de que ese derecho al sufragio no se agota en su acepción formal como el derecho a elegir (sufragio activo) y a ser elegido (sufragio pasivo), sino que incluye el derecho a que esa elección sea fiel reflejo del sistema democrático representativo y participativo por el que optó el Constituyente. No es por ello baladí que la categorización constitucional del sufragio, de la personalización del voto y de la representación proporcional de las minorías estén conjuntamente dispuestas como derechos fundamentales en una misma norma constitucional (artículo 63):

“El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional”.

Ahora bien, tales derechos han de analizarse desde la óptica del principio de legalidad electoral, según el cual toda limitación a los derechos fundamentales de contenido electoral (especialmente el derecho al sufragio activo y pasivo) tiene que estar **expresamente** establecida en una Ley, siempre que, además, esa norma legal se adecue y vincule en extremo a los principios constitucionales electorales.

De manera que quien salva su voto considera que el fallo de la mayoría de la Sala debió establecer que carece de valor jurídico el argumento de que las postulaciones de candidatos que se realizan bajo esta modalidad “no están expresamente prohibidas”, pues, ante las disposiciones claras y expresas de la Constitución y la Ley (el Estatuto Electoral, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y la Ley Orgánica del Poder Electoral), que recogen el principio de representación proporcional, cualquier actuación de contenido electoral que se lleve a cabo durante el procedimiento electoral –bien de las agrupaciones políticas, bien de los órganos electorales– contraria a ese principio, deberá impedirse, sancionarse o anularse, según el caso. Se insiste que, en el marco de un proceso de amparo constitucional como el de autos, ninguna relevancia tiene la existencia o no de regulación legal que permita o prohíba la postulación de candidatos a través del sistema que se impugnó pues, ante la verificación de una violación directa a derechos fundamentales, lo procedente es que se dejen sin efecto tales actuaciones.

2.4. Considera quien disiente que la sentencia que antecede debió concluir que el Consejo Nacional Electoral violó el derecho al sufragio y a la participación en los asuntos públicos de todos los electores y elegibles en la medida en que admitió el mecanismo electoral que se identifica como “las morochas”. Se trata, así, de una violación continuada, cuyo inicio se remonta a la inscripción de organizaciones políticas “cascarón” cuya única finalidad es la presentación de postulaciones que desemboquen en el voto “enmorochado” con otro partido político y que continúa con la campaña electoral, que garantiza la eficacia del “método” o “estrategia electoral” hasta que se consiga esquivar la adjudicación proporcional de cargos, en inobservancia de la representación proporcional.

Esta tergiversación al sistema de adjudicación según la representación proporcional, jurídicamente se traduce en un fraude a la Ley y más grave aún, en un fraude a la Constitución, a través de un *evidente abuso de las formas jurídicas en pro de conseguir una finalidad distinta a la que las normas constitucional y legal establecieron respecto del método de elecciones mixtas uninominal-lista* y a través de un *evidente abuso de derecho de las organizaciones con fines políticos a postular candidatos*.

El fallo del cual se disiente consideró “*pertinente aclarar la noción de fraude constitucional invocada por los accionantes*”, y en este sentido, mediante la invocación de doctrina jurídica francesa, concluyó que fraude a la Constitución es “*la utilización del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional sin alterar el sistema de legalidad establecido*”, mientras que “*falseamiento de la Constitución*” sería “*esa situación en la que se otorga a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto de que realmente tienen...*”.

Tales distinciones carecen, en criterio de quien disiente, de relevancia en el caso concreto, pues el hecho de que una reforma constitucional cuyo fin sea la creación de un nuevo régimen político resulte un fraude constitucional, al menos en criterio de la doctrina comparada que el fallo citó, no quiere decir que ese sea el único modo de defraudación a la Ley -*lato sensu*- y a la Constitución.

Incluso, ya esta misma Sala explicó, en anterior oportunidad, y con meridiana claridad, en qué consiste el fraude a la Ley y cuáles son los supuestos para el entendimiento de que el mismo se verifica en un caso concreto, aspectos todos que, en aplicación al caso de autos, permiten la palpación de la defraudación –en este caso a la Ley Fundamental- en que se incurriría. Así, en sentencia no. 2361 de 3-10-02 esta misma Sala señaló:

“El fraude a la ley se caracteriza por la circunstancia de que se respeta la letra de la ley, mientras que, de hecho, se trata de eludir su aplicación y de contravenir su finalidad con medios indirectos (MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II, Trad: Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1979, p. 480), haciendo que opere una norma jurídica con la finalidad de evitar la aplicación de otra.

Constituye un modo de violación de la ley, un proceso técnico de violación indirecta, *in fraudem agere*, diverso de la violación directa, contra *legem agere*, ya conocido desde el derecho romano y que perdura hasta hoy en los varios ramos del derecho, especialmente en el derecho público (por ejemplo, nacionalidad y servicio militar), fiscal, electoral, civil (familia, bienes muebles, contratos, sucesiones) y del trabajo (VALLADAO, Haroldo Texeiro, *Derecho Internacional Privado*, Introducción y parte general, Ed. Trillas, México, 1987 p. 591). Ya Paulo en el Digesto (citado por CABANELLAS, Guillermo, *Repertorio Jurídico. Locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1973, p. 10) expresaba contra *legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; infraudem vero, qui salvis verbis, sententiam ejus circumvenit*, vale decir, obra contra la ley quien hace lo que la ley prohíbe; y en fraude de la ley, quien salva sus palabras pero elude su sentido.

Se requieren tres elementos en el fraude a la ley: **a) una norma jurídica imperativa u obligatoria, cuya imperatividad eludida hiera o vulnere el orden público, cause o no perjuicio a terceros; b) la intención de eludir su aplicación, elemento subjetivo que constituye el fin fraudulento; y c) la utilización de un medio legalmente eficaz para lograrlo, creando las condiciones para, formalmente, neutralizar los efectos de la regla obligatoria y obtener, por otra vía, el resultado contrario a derecho o antijurídico** (ZANNONI, Eduardo, *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 359-361, fundamentándose básicamente en Ghestin, Jacques- Gobeaux, Giles, *Traité de droit civil. Introduction generale*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, N° 748, Paris, 1977, p. 630 ss.”. (Destacado añadido).

En este caso, y bajo el argumento de que no está expresamente prohibido en la Ley, distintas organizaciones con fines políticos realizan postulaciones de candidatos, unas únicamente por lista y otras únicamente por circuitos nominales, que “formalmente” cumplen con los requisitos de Ley -pues “formalmente” son agrupaciones distintas- pero tras ese falso velo de legalidad se consigue la identidad absoluta de tendencias políticas que, gracias a la eficacia que aportan las campañas electorales, persiguen una votación conjunta de ambas postulaciones con la que se logra la burla de la finalidad de la Ley, que no es otra que la adjudicación **mixta** de cargos por cocientes como garantía de representación directamente proporcional.

La intención de fraude a la Constitución en estos casos es clara:

(i) En primer lugar, cuando se crea una agrupación con fines políticos que sirve de “vehículo” con el único objeto de la postulación de algunos de los candidatos que de manera notoria **pertenecen o militan** en un partido político distinto y que, aun cuando éste también participa en el proceso electoral respectivo, no los postula.

En el caso de autos, tal situación se denunció, por la parte demandante, como un hecho notorio comunicacional –y como tal no fue desvirtuado ni desestimado-, en concreto, desde que la organización Unidad de Vencedores Electorales (UVE), cuya inscripción admitió el Consejo Nacional Electoral como partido “provisional” el 14 de abril de 2005, postuló para las venideras elecciones de Diputados a la Asamblea Nacional, candidatos que son, -en forma notoria algunos de ellos- dirigentes de otros partidos, principalmente del partido políti-

co Movimiento V República (MVR). Asimismo, se denunció como hecho notorio comunicacional -y tampoco se desvirtuó-, que esa “organización” UVE no es más que una “agrupación política comodín” cuya única finalidad es la de la postulación de candidatos de otro partido político.

Se debe destacar que este primer indicio de fraude consiguió importante evidencia en la audiencia pública del caso de autos, en la cual, algunos de esos candidatos que fueron postulados por una agrupación supuestamente distinta e independiente (UVE) actuaron como parte en calidad de miembros y representantes de otra organización política “enmorochada” con aquella (MVR, PCV, PPT, entre otras), sin que, en cambio, existiera representación alguna de aquella, que no se hizo parte.

(ii) En segundo lugar, cuando las agrupaciones políticas postulan candidaturas únicamente uninominales o bien únicamente por lista pues, si se actuara de buena fe, cada agrupación buscaría abarcar todos los espacios posibles que la Ley le permite dentro de las postulaciones, ya que es más ventajosa la participación tanto a través de elección por circuitos como a través de elección por lista, que sólo con una de ambas.

En el caso de autos, quienes se hicieron parte en representación de varias agrupaciones políticas (principalmente del MVR) señalaron que esa postulación conjunta obedece a una “estrategia electoral” y a una “política de alianzas” electorales. No obstante, quien disiente observa que no se trata, en modo alguno, de una alianza electoral en los términos en que así lo dispone la legislación electoral. De conformidad con el artículo 9 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política “*Se considera que existe una alianza, a los efectos de esta Ley, cuando dos (2) o más organizaciones políticas presentan idénticas postulaciones. Si se trata de la elección de organismos deliberantes, las postulaciones son idénticas cuando están conformadas por las mismas personas y en el mismo orden. (...)*”. De manera que en este caso no se trató de una alianza electoral en los términos en que lo recoge la Ley, y en el supuesto de que dichas agrupaciones políticas que actúan “enmorochadas” quisieran actuar en alianza, bien habrían podido hacerlo a través de la fórmula tradicional de postulación conjunta –no paralela- de manera uninominal y por lista por parte de ambas organizaciones.

(iii) En tercer lugar, hay intención de fraude cuando ambas agrupaciones políticas realizan campaña electoral a favor del voto conjunto o “enmorochamiento”; si su actuación fuese de buena fe, aunque determinada agrupación política postulara únicamente candidatos por circuitos o bien sólo candidatos por lista, poco le importaría el voto alterno, esto es, el voto por lista o el voto por circuito respecto del cual no postuló.

(iv) En cuarto lugar, hay intención de fraude cuando esos mismos candidatos declaran públicamente que, en caso de que esta Sala dejare sin efecto las postulaciones que se realizaron de manera “enmorochada”, acudirían a la postulación por iniciativa propia, y no mediante postulación del partido o agrupación política en la que militan.

En definitiva, en este caso se verificó, parafraseando a AGUILAR NAVARRO, “*una aplicación indebida de una norma con el propósito de dejar sin cumplimiento el precepto que por naturaleza correspondía acatar, sin incurrir en las sanciones previstas por la norma incumplida. En el fraude se combina un resultado y una técnica. El resultado es la no observancia del precepto, y la técnica es la artificial y anormal utilización de una norma para eludir las consecuencias de esa inobservancia*” (Vid. ss. no 2361 de 3-10-02, que antes se citó).

Se insiste, si bien es al momento de la fase electoral de adjudicación de cargos cuando se materializa la violación a ese principio constitucional, por las razones que antes se expusieron, existe aquí un agravio continuado al orden jurídico a través de los distintos actos consecuenciales que conforman el procedimiento electoral, pues tanto la postulación como la campaña electoral e, incluso, la inscripción de agrupaciones políticas cuya única finalidad es

“enmorochar” el voto con otra, son condición necesaria para la inconstitucionalidad que se materializa en la fase de adjudicación, cuya conformidad a derecho depende, al menos parcialmente, de la legalidad de los actos electorales que le anteceden, tal como lo refleja la teoría de las nulidades de los actos electorales que recogen los artículos 216 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

De este modo, este voto salvante se aparta de la postura de la mayoría sentenciadora cuando expresa que las normas cuya violación se alegó “...no han sido menoscabadas o amenazadas de lesión de conformidad a la evaluación que esta Sala ha realizado en el expediente y de los alegatos y exposiciones en la audiencia constitucional, tanto respecto de la solicitud de amparo como del resto de los registros y pruebas consignadas. Por consiguiente, no hay objeto a tutelar al no encontrar situaciones de infracción, de injuria constitucional, violaciones y amenazas de los derechos constitucionales denunciados fundamentados en las normas superiores ya indicadas”. En criterio de quien disiente, los argumentos que expuso de manera escrita y oral la parte demandante, quien invocó el valor probatorio de hechos notorios y comunicacionales que no fueron debidamente desvirtuados ni por la contraparte, ni por los intervinientes, ni por esta Sala cuando falló –la cual ni siquiera los apreció, aunque fuera para desestimarlos-, y la evidencia suficiente de existencia de un fraude a la Constitución, llevan a la conclusión de que se está ante una violación directa a los principios fundamentales del sistema electoral, especialmente el de representación proporcional.

En este punto es pertinente destacar que la parte actora hizo valer en la audiencia, entre otras pruebas, el hecho notorio comunicacional del reconocimiento público que hicieron el Presidente del Consejo Nacional Electoral, ciudadano Jorge Rodríguez, de la inconstitucionalidad del sistema de postulación a través de tarjetas “morochas” –lo cual recogieron ampliamente los medios de comunicación-, hecho que, a pesar de estar relevado de prueba, no fue siquiera mencionado por la mayoría sentenciadora.

Esa falta de valoración de pruebas en la sentencia que antecede implica, además, en criterio del salvante, inmotivación del fallo que precede que se traduce en su nulidad, de conformidad con los artículos 243, cardinal 5, y 244 del Código de Procedimiento Civil.

2.5. En criterio de quien difiere, la sentencia de la Sala debió concluir que el Consejo Nacional Electoral, ante la intención de desviación de la finalidad de las normas constitucionales y legales que recogen el principio de representación proporcional de las minorías -intención cuyos indicios se expusieron ya en este voto salvado-, debió, en primer lugar, rechazar la constitución de agrupaciones políticas creadas con esa finalidad distorsionada, en segundo lugar, negar la admisión de las postulaciones que en este sentido se realizaron, tal como se lo exigen el artículo 293, aparte único, de la Constitución de 1999, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Electoral y el artículo 147 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Y en todo caso, para el supuesto de que se admitieran las postulaciones que se realizaron de esa manera, bajo el supuesto negado de que *per se* no fuesen indicio suficiente de fraude, el Consejo Nacional Electoral estaría en el deber de sancionar cualquier campaña electoral que se dirija a incitar al electorado a “enmorochar” su voto, pues, allí sí, tal campaña no tiene otra finalidad que el desvío del respeto al principio de representación proporcional y, por ende, es ilegal, de conformidad con el artículo 204 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el cual establece que “No se permitirá la propaganda anónima, ni la dirigida a provocar la abstención electoral, ni la que atente contra la dignidad de la persona humana u ofenda la moral pública y la que tenga por objeto promover la **desobediencia de las leyes**, sin que por eso pueda coartarse el análisis o la crítica de los preceptos legales (...)”, y cuyo incumplimiento se entiende como la comisión de un ilícito administrativo sancionable con multa por parte del Consejo Nacional Electoral, de conformidad con el artículo 261 de la misma Ley.

En este sentido, se disiente de la afirmación mayoritaria según la cual el mecanismo que se cuestionó “no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico” y que “se circunscribe dentro del ámbito del principio de ‘libertad’, o también denominado ‘de la autonomía de la voluntad’”, de modo que no se trataría “de una materia regida por el principio de legalidad, bajo el cual tendría que exigirse a los ciudadanos y a los partidos políticos, una actuación expresamente autorizada por la ley, lo cual reñiría abiertamente con el principio antes anotado.”

Por el contrario, el señalamiento que antecede yerra en cuanto a que quien fue demandado como agravante fue el Consejo Nacional Electoral y no los partidos políticos o algún ciudadano; así, la Sala debió desestimar el argumento de ese órgano cuando señaló que no ejerció control sobre las postulaciones porque las mismas no están “*expresamente prohibidas*”. Desde la perspectiva de juzgamiento de la actividad de la Administración Electoral – que fue la que se denunció como lesiva-, el principio de legalidad, que sí es aplicable, no implica que ella pueda hacer lo que no está prohibido; antes al contrario, la Administración sólo puede hacer aquello que le permita una norma atributiva de competencia, aunque su actuación pueda ser considerada como un poder implícito sin atribución expresa. Lo que no puede ser admitido es que la Administración Pública tenga la libertad propia de los ciudadanos, quienes pueden desenvolver su personalidad y hacer todo lo que el ordenamiento jurídico no les prohíbe. Por tanto, para que un acto de la Administración Pública pueda ser considerado válido resulta manifiestamente impertinente la verificación de si existe o no una norma que lo prohíba, pues tal validez está condicionada por la existencia de una disposición del ordenamiento jurídico que le permita dictarlo, esto es, que le dé cobertura normativa. La vinculación de la Administración Pública con la Constitución y con la Ley, ex artículo 137 constitucional, es positiva, es decir, que su actuación está sujeta a la existencia de una norma jurídica que le atribuya una potestad o facultad. Por ello, carece de sentido que se estime – como en el fallo del cual se disiente- que las actuaciones de los partidos políticos y ciudadanos que hicieron las postulaciones no están expresamente prohibidas, porque lo determinante es la comprobación de si las actividades del supuesto agravante tienen cobertura normativa, o sea, si existen normas en el ordenamiento jurídico que le permitieran obrar como lo hizo.

Por otra parte, las organizaciones políticas cuyos representantes actúan como partes procesales, bien como demandantes, bien como intervinientes, contrariamente a lo que concluyó la mayoría, no podían postular en la forma como lo hicieron –como se explica ampliamente en este voto salvado-, ni el Consejo Nacional Electoral admitir dichas postulaciones, en virtud de que tal forma de proceder agrava el principio constitucional de representación proporcional, que recogió la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y porque la Administración Electoral, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, no tiene potestad, ni expresa ni implícita, para aceptar tal conducta antijurídica.

En todo caso, el fallo del que se discrepa no analizó el argumento de la parte actora en el sentido de que el sistema de postulación en referencia sí viola el principio de representación proporcional; al respecto, se limitó a las siguientes afirmaciones, sin respaldo de motivación alguna:

“...aun cuando pudiere afirmarse que no toda conducta permitida resulta *per se* ajustada a la Constitución, en el presente caso tampoco encuentra la Sala afectación alguna al principio de representación proporcional, habida cuenta que el mecanismo de postulación adoptado y bajo el cual se inscribieron los candidatos a diputados para las elecciones del mes de diciembre de 2005 (incluso los del partido político accionante), no proscribire, rechaza, ni niega la representación proporcional.”

“La potestad evaluativa de esta Sala Constitucional no encontró pruebas, alegatos o argumentos que permitieran evidenciar la contradicción entre el mecanismo de postulación denominado ‘las morochas’ y las normas superiores constitucionales, más aun cuando el precitado mecanismo no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico.”

2.6. Quien difiere no comparte la opinión de la mayoría sentenciadora en el sentido de que el principio de representación proporcional está suficientemente garantizado por el voto lista. Así, se lee del veredicto que antecede que “*el principio de personalización del sufragio está garantizado por la nominalidad y la representación proporcional por el voto lista*” y que “*... la Constitución garantiza la personalización del voto y la representación proporcional lo que ha operado mediante un sistema que permita a los ciudadanos postularse por lista y en forma uninominal dando lugar a la aplicación de los llamados cocientes electorales que constituyen el fundamento último del principio democrático de las mayorías armonizado con el sistema proporcional*”.

Ahora bien, es necesario recalcar que la sola existencia del voto por lista no es, en modo alguno, garantía suficiente de esa representación proporcional; antes por el contrario, para que dicho principio se garantice eficazmente hace falta su observancia a lo largo de todas las fases del procedimiento electoral, desde la postulación hasta la adjudicación definitiva de cargos, en la que, a través del método que está legalmente dispuesto –principalmente en los artículos 19 y 20 del Estatuto Electoral- los curules se asignen de manera proporcional a las preferencias –todas, mayoritarias y minoritarias- del electorado. Lo contrario significaría, tal como se evidenció en el caso de autos, que aún cuando existieron postulaciones a través del sistema de listas, éstas no reflejaren de manera directamente proporcional la voluntad política plural del electorado porque exista una distorsión en el sistema que impide la eficaz y efectiva adjudicación proporcionada de cargos.

El propio diseño del sistema por parte del Legislador revela que el principio de representación proporcional –y con él el derecho al sufragio, y, especialmente, al sufragio pasivo, como se explicó- sólo se garantiza a través de su relación indisoluble con el sistema nominal, en el sentido de que se estableció que la adjudicación de *la totalidad de los cargos que corresponden a cada agrupación política se hace de conformidad con los cocientes que arroja el método D’Hondt los cuales se calculan exclusivamente a través de los votos lista*. Si esa relación no fuese indispensable, el sesenta por ciento de los cargos se adjudicaría a los vencedores de los circuitos electorales –que, lógicamente, no podrían superar en número a ese sesenta por ciento- y sólo el cuarenta por ciento de los escaños se adjudicaría a través del Método D’Hondt, que no es el caso venezolano. Es evidente así, que el argumento de la mayoría a que se ha hecho referencia es inaceptable en nuestro sistema electoral, no sólo porque es contra *legem*, sino porque implica la separación artificial de los dos elementos de un sistema que es mixto, separación que impide, como se ha visto, la garantía de satisfacción de sus principios fundamentales.

Ya la Sala Electoral de este Máximo Tribunal, último intérprete del sistema electoral en nuestro ordenamiento jurídico, explicó el fundamento de la representación proporcional y del sistema mixto que rige la elección de los órganos deliberantes, no solamente de cargos públicos, sino, incluso, de entes gremiales, y ha señalado, asimismo, la necesidad de que se garantice durante todo el procedimiento comicial. Así, en fallo no 132, de fecha 18 de julio de 2002 (la cual se reiteró en sentencia no 103 de 22-7-04), se estableció lo siguiente:

“...la Constitución reconoce dos sistemas electorales, por una parte el denominado ‘sistema nominal o mayoritario’, esto es, ‘...aquél en que se elige al candidato que obtiene la mayoría (absoluta o relativa)...’ (*Diccionario Electoral*, Serie Elecciones y Democracia, Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL)/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica 1989, p. 638), aplicado para la elección de cargos ejecutivos, como lo son el Presidente de la República, los Gobernadores y los Alcaldes (artículos 228, 160 y 174 respectivamente, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); y otro, el llamado “sistema mixto”, previsto para la escogencia de los organismo deliberantes, esto es, **Asamblea Nacional** (artículo 186 constitucional), Concejos Legislativos Estadales (artículo 162 *ejusdem*) y Concejos Municipales (artículo 175 *ejusdem*), y que consiste en que el elector vota para uno o varios escaños nominalmente, y para

otros por una lista presentada por la organización con fines políticos o agrupación política de su preferencia, resultando, en este último caso, electos los candidatos dependiendo del porcentaje de votos que obtengan y su orden en la lista.

Así pues, conforme a los lineamientos constitucionales antes expuestos, **la escogencia de órganos deliberantes, como lo es toda asamblea en la que se discuten opiniones de interés general que se traducen en normas, y por tanto, necesariamente conformada por representantes de todos los sectores ideológicos del cuerpo electoral que la eligió, se realiza a través de un sistema mixto, con lo que se garantiza por una parte la personalización del sufragio y por otra la representación proporcional, siendo esto último necesario para que se refleje en dichos órganos la voluntad popular, lo que resulta indispensable a fin de que las normas que se produzcan sean verdaderamente expresión de ella, y conlleve al correcto desenvolvimiento de un Estado democrático, participativo y pluralista.**

Ahora bien, la aplicación de los principios de personalización del sufragio y la representación proporcional en medios de participación distintos a la elección de cargos públicos, deben ser garantizados por el legislador, a tenor de lo previsto en el artículo 63 constitucional, ajustándolos en los ordenamientos jurídicos sectoriales, a los fines de lograr su coexistencia con el ordenamiento general, siendo necesario para su control jurisdiccional la aplicación de un test de razonabilidad, que se traduce en la ponderación de las circunstancias concretas de cada caso y la propia naturaleza de las cosas". (Destacado añadido).

En consecuencia, quien suscribe como disidente rechaza el argumento de esta Sala en el sentido de que el sistema de postulaciones que se denunció en esta oportunidad ("las morochas") no amenaza de violación los principios democráticos de la Constitución venezolana, y en concreto la representación proporcional, porque la sola existencia del voto lista garantiza ese principio. Se insiste, ese principio de representación proporcional sólo se garantizará si, durante todo el procedimiento electoral, se respeta para que, al momento de la adjudicación de cargos, ésta sea reflejo de la pluralidad política en **proporción directa** según el número de votos que cada agrupación con fines políticos haya obtenido, tal como se explicó *supra*.

2.7. La mayoría sentenciadora también afirmó que la Constitución de 1999 no definió lo que ha de entenderse por proporcionalidad y que será el "ordenamiento infraconstitucional" el que habrá de "calificarla", no obstante concluye con la afirmación de que "*la noción de proporcionalidad es distinta a la que prevalecía en la Constitución de 1961*".

En primer lugar, no es cierto que sea el legislador el llamado a "calificar" la representación proporcional. Así, se trata de una afirmación incierta porque la proporcionalidad es un concepto unívoco que incluso trasciende del ámbito del Derecho para ser entendido de manera universal como la "*conformidad (o correspondencia) de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí*" (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, vigésima segunda edición, Madrid, 2001, p. 1846). De manera que mal podría existir una "noción constitucional de proporcionalidad" y mucho menos que cambiase ésta de un Texto Constitucional a otro, cuando es una noción abstracta aplicable a cualquier realidad de relación del todo con sus partes. De igual modo, no es el Constituyente el que ha de establecer una definición de "minoría", pues en el campo político esta es y será siempre la "*fracción de un cuerpo deliberante menor que la parte mayoritaria*" y en el campo sociológico es la "*parte menor de las personas que componen una nación, ciudad o cuerpo*" (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, *cit.*, p. 1510), sin que sea posible la concepción o "decreto" de acepciones distintas a esa realidad, también unívoca.

En consecuencia, ninguna relevancia puede tener para la desestimación de la pretensión del caso de autos, la argumentación de esta Sala en el sentido de que no queda claro cuál es la definición constitucional de proporcionalidad y de minorías y, menos aún, que ello corresponda al legislador.

2.8. Por último, se expresó en la decisión de la que se difiere que la Constitución de 1999 no recogió el principio de representación proporcional de las minorías, sino únicamente el principio de representación proporcional, por lo que será nuevamente el “ordenamiento infraconstitucional” el que ha de establecer a qué se refiere ese nuevo principio.

En criterio de quien discrepa, el examen de la evolución y regulación actual de nuestro Estado Democrático de Derecho a través del Texto Constitucional respondería esa “duda constitucional”.

Así, el principio constitucional de representación proporcional consiste, según se expresa insistentemente en este voto salvado, en el modo de repartición de los escaños de un cuerpo deliberante entre mayorías y minorías, según el peso de cada una de tales fuerzas dentro del universo electoral, a través de fórmulas aritméticas de proporción directa. De manera que la proporcionalidad sólo puede referirse al todo, a la mayoría y a la minoría, y no es posible que el legislador la “califique” de otra manera.

Además, de la misma Constitución se desprende que la representación será directamente proporcional tanto de la mayoría como de la minoría, en tributo a una justicia distributiva que otorgue a cada quien la representación cuantitativa que le corresponde en el cuerpo deliberante que lo representa. A ello conduce la lectura de la Exposición de Motivos de la Constitución y a ello conduce, además, la recta interpretación de los principios electorales que recoge el Magno Texto, principios que han de interpretarse siempre a la luz del respeto al derecho al sufragio y al principio de legalidad electoral según ya se expuso en este voto salvado. Así, se lee de la Exposición de Motivos de la Constitución, cuando hace referencia al Título II, Capítulo IV, Sección primera “De los Derechos políticos”, lo siguiente:

“Se reconoce el sufragio como un derecho, mas no como un deber, a diferencia de la Constitución de 1961. Se establece el ejercicio del mismo mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. **La consagración de la personalización del sufragio debe conciliarse con el principio de la representación proporcional, requerido para obtener órganos conformados de manera plural, en representación de las diferentes preferencias electorales del pueblo**” (Destacado y subrayado añadidos).

La letra de la Exposición de Motivos no deja lugar a dudas respecto a que la Constitución de 1999 recogió y otorgó rango de derecho constitucional al principio de representación proporcional tanto de las mayorías como de las minorías, por lo que, no puede compartirse la postura de esta Sala, máximo garante de la interpretación constitucional, cuando contraría con su veredicto el texto expreso de la Norma Fundamental.

En todo caso, mal podría esta Sala, cúpula de la jurisdicción constitucional, olvidar que, de conformidad con el principio de progresividad de los derechos fundamentales que recoge el artículo 19 de la Constitución, el Constituyente lo que puede es mejorar y ampliar la protección y el tratamiento de estos derechos, no así lograr su mutación en detrimento de su contenido y atributos. De esta manera, y por cuanto la Constitución de 1961 reconocía expresamente el derecho a la representación proporcional de las minorías (artículo 113) como inherente al derecho al sufragio, mal podría entenderse que el Constituyente de 1999 retrocedió en la modulación del contenido esencial de ese derecho al sufragio, limitándolo y escindiendo uno de sus atributos esenciales.

En definitiva, quien disiente lamenta que, en esta oportunidad, la Sala Constitucional, órgano rector de la justicia constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, no haya optado por la protección de los derechos fundamentales de toda la colectividad que fueron lesionados, no haya dado justa interpretación a los principios constitucionales que rigen nuestro sistema electoral ni haya encauzado debidamente la relación esencial y recíproca entre la democracia y la Ley. Puede así concluirse citando al maestro español Eduardo García de Enterría, cuando señaló que:

“Por ello el proceso electoral no habilita poderes absolutos, que tenderían según la experiencia histórica común, a cerrar el paso a los partidos competidores, sino solo poderes de administrar y gestionar según la Ley. Uno de los valores democráticos centrales, como el constitucionalista americano John Ely ha subrayado de manera brillante, es mantener constantemente abierto el proceso de renovación de los dirigentes. De ahí la necesidad absoluta de protección de las minorías políticas, de mantener abiertos constantemente los canales del cambio político, de prever el retorno mañana de los hoy desalojados, puesto que sus intereses forman parte, indudablemente, de los intereses comunes. Los derechos fundamentales son la base insustituible de esos canales del cambio político, los que impiden la congelación de la sociedad en una situación determinada, los que dan al principio individualista (del hombre y del ciudadano) su preeminencia en el sistema y hacen de la sociedad una sociedad abierta. La función central de la justicia constitucional, asegura Ely, es, a través de la protección de esos derechos fundamentales, el mantenimiento efectivo del pluralismo político, que nuestra Constitución ha definido certeramente como uno de los valores superiores, al lado y correlativo de la libertad y de la justicia, en el primero de sus artículos”. (García de Enterría, Eduardo, “La Democracia y el lugar de la Ley”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, 2002, p. 78. Destacado añadido).

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

B. *Derecho al sufragio: Causales de inelegibilidad*

TSJ-SE (40)

9-3-2006

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Ángel Sánchez Pérez vs. Consejo Nacional Electoral

Las causales de inelegibilidad, al ser mecanismos de restricción para el ejercicio de derechos constitucionales, específicamente del derecho a la participación política y al sufragio pasivo, tienen que estar expresamente previstas en la Ley, y una vez establecidas las mismas, se constituyen en materia de orden público, lo que se traduce que las mismas son de obligatorio cumplimiento y no pueden ser relajadas por voluntad o acuerdo entre particulares.

La primera denuncia que plantea el recurrente, es la relativa a que el ciudadano FERNANDO LOAIZA CHACÓN se encontraba incurso en una causal de inelegibilidad que afectaba su postulación como candidato a Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, y en tal sentido señala que el Consejo Nacional Electoral, al decidir el recurso jerárquico que él interpuso oportunamente, incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho y de derecho, toda vez que a pesar de haber quedado demostrado en el procedimiento administrativo que el ciudadano FERNANDO LOAIZA CHACÓN se encontraba ocupando un cargo de mayor rango en la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia para el momento de su postulación a Alcalde, el Consejo Nacional Electoral no apreció dicha prueba, sino que procedió a realizar un análisis de lo que significa “funcionarios de mayor rango” y haciendo un mal uso de lo que señala el Dr. Antonio De Pedro en su obra “Régimen Funcionario de la Ley de Carrera Administrativa” llegó a la conclusión de que el cargo que detentaba el ciudadano FERNANDO LOAIZA CHACÓN en la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia como Director de Proyectos de dicha Alcaldía, no entraba dentro de la categoría de funcionarios de mayor rango y que por lo tanto no estaba en la obligación de separarse de su cargo para el momento de la postulación.

Sobre esta denuncia que plantea el recurrente, relativa a que el ciudadano FERNANDO LOAIZA CHACÓN, quien resultó electo en fecha 31 de octubre de 2004 Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, se encontraba incurso en una causal de inelegibilidad

para dicho cargo, esta Sala considera necesario precisar, que las causales de inelegibilidad, al ser mecanismos de restricción para el ejercicio de derechos constitucionales, específicamente del derecho a la participación política y al sufragio pasivo, tienen que estar expresamente previstas en la Ley, y una vez establecidas las mismas, se constituyen en materia de orden público, lo que se traduce que las mismas son de obligatorio cumplimiento y no pueden ser relajadas por voluntad o acuerdo entre particulares. Este punto ya ha sido desarrollado por esta Sala Electoral en sentencias anteriores, y en tal sentido conviene citar sentencia Sentencia N° 149, de fecha 25 de octubre de 2001.

“De los anteriores razonamientos, se colige que en todos los casos que prevé la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, las impugnaciones por razones de inelegibilidad pueden presentarse en cualquier tiempo, bien en sede administrativa o jurisdiccional, según sea el órgano ante el cual corresponda su interposición. En ese sentido, esta Sala sostuvo en decisión de fecha 10 de octubre de 2001 (caso: *William Dávila vs. Consejo Nacional Electoral*), que la referida Ley “... **fija lapsos de caducidad para la impugnación de todos los vicios contemplados en el Título VIII (...), salvo que se trate de causales de inelegibilidad del candidato, caso en el cual se prevé, expresamente, que no habrá para ello lapso de caducidad**”.

Cabe agregar, que la falta de sometimiento al lapso de caducidad de los recursos presentados por razones de inelegibilidad, se debe a que la misma constituye un vicio de nulidad absoluta, lo que acarrea que el acto afectado de manera alguna pueda adquirir firmeza, ni siquiera por la falta de impugnación oportuna, pues contraviene el orden público, lo que quiere decir que afecta el interés general, trascendiendo así la esfera jurídica de los sujetos involucrados.” (negritas propias)

Como se observa en la cita jurisprudencial antes realizada, ha sido criterio de la Sala Electoral que las causales de inelegibilidad son materia de orden público, y que por lo tanto las mismas constituyen vicios de nulidad absoluta que acarrearán que el acto afectado de ninguna manera pueda adquirir firmeza y, en consecuencia, puede ser impugnado en cualquier momento.

Aprecia esta Sala Electoral, que el Consejo Nacional Electoral, en uso de las facultades reconocidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia número 2341 del 25 de agosto de 2003, entre las que se encuentra normar los procesos electorales sometidos a su control y supervisión, dictó las normas relacionadas a la postulación de candidatos para las elecciones de Alcaldes Municipales celebradas en el año 2004, lo cual hizo a través de la Resolución N° 040316-194, de fecha 16 de marzo de 2004, publicada en la *Gaceta Electoral* N° 193, de fecha 29 de marzo de 2004, y estableció como una causal de inelegibilidad para los funcionarios de mayor rango que quisieran optar al cargo de Alcalde Municipal, el que los mismos debían realizar su separación del ejercicio del cargo antes del día de su postulación. De esta manera nos encontramos que efectivamente se cumplió con el requisito antes referido, relativo a que las causales de inelegibilidad tienen que estar expresamente establecidas en la Ley.

En el presente caso, el recurrente planteó en vía administrativa al interponer su recurso jerárquico, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón se encontraba afectado por esta causal de inelegibilidad, toda vez que para el momento de su postulación a Alcalde Municipal era un funcionario de mayor rango y no se separó del mismo en cumplimiento de la normativa electoral. El Consejo Nacional Electoral sostuvo en la resolución aquí impugnada, en primer lugar, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón no se encontraba incurso en esta causal de inelegibilidad, en razón de que el cargo que detentaba dicho ciudadano para el momento de su postulación no era de los que calificaba la Resolución N° 040316-194, de fecha 16 de marzo de 2004, como funcionario de mayor rango, en razón de que la expresión “funcionarios de mayor rango” debe ser entendida conceptualmente análoga a las categorías de cargos de nivel político o de gobierno referentes al Presidente de la República, el Vicepre-

sidente Ejecutivo, los Ministros, los Presidentes o Directores de Institutos Autónomos, los Presidentes o Directores de Empresa del Estado, los Presidentes o Directores de entes dotados con autonomía funcional, los Gobernadores y Alcaldes, y los Secretarios de Gobierno.

Sobre esta argumentación esgrimida por el Consejo Nacional Electoral en la resolución aquí impugnada observa esta Sala Electoral, que el texto del artículo 3 de la Resolución N° 040316-194, es del siguiente tenor:

“Para ser electo gobernador de estado, alcalde metropolitano y distrital del Alto Apure y, alcalde municipal y concejal metropolitano y distrital del Alto Apure; el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los ministros, los presidentes o directores de institutos autónomos y empresa del estado o entes dotados con autonomía funcional, los gobernadores y alcaldes que se postulen a otras circunscripciones o a un cargo diferente al que detentan, Secretarios de Gobierno, y en general funcionarios de mayor rango, deberán realizar su separación del ejercicio del cargo antes del día de su postulación en los términos del artículo 129 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; de conformidad con el artículo 126 *ejusdem*.”

Observa esta Sala Electoral en la norma antes citada, que en la misma el Consejo Nacional Electoral somete a determinados funcionarios al cumplimiento de un requisito de elegibilidad para ser electos gobernador de estado, alcalde metropolitano y distrital del Alto Apure y, alcalde municipal y concejal metropolitano y distrital del Alto Apure, identificando en primer lugar, de forma específica, a los funcionarios que deben cumplir tal requisito, como lo sería el caso de el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los ministros, los presidentes o directores de institutos autónomos y empresa del estado o entes dotados con autonomía funcional, los gobernadores y alcaldes que se postulan a otras circunscripciones o a un cargo diferente al que detentan y los Secretarios de Gobierno, para luego hacer mención a una categoría de funcionarios no específica, como lo es el caso de “en general funcionarios de mayor rango”.

Al hacer esta distinción el Consejo Nacional Electoral en el artículo 3 de la Resolución N° 040316-194, entre unos funcionarios claramente identificados o especificados, y otros funcionarios no especificados sino catalogados “en general funcionarios de mayor rango”, es claro que el Consejo Nacional Electoral sometió al cumplimiento de la obligación de separarse del ejercicio del cargo antes del día de su postulación no solamente a aquellos funcionarios que identificó, sino también a dichos “funcionarios de mayor rango”, siendo en consecuencia el dilema planteado a través del presente recurso contencioso electoral identificar quienes son estos “funcionarios de mayor rango”.

En la resolución impugnada el Consejo Nacional Electoral, citando al Dr. Antonio De Pedro Fernández, sostiene que estos “funcionarios de mayor rango”, son análogos a las categorías de cargos de nivel político o de gobierno referentes al Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, los Presidentes o Directores de Institutos Autónomos, los Presidentes o Directores de Empresa del Estado, los Presidentes o Directores de entes dotados con autonomía funcional, los Gobernadores y Alcaldes, y los Secretarios de Gobierno, sin dar una mayor claridad al respecto. Por supuesto que debe entenderse, que estos “funcionarios de mayor rango” no son los mismos que aparecen identificados o especificados en el texto del artículo 3° de la Resolución N° 040316-194, ya que de lo contrario se hubiese limitado el Consejo Nacional Electoral a señalar exclusivamente a dichos funcionarios, tal como lo hace en el artículo 4° de dicha resolución, al regular lo concerniente a la condición para ser electo legislador estatal.

Establecido lo anterior, debe en consecuencia esta Sala Electoral precisar quiénes son estos “funcionarios de mayor rango” a los solos efectos electorales.

En este punto considera esta Sala Electoral precisar, que el tantas veces mencionado artículo 3° de la Resolución N° 040316-194, cuando dispone la obligación de separación del ejercicio del cargo antes del día de la postulación, fundamenta tal obligación en lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Este artículo 126 dispone en su primer aparte lo siguiente:

“Los funcionarios públicos, excepto los que desempeñen cargos asistenciales, docentes, accidentales, académicos o de representación legislativa o municipal, no podrán ser postulados para el cargo de Gobernador de Estado o de alcalde, a menos que se separen del ejercicio del cargo antes de ser postulados.”

Esta referencia a los funcionarios públicos que realiza el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es desarrollada por los artículos 127 y 128 *eiusdem*. Así encontramos que el artículo 127 establece:

“A los efectos del presente Capítulo se considerarán funcionarios públicos a los que desempeñen cargos al servicio de la República, de las entidades Federales y de los Municipios....”

Por su parte, el artículo 128 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política dispone:

“A los efectos de las excepciones previstas en este Capítulo se consideran:

1. Cargos Accidentales, aquellos desempeñados en forma casual o eventual;
2. Cargos asistenciales, aquellos relacionados con las actividades de salud pública, siempre que no impliquen o conlleven labores de Dirección;
3. Cargos docentes, los clasificados como tales por las leyes y reglamentos en materia educativa;
4. Cargos académicos, aquellos desempeñados en alguna de las Academias Nacionales por individuo de número y de investigadores en instituciones de educación superior;
5. Cargos de representación legislativa, los senadores, Diputados al Congreso de la República y Diputados a las asambleas Legislativas; y,
6. Cargos de representación municipal, el de Concejal y miembros de las Juntas Parroquiales.

Como hemos señalado, el artículo 3° de la Resolución N° 040316-194, cuando dispone la obligación de los funcionarios de mayor rango en separarse del ejercicio del cargo antes del día de la postulación, fundamenta tal obligación en lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, por lo que sin duda alguna estos funcionarios de mayor rango no son otros que los funcionarios públicos. Ahora bien, de conformidad con el artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, los funcionarios públicos están divididos en funcionarios de carrera y funcionarios de libre nombramiento y remoción, siendo estos últimos, aquellos cuyas características, en la mayoría de las veces, conducen a la calificación de quien lo detenta como un alto funcionario.

En virtud de lo anterior, considera oportuno esta Sala Electoral hacer mención a la noción de funcionarios de libre nombramiento y remoción, en el entendido, se insiste, de que las características de este tipo de cargos en la mayoría de las veces conducen a la calificación de quien lo detenta como un alto funcionario. La jurisprudencia pacífica y reiterada del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado en torno a las características de los cargos de libre nombramiento y remoción lo siguiente:

“...los cargos de libre nombramiento y remoción son cargos que por su naturaleza son de confianza debido a las responsabilidades que ellos comportan, lo cual implica un régimen flexible que permita un amplio margen de discreción a la autoridad com-

petente para su designación o remoción. En efecto, éstos cargos son consustanciales a la dirección de un organismo público y, por lo tanto, no pueden estar sometidos a las mismas reglas que aquellos cargos que no comportan en sí mismo potestades de decisión o planificación. De esta forma, quien asume este tipo de cargo debe soportar, al mismo tiempo, los beneficios y restricciones que le son inherentes, sin poder trasladar condiciones que en sí mismas son excluyentes a su naturaleza". (Sentencia número 01021, de fecha 03 de mayo de 2000, Sala Político Administrativa) (negrillas propias).

En base a la jurisprudencia antes citada se puede afirmar, que los denominados funcionarios de mayor rango a que hace referencia el artículo 3° de la Resolución N° 040316-1, son aquellos que detentan cargos consustanciales a la dirección de un organismo público, esto es, los que participan en los procesos de planificación, elaboración y ejecución de las políticas de actuación y/o conducción de un organismo público. Reitera esta Sala Electoral que el presente análisis funcional se realiza a los solos efectos electorales. En este sentido es necesario destacar, que al establecerse tanto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, como en el Estatuto Electoral del Poder Público como causal de inelegibilidad, y en consecuencia como restricción al ejercicio del derecho a la participación política y al sufragio pasivo, el que los funcionarios públicos de mayor rango están en la obligación de separarse de dicho cargo para el momento de su postulación. Lo que busca preservar en estos casos el legislador es que existan condiciones de igualdad entre los candidatos de un proceso electoral, para de esta manera cumplir con los requisitos de transparencia, confiabilidad e imparcialidad, que son obligatorios dentro de todo proceso electoral. En tal sentido, la premisa de la cual parte esta Sala Electoral para la calificación de un cargo público como de mayor rango, y en consecuencia exigir a quien lo detenta su separación del cargo para el momento de su postulación, estriba en la obligación que tiene esta Sala Electoral de garantizar que los procesos electorales se desarrollen en cumplimiento de los mencionados principios de transparencia, confiabilidad e imparcialidad y que, en consecuencia, se respete la voluntad del constituyente y a la vez legislador de que se produzcan condiciones de igualdad entre los candidatos.

Ciertamente, el funcionario público que detente un cargo de mayor rango y que se le permita participar en un proceso electoral sin separarse de dicho cargo va a estar en una posición de privilegio, ya que al tener dicho funcionario la facultad de incidir en los mecanismos de actuación del organismo que forma parte, puede hacer uso en forma directa o indirecta de tal situación para favorecerse electoralmente, de allí que sea necesario evitar que esto pueda suceder y es por ello que se establece como causal de elegibilidad la obligación de separarse del cargo.

Precisado lo anterior, pasa esta Sala Electoral a verificar si el cargo que detentaba el ciudadano Fernando Loaiza Chacón era consustancial a la dirección del organismo público del cual formaba parte. En este sentido se observa que el cargo detentado por el mencionado ciudadano era el de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, el cual a juicio de esta Sala sí constituye un cargo que participa en los procesos de planificación, elaboración y ejecución de las políticas de actuación y/o conducción de la Alcaldía, toda vez que a dicho cargo le corresponde ejecutar, como su denominación lo especifica, los proyectos de obras de la Alcaldía.

En este sentido observa esta Sala Electoral, que cursa en autos las resultas de la prueba de Inspección Judicial que promovió el recurrente y que fue admitida oportunamente por el Juzgado de Sustanciación de esta Sala Electoral, de la cual se desprende con suma claridad, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia (precisamente el municipio para el cual se postuló para alcalde), tenía la facultad, conjuntamente con el Alcalde que es la máxima autoridad municipal, para confirmar órdenes de pago, apertura de fideicomiso y cualquier otra transacción relacionada con los proyectos que ejecutaba la Alcaldía.

A juicio de esta Sala Electoral, constituye una máxima de experiencia que el funcionario público que no siendo la cabeza jerárquica del organismo del cual forme parte, pero a quien se le faculta para confirmar órdenes de pago del mismo, esto es, la capacidad de comprometer patrimonialmente al organismo donde trabaja, es sin lugar a dudas, en primer lugar, un funcionario de confianza, y en segundo lugar, consustancial al proceso de planificación, elaboración y ejecución de las políticas de actuación y/o conducción del organismo público del cual forma parte, por lo que a los efectos electorales es un funcionario de mayor rango que debe separarse de su cargo para optar al cargo de Alcalde. Así se decide.

En el presente caso observa esta Sala Electoral, que de la prueba de Inspección Judicial que fue evacuada en el curso del presente procedimiento se desprende con suma claridad, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, tenía la facultad de comprometer patrimonialmente a dicha Alcaldía y así lo hizo, pues de las resultas de dicha Inspección Judicial se observa una Orden de Pago a favor de una empresa contratista de dicha Alcaldía aceptada por el ciudadano Fernando Loaiza Chacón y una Orden al Banco Occidental de Descuento, igualmente firmada por el mencionado ciudadano, ordenando cancelar dicha Orden de Pago descontándola de un Fideicomiso de la Alcaldía en dicha Institución Financiera.

En base a lo anterior concluye esta Sala Electoral que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, era un funcionario de mayor rango y por lo tanto estaba obligado a dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 3° de la Resolución N° 040316-1, esto es, a separarse de dicho cargo para el momento de su postulación.

Determinado lo anterior, observa esta Sala Electoral, que se señala tanto en la Resolución aquí impugnada, como en el escrito presentado por el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de tercero interviniente en el presente proceso, que el mismo sí renunció al cargo en la oportunidad de su postulación y que tal renuncia le fue aceptada por el Alcalde. Sobre estos alegatos observa esta Sala Electoral, que efectivamente existe en el expediente administrativo la carta de renuncia y la aceptación de la misma por el Alcalde, siendo la fecha de dichas cartas el 22 de marzo de 2004. Ahora bien, toma por no válida esta Sala Electoral la alegada renuncia y la considera inexistente, toda vez que de la prueba de Inspección Judicial que fue evacuada en el curso del presente procedimiento se desprende con suma claridad, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón detentaba el cargo de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia para el 16 de junio de 2004, fecha en la que el Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia le notifica al Banco Occidental de Descuento que dicho ciudadano era el Director de Proyectos de la Alcaldía y tenía la capacidad de comprometerla patrimonialmente. Igualmente se observa de las resultas de dicha Inspección Judicial que para el 16 de junio de 2004 el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia aceptó una Orden de Pago a favor de una contratista de la Alcaldía por un proyecto que estaba ejecutando y ordenó al Banco Occidental de Descuento cancelar con cargo a un Fideicomiso de la Alcaldía.

Observa esta Sala Electoral, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de tercero interviniente en el presente proceso en modo alguno formuló oposición o presentó algún tipo de impugnación contra la mencionada prueba de Inspección Judicial, por lo que la misma tiene pleno valor probatorio en la presente causa, y como ya hemos señalado, las resultas de esta Inspección Judicial evidencian que las invocadas renuncia y aceptación de renuncia, ambas de fecha 22 de marzo de 2004, fueron inexistentes, pues el ciudadano Fernando Loaiza Chacón siguió detentando el cargo de Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia después de esta fecha, que fue precisamente la fecha de su postulación. Así se decide.

Observa igualmente esta Sala Electoral que el representante del Consejo Nacional Electoral en su escrito de informe sobre los aspectos de hecho y de derecho relacionados con el recurso contencioso electoral, sostuvo el argumento de que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón no estaba obligado a separarse del cargo que detentaba para el momento de su postulación, toda vez que esta obligación la imponía el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y era el caso que tal norma se encontraba derogada por el artículo 4 del Estatuto Electoral del Poder Público, norma que no establece el supuesto de separación del cargo. Este argumento expuesto por el representante del Consejo Nacional Electoral fue acogido y ratificado por el ciudadano Fernando Loaiza Chacón en su condición de tercero interviniente.

Sobre el mencionado alegato, observa esta Sala Electoral, que el mismo en modo alguno fue ventilado por el Consejo Nacional Electoral en la Resolución impugnada a través del presente Recurso Contencioso Electoral, sino que es traído a los autos en esta instancia judicial. Ahora bien, este argumento debe ser rechazado por esta Sala Electoral en razón de no ser cierto el señalamiento de que el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política fue derogado por el artículo 4° del Estatuto Electoral del Poder Público. Ciertamente, el Estatuto Electoral del Poder Público fue dictado por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y en el artículo 4° del mencionado Estatuto se estableció que no tenían la obligación de separarse del cargo el Presidente de la República, Gobernadores de Estado y Alcaldes Municipales que aspiraran a la reelección para los procesos comiciales que fueron celebrados en el año 2000, así como los funcionarios de menor rango que en dichos procesos comiciales del año 2000 aspirasen a un cargo de elección popular. Ahora bien, este artículo 4° del Estatuto Electoral del Poder Público fue dictado exclusivamente para regular los procesos electorales del año 2000, por lo que en consecuencia, la vigencia de dicho artículo decayó una vez celebrados dichos procesos electorales de relegitimación de los Poderes Públicos con motivo de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Lo anterior significa, que el artículo 4° del Estatuto Electoral del Poder Público lo que hizo fue suspender temporalmente la aplicabilidad del artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, exclusivamente en lo concerniente a los procesos electorales del año 2000 para la relegitimación de los Poderes Públicos, por lo que el supuesto de hecho de dicha norma se agotó una vez que se cumplieron las elecciones del 30 de julio y 3 de diciembre de 2000, cesando en consecuencia su vigencia y produciéndose la inmediata aplicabilidad del artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Considera necesario esta Sala Electoral señalar que le llama la atención este argumento presentado por el representante del Consejo Nacional Electoral en sede judicial, relativo a que el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política se encuentra derogado por el Estatuto Electoral del Poder Público, en razón de que el Consejo Nacional Electoral dicta en fecha 16 de marzo de 2004 la Resolución N° 040316-194, a los efectos de normar los procesos electorales que se estaban celebrando en dicho año para la elección de Gobernadores y Alcaldes, estableciendo en dicho instrumento las condiciones de elegibilidad para el cargo de Alcalde Municipal, y a tal efecto toma como fundamento el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y posteriormente argumenta en esta Sala señalando que la norma utilizada como base legal de su Resolución se encontraba derogada para el momento en que dictó la mencionada Resolución. Si el Consejo Nacional Electoral considera que el mencionado artículo 126 fue derogado por el Estatuto Electoral del Poder Público, no podía dictar unas normas para regular un proceso electoral, imponiendo restricciones a quienes deseen participar en dicho proceso apoyándose jurídicamente en la mencionada disposición y después invoca en esta instancia judicial, la derogatoria de la norma a través de la cual reguló el proceso electoral. Sin duda que esta argumentación del Consejo Nacional Electoral es confusa y hasta contradictoria, razón por la cual esta Sala ratifica

que el artículo 4° del Estatuto Electoral del Poder Público lo que hizo fue suspender temporalmente la aplicabilidad del artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, exclusivamente en lo concerniente a los procesos electorales del año 2000 para la relegitimación de los Poderes Públicos, por lo que a la presente fecha cesó la vigencia de dicha norma y tiene plena aplicabilidad el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, debiendo el Consejo Nacional Electoral considerar y aplicar esta última norma en lo que constituye su supuesto de hecho, en los futuros procesos comiciales, hasta tanto sea dictada por la Asamblea Nacional el nuevo instrumento legal que la sustituya. Así se decide.

Señalado lo anterior reitera esta Sala Electoral, que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón sí estaba obligado a separarse del cargo que detentaba para el momento de su postulación. Así se decide.

Analizados todos los argumentos relativos a la presente denuncia de inelegibilidad y constatada por esta Sala Electoral que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón al momento de su postulación al cargo de Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, se encontraba incurso en la misma, toda vez que era un funcionario de mayor rango en razón del cargo que detentaba como Director de Proyectos de la Alcaldía del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, y no se separó de dicho cargo de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Resolución N° 040316-1 del Consejo Nacional Electoral, es forzoso para esta Sala Electoral declarar procedente la presente denuncia y Con Lugar el recurso contencioso electoral. Así se decide.

Como ha quedado señalado a lo largo de la presente decisión, las causales de inelegibilidad son materia de orden público, y por lo tanto las mismas constituyen vicios de nulidad absoluta que acarrear que el acto afectado de ninguna manera pueda adquirir firmeza. En consecuencia de lo anterior, se abstiene esta Sala Electoral de analizar y decidir las otras denuncias planteadas por el recurrente, ya que al constatarse la existencia del presente vicio de nulidad absoluta, su efecto inmediato es la nulidad de la Resolución impugnada. Así se decide.

Precisado lo anterior corresponde ahora a esta Sala Electoral determinar los efectos de la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 050526-263, dictada por el Consejo Nacional Electoral en fecha 26 de mayo de 2004, publicada en la *Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela* N° 253, de fecha 07 de julio de 2005, por la cual se declaró Sin Lugar el recurso jerárquico interpuesto contra las Actas de Totalización, Adjudicación y Proclamación del ciudadano FERNANDO LOAIZA CHACÓN como Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, y en tal sentido declara esta Sala Electoral, que al existir en el presente caso un vicio de nulidad absoluta que afectó la elegibilidad del ciudadano FERNANDO LOAIZA CHACÓN, se declara la nulidad de las Actas de Totalización, Adjudicación y Proclamación de dicho ciudadano como Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia y, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 217 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política se ordena la celebración de un nuevo proceso electoral para la elección del Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia. Así se decide.

Considera igualmente necesario señalar esta Sala Electoral, que mientras se celebra el nuevo proceso electoral y toma posesión del cargo quien resulte electo como Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, corresponderá ejercer el cargo de alcalde al Presidente o Presidenta del Concejo Municipal del Municipio Catatumbo del Estado Zulia, de conformidad con lo establecido en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Así se decide.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Régimen del ejercicio del Poder Público

A. Criterio orgánico y no subjetivo de la función pública

TSJ-SC (646)

24-3-2006

Magistrado Ponente: Luis Velázquez Alvaray

Caso: María Pilar Hernández Domínguez vs. Contraloría General de la República.

Ahora bien, visto que la medida de amparo cautelar está dirigida a colocar al recurrente en una mejor posición frente a la presunción de violación o amenaza inminente de violación de sus derechos constitucionales causada por el acto recurrido, y al peligro de que el daño no pueda ser reparado por el fallo definitivo, tiene un carácter accesorio e independiente, por lo que el juzgador tiene plena potestad de modificar, y si es preciso, levantar la cautela para garantizar una tutela judicial efectiva a las partes en igualdad de condiciones durante el proceso.

Visto que, en el caso *sub iudice* la presunción de daño irreparable por la definitiva, deducida del hecho notorio comunicacional derivado de la alta función pública que desempeña la parte actora, cuya separación del cargo se consideró podría afectar el desenvolvimiento de las relaciones diplomáticas del país dentro de la región en la cual la recurrente ejerce su poder de actuación, como el motivo fundamental por el cual la Sala acordó la medida cautelar solicitada, se desvirtúa por la aplicación del criterio orgánico -no subjetivo- que rige la función pública, y el cual trasciende al sujeto que la desempeña, todo ello en razón del atributo de continuidad en el desempeño de la función administrativa del funcionamiento de la Administración Pública, por lo que estima esta Sala que los cambios de los sujetos que en determinado momento asumen el ejercicio de un cargo, no incide en la continuidad y ejecución de las políticas y fines del Estado, y en consecuencia, desaparece el *periculum in mora*, como elemento fundamental para el mantenimiento de la medida provisionalísima que refiere al peligro de que quede ilusorio el fallo definitivo, motivo por el cual se disipa la urgencia y necesidad de la tutela anticipada de suspensión de los efectos de los actos recurridos, con la garantía de que la sentencia definitiva pueda resolver el fondo con la debida igualdad procesal de las partes.

Visto, que la decisión del Contralor General de la República, contenida en la Resolución N° 01-00-050 del 30 de marzo de 2005, emanada de ese mismo órgano y mediante la cual se le aplicó la sanción de destitución del cargo de Viceministro de Relaciones Exteriores para América del Norte, y la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el período de tres (3) años, no comporta la interrupción o afectación de las relaciones diplomáticas de Venezuela con los Estados que se encuentran en América del Norte.

Esta Sala Constitucional estima que, en el caso de autos, no existen elementos que determinen el peligro de que la sentencia de fondo quede ilusoria -el *periculum in mora*-, lo que hace innecesario el mantenimiento de la medida de amparo cautelar acordada el 27 de septiembre de 2005, en el curso del procedimiento de nulidad por inconstitucionalidad iniciado por la ciudadana María Pilar Hernández Domínguez, motivo por el cual se revoca de oficio dicha medida en atención al principio de tutela judicial efectiva y de conformidad con lo previsto en el aparte décimo del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

B. *Régimen de la Administración Pública: Derecho administrativo sancionador*

Véase: Página 104 de esta Revista

TSJ-SC (130)

1-2-2006

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación de los artículos 82, 83, 84, 85, 86 y 94 del Código de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Yaracuy.

Existe una nota esencial para distinguir el Derecho Penal del Derecho Administrativo Sancionador: el primero suele caracterizarse por la sanción privativa o restrictiva de libertad, aunque no siempre deba preverla; el segundo jamás conocerá de las mismas, debiendo limitar su alcance a otras formas de sanción. De hecho, mientras que las multas son la sanción típica del Derecho Administrativo, ellas tienen poca importancia en el Derecho Penal, y en ocasiones son apenas el complemento de una pena de privación o restricción de libertad.

C. *El Poder Judicial*a. *Tribunal Supremo de Justicia: Facultad de avocamiento (Carácter restrictivo)*

TSJ-SPA (0255)

9-2-2006

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Estación San Luis del Este II C.A. vs. Shell Venezuela Productos C.A.

La Sala reitera su jurisprudencia referente a que sólo procede la aplicación de la figura procesal del avocamiento en caso grave o escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico o que se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido. En tal sentido, debe destacarse que el avocamiento constituye una institución jurídica que altera los mecanismos de competencia, al sustraer del juez natural un asunto que la ley originariamente le ha asignado. Por tanto, no debe extenderse, salvo casos excepcionales de singular relevancia, hacia el límite de desconocer el principio de la regla de la competencia fundamentada en las garantías de un juicio justo, el derecho a ser juzgado por sus jueces naturales, al debido proceso y a la doble instancia.

Pasa esta Sala a pronunciarse sobre la solicitud de avocamiento planteada y a tal efecto, se observa:

En cuanto a la improcedencia de la oposición al avocamiento planteada por los abogados de la sociedad mercantil **SHELL VENEZUELA PRODUCTOS S.A.**, observa la Sala que si bien es cierto que dentro de la tramitación del avocamiento, la ley que rige este Máximo Tribunal no prevé un procedimiento de oposición a tal solicitud, no es menos cierto que en virtud del derecho a la defensa y tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 26 y 49 de la Constitución, los alegatos de la última de las empresas anteriormente nombradas,

deben ser tomados en cuenta, en virtud del interés que ésta ostenta en el juicio que es objeto del presente avocamiento. Así se decide.

Precisado lo anterior, se observa que el artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece en sus apartes décimo y siguientes:

“Cualesquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia en las materias de su respectiva competencia, de oficio o a instancia de parte, con conocimiento sumario de la situación, podrá recabar de cualquier tribunal de instancia, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa, para resolver si se avoca, y directamente asume el conocimiento del asunto, o, en su defecto lo asigna a otro tribunal.

Esta atribución deberá ser ejercida con suma prudencia y sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido.

La Sala requerida examinará las condiciones concurrentes de procedencia del avocamiento, en cuanto que el asunto curse ante algún tribunal de la República, independiente de su jerarquía y de especialidad, que la materia vinculada sea de la competencia de la Sala, sin importar la etapa o fase procesal en que éste se encuentre, así como las irregularidades que se alegan hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la instancia a través de los recursos ordinarios. Al admitir la solicitud de avocamiento, la Sala oficiará al tribunal de instancia, requiriendo el expediente respectivo, y podrá ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación. Serán nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacuerdo por el mandamiento de prohibición.

La sentencia sobre el avocamiento la dictará la Sala competente, la cual podrá decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tiene pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro tribunal competente por la materia, así como adoptar cualquier medida legal que estime idónea para restablecer el orden jurídico infringido”.

De la transcripción anterior se evidencia que, por su naturaleza discrecional y excepcional, el avocamiento, debe ser administrado con criterios de extrema prudencia, tomando en consideración y de manera fundamental, la necesidad de evitar flagrantes injusticias o una denegación de justicia o la presencia de aspectos que rebasen el interés privado involucrado y afecten de manera directa el orden público.

La Sala reitera que sólo procede la aplicación de esa especialísima figura procesal del avocamiento en caso grave o escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico o que se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido. En tal sentido, debe destacarse que el avocamiento constituye una institución jurídica que altera los mecanismos de competencia, al sustraer del juez natural un asunto que la ley originariamente le ha asignado. Por tanto, no debe extenderse, salvo casos excepcionales de singular relevancia, hacia el límite de desconocer el principio de la regla de la competencia fundamentada en las garantías de un juicio justo, el derecho a ser juzgado por sus jueces naturales, al debido proceso y a la doble instancia.

b. *Autonomía*

TSJ-SC (617)

20-3-2006

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Ovidio Jesús Poggioli Pérez.

La disposición contenida en el numeral 5 del artículo 593 del Código Orgánico de Justicia Militar, el cual dispone que una vez admitida la acusación el Juez de Control debe remitir copia de las actas procesales al Presidente de la República para que resuelva sobre la continuación o no del proceso marcial, resulta contraria al principio de autonomía del Poder Judicial, que le atribuyen los artículos 253, 254 y 261 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 4 del Código Orgánico Procesal Penal.

El Tribunal Militar Segundo de Control de Caracas, remitió a esta Sala la sentencia dictada el 8 de octubre de 2004, en la cual acordó la desaplicación del numeral 5 del artículo 593 del Código Orgánico de Justicia Militar, el cual dispone que, una vez admitida la acusación, el Juez de Control debe remitir copia de las actas procesales al Presidente de República Bolivariana de Venezuela para que resuelva sobre la continuación o no del proceso penal militar y, como consecuencia de ello, admitió totalmente la acusación fiscal y ordenó la apertura del juicio oral y público al ciudadano General (EJ) (R) Ovidio Jesús Poggioli Pérez, por la presunta comisión del delito de rebelión militar, previsto y sancionado respectivamente en los artículos 476 y 479 del Código Orgánico de Justicia Militar para las personas comprendidas en el numeral 1 del artículo 477 *eiusdem*.

Ahora bien, respecto a la jurisdicción penal militar, esta Sala en sentencia número 230 del 10 de marzo de 2005 (Caso: *Nerio Francisco Cáceres Hernández*) señaló lo siguiente:

*“...el artículo 70 del Código Orgánico de Justicia Militar confiere -en la jurisdicción penal militar- el ejercicio del Ministerio Público al Fiscal General Militar y demás fiscales militares, de conformidad con lo establecido en el Código Orgánico Procesal Penal y en el Reglamento del Ministerio Público Militar. Igualmente establece el señalado texto legal -artículo 592- la aplicación en dicha jurisdicción de las disposiciones contenidas en los Libros Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto del Código Orgánico Procesal Penal. Al respecto, no consagra el señalado artículo 592 la aplicación de las normas contenidas en el Libro Primero del Código Orgánico Procesal Penal; sin embargo, el artículo 550 *eiusdem* prevé la supletoriedad de las disposiciones del referido texto adjetivo en el Código Orgánico de Justicia Militar, en los casos no previstos por él y en cuanto éstas sean aplicables. El mencionado Libro Primero, en sus artículos 24 y 283 regula el ejercicio de la acción penal -de oficio- por el Ministerio Público, salvo que ésta sólo pueda ejercerse por la víctima o a su requerimiento y la obligación por parte de dicho Ministerio Fiscal, cuando de cualquier modo tenga conocimiento de la perpetración de un hecho punible de acción pública, de disponer la práctica de las diligencias tendientes a investigar y hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores y demás partícipes, y el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración. Por su parte, el Capítulo VI regula las normas relativas al imputado, sus derechos y las formalidades y garantías que deben cumplirse para que éste rinda declaración. En tal sentido, el legislador consagró al imputado, entre otros, el derecho que tiene a ser asistido desde los actos iniciales de la investigación o perentoriamente, antes de prestar declaración, por un defensor designado por él o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público. Dicha declaración, durante la fase de investigación, será rendida ante el Fiscal del Ministerio Público encargado de la investigación, cuando comparezca espontáneamente y así lo pida o cuando sea citado por el representante fiscal. Conforme las normas precedentes, al Ministerio Público Militar – para actuar ante la jurisdicción atribuida a los Tribunales Militares- le corresponde el ejercicio de la acción penal, la cual ejercerá una vez que exista la orden previa de apertura dictada por la autoridad competente –artículo 163 del Código Orgánico de Justicia Militar-, disponiendo al efecto la práctica de las diligencias de investigación correspondiente, entre las que, obviamente, se comprende la declaración del imputado”.* (negrillas de la Sala)

El Código Orgánico de Justicia Militar en el numeral 5 del artículo 593 desaplicado por el Tribunal Militar Segundo de Control de Caracas, en el fallo objeto de la presente revisión, dispone lo siguiente:

“Artículo 593. La jurisdicción penal militar será ejercida por la organización establecida en este Código y bajo las modalidades siguientes:

(omissis)

5. En el mismo acto en el cual el juez militar que ejerza la función de control admita la acusación, ordenará pasar copia certificada de las actas procesales al Presidente de la República para que resuelva la continuación o no del proceso, cuando se trate de alguno de los delitos previstos en los artículos 464, 471, 474, 476, 489, 497, 512 y 550 del Código de Justicia Militar, en los artículos 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 138, 139, 144 y 153 del Código Penal y en el artículo 47 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas. Recibido el decreto de continuación, el juez militar de control emplazará a las partes a los fines de la celebración del juicio oral y público; (...).”

En tal sentido, debe anotarse que la disposición legal *ut supra* transcrita es, por una parte, anterior a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la reforma del Código Orgánico Procesal Penal (El Código Orgánico de Justicia Militar, fue publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.263, Extraordinario del 17 de septiembre de 1998) y, por ende, no extraña que su contenido no esté adecuado al mismo nivel de desarrollo en que, garantías y principios fundamentales como el debido proceso y la tutela judicial efectiva se encuentran consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual afirmó la autonomía del Poder Judicial y, por último, pero no menos importante, estableció, que la jurisdicción penal militar es parte integrante del mismo Poder Judicial. En efecto, los artículos 253, 254 y 261 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela disponen:

“Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participen en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio”.

“Artículo 254. El Poder Judicial es independiente y el Tribunal Supremo de Justicia gozará de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará al sistema de justicia una partida anual variable, no menor del dos por ciento del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no podrá ser reducido o modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional. El Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios”.

“Artículo 261. La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados o seleccionadas por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento, se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar.

La ley regulará lo relativo a las jurisdicciones especiales y a la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales en cuanto no esté previsto en esta Constitución”.

En este orden de ideas, se advierte, entonces, que la disposición contenida en el numeral 5 del artículo 593 del Código Orgánico de Justicia Militar resulta contraria al principio de autonomía del Poder Judicial, que le atribuyen los artículos 253, 254 y 261 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 4 del Código Orgánico Procesal Penal.

En tal sentido, en la reforma parcial de la cual fue objeto el precitado texto legal en 1998, con la intención de adecuarlo al extenso desarrollo de las garantías personales fundamentales que ya había avanzado el entonces reciente Código Orgánico Procesal Penal, se incorporó, a la antes referida ley adjetiva especial, la disposición del artículo 592 *eiusdem*, el cual dispone:

“Artículo 592. En la jurisdicción penal militar se aplicarán las disposiciones del Libro Segundo, Libro Tercero, Libro Cuarto y Libro Quinto del Código Orgánico Procesal Penal. No se aplicarán las disposiciones de los Títulos IV, VI y VII del Libro Tercero de dicho Código”. (Subrayado de la Sala)

Aunado a lo anterior debe tomarse en cuenta que el artículo 282 del Código Orgánico Procesal Penal está integrado al Libro Segundo de este último –y, por tanto, vigente dentro del procedimiento penal militar- el cual ratifica la autonomía e independencia de los jueces para controlar el cumplimiento de los principios y garantías contenidos en el referido Código y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; así:

“Artículo 282. Control Judicial. A los jueces de esta fase les corresponde controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en este Código, en la Constitución de la República; tratados convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República; y practicar pruebas anticipadas, resolver excepciones, peticiones de las partes y otorgar autorizaciones” (nuestro el resaltado).

Tan autónomo e independiente es el Juez de Control, que dicho órgano del Poder Judicial solo debe obediencia a la ley y el derecho, conforme al artículo 4 del Código Orgánico Procesal Penal, y tiene la potestad de decretar el sobreseimiento u ordenar el auto de apertura a juicio que preceptúan respectivamente los artículos 321 y 331 *eiusdem*, normas legales que, también, por las mismas razones que se acaban de expresar, debe aplicarse en el proceso penal militar. La referida potestad sólo está sometida al cumplimiento del principio de la doble instancia, consagrado en el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); normas estas que, por las razones que antes fueron expresadas, deben ser aplicadas dentro del proceso penal militar. En tal sentido la objetividad e imparcialidad de los jueces que implica la emisión de pronunciamientos de manera autónoma e independiente- como, de manera incólume, lo establecen la Constitución y las Leyes- pudiera verse afectada en virtud de una orden que pudiera eventualmente recibir de un superior administrativo, como es el Presidente de la República, en el sentido contrario, esto es, de que se ordene la apertura a juicio o sea decretado el sobreseimiento.

Por otra parte, esta Sala en anteriores oportunidades se ha referido al derecho constitucional a ser juzgado por el juez natural y su conexión con la competencia atribuida por ley a los juzgadores, estableciendo específicamente en la sentencia número 144 dictada el 24 de marzo de 2000, recaída en el caso *Universidad Pedagógica Experimental Libertador*, lo siguiente:

“En la persona del juez natural, además de ser un juez predeterminado por la ley, como lo señala el autor Vicente Gimeno Sendra (Constitución y Proceso, Editorial Tecnos, Madrid 1988) y de la exigencia de su constitución legítima, deben confluír varios requisitos para que pueda considerarse tal. Dichos requisitos, básicamente, surgen de la garantía judicial que ofrecen los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y son los siguientes: 1) Ser independiente, en el sentido de no recibir órdenes o instrucciones de persona alguna en el ejercicio de su magistratura; 2) ser imparcial,

lo cual se refiere a una imparcialidad consciente y objetiva, separable como tal de las influencias psicológicas y sociales que puedan gravitar sobre el juez y que le crean inclinaciones inconscientes. La transparencia en la administración de justicia, que garantiza el artículo 26 de la vigente Constitución se encuentra ligada a la imparcialidad del juez. La parcialidad objetiva de éste, no sólo se emana de los tipos que conforman las causales de recusación e inhibición, sino de otras conductas a favor de una de las partes; y así una recusación hubiese sido declarada sin lugar, ello no significa que la parte fue juzgada por un juez imparcial si los motivos de parcialidad existieron, y en consecuencia la parte así lesionada careció de juez natural; 3) tratarse de una persona identificada e identificable; 4) preexistir como juez, para ejercer la jurisdicción sobre el caso, con anterioridad al acaecimiento de los hechos que se van a juzgar, es decir, no ser un Tribunal de excepción; 5) ser un juez idóneo, como lo garantiza el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de manera que en la especialidad a que se refiere su competencia, el juez sea apto para juzgar; en otras palabras, sea un especialista en el área jurisdiccional donde vaya a obrar. El requisito de la idoneidad es relevante en la solución del presente caso, y es el resultado de lo dispuesto en el artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que exige concursos de oposición para el ingreso y ascenso en la carrera judicial, lo que se ve apuntalado por la existencia de Normas de Evaluación y Concursos de Oposición de Funcionarios del Poder Judicial dictados por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, publicadas en la *Gaceta Oficial* N° 36.899 de 24 de febrero de 2000. Este requisito no se disminuye por el hecho de que el conocimiento de varias materias puedan atribuirse a un sólo juez, lo que atiende a razones de política judicial ligada a la importancia de las circunscripciones judiciales; y 6) que el juez sea competente por la materia.”

En conclusión, el artículo 593.5 del Código Orgánico de Justicia Militar colide con las disposiciones de los artículos 49, 253, 254 y 261 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por ello se considera que la normas que deben ser aplicadas, son las del Código Orgánico Procesal Penal, las cuales establecen la plena autonomía y, por ende, la exclusiva competencia de los Jueces Militares de Control para decretar el sobreseimiento o la apertura a juicio, normas estas que resultan en plena conformidad con las antes citadas de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De la misma manera se destaca que las disposiciones contenidas en el Título Preliminar del Código Orgánico Procesal Penal resultan igualmente aplicables al proceso penal militar; como norma supletorias, de acuerdo con el artículo 20 del Código Orgánico de Justicia Militar; y según el antes citado artículo 592 *eiusdem*.

En consecuencia, esta Sala considera que la desaplicación del numeral 5 del artículo 593 del Código Orgánico de Justicia Militar efectuada por el Tribunal Militar Segundo de Control, con sede en Caracas en su decisión del 8 de octubre de 2004, se encuentra ajustada a derecho. Así se decide.

c. *Principios de la administración de justicia: Imparcialidad de los jueces*

TSJ-SC (544)

14-3-2006

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Decisión Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia.

Asimismo, esta Sala constató, que el conocimiento en alzada del juicio principal, estuvo a cargo de la abogada Tania Méndez de Alemán, quien para ese momento se encontraba relacionada (en su esfera personal) con uno de los ex trabajadores de Petróleos de Venezuela S.A. (P.D.V.S.A) sumado al paro petrolero del año 2002, con lo cual resultaba comprometida su imparcialidad (competencia subjetiva) para conocer del recurso de apelación ejercido, al encontrarse subjetivizada por vivir propiamente los sucesos denunciados.

Sin embargo, la juez que dictó el fallo accionado, lejos de presentar su inhibición frente a la situación planteada, conoció y decidió el recurso de apelación ejercido, dictando un fallo confuso y que fungió como una suerte de sobreseimiento que versó sobre su apreciación del fondo de los hechos, hasta el extremo de considerar que los hechos denunciados eran “atípicos”, cuando el juicio principal se encontraba apenas en fase de investigación.

Tal forma de proceder, constituye, en criterio de esta Sala, una flagrante violación al juez natural, previsto en el artículo 49 numeral 4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto la juez accionada, a los fines de salvaguardar el derecho a la imparcialidad e igualdad de las partes en el proceso, debió presentar su inhibición para el conocimiento del caso planteado y de ser ésta declarada con lugar, debió ser sometida la causa principal a la designación de un Juez suplente para la constitución de la Sala Accidental correspondiente, para que éste continuara conociendo de la causa, todo ello en apego a la ley y en procura del resguardo a la tutela judicial efectiva, la cual a tenor del artículo 26 de la Carta Magna exige “...obtener con prontitud la decisión correspondiente ...(omissis) y una justicia ...(omissis) imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

En el presente contexto, cabe citar las palabras de un estudioso del derecho, que pudieran aplicarse en el caso analizado:

“Normalmente los estudiosos del proceso bajo el tema de la imparcialidad, limitan el discurso al instituto de la abstención y de la recusación ...(omissis); y es un discurso que, en orden a la exposición del mecanismo procesal, hay que hacer y se hará en otro volumen de este Tratado; pero no afecta el fondo del problema. El problema, en efecto no es solamente el de no confiar el juicio a un juez, que este ligado por ciertos vínculos, directos o indirectos, con una de las partes y de preparar los medios para garantizar que un juez semejante no haya de juzgar, sino liberar al juez de cualquier prejuicio, que de un modo u otro, pueda perturbar, aun en mínima medida, aquella imparcialidad, que puede ser parangonada al perfecto equilibrio de una balanza. En estos términos el problema de la imparcialidad del juez presenta un aspecto delicado y singular...” (Vid. Francesco Carnelutti, Derecho Procesal Civil y Penal, Editorial Harla, México, 1997, p. 53 y 54).

Desde esta perspectiva, siguiendo al maestro Arminio Borjas “*son inhábiles los jueces y los demás funcionarios del orden penal para conocer de una causa o intervenir en ella, cuando concurran en su persona alguna o algunas circunstancias legales que puedan hacerles sospechosos de parcialidad*”. (*Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano*, Tomo I, Mobilibros, Caracas, 1992, p. 120).

En consonancia de lo anterior, esta Sala Constitucional también ha establecido su posición al punto señalado, y ratificó en decisión N° 2138 del 7 de agosto de 2003, caso: “*Luis Andrés Alibrandi Terán*”, lo siguiente:

“todo juzgador debe ser ‘imparcial, lo cual se refiere a una imparcialidad consciente y objetiva, separable como tal de las influencias psicológicas y sociales que puedan gravitar sobre el juez y que le crean inclinaciones inconscientes. La transparencia en la administración de justicia, que garantiza el artículo 26 de la vigente Constitución se encuentra ligada a la imparcialidad del juez’ (Sentencia N° 1737 de esta Sala, del 25 de junio de 2003, caso: José Benigno Rojas Lovera y otra); a mayor abundamiento, cabe señalar que:

‘...la influencia o no en el juicio de circunstancias ajenas al cumplimiento de la función (jurisdiccional) es subjetivo, de modo que no cabe constatar objetivamente la imparcialidad o la parcialidad...’

Aunque la imparcialidad sea subjetiva, lo que hace la ley es objetivarla y así establece una relación de situaciones, que pueden constatare objetivamente, en virtud de las cuales el juez se convierte en sospechoso de parcialidad, y ello independientemente de que en la realidad cada juez sea o no capaz de mantener su imparcialidad. La regulación de la imparcialidad en las leyes no atiende, pues, a descubrir el ánimo de cada juzgador en cada

caso –lo que sería manifiestamente imposible–, sino que se conforma con establecer unas situaciones concretas y constatables objetivamente, concluyendo que si algún juez se encuentra en las mismas debe apartarse del conocimiento del asunto o puede ser separado del mismo (Montero Aroca, Juan y otros, *Derecho Jurisdiccional*, Tomo I, décima edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 113-114).

Por ello, al constatar que la Juez ponente del fallo accionado, abogada Tania Méndez de Alemán, de la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, no se inhibió de la causa presentada a su conocimiento para la posterior conformación de una Sala Accidental, esta Sala debe concluir que actuó fuera del ámbito de sus competencias y con extralimitación de funciones, según los extremos consagrados en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pues, subvirtió el orden procesal y los parámetros legales establecidos al respecto y en aras de la tutela judicial efectiva, al no procurar la continuidad de la causa en el marco de un debido proceso y el resguardo del derecho de las partes a contar con un Tribunal imparcial y objetivo.

Es por ello, que esta Sala declara con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta y, en consecuencia, anula el fallo dictado el 21 de enero de 2003 por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, que declaró con lugar el recurso de apelación ejercido contra la decisión del 7 de diciembre de 2002 dictada por el Juzgado Décimo de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia; restablece la vigencia de las medidas cautelares dictadas en el fallo apelado y contenidas en el artículo 256, numerales 3, 4 y 5 del Código Orgánico Procesal Penal otorgadas al ciudadano Daniel Alberto Alfaro Faúndez, para lo cual se ordena oficiar al Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas para que trasladen al referido ciudadano a la sede del Juzgado de Control antes indicado, y repone la causa al estado de que se conozca el recurso de apelación ejercido por una nueva Sala de la Corte de Apelaciones, y así se declara.

D. *El Poder Electoral: Competencias*

TSJ-SC (74)

25-1-2006

Magistrado Ponente: Luis Velázquez Alvaray

Caso: Acción Democrática vs. Consejo Nacional Electoral y demás autoridades electorales.

El Poder Electoral tiene competencias específicas para resolver dudas y vacíos al interpretar, en función de su aplicación, las normas electorales, lo que le concierne de manera exclusiva.

El derecho público contemporáneo expresa, inequívocamente, la limitación del poder que supone el establecimiento de un sistema de competencias claramente delimitadas y normas de ejercicio que inciden en la libertad de los ciudadanos y que permiten a éstos fundamentar sus derechos frente al Estado. Como expresa Eduardo García de Enterría en su obra *“La constitución como norma y el tribunal constitucional”*, *“todo poder social es, y no puede dejar de ser si han de respetarse los hombres sobre lo que se ejerce, esencialmente limitado. Resulta por ello imprescindible que en el momento de fundar o constituirse un poder se defina su campo propio y consecuentemente sus límites. Pero por otra parte, esa exigencia se robustece cuando la Constitución se presenta como una decisión del pueblo entero, como un contrato social”* (p. 46 *op. cit.*). En efecto, en lo que respecta al Poder Electoral que forma parte del Poder Público Nacional junto con el poder ejecutivo, legislativo, judicial y ciudadano, tal como lo dispone el artículo 136 constitucional, cabe señalar que éste tiene sus funciones propias. Es así como el constituyente, en la disposición contenida en el artículo 293 constitucional expresa: *“El poder electoral tiene por función: reglamentar las leyes electorales y*

resolver las dudas y vacíos que éstas susciten o contengan”, es decir, se determina el campo propio del Poder Electoral y consecuentemente sus límites. Tal como también quedó reforzado en la sentencia del 4 de agosto de 2003 de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con relación a la acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, donde, además, la Sala estimó que el Consejo Nacional Electoral podía dictar normas dirigidas al ejercicio de los derechos políticos electorales, pues de otra forma perderían vigencia mientras se dictan las normas respectivas por la Asamblea Nacional.

La exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al referirse al Poder Electoral señala: “*como expresión del salto cualitativo que supone el tránsito de la democracia representativa a una democracia participativa y protagónica, se crea una nueva rama del poder público, el poder electoral, ejercido por órgano del Consejo Nacional Electoral que tiene por objeto regular el establecimiento de las bases, mecanismos y sistemas que garanticen el advenimiento del nuevo ideal u objetivo democrático*”.

Una nueva cultura electoral cimentada sobre la participación ciudadana. Claro que la exposición de motivos de la Carta Magna, aun cuando constituye simplemente una expresión de la intención del constituyente y tiene el único fin de complementar al lector de la norma constitucional en la comprensión de la misma (Sentencia de la Sala Constitucional N° 93 del 6-2-2001, caso: *Corpoturismo*), contiene una ilustrativa mención que permite deducir la intención del constituyente y era que un nuevo Poder, el Poder Electoral, regulara en general los procesos comiciales, garantizando la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional, tal como lo dispone la parte “*in fine*” del artículo 293 de la Constitución.

Ahora bien, esta Sala Constitucional observa que su actuación no puede configurar indebidas intromisiones en los asuntos de los otros órganos del Poder Público, tal como ya se ha expresado en las sentencias números 23-2003 y 26-2003 casos *Harry Gutiérrez Benavides y Johbing Richard Álvarez Andrade y José Venancio Alborno Urbano*, respectivamente.

En consecuencia, debe advertirse que la Constitución asigna funciones determinadas a los órganos del Poder Público, los cuales deben aplicar las normas constitucionales a que están sometidas sus competencias. Por consiguiente, como ya se ha sostenido, no puede “*esta Sala (...omissis...) suplir las potestades de los órganos del poder público u ordenar la manera en que este se desempeña en el ejercicio de sus actividades propias, pues, se insiste, a todos ellos cabe actuar según sus competencias y conforme al principio de legalidad, salvo la existencia de omisiones constitucionales*” (Sala Constitucional, sentencia N° 23 del 22 de enero de 2003).

Igualmente, esta Sala Constitucional debe expresar que el artículo 63 de la Constitución establece la garantía de la reserva legal a objeto de proteger el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional. La reserva legal es una garantía que se fundamenta en el principio de la división del poder y en la distribución de funciones. Sin la reserva legal no hay Estado de Derecho, por cuanto ella implica que las normas subconstitucionales referidas a la regulación de los derechos (entre ellos, los derechos electorales), deben provenir de la Asamblea Nacional, esto es, de un órgano que desarrolle la Constitución, en atención a la voluntad del Poder Constituyente. La reserva legal es un principio que garantiza la seguridad jurídica como valor fundante del derecho (Sala Constitucional, sentencia N° 1309 del 19 de julio de 2001).

Por consiguiente, esta Sala, como garante de la supremacía constitucional y de las normas y principios constitucionales, así como de la integridad de la Constitución, no puede actuar mediante una intromisión indebida en el ámbito de competencias y límites de otros órganos del Poder Público, como en la situación *sub examine* pues, el Poder Electoral tiene competencias específicas, no sólo para resolver dudas y vacíos al interpretar, en función de su

aplicación, las normas electorales, lo que le concierne de manera exclusiva, de conformidad a la precitada norma contenida en el numeral 1 del artículo 293 de la Constitución, sino que además, corresponde a la reserva legal la garantía de la personalización del sufragio y la representación proporcional. Al Poder Electoral le es atribuida la reglamentación de las leyes electorales y la facultad interpretativa. En el presente caso, la decisión sobre el sistema llamado de “*Las morochas*”, podría ocasionar una interferencia indebida tanto en la técnica de la reserva legal como en las atribuciones y contenidos que la Constitución le señala al Poder Electoral en esta materia, y así expresamente se decide.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Derechos Económicos: Libertad económica*

TSJ-SC (184)

16-2-2006

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: B.P. EXPLORACIÓN DE VENEZUELA, S.A. vs. Decisión Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda

El secreto comercial es un elemento inmanente –aunque muchas veces desapercibido- del derecho a la libertad económica, como uno de sus contenidos.

Es dentro de este marco que diversas disposiciones de nuestra legislación tutelan:

Pero de inmediato surge otra perspectiva de la infracción delatada. La accionante señaló que la prueba cuestionada versaba sobre la diversa correspondencia que fluyó entre sus dependencias en el señalado período y que, por tanto, menoscabó el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en cualquiera de sus formas, previsto en el artículo 48 constitucional. En este mismo sentido, sugirió en su escrito que –para evacuar tal probanza- debía acudir por analogía al régimen que sobre las cartas misivas prevén los artículos 1372 y 1373 del Código Civil, que exigen el consentimiento tanto del autor como del destinatario de la carta para su legal promoción en juicio.

A juicio de la Sala, tal percepción luce errada, puesto que en el caso de autos –dejando de lado la posibilidad de que las personas que integran las distintas gerencias de la compañía hubiesen enviado o recibido algunos mensajes de datos a título personal a través de los servidores de la empresa- el principal flujo de información se efectuó entre distintos entes de una misma sociedad mercantil, actuando como órganos de la misma, con miras a forjar su voluntad y desarrollar su propia actividad económica. Desde esta perspectiva, la información en cuestión es unilateral y, por ello, no puede juzgarse –en apego al rigor técnico merecido- como una amenaza de infracción a la prohibición de divulgación ilegítima de la correspondencia.

El derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, surgió como un corolario del propio respeto a la dignidad humana y, por tanto, como una manifestación –claramente *ius-naturalista*- de la protección de los derechos al honor, la intimidad, vida privada y propia imagen, como atributos exclusivos de la persona humana (*cf.* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Sexta Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 317-344). Lo indicado, sin embargo, no quiere significar que la dimensión analizada carezca de cobertura constitucional en lo que atañe a los entes morales. Ciertamente, éstos gozan también del derecho a la privacidad de las comunicaciones, pero ella no tiene su inmediato sustento en los señalados caracteres, sino en la protección que nuestro orden normativo fundamental brinda al libre ejercicio de la actividad económica. Es con este derecho en particular, recogido en nuestro artículo 112 constitucional, que encuentra una clara

conexión: esa garantía de privacidad (que engloba el denominado secreto comercial, mercantil o industrial) protege directamente el cabal desarrollo de la actividad empresarial y aún puede abarcar un contenido del derecho a la propiedad, en caso de que tales secretos posean además carácter patrimonial.

Es dentro de este marco que diversas disposiciones de nuestra legislación tutelan el secreto comercial como elemento inmanente –aunque muchas veces desapercibido- del derecho a la libertad económica, como uno de sus contenidos. Así, a modo de ejemplo, conviene referirse al artículo 41 del Código de Comercio, que prohíbe –salvo supuestos excepcionales- la exposición general de los libros de comercio; o los artículos 240 y siguientes de la Decisión N° 486 sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina de Naciones, que regulan in extenso los secretos empresariales. Con la misma voluntad tuitiva, los artículos 28 (a) de la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, 22.3 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación y 17 (3°) de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, apuntan a proscribir la revelación de tales secretos, lo que da cuenta del alto interés público que tutela el correcto funcionamiento del tráfico económico y del mercado.

Bajo esta óptica, la prueba de inspección sobre los mensajes de datos que fluyeron entre las distintas dependencias operativas de la empresa agraviada, colocó en evidente riesgo de exposición –atendiendo al principio de publicidad del proceso- información confidencial de la misma atinente a las actividades comerciales que despliega y su estrategia de negocios, amenazando así su derecho a la libertad de empresa. Así se declara.

La Sala acota que si la prueba sobre los documentos versare sobre instrumentos a los cuales se les señala concretamente su posible contenido, el juez de la causa podría apreciar si los secretos comerciales o industriales cuya protección alegue la contraparte del promoverte, se ven perturbados por la prueba y, en consecuencia, declarar legal o ilegal la probanza promovida, ponderando la comunicación de lo secreto.

Pero cuando –como en el caso de autos- el objeto de la prueba es pesquisatorio, a fin de que el tribunal investigue, en cuanto a la protección de los secretos la prueba se hace ilegal, ya que el tribunal no conoce (porque no se le dice) el contenido de los instrumentos a inspeccionarse, exhibirse o quedar sujetos a la prueba de informes o de experticia.

A juicio de la Sala, el punto álgido en esta materia surge cuando el secreto es el objeto del juicio, caso en el que –en beneficio del derecho de defensa de quien incoa la acción y tomando en cuenta las circunstancias concretas del caso, a fin de no perjudicar a quien revela el secreto- el juez podría ordenar la práctica de la prueba; pero este no es el caso de autos.

Por tal razón, esta Sala declara con lugar la apelación que dio lugar a estos autos, revoca la decisión dictada el 14 de julio de 2000 por el Juzgado Superior Sexto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual declaró inadmisibles las acciones de amparo constitucional intentadas y, en su lugar, declara con lugar el presente amparo. En consecuencia, se anula el Capítulo VII del auto de admisión de pruebas dictado por el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 1° de junio de 2000. Así se declara.

2. *Propiedad y Expropiación: Régimen urbanístico de la propiedad*

Véase: Página 94 de esta Revista

TSJ-SC (403)

24-2-2006

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Concejo Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda vs. Decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Atendiendo a la finalidad del derecho urbanístico, es allí donde con mayor intensidad se puede reflejar la relación y mutación de los derechos individuales en intereses generales, ya que esta especialidad del derecho se encuentra íntimamente vinculada a la satisfacción y mejoramiento del bien social, en aras de regular cualquier conducta desproporcionada de la visión individualista del ser humano, ello con el objeto de evitar el desorden de una sociedad, así como la destrucción colectivista del medio ambiente.

TSJ-SC (15)

20-1-2006

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: INVERSIONES MURCIA, C.A. vs. Decisión Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo.

El artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, establece una acción por derechos colectivos, que puede ser ejercida por la asociación de vecinos o por cualquier persona con interés legítimo personal y directo.

Tal acción, puntual en dicha ley, existía antes de que el artículo 26 constitucional reconociera en forma general la protección de los derechos e intereses difusos y colectivos.

Se trata de una acción de protección –en el caso del citado artículo 102- de derechos e intereses colectivos, por ser los titulares de la acción los vecinos perjudicados por el uso que se le da a un inmueble contrario al que le corresponde conforme al plan o a la ordenanza de zonificación, o si en dicho inmueble se realizaran construcciones ilegales, lo que afecta a sectores poblacionales, lo que es característico de los derechos e intereses colectivos, conforme al fallo de esta Sala (sentencia del 30 de junio de 2000, Caso: *Dilia Parra Guillén*).

Las sentencias en los procesos por derechos o intereses difusos y colectivos, surten efectos *erga omnes* (ver sentencia anteriormente citada) y la situación declarada se hace oponible a todo el mundo, incluso los que no han sido partes en el proceso. Por ello, los artículos 102 y 103 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, preveían la citación del ocupante del inmueble (no del propietario) y del Ministerio Público.

Conforme a lo establecido en el artículo 103 *eiusdem*, cuando el juez que conoce de la acción considerase que el destino dado al inmueble es contrario al plan o a la Ordenanza de zonificación, cual es el caso de autos, ordenará la paralización de actividades o el cierre o clausura del establecimiento.

Tales paralizaciones, cierres o clausuras, como sanción contra la violación de planes y ordenanzas de zonificación, al hacer valer derechos colectivos y mantener incólume los planes y ordenanzas, que atañen a toda una comunidad, se convierten en órdenes contra todo el mundo y con más razón contra los causahabientes de los demandados.

El proceso contemplado en el artículo 102 *eiusdem* no se trata de un proceso ordinario, el cual se ve conformado en su dispositivo y en los efectos del fallo, a las previsiones del Código de Procedimiento Civil. Una vez declarada la ilegalidad por incumplimiento del plan o de la ordenanza de zonificación de un inmueble, quienes no fueron parte en el proceso se ven afectados por lo declarado.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO1. *Principios del Régimen Tributario*A. *Principio de legalidad tributaria***TSJ-SPA (0056)****18-1-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Colegio Venezolano de Agentes de la Propiedad Industrial (COVAPI) y Franklin Hoet Linares vs. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI).

Es requisito indispensable para el cobro de cualquier tributo, que éste se encuentre establecido en una norma de rango legal, siendo uno de los fundamentos de esta exigencia la seguridad jurídica de los potenciales sujetos pasivos de la obligación tributaria (Art. 317 de la Constitución).

En el caso bajo análisis, se pretende a través del amparo constitucional la suspensión de los efectos del “AVISO” de fecha 09 de enero de 2006 emanado del Servicio Autónomo de la Propiedad Industrial, para lo cual se denuncia la violación del principio de legalidad tributaria previsto en el artículo 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por considerar que “(...) para que el Estado pueda establecer tributos, es menester hacerlo por Ley en el sentido que establece la propia Constitución en su artículo 202, es decir, como ‘...acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador.’ (...)” y no mediante un acto de rango sublegal.

En este sentido, la Sala estima necesario observar lo que sobre el particular señala la norma constitucional cuya violación se denuncia, que reza:

“*Artículo 317*: No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.

No podrán establecerse obligaciones tributarias pagaderas en servicios personales. La evasión fiscal, sin perjuicio de otras sanciones establecidas por la ley, podrá ser castigada penalmente.

En el caso de los funcionarios públicos o funcionarias públicas se establecerá el doble de la pena.

Toda ley tributaria fijará su lapso de entrada en vigencia. En ausencia del mismo se entenderá fijado en sesenta días continuos. Esta disposición no limita las facultades extraordinarias que acuerde el Ejecutivo Nacional en los casos previstos por esta Constitución.

La administración tributaria nacional gozará de autonomía técnica, funcional y financiera de acuerdo con lo aprobado por la Asamblea Nacional y su máxima autoridad será designada por el Presidente o Presidenta de la República, de conformidad con las normas previstas en la ley.”

De la disposición citada se desprende, que el Texto Constitucional prevé como requisito indispensable para el cobro de cualquier tributo, que éste se encuentre establecido en una norma de rango legal, siendo uno de los fundamentos de esta exigencia la seguridad jurídica de los potenciales sujetos pasivos de la obligación tributaria.

Tal principio reviste una especial importancia en cuanto a los límites del Estado para ejercer su potestad tributaria, específicamente respecto a la exigibilidad del tributo, ya que esa exigencia dependerá de su consagración legal.

Ahora bien, del libelo se desprende que los argumentos expuestos por la parte actora para solicitar la nulidad del mencionado "AVISO", están dirigidos a denunciar la creación de tasas -además de la modificación de otras ya existentes- por parte del Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual mediante un acto general de rango sublegal.

Al respecto, la Sala observa que, en principio, algunas de las tasas señaladas en el acto recurrido no están contenidas expresamente en los instrumentos normativos que le sirven de fundamento, es decir, la Ley de Propiedad Industrial, "Régimen Común sobre Propiedad Industrial Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, Ley de Timbre Fiscal, "Ley de Registro Público (vigente en cuanto a materias especiales de Servicios Autónomos de Registro) y la Providencia del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) N° 0045 del 27 de enero de 2005, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.116 de fecha 27 de ese mes y año.

Así pues, en principio no aparecen reguladas en los mencionados textos normativos las tasas correspondientes a los siguientes servicios: respecto a las marcas, el cambio de nombre o de domicilio, las licencias de uso y las fusiones de marcas; y respecto a las patentes, el cambio de nombre o de domicilio, las licencias de uso y las fusiones de patentes.

Por tanto, considera la Sala que de no estar establecidas previamente en el ordenamiento jurídico las tasas que se pretenden cobrar -tal como lo afirma la parte actora- se violaría flagrantemente el derecho que tienen los usuarios del Servicio Autónomo de la Propiedad Industrial a que los actos realizados por la Administración -y más específicamente, el ejercicio de la potestad tributaria- estén previamente consagrados y desarrollados por una Ley; lo que conlleva a esta Sala a presumir el buen derecho de los recurrentes.

Determinado lo anterior, resulta innecesario el análisis del segundo de los requisitos, es decir, el *periculum in mora*, el cual es determinable por la sola verificación del *fumus boni iuris*; en consecuencia, se declara procedente la acción de amparo constitucional ejercida de forma cautelar. Así se declara.

Por las consideraciones expuestas, resulta forzoso para la Sala suspender los efectos del "AVISO" de fecha 09 de enero de 2006, específicamente las tasas cobradas por los siguientes servicios: respecto a las marcas, el cambio de nombre o de domicilio, las licencias de uso y las fusiones de marcas; y respecto a las patentes, el cambio de nombre o de domicilio, las licencias de uso y las fusiones de patentes. Así se decide.

B. *Administración Tributaria: Recaudación de tributos*

TSJ-SC (71)

24-1-2006

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Demanda de nulidad parcial interpuesta contra el artículo 175 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

Mientras se tramita el recurso principal de nulidad, la Sala Constitucional suspende el artículo 175 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en lo que se refiere a la imposibilidad de los municipios de contratar con particulares la recaudación de tributos.

En el caso de autos, la parte recurrente solicitó medida cautelar de suspensión de los efectos de la norma impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, para lo cual resulta pertinente transcribir, lo que el mismo señala en su parágrafo 11:

“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”.

Ha señalado esta Sala en sentencia reciente N° 3082 del 14 de octubre de 2005, en la cual suspendió los efectos de los artículos 56 y 78 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, que:

*“La norma (el artículo 19 antes indicado) 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 inherentes 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”.

Del análisis del cumplimiento de tales supuestos de procedencia de las medidas preventivas en el caso de autos, la Sala observa que el artículo cuyos efectos piden sean suspendidos, es del tenor siguiente:

“Artículo 175: Es competencia de los municipios la fiscalización, gestión y recaudación de sus tributos propios, sin perjuicio de las delegaciones que puedan otorgar a favor de otras entidades locales, de los estados o de la República. Estas facultades no podrán ser delegadas a particulares”.

La Sala observa de los alegatos esgrimidos por los recurrentes en su libelo para fundamentar la solicitud cautelar, que se cumple con el requisito de la presunción del derecho reclamado en este caso, toda vez que existe una probabilidad de éxito de la pretensión deducida, al resultar aparente la posible existencia de las violaciones constitucionales denunciadas respecto a la norma impugnada, siendo además que efectivamente sus representadas son afectadas directas con el contenido de la norma impugnada, toda vez que se trata de empresas que han suscritos bajo la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal derogada, contratos que aun están vigentes para la recaudación de los impuestos municipales (con los Municipios Caroní del Estado Bolívar, Maneiro del Estado Nueva Esparta y El Hatillo del Estado Miranda). Así se decide.

En relación con el peligro en la mora, considera la Sala que de no suspenderse la norma impugnada en la forma solicitada, se produciría un cambio como el planteado por los recurrentes en el sistema de recaudación municipal, lo que generaría daños materiales no sólo para las demandantes sino también para los municipios que han suscrito dichos contratos para la recaudación de sus tributos, siendo que ello repercute en el interés general, al verse desmejorados en forma incalculable los ingresos municipales.

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 la norma impugnada, a cuyo favor abona también la ponderación de los intereses generales en juego, los cuales se verán ciertamente más favorecidos con la suspensión de dicha norma, pues ello propenderá a la preservación del sistema de recaudación que ha regido hasta ahora. Así se declara.

En consecuencia, se suspende parcialmente, mientras se tramita el recurso principal de nulidad, el artículo 175 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en lo que se refiere a la imposibilidad de los municipios de contratar con particulares la recaudación de tributos, y en consecuencia permanecerán vigentes los contratos de recaudación de tributos celebrados entre las empresas recurrentes y los municipios El Hatillo del Estado Miranda, Caroní del Estado Bolívar y Maneiro del Estado Nueva Esparta. Así se decide.

2. *Impuestos Municipales: Impuesto sobre Espectáculos Públicos*

TSJ-SPA (0832)

29-3-2006

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Multicine las Trinitarias C.A. vs. Alcaldía del Municipio Naguanagua del Estado Carabobo.

La base imponible del impuesto al valor del billete de entrada a los espectáculos públicos está comprendida por el valor dado por el empresario al billete o boleto de entrada a la función, es decir, que el cálculo de este impuesto se efectúa sobre el valor del billete dado por el empresario y no sobre el precio total del boleto (que comprende el valor de la entrada más el impuesto causado por su adquisición).

En atención a las consideraciones expuestas, para decidir esta Sala considera conveniente hacer las siguientes observaciones:

El artículo 1º de la Ordenanza de Reforma Parcial de la Ordenanza sobre Impuesto al Valor del Billete de Entrada a los Espectáculos Públicos publicada en la *Gaceta Municipal del Distrito Valencia*, Número Extraordinario 18 de fecha 30 de enero de 1967, aplicable en el Municipio Naguanagua del Estado Carabobo, dispone lo siguiente:

“Artículo 1º. Se crea un Impuesto del diez por ciento sobre el valor del billete de entrada a toda clase de espectáculos públicos en el Distrito Valencia, con las únicas excepciones establecidas en la presente Ordenanza.” (Destacado de la Sala).

De acuerdo con la norma antes transcrita, el hecho imponible de este tipo de impuesto lo configura la adquisición a título oneroso de una entrada para presenciar un espectáculo público, en el caso concreto de un espectáculo cinematográfico.

En tal sentido, la Ordenanza antes mencionada regula dentro de sus disposiciones lo que debe entenderse por espectáculo público, de la siguiente manera:

“Artículo 3º. A los efectos de este Impuesto, se considerarán espectáculos públicos, en teatros y otros lugares cerrados o abiertos, todos aquellos cuyos billetes de admisión tengan precios, tales como Operas, Operetas, Zarzuelas, Dramas, Comedias, Variedades y demás funciones de declamación y de canto, conciertos, espectáculos pantomímicos, cinematográficos, coreográficos y otros semejantes, corridas de toro y de novillos, riñas de gallos, match de football, base-ball y boxeo, carreras de caballos, salones de baile y demás análogos.” (Destacado de esta Sala).

De lo expuesto se infiere que los entretenimientos cinematográficos son considerados espectáculos públicos a los efectos de la Ordenanza sobre Impuesto al Valor del Billete de Entrada a los Espectáculos Públicos en jurisdicción del Municipio Naguanagua del Estado Carabobo.

Cabe agregar, que el sujeto pasivo del impuesto municipal al valor del billete de entrada a los espectáculos públicos es el adquirente de las entradas, quien, además de pagar el monto del billete, debe soportar el pago del impuesto correspondiente.

En este orden de ideas, la aludida Ordenanza dispone en su artículo 4 lo que se transcribe a continuación:

“Artículo 4º. Este impuesto lo pagará directamente el espectador al adquirir el respectivo billete, a tal fin se considerarán como billetes vendidos los que aparecen (sic) separados de sus correspondientes matrices o talonarios”.

Dicho esto, resulta importante advertir que en este tipo de exacción el empresario o presentador del espectáculo funge como agente de percepción del tributo, entendido éste como aquel que por su actividad o función está en una situación tal, que a los fines de facilitar la recaudación, se le permite recibir del contribuyente una cuota tributaria que posteriormente debe depositar a la orden del Fisco, es decir, recibe del contribuyente una suma dineraria (correspondiente al valor de la entrada), a la cual debe adicionarle el monto del impuesto que debe ingresar al Fisco, en este caso municipal.

Por lo tanto, el empresario es aquel quien tiene una obligación por deuda ajena, limitándose únicamente a ingresar al Fisco Municipal un impuesto para cuya recepción, por el espectador, ha sido legalmente facultado mediante la respectiva Ordenanza, siendo el espectador o contribuyente el verdadero deudor, o en otras palabras deudor a título propio.

Bajo otro contexto, del mismo artículo 1º de la Ordenanza en referencia, se desprende que la base imponible del impuesto al valor del billete de entrada a los espectáculos públicos es el valor o monto asignado al boleto de entrada al espectáculo cinematográfico, sobre el cual se le aplicará una alícuota o tipo impositivo del diez por ciento (10%), fijada en la misma Ordenanza, cantidad ésta que deberá ser soportada por el empresario.

Ahora bien, a los fines de la liquidación de este impuesto debe atenderse al contenido de los artículos 5 y 6 de la Ordenanza sobre Impuesto al Valor del Billeto de Entrada a los Espectáculos Públicos, cuyos textos disponen que:

“Artículo 5°. Las empresas de espectáculos a que se contraen los anteriores artículos, llevarán un libro de entrada en el que se asentarán diariamente el producto bruto de todos los billetes que se expendan en las funciones del día, así como también el producto de los abonos vendidos con especificaciones del número de funciones que comprendan. Este libro deberá tener sus páginas numeradas y selladas en cada una de ellas con el sello de la Administración general de Rentas Municipales del Distrito Valencia”.

“Artículo 6°. Las empresas presentarán diariamente a la Administración de Rentas Municipales una relación autorizada con la firma del respectivo empresario o de la persona que legalmente lo represente y en ella se hará constar el producto íntegro recaudado el día anterior por entradas y abonos haciéndose con sujeción al resultado que esta relación ofrezca, la liquidación del ingreso del Impuesto”. (Destacado de la Sala).

De acuerdo con las normas supra citadas, la liquidación del impuesto se hará tomando en cuenta el producto íntegro recaudado (renta que comprende tanto el valor del boleto de entrada como del impuesto por espectáculos públicos), al cual luego de sustraerse el monto del valor de la entrada, resultará el impuesto causado y debido al Fisco Municipal.

Visto lo anterior, se puede advertir del examen del fallo apelado y de las actas del expediente, concretamente del escrito recursorio presentado por la contribuyente Multicine Las Trinitarias, C.A. (folios 1 al 19), que ésta alegó que el valor de la entrada dado por el empresario para el período fiscal comprendido entre enero de 1997 y diciembre de 2000, es de dos mil setecientos veintisiete bolívares sin céntimos (Bs. 2.727,00), que el monto del impuesto correspondiente al diez por ciento (10%) aplicado sobre este último es de doscientos setenta y tres bolívares sin céntimos (Bs. 273,00), y que el precio del boleto (producto íntegro) es de tres mil bolívares exactos (Bs. 3.000,00).

Ahora bien, tal y como se advirtió anteriormente, la base imponible del impuesto al valor del billete de entrada a los espectáculos públicos está comprendida por el valor dado por el empresario al billete o boleto de entrada a la función, es decir, que el cálculo de este impuesto se efectúa sobre el valor del billete dado por el empresario y no sobre el precio total del boleto (que comprende el valor de la entrada más el impuesto causado por su adquisición).

De allí que, el diez por ciento (10%) a que alude el artículo 1° de la Ordenanza de Reforma Parcial de la Ordenanza sobre Impuesto al Valor del Billeto de Entrada a los Espectáculos Públicos del Municipio Naguanagua (publicada en la *Gaceta Municipal del Distrito Valencia* Número Extraordinario 18 del 30 de enero de 1967), se aplica a ese monto y no al producto íntegro, entendido este último como el precio total que paga el contribuyente (espectador) por asistir a la función cinematográfica presentada por el empresario.

Delimitado el anterior razonamiento, se observa que la contribuyente aportó a los autos los siguientes documentos: asientos diarios (folios 30 al 35, 115 al 119, 122 al 125, 129 al 132, 136 al 141, 144 al 147, 149 al 164, 166 al 175, 282 al 296, 298 al 314, 319 al 323); balances generales (folio 228, 238, 239, 240, 241, 246, 248); estado de ganancias y pérdidas (folios 222 al 227, 231 al 236, 245, 247); constancia de pago del impuesto así como sus respectivos cheques de gerencia (folios 71 al 114, 120, 121, 126 al 128, 134, 135, 142, 143, 148, 165, 278, 279); licencia de industria y comercio N° 00988 emitida por el Municipio Naguanagua del Estado Carabobo a la contribuyente, autorizando el ejercicio de las actividades de salas de cine y detal de bombones (folio 218); Resolución emitida por el Municipio Baruta del Estado Miranda, en la cual se ordena efectuar una revisión del impuesto sobre espectáculos públicos pagados por la misma contribuyente pero en esa jurisdicción local (folios 41 al 45), y un boleto de entrada a una función de cine, correspondiente al mes de junio de 2001 (folio 375).

En atención a los referidos medios probatorios, considera esta Alzada que en el caso objeto de análisis no se aportó ningún elemento del cual pudiera desprenderse que la sociedad mercantil identificada en autos hubiere efectuado un pago de lo indebido, tal como lo alegó en su escrito recursorio, pues se limitó a consignar documentos que, en su conjunto, no determinan cuál era en realidad el valor del billete de entrada al espectáculo público para los períodos investigados, así como el monto del impuesto que debía pagar y, en definitiva, el supuesto pago indebido del mismo ante las oficinas receptoras de fondos municipales...

...Sobre la base de lo narrado, concluye esta Sala que en el caso objeto de examen, no existe elemento alguno que permita determinar efectivamente que la parte actora hubiere incurrido en el pago de lo indebido. Por el contrario, se observa que la representación judicial de la empresa recurrente se limitó a esgrimir argumentos fácticos relacionados con su posible daño patrimonial, derivado del supuesto pago de unas cantidades que no resultaban acordes con la base imponible del impuesto al valor del billete de entrada a los espectáculos públicos, pero sin presentar en todo caso una muestra de boletos en los que se discriminara el valor de la entrada y el monto de la mencionada exacción municipal durante los períodos objeto de análisis, para de esa forma poder determinar, si el pago estuvo ajustado a derecho, o si, por el contrario, el Fisco Municipal recibió un monto superior al debido.

En definitiva, considera esta Sala que más allá de lo argumentado por la representación de Multicine Las Trinitarias, C.A., no puede inferirse contundentemente el presunto pago del impuesto al valor del billete de entrada a los espectáculos públicos de una forma indebida; razón por la cual resulta forzoso para esta Sala declarar procedente el vicio de falso supuesto denunciado por el representante del Fisco Municipal. Así se declara.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Reglamentos: Potestad reglamentaria*

TSJ-SE (73)

30-3-2006

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Asociados de la Caja de Ahorro Sector Empleados Público CA-SEP vs. Proceso electoral para la elección de la nueva Junta Directiva de esa Caja de Ahorro.

No obstante su inferioridad, la potestad reglamentaria acordada a la autoridad administrativa la hace partícipe, sin duda, de la formación del ordenamiento jurídico pero ordenado, exclusivamente, a los fines que indique la ley.

Sobre este argumento observa esta Sala Electoral, que en la citada Resolución N° DS-OAL-7864, la Superintendencia de Cajas de Ahorro fundamenta su emisión en lo que constituye su potestad reglamentaria, situación que lleva a esta Sala a analizar si efectivamente el contenido de dicha Resolución es producto del ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria que en definitiva posee el mencionado órgano.

En este sentido se hace necesario señalar que, la potestad reglamentaria de la Administración, consiste en desarrollar una actividad no innovadora del ordenamiento jurídico y en todo caso ejecutora de las grandes decisiones que corresponde concebir a las leyes; ella se resuelve fundamentalmente en la emisión de declaraciones escritas y unilaterales, creadoras de reglas de derecho de aplicación general y de grado inferior a las leyes.

Un carácter que le es ínsito al reglamento es su vinculación a la ley, en virtud de la función política y social que le corresponde a ésta desempeñar, y que hace que la misma goce

de una amplia libertad de conformación normativa, para transformar en dispositivos jurídicos las diversas opciones que el cuerpo electoral expresa a través de la conformación de los órganos de representación parlamentaria.

Si la esencia de la ley es su superioridad respecto a las demás fuentes de derecho – dentro de los fundamentos constitucionales, por supuesto-, y dado que su eficacia arranca en la voluntad de la comunidad, no puede, entonces, afirmarse lo mismo del Reglamento, puesto que si el legislador es el legítimo representante de la comunidad, la administración se encuentra puesta al servicio de la comunidad, lo cual es esencialmente distinto. No obstante su inferioridad, la potestad reglamentaria acordada a la autoridad administrativa la hace partícipe, sin duda, de la formación del ordenamiento jurídico pero ordenado, exclusivamente, a los fines que indique la ley.

Lo que separa en definitiva al reglamento de la ley, es su subsidiariedad e inferioridad respecto a ésta, pues no puede dejar sin efecto los postulados legales, ni contradecirlos, ni innovar donde la ley es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido.

Cuando se analiza el contenido de la Resolución N° DS-OAL-7864, nos encontramos con que la Superintendencia de Cajas de Ahorro pretende estatuir, a través de dicha Resolución, un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica que en modo alguno está previsto en el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares y que, por el contrario, lo que pretende es enervar la aplicación de la norma legal.

En efecto, el mencionado artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares establece que los *miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, delegados, principales y suplentes* en las Cajas de Ahorro, que hayan sido electos por dos periodos consecutivos, independientemente del cargo ostentado, para poder optar a un nuevo cargo deben dejar transcurrir un lapso de tres (3) años, contados a partir de su última gestión. En la Resolución N° DS-OAL-7864, dictada por la Superintendencia de Cajas de Ahorro, dicho órgano pretende estatuir que no le es aplicable el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica prevista en dicha norma a aquellos miembros de Juntas Directivas de Cajas de Ahorros que se encontraran ejerciendo sus cargos para la fecha de entrada en vigencia de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, esto es, que hayan sido electos durante la vigencia de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro.

Como se observa, la Superintendencia de Cajas de Ahorro, a través de la Resolución N° DS-OAL-7864, pretende innovar e inclusive contradecir lo establecido por el legislador en el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, bajo un absurdo argumento de que la nueva Ley amplió el período de los *miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, delegados, principales y suplentes* en las Cajas de Ahorro. Es de hacer notar, que la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, que es aquella derogada por la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, establecía un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica similar a la que consagra el citado artículo 34, ya que dicha Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro establecía en su artículo 32, que los *miembros del Consejo de Administración, Consejo de Vigilancia, delegados, principales y suplentes* en las Cajas de Ahorro, que hayan sido electos por dos periodos consecutivos, para poder optar a un nuevo cargo debían dejar transcurrir un lapso de un (1) año, contados a partir de su última gestión.

Se observa en consecuencia, que la voluntad del legislador en lo relativo a los miembros de la junta Directiva de las Cajas de Ahorro, siempre ha sido el que los mismos sólo pueden ser electos en forma consecutiva por dos periodos y que, en consecuencia, no pueden nunca optar en forma consecutiva a un tercer período. Lo anterior nos lleva a reafirmar, sin

duda alguna, que la Superintendencia de Cajas de Ahorro a través de la Resolución N° DS-OAL-7864, lo que hace es una innovación y contravención de la voluntad legislativa, situación que constituye un ejercicio ilegítimo de la potestad reglamentaria.

Esta voluntad legislativa sobre la alternabilidad en los cargos, no es exclusiva para el caso de los miembros de los Consejos de Administración, Consejos de Vigilancia, delegados, principales y suplentes en las Cajas de Ahorro, sino que se extiende para todos aquellos cargos de elección popular, encontrándonos que estas inhabilitaciones para reelecciones perpetuas las ha consagrado nuestro ordenamiento jurídico desde su nacimiento. Así lo ha dejado sentado esta Sala Electoral en sentencias previas, y en este sentido podemos hacer referencia a la sentencia N° 51 del 18 de marzo de 2002, donde se señaló lo siguiente:

“A este respecto, es necesario tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico desde su Constitución de 1830, ha erigido como principio general y presupuesto democrático, la ‘alternabilidad’, es decir el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenezcan o no a un mismo partido. En este contexto, el término ‘reelección’, alude a la posibilidad de que un funcionario sometido a elección pública, cuyo ejercicio se encuentre sujeto a un período previamente determinado o renovación periódica, pueda ser nuevamente postulado y electo una o más veces a la misma posición de Derecho (Cfr. NOHLEN, Dieter, La Reelección. En VVAA: ‘Tratado Electoral Comparado de América Latina’, Fondo de Cultura Económica y otros, México, 1998, pp. 140 y ss.)

Este calificado ‘derecho’ de reelección, aunque justificado como un mecanismo de extensión del buen gobierno, podría desvirtuarse y convertirse en una grave amenaza para la democracia: las ansias de perpetuación en el poder (continuismo), así como la evidente ventaja en los procesos electorales de quien ocupa el cargo y a su vez es candidato a ocupar el mismo, han producido tanto en Venezuela como en el resto de Hispanoamérica un profundo rechazo a la figura de la reelección. En el caso de la designación del Presidente de la República o el funcionario equivalente, esta desaprobación se ha traducido en rigurosas previsiones constitucionales, así, por ejemplo, en las Constituciones venezolanas de 1830, 1858, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1945 y 1947, se prohibía la reelección inmediata para el período constitucional inmediatamente siguiente; la Constitución de 1961 prohibía la reelección hasta por diez años o dos períodos constitucionales después de la terminación del mandato, y actualmente, la Constitución de 1999, optando por una modalidad distinta para resguardar la alternabilidad, establece en su artículo 230: ‘...El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido, de inmediato y por una sola vez, para un período adicional (...)’.

Como se observa en la anterior cita jurisprudencial, la prohibición de reelección sucesiva se presenta como una técnica de control legislativo derivada en la inconveniencia de que un ciudadano se perpetúe en el poder, pretendiendo, entre otras cosas, restar capacidad de influencia a quien lo ha ejercido, y sobre todo preservar la necesidad de que los aspirantes estén en un mismo pie de igualdad y que los funcionarios electos no distraigan sus esfuerzos y atención en asuntos diferentes a la completa y cabal realización de su gestión.

De todo lo expresado, se deduce que a la Superintendencia de Cajas de Ahorro no le estaba permitido contravenir por vía de interpretación lo establecido en el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, lo cual, sin embargo, acometió valiéndose de la inadecuada técnica de reproducción de normas legales en instrumentos de inferior rango; situación ésta que se traduce en una violación del principio de la legalidad.

Señalado lo anterior, es dable interrogarse respecto a la decisión que debe tomar un sentenciador frente a la solicitud de aplicar un reglamento que no es producto del ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria.

Sin duda que tal situación debe conducir al juzgador respectivo a inaplicar el reglamento en cuestión, por que de lo contrario se entendería que dicho reglamento prevalece frente a la ley lo cual, sin duda, afecta la integridad de las leyes, ya que la recta constitución

del ordenamiento en sí mismo es un valor superior a los intereses concretos de los sujetos que bajo dicho ordenamiento se conducen.

Aceptar la aplicabilidad de un Reglamento contrario a la Ley, significa enturbiar el sistema normativo en vigor y con ello la certeza del derecho -principio fundamental y constitutivo de la vida jurídica-, por lo que frente a este desacierto ejecutivo, y en virtud de la facultad jurisdiccional de interpretar y aplicar las leyes -lo que excluye la aplicación de los actos normativos que no estén conformes con el espíritu, propósito y razón de aquéllas-, el sentenciador debe simplemente decidir por sí mismo, inaplicando el Reglamento que contradiga un acto de mayor rango, sin necesidad de esgrimir los dispositivos en que está consagrado el control difuso, reservado más bien a las leyes o a los actos con igual rango y fuerza que éstas, contrarios a la Constitución.

Con fundamento en todo lo antes señalado, esta Sala Electoral rechaza el alegato presentado por los miembros de la Comisión Electoral, así como por la Superintendencia de Cajas de Ahorro y el tercero interviniente, relativo a que de acuerdo al contenido de la Resolución N° DS-OAL-7864, dictada por la Superintendencia de Cajas de Ahorro, no les era aplicable el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica previstos en el artículo 34 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, a aquellos miembros de Juntas Directivas de Cajas de Ahorro que se encontraran ejerciendo sus cargos para la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley y, por ende, esta Sala Electoral considera inaplicable la identificada Resolución. Así se declara.

2. *Actos Administrativos*

TSJ-SC (558)

20-3-2006

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: HATO EL MILAGRO, C.A. vs. Instituto Nacional de Tierras (INTI)

La Sala Constitucional confirma la doctrina existente referente a la inimpugnabilidad de los actos administrativos de trámite.

En el presente caso, la actora pretende impugnar a través de la presente acción de amparo constitucional varios actos de trámite así como incidencias surgidas en el procedimiento sustanciado por la Administración Agraria (falta de pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa sobre la admisión de las pruebas, el informe jurídico emanado del Directorio de la Oficina Regional de Cojedes del ente querellado, declaraciones efectuadas por el Consultor Jurídico del Instituto Nacional de Tierras), que perfectamente pueden ser resueltas en el acto que ponga fin al procedimiento administrativo, como exigencia legal contenida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En efecto, pese a la especialidad de los procedimientos administrativos en materia agraria, derivada, por una parte, del bien jurídico tutelado por el legislador de la materia cual es el establecimiento de las bases del desarrollo rural integral y sustentable (postulado en el artículo 1 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario), así como del principio constitucional de seguridad y soberanía nacional que orienta la interpretación y ejecución de las normas agrarias, como se desprende del artículo 271 de esa misma Ley, la actividad administrativa de los órganos y entes agrarios debe observar supletoriamente las prescripciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ello así, por aplicación del principio de la globalidad de la decisión, consagrado en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la autoridad administrativa está obligada a resolver en el acto definitivo todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como en su tramitación, lo cual abarca el análisis de las alegaciones

efectuadas por el administrado, las pruebas aportadas por éste e incluso las incorporadas oficiosamente por la Administración, así como cualquier otra incidencia surgida en el *iter* procedimental. Tal análisis forma parte de la motivación del acto administrativo -como requisito exigido por el numeral 5 del artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos- y se inserta en el conjunto de garantías que conforman el debido proceso, aplicable a las actuaciones administrativas según dispone el artículo 49 del Texto Fundamental. Tal principio aplica a los actos administrativos definitivos, como aquellos que crean o modifican situaciones jurídico subjetivas en la esfera de los particulares, no así a los actos de trámite que, como conjunto de actos tendentes a impulsar u ordenar el *iter* procedimental previo, no son capaces de incidir directamente en los derechos e intereses de los particulares, salvo las excepciones previstas en la ley.

Debe reiterarse entonces que la acción de amparo constitucional no opera frente a las presuntas lesiones que se generen a partir de éstos, toda vez que, como se expresó *supra*, no resuelven con plenos efectos jurídicos y de forma definitiva el fondo del asunto sometido al conocimiento de la autoridad administrativa ya que; y tal es la regla asumida por la doctrina administrativa, salvo los supuestos contemplados en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el administrado tiene abierta la vía administrativa o el contencioso administrativo sólo frente a aquellos actos de la Administración que detenten el carácter de definitivos.

El anterior postulado tiene su justificación en el principio de economía que informa al procedimiento administrativo. En tal sentido, la doctrina foránea ha señalado que no es adecuado permitir la constante impugnación de actos de trámite, de forma independiente, antes de la resolución definitiva del asunto por parte de la autoridad administrativa, pues ello perturbaría gravemente el funcionamiento de la Administración. De allí que, surge como regla general la inimpugnabilidad de los actos administrativos de trámite, salvo en aquellos casos cualificados por el Legislador, esto es, que terminen directa o indirectamente con el procedimiento y los que causen indefensión (*Vid.* Bocanegra Sierra, Raúl, “*Lecciones sobre el Acto Administrativo*”, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pp. 58-59).

Sobre la regla de inimpugnabilidad autónoma de los actos administrativos de trámite, esta Sala en sentencia N° 29 del 27 de enero de 2003, caso: “*Cámara Municipal del Municipio Sucre del Estado Miranda*”, señaló lo siguiente:

“(…) ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia de este Máximo Tribunal en negar la impugnación por vía de amparo constitucional de actos de trámite, lo que obviamente se extiende y aplica con más rigurosidad al caso de la impugnación de actos de trámite en el procedimiento administrativo, puesto que este tipo de actos son preparatorios del acto final y por ende no constituyen la decisión definitiva, así como puede en caso de existir algún vicio en el procedimiento ser subsanado o convalidado con la impugnación del acto final, dados los principios de concentración procesal y de autotutela de la Administración.

La doctrina administrativista ha entendido a la impugnación autónoma de actos de trámite como una excepción a la regla de la impugnación concentrada de los vicios procedimentales a la hora de recurrir el acto final.”

En efecto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos reconoce la posibilidad de impugnar los actos de trámite autónomamente, es decir, sin esperar la producción del acto final cuando dispone:

Artículo 85: Los interesados podrán interponer los recursos a que se refiere este Capítulo contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo cuando dicho acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos (Subrayado de esta Sala).

En definitiva la importancia para determinar cuando la negativa de admitir la impugnación autónoma de un acto de trámite afecta el derecho a la defensa, radica que en la posterior y eventual impugnación del acto final no podría satisfacerse la pretensión del administrado.

De allí que para entender el presente punto debe partirse de la premisa sobre la cual, las vías idóneas para impugnar los actos de trámite dictados en el procedimiento administrativo son, bien los respectivos recursos administrativos o el contencioso administrativo contra el acto final o bien impugnando autónomamente el acto de trámite por alguno de los supuestos enmarcados en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es decir, indefensión, prejuzgamiento o imposibilidad de continuar el procedimiento, pero no mediante el ejercicio de la acción de amparo constitucional, pues ello conllevaría a su declaratoria de inadmisibilidad conforme lo dispone el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”.

Conforme con el criterio citado, que se reitera en el presente fallo, los actos de trámite no son susceptibles de impugnación autónoma por la vía del amparo constitucional, ya que éstos pueden ser atacados mediante el ejercicio del respectivo recurso contencioso administrativo de nulidad, si el acto adolece de alguno de los vicios enunciados en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo cual permite afirmar que la acción incoada, en este particular, resulta inadmisibile de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Ello así, estima esta Sala que la justiciable cuenta con una vía ordinaria para obtener la declaratoria judicial de nulidad de un acto administrativo de trámite, en caso de insertarse en algunos de los supuestos previstos en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cual es el recurso contencioso administrativo agrario regulado en el artículo 168 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.771, Extraordinario, del 18 de mayo de 2005, que puede ser ejercido de forma conjunta con alguna solicitud de medida cautelar fundamentada en el artículo 178 *eiusdem* ante el Tribunal Superior Regional Agrario competente según las reglas procesales consagradas en esa Ley. Tales disposiciones se encuentran insertas en el Título V, Capítulo II de ese cuerpo legal que regula lo relativo a los procedimientos contencioso administrativos agrarios y las demandas contra los entes estatales agrarios.

En efecto, esta Sala debe resaltar que según lo dispuesto en el mencionado artículo 168 los tribunales que integran la jurisdicción especial agraria, ejercen el control jurisdiccional de “(...) todas las acciones que, por cualquier causa, sean intentadas con ocasión a la actividad u omisión de los órganos administrativos en materia agraria (...)”, lo cual permite incluir en su ámbito de control aquellas actuaciones, actos, omisiones y vías de hecho demandadas de aquellos órganos y entes administrativos contemplados en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (*Vid.* Sentencia N° 2.464 del 22 de octubre de 2004, caso: “*Cooperativa Los Prósperos del Tuy R.L.*”).

TSJ-SPA (0515)

2-3-2006

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Distribuidora De Licores Cuicas, C.A., vs. (SENIAT)

La autorización para el expendio de bebidas alcohólicas representa una manifestación de voluntad esencialmente administrativa, de naturaleza autorizatoria, revisable por los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo, y no un acto administrativo de contenido tributario, pues no se establece relación jurídico-tributaria alguna entre el órgano emisor del acto autorizatorio y el particular.

Delimitada la competencia de esta Sala para conocer de la solicitud de regulación de competencia planteada por la representante judicial del Fisco Nacional, se observa que ésta ha sido fundamentada sobre la base de la incompetencia del Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Los Andes, quien admitió el recurso contencioso tributario interpuesto por la sociedad mercantil recurrente, Distribuidora de Licores Cuicas, C.A., contra el acto administrativo contenido en la Resolución N° RLA-DRL-02-0053 de fecha 2 de septiembre de 2002, dictada por la Gerencia de Tributos Internos de la Región Los Andes del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), por considerar que dicho acto no ostenta carácter tributario sino administrativo y, en consecuencia, su conocimiento corresponde -según aduce- a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos.

En tal sentido, se pasa a analizar el alegato en referencia y al efecto se observa:

La solicitud formulada por la recurrente tenía como finalidad que el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), le autorizara la venta de bebidas alcohólicas, de modo de cumplir no sólo con la normativa regulada por la Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas, sino además llenar los extremos exigidos para obtener la licencia de industria y comercio en el Municipio Candelaria del Estado Trujillo, jurisdicción desde la cual la empresa contribuyente desarrollaría su actividad económica.

Analizada la antedicha petición, concluyó la Administración Tributaria en la Resolución impugnada, que Distribuidora de Licores Cuicas, C.A., no podía obtener el registro y autorización de expendio de bebidas alcohólicas, *“...ya que el contrato de arrendamiento es de un inmueble de 2 plantas y de las fotografías se deduce que se trata de un galpón lo que contradice lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas, así mismo el Establecimiento se encuentra a 60 metros del Margen de la Carretera, lo que contraviene lo establecido en el Artículo 203 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas...”*.

Visto lo anterior y bajo la premisa de que la actividad desarrollada por los órganos de los entes político-territoriales a quienes se ha atribuido el ejercicio de la potestad tributaria, no se limita a la determinación o liquidación de tributos e imposición de sanciones por ilícitos fiscales, y que la declaración de voluntad contenida en el acto recurrido ha sido fundamentada en dos preceptos, a saber: el artículo 42 de la Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas, y el artículo 203 de su Reglamento, que regulaban junto con otras disposiciones lo relativo al procedimiento para la solicitud y obtención de la autorización para el expendio de bebidas alcohólicas; se desprende que la Resolución N° RLA-DRL-02-0053, ya identificada, representa una manifestación de voluntad esencialmente administrativa, de naturaleza autorizatoria, revisable por los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo.

En consideración a ello, aprecia la Sala que la Resolución recurrida constituye un acto administrativo de efectos particulares, derivado de una actividad regulada por la Administración en materia de emisión del permiso de expendio de bebidas alcohólicas, y no un acto administrativo de contenido tributario, pues no se establece relación jurídico-tributaria alguna entre el órgano emisor del acto autorizatorio y el particular, por lo que resulta revisable por los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativos. Así se decide.

Determinada la naturaleza administrativa del acto cuestionado en el ejercicio de tutela de la Administración sobre la autorización para el expendio de bebidas alcohólicas por ella negada, forzoso es para esta Sala advertir que bien pudo el juzgador decidir al momento de verificar las causales de admisibilidad del recurso, que en razón de la materia, la jurisdicción competente para conocer y resolver el presente debate correspondía a la contencioso-administrativa. Derivado de ello, se revoca la sentencia interlocutoria de fecha 22

de abril de 2005, dictada por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Los Andes, que admitió dicho recurso.

Visto lo precedentemente expuesto, se ordena remitir el expediente al Juzgado Superior de lo Contencioso Administrativo de la Región de Los Andes, a los fines de que se pronuncie sobre la admisión del recurso incoado por la sociedad mercantil Distribuidora de Licores Cuicas, C.A., con prescindencia del análisis de la competencia que ya fue resuelto en el presente fallo. Así se declara.

3. *Contratos Administrativos*

TSJ-SPA (0255)

9-2-2006

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Estación San Luis Del Este II, C.A vs. Shell Venezuela Productos, C.A.

La Sala Político-Administrativa es el órgano jurisdiccional competente para conocer de cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos de naturaleza administrativos, en los cuales sea parte la República, los estados o los municipios, (artículo 42, numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hoy artículo 5, numeral 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). En tal sentido, señala la Sala Político Administrativa que la sola actividad de servicio público, sin que medie contrato administrativo o acto administrativo, así como el hecho de que los bienes utilizados para la distribución y expendio de hidrocarburos y lubricantes sean de la propiedad de PDVSA, no constituyen circunstancias determinantes para que la demanda sea sometida a la jurisdicción contencioso administrativa, ya que las reglas de competencia legalmente establecidas para esta jurisdicción, no prevén tales supuestos.

1.- En primer lugar, la parte demandante alega que el presente caso se refiere a un contrato de "concesión" de una actividad de servicio público, como es la distribución y expendio de hidrocarburos y lubricantes, sometido a una regulación de Derecho Público, por lo que es de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Al respecto, se observa que la sociedad mercantil **SHELL PRODUCTOS DE VENEZUELA C.A.**, demandó ante la jurisdicción civil la resolución de varios contratos de operación de distribución y expendio de hidrocarburos y lubricantes, así como contratos de arrendamiento contra varias empresas, consideradas por la demandante como un grupo económico unitario.

Ahora bien, no hay duda de que las actividades que desarrollan las empresas demandadas constituyen un servicio público, conforme a lo establecido en el artículo 60 de la Ley de Hidrocarburos, que establece: "*Constituyen un servicio público las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados por el Ejecutivo Nacional conforme al artículo anterior, destinados al consumo colectivo interno...*".

No obstante la naturaleza de las actividades prestadas por las empresas involucradas en los contratos de operación y expendio y de arrendamiento, no pueden ser calificados como concesiones de servicio público o considerados como contratos administrativos, de tal forma que la demanda interpuesta deba ser conocida por esta Sala Político-Administrativa.

En efecto, la concesión constituye un mecanismo por el cual la *autoridad pública* otorga a una concesionaria, entre otras, la misión de gestionar un servicio público y en el presente caso, aun cuando las contratantes desarrollan una actividad de servicio público, en los contratos cuya resolución se demanda, no se evidencia la participación de la Administración Pública otorgando la gestión de un servicio público.

Debe destacarse que una de las condiciones para que un contrato sea calificado como administrativo, es, según la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Sala, que una de las partes contratantes sea un ente público, además de la presencia en el contrato de las llamadas cláusulas exorbitantes y la finalidad y utilidad de servicio público o de intereses públicos en el contrato. (sentencia 1452 del 12 de julio de 2001, caso: *Alatec Haskoning, S.A.*). En tal sentido, esta Sala considera que los contratos de operación y expendio celebrados entre la sociedad mercantil **SHELL PRODUCTOS DE VENEZUELA, C.A.**, y las estaciones de servicio demandadas, constituyen contratos de naturaleza mercantil suscritos por entes de naturaleza privada y por tanto, no pueden ser catalogados como contratos de concesión de servicio público.

Por otra parte, tampoco podría afirmarse que la sola actividad de servicio público, sin que medie contrato administrativo o acto administrativo, así como el hecho de que los bienes utilizados para la distribución y expendio de hidrocarburos y lubricantes sean de la propiedad de PDVSA, constituyan circunstancias determinantes para que la demanda sea sometida a la jurisdicción contencioso administrativa, ya que las reglas de competencia legalmente establecidas para esta jurisdicción, no prevén tales supuestos.

Se reitera que la jurisdicción contencioso administrativa, concretamente esta Sala Político-Administrativa es el órgano jurisdiccional competente para conocer de cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o *resolución* de los *contratos de naturaleza administrativos*, en los cuales sea parte la República, los estados o los municipios, (artículo 42, numeral 14 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hoy artículo 5, numeral 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). En el presente caso, el objeto de la demanda interpuesta es la resolución de varios contratos suscritos entre particulares, donde no participa la Administración Pública, por lo que la jurisdicción competente para conocer de la misma es la ordinaria.

Finalmente cabe señalar que la decisión de esta Sala de fecha 29 de junio de 2004, recaída en el caso: *Mario Nunes Da Costa*, invocada por los solicitantes del avocamiento para fundamentar su alegato de incompetencia, no puede asimilarse al presente caso, en virtud de que en aquel juicio, la competencia fue asumida por la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud del fuero atrayente al plantearse una demanda por daños materiales y morales, contra un ente perteneciente a la Administración Pública Descentralizada (CORPOVEN S.A.).

Por las razones antes expuestas, estima la Sala que debe ser desechado este argumento referido a la incompetencia del tribunal que venía conociendo de la demanda de resolución de los contratos interpuesta por la sociedad mercantil **SHELL VENEZUELA PRODUCTOS, C.A.**, y así se decide.

4. *Recursos Administrativos. Recurso de Reconsideración***TSJ-SPA (0695)****22-3-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Hugo Urdaneta Navarro vs. Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

El artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, establece que el recurso de reconsideración debe interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del acto que se impugna por ante el funcionario que lo dictó.

Ahora bien, observa la Sala que el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, establece que el recurso de reconsideración debe interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del acto que se impugna por ante el funcionario que lo dictó.

Por su parte, el artículo 42 *eiusdem* dispone:

“Los términos o plazos se contarán siempre a partir del día siguiente de aquel en que tenga lugar la notificación o publicación. En los términos o plazos que vengan establecidos por días, se computarán exclusivamente los días hábiles, salvo disposición en contrario. Se entenderá por días hábiles, a los efectos de esta Ley, los días laborables de acuerdo con el calendario de la Administración Pública”.

En el caso de autos, la Resolución N° 39 emanada del Ministro de Transporte y Comunicaciones fue notificada el día 23 de abril de 1999 (folio 84 del expediente administrativo), por lo que el lapso para ejercer el respectivo recurso de reconsideración se inició el día hábil siguiente, es decir, el 26 de abril del mismo año.

Ejercido el recurso de reconsideración, el Ministro de Transporte y Comunicaciones, mediante Resolución N° 49 de fecha 16 de agosto de 1999, lo declaró inadmisibles en los siguientes términos:

“(…) en razón que desde la fecha (23-04-99) en que recibe efectivamente el ciudadano HUGO URDANETA NAVARRO la notificación que se impugna, han transcurrido más de los quince (15) días hábiles a que tiene derecho para accionar; por cuanto, la oportunidad para impugnar fue hasta el 14 de mayo de 1999 y no cuando accionó el funcionario (...); el 20 de mayo de 1999, lo que demuestra que la interposición del presente recurso de reconsideración, la realizó fuera de lapso, es decir, cuatro (4) días hábiles después.(…)”.

De lo anterior se desprende que la Administración, en este caso, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, tomó como fecha de interposición del recurso de reconsideración, la oportunidad en que éste fue presentado por ante el Ministro respectivo y no la fecha en la cual el recurrente presentó el mismo recurso por ante el Órgano al que, erróneamente, consideró como autoridad competente para decidirlo; esto es, ante la Oficina Ministerial de Personal del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

En efecto, aprecia la Sala a los folios 24 y 25 del expediente judicial, copia del recurso de reconsideración interpuesto por el recurrente ante la Oficina Ministerial de Personal del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, cuya fecha de recibo es el 30 de abril de 1999. Igualmente, cursa a los folios 26 y 27, copia del mismo recurso, presentado el 20 de mayo de 1999 ante el Ministro de Transporte y Comunicaciones.

Advertido lo anterior, debe la Sala señalar, por otra parte, que de la revisión de los expedientes administrativo y judicial, no se evidencia que la Oficina Ministerial de Personal del Ministerio de Transporte y Comunicaciones haya hecho saber al recurrente el error en el que incurrió, al interponer el recurso de reconsideración por ante un órgano distinto a aquél que dictó el acto impugnado.

Ciertamente, la Administración, en este caso, la Oficina Ministerial de Personal del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (hoy Ministerio de Infraestructura), como órgano de la Administración Pública Nacional debió indicar al administrado, ciudadano Hugo Urdaneta Navarro, el error cometido al interponer por ante dicha Oficina el escrito con el que pretendía solicitar la reconsideración de la Resolución N° 39, cumpliendo así con lo dispuesto en los artículos 44, 45, 46 y 50 la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En efecto, los referidos artículos expresan lo siguiente:

“*Artículo 44.* En los Ministerios, organismos y demás dependencias públicas se llevará un registro de presentación de documentos en el cual se dejará constancia de todos los escritos, peticiones y recursos que se presenten por los administrados, así como de las comunicaciones que puedan dirigir otras autoridades. (...)”

“*Artículo 45.* Los funcionarios del registro que reciban la documentación advertirán a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen, pero sin que puedan negarse a recibirla.” (Destacado de la Sala)

“*Artículo 46.* Se dará recibo de todo documento presentado y de sus anexos, con indicación del número de registro que corresponda, lugar, fecha y hora de presentación. Podrá servir de recibo la copia mecanografiada o fotostática del documento que se presente, una vez diligenciada y numerada por los funcionarios del registro.”

“*Artículo 50.* Cuando en el escrito o solicitud dirigida a la Administración Pública faltare cualquiera de los requisitos exigidos en el artículo anterior, la autoridad que hubiere de iniciar las actuaciones lo notificará al presentante, comunicándole las omisiones o faltas observadas a fin de que en el plazo de quince (15) días proceda a subsanarlos. (...)” (Destacado de la Sala).

Por otra parte, en relación con los mencionados deberes de los funcionarios públicos (*Vid.* Sentencia 0494 de fecha 20 de mayo de 2004), el Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.393 Extraordinario de fecha 22 de octubre de 1999, establece ciertos principios y disposiciones que tienen por objeto racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública, mejorando su eficacia, pertinencia y utilidad.

Así, los artículos 1°, 3° y 4° del referido Decreto Ley, expresan lo siguiente:

“*Artículo 1°.-* El presente Decreto-Ley tiene por objeto establecer los principios y bases conforme a los cuales, los órganos de la Administración Pública Central y Descentralizada funcionalmente a nivel nacional, realizarán la simplificación de los trámites administrativos que se efectúen ante los mismos.”

“*Artículo 3°.-* A los efectos de este Decreto-Ley, se entiende por trámites administrativos las diligencias, actuaciones o gestiones que realizan los particulares ante los órganos y entes de la Administración Pública para la resolución de un asunto determinado.”

“*Artículo 4°.-* La simplificación de los trámites administrativos tiene por objeto racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la Administración Pública; mejorar su eficacia, pertinencia y utilidad, a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad en las mismas; reducir los gastos operativos; obtener ahorros presupuestarios; cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la Administración Pública con los ciudadanos.”

En el citado texto legal, se mencionan los principios que deben regir la actividad de la Administración, a saber: a) La presunción de buena fe del ciudadano; b) La simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración Pública; c) La actividad de la Administración Pública al servicio de los ciudadanos; y d) La desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección.

Por otra parte, los artículos 37 y 38 *eiusdem* establecen la obligación de los funcionarios de la Administración de ofrecer a los administrados la información necesaria y completa sobre los escritos, reclamaciones o peticiones, que dirijan los ciudadanos en los siguientes términos:

“Artículo 37.- Los órganos y entes sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley tienen el deber de ofrecer a los ciudadanos información completa, oportuna y veraz en relación con los trámites que se realicen ante los mismos.

(...)” (Destacado de la Sala)

“Artículo 38.- Toda persona que haya presentado una petición, reclamación, consulta o queja ante los órganos y entes de la Administración Pública, tiene derecho a conocer el estado en que se encuentra su tramitación y a que se le informe el plazo, dentro del cual se atenderá la misma.” (Destacado de la Sala)

Las normas y principios mencionados, en ambos textos legales, están orientados a que la actividad de la Administración, en lo que se refiere a los trámites y procedimientos ante ella seguidos, se realicen de una manera clara y útil, con arreglo a los principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad, con la finalidad de mejorar las relaciones entre los administrados y de éstos con la Administración, haciendo eficaz y eficiente la actividad administrativa.

Así pues, dicha normativa debe ser cumplida por los órganos de la Administración Pública Nacional y, en este caso, debió ser observada por los funcionarios de la Oficina Ministerial de Personal del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (hoy Ministerio de Infraestructura), dando respuesta al ciudadano Hugo Urdaneta Navarro, en relación con el recurso de reconsideración interpuesto ante dicho Órgano.

Advertido lo anterior, esta Sala estima que la circunstancia de que el recurso de reconsideración no haya sido presentado inicialmente por ante el Órgano correspondiente, no debe resultar un obstáculo para considerar que fue interpuesto en tiempo hábil, sobre todo si se atiende a que la Resolución objeto del referido recurso podía inducir a error en cuanto a la autoridad que la había dictado, al establecer en su encabezado la frase “Despacho del Ministro–Oficina Ministerial de Personal”.

Es por esta razón que mal podrían trasladarse al recurrente las consecuencias de la referida omisión en la que incurrió la Administración, pues se le estaría vulnerando su derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva. Igualmente, debe la Sala observar que ha sido clara la pretensión del recurrente de salvaguardar legítimamente sus derechos, acudiendo en tiempo hábil por ante la Oficina Ministerial de Personal del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (hoy Ministerio de Infraestructura) a los fines de lograr la revisión del acto administrativo mediante el cual se le removió del cargo de Técnico de Información Aeronáutica adscrito al referido Ministerio, interponiendo el recurso de reconsideración.

Es así como la Sala, en su deber ineludible de garantizar la preeminencia y el respeto de los derechos y garantías constitucionales, asegurar el orden social justo y hacer prevalecer la verdad como elemento consustancial de la justicia; considera necesario establecer que el tiempo transcurrido (catorce días) desde la interposición del recurso de reconsideración por ante la Oficina Ministerial de Personal del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, hasta la fecha en que fue interpuesto por ante el Ministro de Transporte y Comunicaciones –órgano competente para decidirlo-, no deberá ser tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos de caducidad para ejercer el recurso pertinente.

En consecuencia, esta Sala declara que el recurso de reconsideración intentado en contra la Resolución N° 39 emanada del Ministro de Transporte y Comunicaciones en fecha 16 de abril de 1999, fue ejercido oportunamente, incurriendo la Administración en un falso supuesto de hecho que hace anulable la Resolución N° 49 de fecha 16 de agosto de 1999. Así se decide.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. Órganos

A. Cortes de lo Contencioso Administrativo

CSCA

14-2-2006

Juez Ponente: Ana Cecilia Zulueta Rodríguez

Caso: José Oscar Ríos Medina vs. Inspectoría del Trabajo en los Municipios Autónomos Valencia, Naguanagua, San Diego, Los Guayos, Carlos Arvelo, Miranda y Montalbán del Estado Carabobo.

La Corte examina su grado de competencia jurisdiccional para conocer y decidir pretensiones procesales propuestas contra actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, en atención a la jurisprudencia existente emanada por las distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

Mediante sentencia N° 9 de fecha 5 de abril de 2005, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia recaída en el caso: Universidad Nacional Abierta vs. Inspectoría del Trabajo en los Municipios Valencia, Libertador, San Diego, Naguanagua, Los Guayos y Carlos Arvelo del Estado Carabobo, resolvió un conflicto negativo de competencia que se planteó entre los criterios de la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional de ese Máximo Tribunal, con relación en la determinación de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer y decidir los recursos contenciosos administrativos de nulidad interpuestos contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, declarando competente a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales para conocer, en primera instancia, de los mismos. El criterio que prevaleció para adoptar la motivación de ese fallo es el de facilitar el acceso de los ciudadanos a los Órganos de Administración de Justicia, concretamente, a los órganos que integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevista en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por su parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 1458, del 6 de abril de 2005, caso: *Operaciones al Sur del Orinoco, C.A., OP-CO vs. la Inspectoría del Trabajo de la Zona del Hierro del Estado Bolívar*, acogió la posición sentada por la Sala Plena del Máximo Tribunal de la República en la mencionada sentencia del 5 de abril de 2005.

En dicha sentencia, la Sala Político Administrativa afirmó lo siguiente:

“Ahora bien, el referido conflicto fue resuelto mediante sentencia de la Sala Plena de este Máximo Tribunal de fecha 5 de abril de 2005, en la cual se dejó sentado que ante la inexistencia de una norma legal expresa que atribuya a los Tribunales Laborales la competencia para conocer de las providencias emanadas de las Inspectorías del Trabajo, dicha competencia corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Concluyó la Sala Plena, que el conocimiento de los recursos contenciosos administrativos que se intenten contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, atendiendo al derecho de acceso a la justicia de los particulares corresponde a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales.

Conforme a las consideraciones expuestas en el fallo antes aludido, esta Sala, atendiendo al caso de autos, observa que se ha ejercido un recurso de nulidad contra la Providencia Administrativa N° 00/091 de fecha 11 de diciembre de 2000, dictada por la Inspectoría del Trabajo de la Zona del Hierro del Estado Bolívar (...) por lo que resulta aplicable el criterio expuesto por la Sala Plena de este Máximo Tribunal, siendo procedente declarar competente para conocer del caso al Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar (...)."

El criterio supra transcrito ha sido reiterado por la misma Sala en sus sentencias Nros. 4280/2005, caso: *Sindicato Nacional de Gandoleros, S.N.G.*, exp. 2003-0088; 4285/2005, caso: *Diorisbeth Rodríguez Pastran y otra*, exp. 2003-1094; 4286/2005, caso: *Asociación Civil Magnum City*, exp. 2004-1302, todas ellas publicadas el 16 de junio de 2005; así como las sentencias N° 3961/2005, caso: *Sindicato Profesional de Trabajadores de Empresas Criadoras de Animales, Fabricantes de sus Alimentos, Distribuidores, Almacenadores, Afines, Conexos y Similares del Estado Carabobo*, exp. 2002-0681; 3966/2005, caso: Fuller Mantenimiento, C.A., exp. 2004-0652; 3967/2005, caso: *Bingo Emperador C.A.*, exp. 2004-0655; 3968/2005, caso: *Arnaldo Andrés Veliz Salazar*, exp. 2004-0699; 3969/2005, caso: *Freddy Ramón Tejada Silva*, exp. 2004-0769; 3971/2005 caso: *Luis Rivero, Egisasio Bermúdez, José Guzmán y otros*, exp. 2004-1287, todas las anteriores publicadas el 9 de junio de 2005, por lo cual esta Alzada debe concluir, que el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cual es la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha mantenido una posición constante y reiterada al declinar a los Juzgados Superiores Regionales con competencia en materia contencioso administrativa el conocimiento en primera instancia de las pretensiones anulatorias deducidas contra las Inspectorías del Trabajo.

En refuerzo de la posición asumida tanto por la Sala Plena como por la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal de la República, la Sala Constitucional a través de la sentencia N° 924 del 20 de mayo de 2005, recaída en el caso: Omar Dionicio Guzmán, afirmó la aplicación del criterio fijado por la Sala Plena de ese Alto Tribunal en la sentencia de fecha 5 de abril de 2005, concluyendo en el caso concreto:

Una vez que fue hecha la revisión del expediente, esta Sala comprobó que, respecto a la problemática que se planteó en relación con la determinación de los tribunales con competencia para el conocimiento de las demandas de nulidad contra los actos administrativos que emanan de las Inspectorías del Trabajo, en tanto que órganos administrativos, la Sala Plena de este Supremo Tribunal se pronunció el 5 de abril de 2005, de la siguiente forma:

Por tanto debe concluir esta Sala Plena que, ante la inexistencia de una norma legal expresa que atribuya a los Tribunales Laborales la competencia para conocer de las providencias emanadas de las Inspectorías del Trabajo, dicha competencia corresponde a los órganos contencioso administrativos competentes (...).

Para finalizar, en razón de la inexistencia en el ordenamiento jurídico venezolano de un basamento normativo que permita predicar que la competencia para conocer de los recursos contencioso administrativos interpuestos contra los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, los cuales son actos administrativos, corresponderá a los tribunales de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de tales asuntos, en virtud de la aplicación del principio de la universalidad de su control por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Ahora bien, dilucidada como ha sido la jurisdicción competente para conocer y decidir casos como el presente, es necesario determinar y declarar cuál es el tribunal contencioso administrativo competente para conocer del mismo.

A este respecto existen precedentes, como la sentencia número 1333, de fecha 25 de junio de 2002, proferida por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en la cual señaló:

‘(...) 2. No existe un tribunal contencioso-administrativo especialmente competente para dilucidar conflictos suscitados con ocasión del ejercicio de las competencias de las inspecciones del trabajo; por ello, toca a la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa ver de estos casos (ver: sentencias núms. 207/2001, 1318/2001 y 2695/2001). Siendo, pues, que a la accionante le resulta más accesible un Juzgado del Estado Bolívar, corresponde tramitar la acción de amparo incoada al Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y Contencioso-Administrativo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar (...)’.

Conforme a la doctrina expuesta, en la que se considera el tribunal ‘...que a la accionante le resulta más accesible’, esto es, en garantía del derecho de acceso a la justicia de los particulares, esta Sala Plena declara que, tratándose de un asunto acaecido fuera de la Región Capital, específicamente la providencia administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo del Estado Carabobo, mediante la cual se declaró con lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos de un trabajador de la recurrente, su conocimiento corresponde a un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo Regional. Esta determinación de competencia se hace en aras al acceso a la justicia y a la celeridad de la misma, evitando así, que la persona afectada deba trasladarse a grandes distancias del sitio donde se concretó el asunto, a fin de obtener la tutela judicial efectiva. Así las cosas, y en beneficio del justiciable, esta Sala Plena declara que el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo competente es el de la Región Centro Norte del Estado Carabobo (...)’ (s. S.P. N° 9 de 05.04.05).

De lo precedente, se concluye que, en la causa respecto de la cual el solicitante pretende el avocamiento, ha cesado la incertidumbre en cuanto a la competencia, que ocasionó las sucesivas declinatorias de la demanda cuyo avocamiento se pretende y, con ello, el desorden procesal en ese juicio (...)’.

De allí que, siendo que el presente caso versa sobre un recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto contra la Providencia Administrativa contentiva del “Auto de Homologación” de fecha 15 de abril de 2003, dictada por la Inspectoría del Trabajo en los Municipios Autónomos Valencia, Naguanagua, San Diego, Los Guayos, Carlos Arvelo, Miranda y Montalban del Estado Carabobo, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en atención a los criterios jurisprudenciales supra referidos, declara su incompetencia para conocer y decidir en primer grado de jurisdicción el presente asunto y, así se declara.

2. *Principio de universalidad de control y de integralidad de la tutela judicial*

TSJ-SC (93)

1-2-2006

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Asociación Civil BOGSIVICA vs. Decisión Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

Toda pretensión fundada en Derecho Administrativo o que tenga como origen una relación jurídico-administrativa, debe ser atendida o amparada por los tribunales con competencia contencioso-administrativa, pues el artículo 259 constitucional no es, en modo alguno, taxativo, sino que, por el contrario, enumera algunas –las más comunes– de las pretensiones que proceden en este orden jurisdiccional (pretensión anulatoria y pretensión de condena a la reparación de daños) y enunciativamente permite, como modo de restablecimiento de las situaciones que sean lesionadas por la actividad o inactividad administrativa, la promoción de cuantas pretensiones sean necesarias para ello. En atención a la cláusula cons-

titucional de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 259), ésta no sólo ha de dar cabida a toda pretensión, sino que, además, debe garantizar la eficacia del tratamiento procesal de la misma y en consecuencia, atender al procedimiento que más se ajuste a las exigencias de la naturaleza y urgencia de dicha pretensión.

Así, en este caso el objeto de la solicitud de revisión lo constituye el acto jurisdiccional que dictó, el 17 de diciembre de 2003, la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se declaró la improcedencia del “recurso por abstención” que ejerció la aquí solicitante contra la República Bolivariana de Venezuela, por órgano del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, en razón de la demora del Ejecutivo Nacional en cuanto al cumplimiento con lo que disponen el artículo 119 y la Disposición Transitoria Decimosegunda de la Constitución, en relación con el deber de demarcación de los terrenos en los que se encuentra asentado el pueblo Barí y, en consecuencia, con el deber de otorgamiento de los títulos de ratificación de dicha reserva. Asimismo, la referida demanda perseguía una pretensión mero declarativa de existencia de la reserva Barí.

La decisión de improcedencia de la Sala Político-Administrativa se basó en que “*en el presente caso no se materializan los presupuestos necesarios para que proceda el recurso por abstención o carencia interpuesto, de allí que el mismo debe ser desestimado*”. Concretamente, luego del análisis de la naturaleza de la omisión administrativa que se denunció, esa Sala concluyó que dicha inactividad no se encuadra dentro del concepto de “abstención” que puede ser objeto de pretensiones de condena en el marco del medio procesal que tradicional - y erróneamente- se ha denominado “recurso por abstención o carencia”, todo ello según la línea del criterio tradicional y pacífico de la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana en la materia.

Ahora bien, considera la Sala que la sentencia de la Sala Político-Administrativa objeto de revisión violó la correcta lectura que ha de darse a los artículos 26, 51 y 259 de la Constitución de 1999 y, además, contradujo el criterio de esta Sala que ha encauzado la interpretación de esas normas constitucionales, específicamente en sentencias de 23 de octubre de 2002 (caso *Gisela Anderson y otros*), de 6 de abril de 2004 (caso *Ana Beatriz Madrid*) y de 27 de mayo de 2004 (caso *Elizabeth Morini Morandini*), entre otras que se señalarán.

En efecto, el artículo 259 de la Constitución establece:

“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”.

Por su parte, el artículo 26 *eiusdem* dispone:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

La constitucionalización de la justicia administrativa, a partir de la Constitución de 1961, implicó la adición de su función subjetiva o de tutela judicial de los administrados a su

función tradicional u objetiva de control de la legalidad de la Administración Pública. De conformidad con esa premisa y la correcta lectura de las normas constitucionales que se transcribieron, la justicia contencioso-administrativa venezolana debe garantizar los atributos de integralidad y efectividad del derecho a la tutela judicial. De esa manera, y en lo que se refiere a la integralidad, toda pretensión fundada en Derecho Administrativo o que tenga como origen una relación jurídico-administrativa, debe ser atendida o amparada por los tribunales con competencia contencioso-administrativa, pues el artículo 259 constitucional no es, en modo alguno, taxativo, sino que, por el contrario, enumera algunas –las más comunes– de las pretensiones que proceden en este orden jurisdiccional (pretensión anulatoria y pretensión de condena a la reparación de daños) y enunciativamente permite, como modo de restablecimiento de las situaciones que sean lesionadas por la actividad o inactividad administrativa, la promoción de cuantas pretensiones sean necesarias para ello. Integralidad o universalidad de procedencia de pretensiones procesales administrativas que, además, son admisibles con independencia de que éstas encuadren o no dentro del marco de medios procesales tasados o tipificados en la Ley, pues, se insiste, es el Texto Constitucional el que garantiza la procedencia de todas ellas. Pero en atención a la cláusula constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 259), ésta no sólo ha de dar cabida a toda pretensión, sino que, además, debe garantizar la eficacia del tratamiento procesal de la misma y en consecuencia, atender al procedimiento que más se ajuste a las exigencias de la naturaleza y urgencia de dicha pretensión.

El enfoque del tratamiento y estudio del contencioso administrativo desde la óptica de la pretensión consigue, así, fundamento en el artículo 259 de la Constitución y es, además, consecuencia obligada de su función subjetiva y de su naturaleza jurídica: la de un orden jurisdiccional, inserto dentro del sistema de administración de justicia, cuya finalidad primordial es el restablecimiento de situaciones jurídico-subjetivas y que debe, por ende, informarse siempre con los principios generales del Derecho Procesal (*cf.* González Pérez, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, tercera edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 70 y ss.). De allí el error cuando se entiende que es el acto administrativo –en vez de la pretensión procesal– el objeto del proceso contencioso administrativo y de allí también la tradicional imprecisión terminológica que ha caracterizado el tratamiento de nuestro sistema contencioso administrativo, denominando recursos a medios procesales tales como, entre otros, el “recurso por abstención o carencia”, que mal puede considerarse “recurso” ni “medio de impugnación”, cuando su objeto es la pretensión de condena a una obligación de hacer o de dar por parte de la Administración.

Ya esta Sala, en anteriores oportunidades, específicamente en su sentencia N° 2.629 de 23 de octubre de 2002 que antes se mencionó, sostuvo la amplitud que, en aras de esa función subjetiva y de la tutela judicial de los administrados, exhibe la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana:

“De este modo la Constitución garantiza a los administrados, funcionarios públicos o sujetos bajo relaciones especiales, un plus de garantías que no deja dudas respecto a la potestad que tienen esos tribunales para resguardar los derechos constitucionales que resulten lesionados por actos, hechos, actuaciones, omisiones o abstenciones de la Administración Pública; potestad que según la doctrina más actualizada, se ejerce al margen de que la denuncia encuadre en los recursos tradicionales establecidos en la ley o que haya construido la jurisprudencia, pues, la tendencia es a darle trámite a este tipo de demandas en tanto subyaza un *conflicto* de orden administrativo que exija el examen judicial respectivo.

Así tenemos que, de la simple lectura de las atribuciones que el artículo 259 de la Constitución otorga a la jurisdicción contencioso-administrativa, se aprecia que los justiciables pueden accionar contra la Administración a los fines de solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de la Administración aunque se trate de vías de hecho o de actuaciones materiales. **El referido precepto constitucional señala como potestades de la jurisdicción contencioso-administrativa, no solo la anu-**

lación de actos administrativos, la condena de pago de sumas de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios y el conocimiento de las reclamaciones relativas a la prestación de los servicios públicos, sino también, el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de la Administración.

Resulta claro que la jurisdicción contencioso-administrativa, no está limitada a asegurar el respeto de la legalidad en la actuación administrativa, ya que el artículo 26 de la Constitución concibe a toda la justicia, incluyendo a la contencioso-administrativa, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por lo tanto, a partir de la Constitución de 1999, **la jurisdicción contencioso-administrativa no puede concebirse como un sistema exclusivo de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la administración -a pesar de que la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, regula procedimientos objetivos, cuya finalidad es declarar la nulidad del acto impugnado -sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, que no permite reducir, limitar o excluir las lesiones producidas por actuaciones materiales o vías de hecho**". (Destacado añadido).

Posteriormente, y en atención al mismo criterio, esta Sala expuso en la sentencia N° 1029 de 27 de mayo de 2004, lo siguiente:

"...la potestad que tienen los Tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo para resguardar aquellos derechos protegidos por la Constitución y los Tratados de Protección de los Derechos Humanos que puedan resultar lesionados por actos, hechos, actuaciones, omisiones o abstenciones de la Administración Pública; potestad ésta que, según la doctrina más actualizada, **se ejerce al margen de que la denuncia encuadre en los recursos tradicionales establecidos en la ley o que haya construido la jurisprudencia, pues, la tendencia compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 constitucional, es a darle recibo y trámite a todo tipo de demandas en tanto subyazca un conflicto de orden administrativo, derivado de una relación jurídica entre un particular y un órgano o ente investido de potestades públicas, que exija el examen judicial respectivo** (cfr. Santiago González-Varas Ibáñez, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 125 y siguientes).

De acuerdo con lo indicado, el mencionado artículo 259 de la Constitución otorga a los Tribunales con competencia en lo contencioso administrativo un conjunto de atribuciones que permiten que los justiciables puedan accionar contra la Administración Pública a fin de solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de dicha Administración incluidas las vías de hecho o actuaciones materiales, de allí que **dicho precepto constitucional señala como potestades de los órganos judiciales con competencia en lo contencioso-administrativo no solo la posibilidad de anular actos administrativos, de condenar al pago de sumas de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios y de conocer de las reclamaciones relativas a la prestación de los servicios públicos prestados mediante gestión directa o indirecta, sino también el poder de restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de los órganos y entes que integran la Administración Pública**". (Destacado añadido).

Se trata de un criterio que ha sostenido esta Sala en múltiples ocasiones, como lo demuestran también, y entre otras, las sentencias de 23 de octubre de 2002 (caso *María Valentina Sánchez* y otros); de 20 de febrero de 2003 (caso *Benedetto D'alto Carrano*); de 23 de abril de 2003 (caso *Edgar Parra Moreno*), de 6 de junio de 2003 (caso *José Ángel Rodríguez*); de 22 de octubre de 2003 (caso *Enrique Ramón Tigua Vélez*); de 24 de mayo de 2004, (caso *Leonilda Asunta Filomena Rattazzi Tuberosa*); de 20 de julio de 2005 (caso *Justo Javier Macuribana*); de 28 de julio de 2005 (caso *Zdenko Seligo*). De manera que se trata de una postura unánimemente sostenida y reiterada por la Sala, cuyo desconocimiento, en el caso de autos, abona a favor de esta solicitud de revisión y nulidad de la sentencia objeto de la misma.

Con fundamento en la postura que se ha sostenido en las decisiones que antes se citaron, esta Sala ha declarado la inadmisibilidad de pretensiones de amparo que se han ejercido contra actuaciones u omisiones de la Administración, precisamente porque los medios procesales contencioso-administrativos son medios ordinarios capaces, por imperativo constitucional, de dar cabida y respuesta a esas pretensiones procesales y a cualesquiera otras que se planteen contra los órganos del Poder Público en ejercicio de la función administrativa, por lo que no es admisible, salvo excepciones, acudir a la vía del amparo constitucional.

Esa procedencia en el contencioso administrativo de cuantas pretensiones se planteen frente a la Administración Pública se sostiene, según se dijo ya, en el principio de universalidad de control y de integralidad de la tutela judicial, incluso frente a actuaciones administrativas frente a las que el ordenamiento legal no regula medios procesales especiales. Caso paradigmático es el de las vías de hecho, a las que se referían los fallos cuya cita se transcribió, frente a las cuales los administrados pueden incoar pretensiones procesales que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa han de ventilar aunque no exista aún en nuestro ordenamiento un procedimiento especial para ello.

Un segundo ejemplo, en este mismo sentido, es precisamente, el que se planteó en la demanda de autos: el caso en el cual ciertos particulares se consideran lesionados a causa de una supuesta inactividad administrativa, como lo es la demora de la Administración Pública Nacional en dar cumplimiento a un deber constitucional de demarcación de los terrenos en los que se encuentran asentados los pueblos indígenas, cuyo control no es posible, al menos en criterio de la Sala Político-Administrativa, a través del “recurso por abstención o carencia”. Ello trae como consecuencia que, frente a tales supuestas lesiones causadas por un incumplimiento administrativo, los particulares se vean absolutamente indefensos en el marco de la justicia administrativa, pues –bajo ese criterio– tampoco existe un medio procesal especialmente regulado para dar cabida a las pretensiones en su contra.

En efecto, el criterio tradicional y pacífico que ha mantenido la jurisprudencia contencioso-administrativa, a partir del pronunciamiento de la Sala Político-Administrativa de 28 de mayo de 1985 (caso *Eusebio Igor Vizcaya Paz*) y que ha sido reiterado por décadas como lo demuestran, entre otras, las sentencias de Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 29 de octubre de 1987 (caso *Alfredo Yanucci Fuciardi*) y de 19 de febrero de 1987 (caso *Inmacolata Lambertini de De Pégola*); y de la Sala Político-Administrativa de 13 de junio de 1991 (caso *Rangel Bourgoing y Elías José Sarquis Ramos*); de 10 de agosto de 1995 (caso *Sucesión Hernández Pacheco*); de 28 de septiembre de 1995 (caso *Androcelis Palenzuela Bravo*); de 14 de febrero de 1996 (caso *Héctor Antonio Díaz Vázquez*), así como las más recientes de esa misma Sala de 10 de abril de 2000 (caso *Instituto Educativo Henry Clay*); de 23 de mayo de 2000 (caso *Sucesión Aquiles Monagas Hernández*); de 29 de junio de 2000 (caso *Francisco Pérez De León y otros*) y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 23 de febrero de 2000 (caso *José Moisés Motato*), ha sido que el “recurso por abstención” es un medio procesal administrativo mediante el cual puede demandarse la pretensión de condena frente a determinada forma de inactividad administrativa, denominada abstención o carencia, que consiste en el incumplimiento, por parte de la Administración Pública, de una obligación específica de actuación que, como se estableció en la referida sentencia de 28 de febrero de 1985, se refiere a “*la obligatoriedad para la Administración de producir un determinado acto o de realizar una actuación concreta en vista de un imperativo legal expreso y específico*”.

En consecuencia, las únicas formas de inactividad que tradicionalmente han sido atacables a través de esta vía procesal son aquellas derivadas del incumplimiento de una obligación concreta o *específica*, vale decir *expresamente* establecida en una norma de rango *legal*, de carácter *reglado*, frente a la cual determinado particular tenga *derecho* a la actuación omisa.

Se trata de un criterio de la jurisprudencia contencioso- administrativa que no se adapta a los actuales cánones constitucionales que enmarcan al contencioso administrativo, y que persigue adaptarse a la letra de las normas legales que sirven de asidero a este medio procesal (artículo 5, cardinal 26, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, antiguo artículo 42, cardinal 23, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), sin tener en consideración que dichas normas legales no obstan, en modo alguno, para que sean judicialmente atacables otras formas de inactividad administrativa distinta a la abstención o carencia, incluso a través de demandas por abstención.

En efecto, el artículo 5, cardinal 26, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece como competencia de la Sala Político-Administrativa “*Conocer de la abstención o negativa del Presidente o Presidenta de la República, del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República y de los Ministros o Ministras del Ejecutivo Nacional, así como de las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional con autonomía funcional, financiera y administrativa y del Alcalde del Distrito Capital, a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las Leyes*”.

Tal competencia, según se dijo, se ha encauzado tradicionalmente a través del “recurso por abstención o carencia”. No obstante, la norma no impide –mal podría hacerlo pues violaría el artículo 259 constitucional- que a través de ese medio procesal, que ha sido delineado por la jurisprudencia –el “recurso por abstención”- se ventilen también las pretensiones de condena que se planteen para exigir el cumplimiento de obligaciones de hacer o dar que no consistan en “*específicos y concretos actos*” o cuya fuente no sea la Ley (“*que estén obligados por las Leyes*”) sino una norma sublegal o, como en este caso, una norma constitucional. En todo caso, y aún en el supuesto de que la Sala Político-Administrativa no admitiese esa interpretación del artículo 5, cardinal 26, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, mal podría negar la procedencia de pretensiones de condena al cumplimiento de obligaciones que no encuadren dentro del concepto de abstención, bajo el argumento de que no puede plantearse un “recurso por abstención” en esos casos, pues en tal supuesto está en el deber, de conformidad con el artículo 19, párrafo 2, de establecer la vía procesal idónea para la tramitación de esa pretensión, desde que según prevé la norma: “*cuando en el ordenamiento jurídico no se contemple un procedimiento especial a seguir, se podrá aplicar el que juzgue más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga su fundamento jurídico legal*”.

Ya esta Sala, en anteriores oportunidades, ha establecido su postura acerca de la excesiva rigidez, contraria a la Constitución, de la jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de demandas por abstención y, muy concretamente, también expuso su criterio acerca de la inconsistencia del criterio de distinción entre omisiones genéricas y omisiones específicas para la determinación de cuándo procede el “recurso por abstención”. En concreto, en sentencia de 6 de abril de 2004 (caso *Ana Beatriz Madrid*), la cual se ratificó en sentencias de 12 de julio de 2004 (caso *Samuel Enrique Fábregas*), de 22 de julio de 2004 (caso *Moisés Antonio Montero*) y de 4 de octubre de 2005 (caso *Luis María Olalde*) se estableció que:

“En segundo lugar, procede el análisis de la idoneidad de otra vía procesal: el recurso por abstención o carencia. El objeto de este ‘recurso’, según la tradicional y pacífica jurisprudencia contencioso-administrativa (...) ha sido la pretensión de *condena* contra la Administración al *cumplimiento de una obligación específica de actuación*. (...).

Ahora bien, aún tratándose de un criterio tradicional de la jurisprudencia contencioso-administrativa, no puede ser compartido por esta Sala porque no se ajusta a los patrones constitucionales de la materia. En efecto, no considera la Sala que la obligación administrativa de dar respuesta a las solicitudes administrativas sea un ‘deber genérico’.

En primer lugar, porque **toda obligación jurídica es, per se, específica, sin perjuicio de que su cumplimiento haya de hacerse a través de una actuación formal** (vgr. por escrito) **o material** (vgr. actuación física) **y sin perjuicio, también, de que sea una obligación exclusiva de un sujeto de derecho o bien concurrente a una pluralidad de sujetos, colectiva o individualmente considerados.**

En segundo lugar, porque aún en el supuesto de que distintos sujetos de derecho –en este caso órganos administrativos– concurren a ser sujetos pasivos de una misma obligación –en el caso de autos, el deber de todo órgano de dar oportuna y adecuada respuesta–, dicho deber se concreta e individualiza en el marco de cada relación jurídico-administrativa, por lo que es una obligación específica frente al sujeto determinado que planteó la petición administrativa. Y en tercer lugar, porque bajo el imperio de la Constitución de 1999 el derecho constitucional de dirigir peticiones a los funcionarios públicos abarca el derecho a *la obtención de oportuna y adecuada respuesta*, lo que supone el cumplimiento de concretos lineamientos, en los términos que antes explanó esta Sala, y, por ende, con independencia del contenido de la solicitud administrativa, la respuesta del funcionario debe ser *oportuna y adecuada*, lo que excluye cualquier apreciación acerca de la condición genérica de tal obligación. De allí que esta Sala Constitucional considera que el deber constitucional de los funcionarios públicos de dar oportuna y adecuada respuesta a toda petición es una obligación objetiva y subjetivamente específica”.

En el caso de autos, según se dijo, la razón de la improcedencia de la demanda que se intentó ante la Sala Político-Administrativa es que se denunció una supuesta omisión que no encuadra dentro del incumplimiento de una obligación *concreta* pues, a decir del fallo objeto de revisión, “*lo que se configura es un cúmulo de obligaciones genéricas nacidas del texto constitucional*” y, en consecuencia, mal podría –en criterio de la Sala Político-Administrativa– pretenderse su cumplimiento a través de una pretensión por abstención.

Ahora bien, con independencia de que, como se expuso en el fallo que se transcribió, esta Sala considere contrario al Texto Constitucional el criterio de distinción entre obligaciones específicas y obligaciones genéricas como delimitador de la procedencia del “recurso por abstención”, es lo cierto que, en el caso de autos, la obligación cuyo incumplimiento se denunció ante la Sala Político-Administrativa es una obligación concreta, tal como lo demuestra la sola lectura del artículo 119 y de la Disposición Transitoria Décimosegunda de la Carta Magna, y su interpretación conjunta con las normas de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas (*Gaceta Oficial* N° 37.118 de 12 de enero de 2001). Así, dichas normas constitucionales disponen:

“*Artículo 119.* El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. **Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras**, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley.”

“*Decimosegunda.* **La demarcación del hábitat indígena, a que se refiere el artículo 119 de esta Constitución, se realizará dentro del lapso de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución.**” (Destacado añadido).

Por su parte, los artículos 4, 5, 14, 19 y especialmente el 20 de la referida Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas disponen:

“*Artículo 4.* Para la determinación de los pueblos y comunidades Indígenas sujetos al proceso nacional de demarcación, se tomarán los datos del último Censo Indígena de Venezuela y otras fuentes que los identifiquen como tales.”

“*Artículo 5.* Se crea la Dirección General de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas adscrita al Ministerio del Ambiente y Los Recursos Naturales, la cual tiene a su cargo la coordinación, planificación, ejecución y supervisión de todo el proceso nacional de demarcación regulado por la presente ley”.

“*Artículo 14.* La Dirección General de Demarcación del Hábitat y Tierras Indígenas convocará a los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas respectivos para iniciar el proceso de demarcación de sus hábitats y tierras.”

“El Plan Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas abarca los pueblos y comunidades hasta ahora identificados: Amazonas: baniva, baré, cubeo, jivi (guajibo), hoti, kurripaco, piapoco, puinave, sáliva, sánema, wotjuja (piaroa), yanomami, warekena, yabarana, yekuana, mako, ñengatú (geral). Anzoátegui: kariña y cumanagoto. Apure: jibi (guajibo), pumé (yaruro), kuiba. Bolívar: uruak (arutani), akawaio, arahuaco, eñepá, panare, hoti, kariña, pemón, sape, wotjuja (piaroa), wanai (mapoyo), yekuana, sánema. Delta Amacuro: warao, arahuaco. Monagas: kariña, warao, chaima. Sucre: chaima, warao, kariña. Trujillo: wayuu. Zulia: añú (parajuano), barí, wayuu (guajiro), yukpa, japrería. Este proceso también incluye los espacios insulares, lacustres, costaneros y cualesquiera otros que los pueblos y comunidades indígenas ocupen ancestral y tradicionalmente, con sujeción a la legislación que regula dichos espacios.

La enunciación de los pueblos y comunidades señalados no implica la negación de los derechos que tengan a demarcar sus tierras otros pueblos o comunidades que por razones de desconocimiento no estén identificados en esta ley”.

“*Artículo 20.* Las denuncias relativas a las violaciones de esta Ley podrán canalizarse ante los organismos competentes y ante las instancias respectivas.” (Destacado añadido).

Para esta Sala Constitucional, la lectura de dichas normas jurídicas no deja lugar a dudas de la existencia de una obligación *concreta* en su contenido: la demarcación del hábitat y tierras de las comunidades indígenas, y *concreta* también en su ámbito subjetivo, esto es, el órgano de la Administración Pública a quien corresponde su cumplimiento: el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, a través de la Dirección Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, tal como lo preceptúan las normas legales que se citaron, así como el Decreto Presidencial N° 1392, de 3 de agosto de 2001 (*Gaceta Oficial* N° 37.257). Asimismo, se trata de una obligación *expresa* cuya fuente primaria es el Texto Constitucional, y que se concretiza a través de normas legales y sublegales; tanto así que la propia sentencia que se revisa, aun cuando declaró la improcedencia de la demanda, exhortó “...al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales como órgano encargado de coordinar, planificar, ejecutar y supervisar lo relacionado con el proceso de demarcación bajo análisis, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, para que en un tiempo prudencial cumpla con las provisiones establecidas constitucional y legalmente sobre la materia”.

En consecuencia, esta Sala ratifica, en esta oportunidad, los criterios antes expuestos, en el sentido de que los fundamentos constitucionales del contencioso administrativo venezolano exigen la observancia del principio de integralidad de la tutela judicial, en el sentido de que toda pretensión fundada en Derecho Administrativo que se plantee contra cualquier forma de actuación u omisión administrativa debe ser atendida por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que sea óbice la inexistencia de medios procesales especiales respecto de determinada forma de actuación.

Asimismo, la Sala ratifica que el criterio de la jurisprudencia contencioso-administrativa mediante el cual se excluyen del ámbito del “recurso por abstención” una serie de manifestaciones de inactividades y omisiones administrativas, porque no calzan dentro del rígido concepto de abstención, es contraria a los postulados constitucionales que se señalaron y por ende supone su superación, pues de lo contrario se llega a la perversa situación de que

determinadas formas de omisión administrativa –como es precisamente la que dio origen en el caso de autos a la demanda que se planteó ante la Sala Político-Administrativa- queden exentas de control contencioso administrativo porque no existe medio procesal tasado que le dé cabida. Incluso, esa rigidez de criterio lleva a una consecuencia más grave aún, y es que al impedirse en sede contencioso-administrativa el planteamiento de pretensiones contra formas de inactividad administrativa distintas de la clásica “abstención”, se desemboca en una absoluta denegación de justicia, pues las mismas quedan, además, exentas –en principio- de control por la vía del amparo constitucional porque, de conformidad con el criterio reiterado de esta Sala, según se expuso anteriormente, la justicia administrativa cuenta con medios suficientes para el amparo de toda pretensión procesal frente a la actuación de la Administración Pública y, en consecuencia, el amparo constitucional sólo procede excepcionalmente por razones de urgencia, pero no por falta de vía procesal contencioso-administrativa. De allí pues, una razón adicional para esta revisión, pues la confrontación entre el criterio de esta Sala en materia de amparo constitucional y la postura de la Sala Político-Administrativa en relación con el “recurso por abstención” llevan a la perversa conclusión del desamparo absoluto de ciertas pretensiones procesales.

De manera que si la Sala Político-Administrativa hubiera dado correcta interpretación a los artículos 259, 26 y 51 de la Constitución de 1999, en acatamiento a la jurisprudencia de esta Sala que reiteradamente ha puesto énfasis en la importancia de la pretensión procesal como eje rector de las demandas contencioso-administrativas y no de la actuación u omisión administrativa en la que aquélla se sustenta, ni tampoco en la existencia de medios procesales tasados, habría debido admitir la demanda que ante ella se planteó.

En consecuencia, esta Sala declara que ha lugar a la solicitud de revisión constitucional, lo que implica la declaratoria de nulidad de la sentencia de la Sala Político-Administrativa N° 01976 de 17 de diciembre de 2003; en consecuencia, dicha Sala deberá admitir la demanda en cuestión, bien a través de la vía del “recurso por abstención”, bien a través del procedimiento que considere más conveniente, de conformidad con el artículo 19, párrafo 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, previa revisión del cumplimiento de las causales de inadmisibilidad que preceptúa el artículo 19, párrafo 6 *eiusdem*. Así se decide.

3. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Objeto. Actos recurribles: Actos administrativos de efectos generales Legitimación*

TSJ-SPA (0056)

18-1-2006

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Colegio Venezolano de Agentes de la Propiedad Industrial (COVAPI) y Franklin Hoet Linares vs. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI).

La legitimación para solicitar la nulidad de un acto de efectos generales corresponde a cualquier persona plenamente capaz, sea ésta natural o jurídica, que se considere afectada o lesionada en sus derechos e intereses; en tal sentido, le bastará demostrar a quien ejerza o pretenda ejercer la acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad contra un acto administrativo de efectos generales, su interés, sea éste directo o indirecto, individual o colectivo, sin tener que comprobar que le asiste un derecho subjetivo o un interés personal, legítimo y directo para impugnar el acto de que se trate.

Declarada como ha sido la competencia de la Sala para conocer el recurso ejercido, debe verificarse la legitimación de los recurrentes para interponer el recurso de anulación contra actos de efectos generales. A tal efecto, considera necesario la Sala citar las disposiciones normativas que rigen los procesos de nulidad incoados contra actos de efectos generales, contenidas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (previstas en iguales términos en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), aplicable en concordancia con el artículo 26 del Texto Constitucional, a los fines de determinar la legitimación activa para iniciar dicho juicio; en este sentido, el referido artículo 26 y el aparte 8 del artículo 21 de la Ley en referencia, respectivamente, establecen lo siguiente:

“Artículo 26: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.”

“Artículo 21: (...) Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal 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 (...).”

Es criterio de la Sala, de conformidad con las normas antes transcritas, que la legitimación para solicitar la nulidad de un acto de efectos generales corresponde a cualquier persona plenamente capaz, sea ésta natural o jurídica, que se considere afectada o lesionada en sus derechos e intereses; en tal sentido, le bastará demostrar a quien ejerza o pretenda ejercer la acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad contra un acto administrativo de efectos generales, su interés, sea éste directo o indirecto, individual o colectivo, sin tener que comprobar que le asiste un derecho subjetivo o un interés personal, legítimo y directo para impugnar el acto de que se trate.

En este sentido, habiéndose solicitado la nulidad de un acto administrativo de efectos generales, para lo cual -se repite- resulta legitimada cualquier persona capaz que considere vulnerados sus derechos e intereses, conforme a las previsiones de los artículos antes señalados, considera esta Sala que de los recaudos presentados se desprende el interés subjetivo que tienen el Colegio Venezolano de Agentes de la Propiedad Industrial (COVAPI) y los ciudadanos José Gregorio Torrealba R. y Franklin Hoet Linares, actuando como Agentes de la Propiedad Industrial y “en defensa de los intereses difusos y/o colectivos de los usuarios del Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual”, en que se declare la nulidad del “AVISO” objeto de impugnación, razón por la cual juzga esta Sala que dichos ciudadanos y la asociación civil en referencia están legitimados para actuar como recurrentes principales en el caso de autos. Así se decide.

B. *Suspensión de efectos del acto administrativo*

CPCA

21-2-2006

Juez Ponente: Neguyen Torres López

Caso: Jorge Riera vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (SUDEBAN).

La Corte se aparta del criterio sentado en sentencia N° 251 dictada el 8 de marzo de 2001 (caso: FEDERACIÓN MÉDICA VENEZOLANA) y, en consecuencia, ratifica el criterio retomado a partir de la sentencia de esa Corte N° AB41-2005-000291, caso: Bio Abonos de Venezuela, C.A., en fecha 11 de mayo de 2005, en el sentido que las medidas de suspensión de efectos de los actos particulares deben estar fundamentadas en la norma aplicable para estos casos, esto es, el artículo 21, aparte 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pues de lo contrario, dicha pretensión del actor resultará inadmisibles.

Visto lo anterior, corresponde analizar de seguidas las medidas cautelares de “suspensión de efectos” del acto administrativo requeridas conjuntamente, sin embargo, en primer término, considera este Órgano Jurisdiccional indispensable pronunciarse sobre dos puntos previos: i) Si las presentes pretensiones fueron ejercidas dentro del lapso legalmente establecido, toda vez, que como se advirtiera anteriormente, el examen de la caducidad fue pospuesto para entrar a conocer de la solicitud de amparo cautelar y, ii) respecto al carácter supletorio de las medidas cautelares innominadas en el contencioso administrativo.

Sobre el primero de los puntos advertidos -caducidad de la acción- se desprende de los autos del expediente signado bajo el N° AP42-N-2005-000487, que el acto administrativo impugnado fue notificado al actor el 24 de enero de 2005, mediante Oficio N° SBIF-GGCJ-GLO-18724 de esa misma fecha; por una parte y, por la otra, que el recurso de nulidad bajo análisis fue interpuesto en la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (U.R.D.D.) de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo en fecha 10 de marzo de 2005, es decir: un (1) mes y quince (15) días después, razón por la cual, resulta tempestiva la interposición del caso de autos.

Por su parte, en la causa registrada bajo el N° AP42-N-2005-000491, se evidencia que el acto administrativo impugnado fue notificado al actor el 10 de febrero de 2005, mediante Oficio N° SBIF-GGCJ-GLO-01745 de esa misma fecha; por una parte y, por la otra, que el recurso de nulidad bajo análisis fue interpuesto por ante la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (U.R.D.D.) de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo en fecha 10 de marzo de 2005, es decir: un (1) mes después, razón por la cual, resulta tempestiva la interposición del caso analizado.

Eso así, esta Corte Primera ratifica la ADMISIBILIDAD de las causas acumuladas en la presente decisión, entiéndase las contenidas en los expedientes Nros. AP42-N-2005-000487 y AP42-N-2005-000491. Así se decide.

Resuelto el primero de los puntos previos antes destacados, debe ahora esta Corte emitir dictamen respecto al carácter supletorio de las medidas cautelares innominadas en el contencioso administrativo.

Como se aprecia de la narrativa del presente fallo, el recurrente ha solicitado “... suspensión de efectos del acto administrativo sancionatorio (...) se fundamenta en lo establecido en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil...”, con la finalidad de “suspender” los efectos del acto administrativo impugnado. En tal sentido debe advertirse:

Reiteradamente la jurisprudencia patria e incluso gran sector de la doctrina venezolana ha sido conteste en afirmar que la medida cautelar típica para suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares es la llamada suspensión de efectos, la cual se encontraba prevista en el artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, reeditado en el artículo 21, aparte 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Numerosas decisiones fueron dictadas por los distintos Órganos Jurisdiccionales con competencia en lo contencioso administrativo (en especial esta Corte y la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal), en las cuales de manera inequívoca, se ratificaba pacíficamente la existencia de una medida típica para lograr la suspensión de los efectos de los actos administrativos de efectos particulares, lo cual se derivaba del contenido de la propia norma que así lo establecía (vrbg. Artículo 136 LOCSJ hoy párrafo 21 del artículo 21 LOTSJ).

Igualmente la jurisprudencia insistía en la imposibilidad para la parte solicitante de la medida, requerir la suspensión de los efectos del acto administrativo con fundamento jurídico en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de la conocida medida cautelar innominada. La justificación de tal improcedencia radicaba concretamente, en que dentro de la jurisdicción contencioso administrativa las medidas cautelares innominadas tenían -y tienen- carácter netamente supletorio, pues sólo deben decretarse en ausencia de las medidas cautelares nominadas que sean aplicables al caso en concreto. Ejemplo de ello, lo encontramos -entre otras- en la sentencia dictada el 15 de marzo de 1994, por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, mediante la cual expresó lo siguiente:

“...Sin embargo, debe la Sala en esta oportunidad destacar que las instituciones jurídicas innominadas, y entre ellas las medidas cautelares de tal naturaleza, deben en lo posible limitarse o restringirse, por su atipicidad y falta de regulación legal, a los casos en que las instituciones jurídicas nominadas, previstas especial y específicamente por el ordenamiento jurídico, resulten inaplicables o sean insuficientes o ineficaces para producir los efectos deseados en un caso en concreto.

De modo que, en la jurisdicción contenciosa administrativa las medidas cautelares innominadas tienen carácter supletorio, en el sentido de que deben decretarse sólo en ausencia de medidas cautelares nominadas que resulten aplicables, admisibles y suficientes para producir los efectos requeridos por el recurrente o accionante o por el Tribunal de la causa, en un caso concreto...”. (Resaltado de esta Corte)

Este criterio también fue acogido y ratificado por esta Corte en distintas oportunidades. Así, por ejemplo, mediante sentencia N° 431 dictada el 11 de mayo de 2000, (caso: LÍNEA NAVIERA DE CABOTAJE, C.A. LINACA), se precisó lo siguiente:

“...Sin duda que el pilar fundamental de la tutela judicial efectiva lo constituye la institución de las medidas cautelares, pues con ellas se pretende enervar la eficacia de un acto o una conducta que causa un daño grave o gravamen irreparable al recurrente, daño que no podrá reparar la decisión definitiva, o al menos se vislumbra como de difícil reparación. El poder cautelar del juez se inserta dentro de un sistema mixto en el cual se aprecia la existencia de medidas cautelares típicas o especiales, por un lado, y medidas cautelares innominadas producto del poder cautelar general del juez.

En este marco de reflexión se observa, que el legislador especial previó una medida cautelar típica para el contencioso administrativo que se contrate a la suspensión de los efectos del acto, en aplicación del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (tratándose de actos administrativos de efectos particulares) (...); lo cual implica que no es posible la aplicación residual del poder cautelar (medidas cautelares innominadas) que tenga por objeto la suspensión de un acto de efectos particulares o generales cuya nulidad hubiere sido demandada o solicitada, pese a que algunas decisiones de los Tribunales se ha aplicado...”.

La anterior decisión y, tal vez catalogada como una de la sentencia de esta Corte de mayor envergadura sobre el tema de las medidas cautelares en el contencioso administrativo, establece la importancia que reviste estas cautelas, siendo que -como acertadamente lo señala- constituyen el pilar o la base primordial de la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 26 de nuestra Carta Magna. Asimismo, se colige claramente de dicho fallo que el carácter residual de las medidas cautelares innominadas deviene ante la inexistencia de la

medida cautelar típica, pero cuando ésta última está prevista en la Ley especial (v.g. la suspensión de los efectos del acto administrativo) no podría entonces requerirse por medio de la vía cautelar establecida en los artículos 585 y 588 del referido Código adjetivo lo que pueda otorgarse por aquélla.

Tales criterios fueron reiterados por este Órgano Jurisdiccional hasta principios del año 2001, de modo que, cuando la parte recurrente solicitaba la suspensión de los efectos del acto administrativo de efectos particulares con base en los citados artículos del Código de Procedimiento Civil, la misma resultaba improcedente, ello en virtud -se repite- de la existencia de una medida típica prevista con ese fin y, que para ese entonces, era el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (hoy aparte 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela).

Sin embargo, y tal vez en un intento de “flexibilizar” las anteriores posiciones en “pro del administrado”, la Corte abrió la brecha para decretar las medidas de suspensión de efectos pese a que fueran fundamentadas erróneamente por la parte recurrente conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, e incluso, a pesar del reconocimiento que se hizo en ese mismo fallo sobre la medida típica de suspensión de efectos, argumentado para ello que “...la pretensión cautelar realizada encuadra perfectamente en el dispositivo del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, norma ésta de aplicación directa y preferente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 81 y 88 de la misma Ley”. Más concretamente, la Corte mediante sentencia N° 251 dictada el 8 de marzo de 2001 (caso: *FEDERACIÓN MÉDICA VENEZOLANA*), señaló lo que sigue:

“...La Corte para decidir observa, que conforme a las disposiciones establecidas en los artículos 81 y 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en los procesos tramitados antes esta Corte se aplicará con preferencia los procedimientos establecidos en dicha Ley y su Reglamento (publicado en *Gaceta Oficial* del 26 de diciembre de 1996) y en ausencia de estos textos, se aplicará de manera supletoria los procedimientos establecidos en los Códigos y leyes nacionales.

Lo antes expuesto lleva a determinar, si la medida cautelar de suspensión solicitada, debería ser concedida con fundamento en el Código de Procedimiento Civil o en aplicación de las previsiones establecidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En tal sentido, considera esta Corte que si bien es cierto, que con fundamento en el artículo 26 de la Constitución, en concordancia con el artículo 259 *ejusdem*, el órgano jurisdiccional contencioso administrativo tiene plenos poderes para ejercer el control de la actividad administrativa contraria a Derecho, control éste que se garantiza en todo estado y grado del proceso, mediante la tutela cautelar contra la ejecución de los actos administrativos generales o individuales, la misma se debe solicitar y de ser procedente, debe otorgarse siguiendo el debido proceso, que en el caso de autos supone el cumplimiento de la prelación normativa que la regula. Por ello considera esta Corte, que no pueden los interesados a través de sus pretensiones cautelares, subvertir las reglas procesales que regulan la tutela cautelar, valga decir, que si el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, consagra expresamente la medida cautelar de suspensión de la ejecución, la cual constituye una medida cautelar nominada o típica, dentro del proceso contencioso administrativo, no pueden los recurrentes solicitar esta medida de suspensión, a través de las normas de aplicación supletorias, destinadas a completar los amplios poderes cautelares del órgano jurisdiccional para conocer medidas innominadas, distintas de la suspensión, como lo constituyen las referidas en los artículos 585 y 588, párrafo primero del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, tal como se evidencia de los apoderados judiciales de los recurrente, ellos pretenden la medida cautelar nominada de suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, lo que lleva a observar que la pretensión cautelar realizada encuadra perfectamente en el dispositivo del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, norma esta de aplicación directa y preferente, en virtud de lo dispuesto en los artícu-

los 81 y 88 de la misma Ley, razón por la cual se procede a analizar si se encuentran llenos los extremos establecidos en el artículo 136 de la Ley Orgánica que rige a este Tribunal ...". (Resaltado y subrayado de esta Corte)

Debe acotarse que la situación fáctica presente en el citado fallo se circunscribía a que la parte recurrente solicitó, en primer lugar, la suspensión de los efectos del acto conforme a los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil y, en segundo lugar, solicitó de manera subsidiaria la medida prevista en el artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En ese sentido, y como puede observarse de los razonamientos de la sentencia, la Corte ratificó una vez más la existencia de la medida típica del contencioso administrativo cual es la suspensión de efectos, siendo que la misma debe otorgarse siguiendo el debido proceso, no obstante, la pretensión de la parte actora en el caso concreto pese a que se formuló bajo las disposiciones del mencionado Código, la misma -a decir del fallo- encuadraba perfectamente en el dispositivo del 136 *eiusdem*. Precisamente es esta última afirmación la que resulta en cierto modo contradictoria con las propias motivaciones efectuadas en el mismo fallo, dado que si bien se reconoce una vez más que la suspensión de los efectos establecida -para ese momento- en la citada Ley Orgánica es la que debía imperar para estos casos, mal podía aceptarse entonces el cambio de calificación jurídica por parte del Juez para analizar la medida cautelar fundamentada de manera errónea, sólo por considerar -y sin otras justificaciones- que la pretensión de la parte recurrente se subsumía en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Así, dicha decisión abrió espacio para que posteriormente se dictaran otras decisiones en ese mismo sentido, lo que -a juicio de esta Corte- alteró la correcta aplicación del poder cautelar del juez contencioso administrativo; poder éste que si bien es amplio en esta especialísima jurisdicción, lo cierto es que debe estar sujeto a la ley y al respeto del orden procesal.

En adición a lo anterior, existen otras razones que apoyan la aplicación de la medida típica a las solicitudes de suspensión de efectos de los actos administrativos de efectos particulares cuya nulidad haya sido solicitada, contenida en el actual artículo 21, aparte 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y no los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, a saber:

1.- La insistencia del legislador venezolano en plasmar nuevamente la medida cautelar nominada de suspensión de efectos como medida típica de esta jurisdicción. En efecto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece en su aparte 21 del artículo 21, lo siguiente:

"...El Tribunal Supremo de Justicia podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, a instancia de parte, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. A tal efecto, se deberá exigir al solicitante preste caución suficiente para garantizar los resultados del juicio...". (Resaltado de esta Corte)

La anterior disposición legal es una reedición del artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con la salvedad de la exigencia obligatoria de prestar caución.

De manera pues, que dicha norma ratifica la medida típica aplicable en los supuestos de suspensión de efectos, en aquellos casos en los cuales se demande la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares, esto lógicamente implica que no es posible la aplicación residual del poder cautelar general previstos en el Código de Procedimiento Civil (medidas cautelares innominadas) para que tenga efecto la suspensión de un acto particular o general cuya nulidad hubiere sido demandada o solicitada.

Tal posición ha sido ratificada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en diversas decisiones, siendo una de ellas la que de seguidas se transcribe de manera parcial:

“...Es criterio reiterado de este Alto Tribunal, que la suspensión de efectos de los actos administrativos a que se refiere el aparte 22 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), constituye una medida preventiva establecida por nuestro ordenamiento jurídico, mediante la cual, haciendo excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, consecuencia de la presunción de legalidad, se procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del auto, porque ello podría constituir un atentado a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso...”. (Sentencia N° 883 de fecha 22 de julio de 2004, Caso: *ADMINISTRADORA CONVIDA, C.A. vs. MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN Y EL COMERCIO*, Resaltado de esta Corte).

Como podemos observar, nuestro Tribunal de Alzada apoyado en la norma bajo estudio, ratifica una vez más la naturaleza de la medida de suspensión de efectos, dejando claramente establecido que dicha cautelar tiene un objeto específico, cual es lograr la suspensión de los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, siendo que la misma es una excepción a los principios de ejecutoriedad del acto derivado de la presunción de legalidad. De allí, que no haya equívoco alguno respecto a la aplicabilidad de esta medida cautelar nominada y no otra.

2.- La naturaleza cautelar de la medida de suspensión de efectos, lo cual supone que la misma puede ser solicitada en cualquier momento del proceso; por lo que, si inicialmente fue fundamentada de manera errónea en base a los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, el interesado podrá reformular su solicitud y fundamentarla en el artículo 21, aparte 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; por tanto, no habría vulneración del derecho a la defensa ni al debido proceso de la parte y, menos aún, de la tutela judicial efectiva que propugna la Carta Magna.

3.- El hecho cierto que las medidas cautelares en general no son de orden público. Sin embargo, a pesar de la existencia de algunos casos muy particulares dentro del contencioso administrativo en los cuales está involucrado el interés general, el Juez contencioso basado en su potestad cautelar deberá actuar -en esos supuestos- para salvaguardar los mismos. Salvo en estos casos precisos, las medidas de suspensión de los efectos no tienen tal carácter y de allí que también deban ser solicitadas por la parte recurrente conforme a la normativa aplicable en estos casos, esto es, el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Este último punto también está en estrecha sintonía con el poder de sustitución del juez contencioso administrativo. En ese sentido, es importante observar que cuando el juez contencioso administrativo se sustituye en las pretensiones de las partes, esto sólo se justificaría en aquellos casos en donde esté involucrado el orden público, por lo que al no estar investidas las medidas de suspensión de efectos de este carácter, mal podría entonces quien juzga en un caso concreto, cambiar la calificación jurídica del recurrente y, por tanto, entrar a analizar una medida que inicialmente fue solicitada de manera errónea.

Es pues, con fundamento en los razonamientos antes esbozados que esta Corte considera necesario apartarse del criterio sentado en sentencia N° 251 dictada el 8 de marzo de 2001 (caso: *FEDERACIÓN MÉDICA VENEZOLANA*) y, en consecuencia, RATIFICA el criterio inicialmente analizado, retomado a partir de la sentencia de esta Corte N° AB41-2005-000291, dictada con ocasión del expediente N° AP42-N-2004-000824, caso: *Bio Abonos de Venezuela, C.A.*, en fecha 11 de mayo de 2005, en el sentido que las medidas de suspensión de efectos de los actos particulares deben estar fundamentadas en la norma aplicable para estos casos, esto es, el artículo 21, aparte 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pues de lo contrario, dicha pretensión del actor resultará inadmisibile.

De allí que se exhorte a los abogados litigantes ante esta jurisdicción contencioso administrativa a procurar la correcta fundamentación jurídica de estas medidas cautelares nominales. Así se decide.

C. *Pruebas: Posiciones juradas*

Véase: Página 212 de esta Revista

TSJ-SPA (0607)

8-3-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: GLOBOVISIÓN TELE, C.A., vs. Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La Sala Político Administrativa analiza la constitucionalidad de la prueba de posiciones juradas, y al respecto señala que el referido medio de prueba está apegado a los preceptos consagrados en la Carta Magna.

D. *Sentencia*

a. *Apelación: Fundamentación*

CPCA

14-2-2006

Juez Ponente: Neguyen Torres López

Caso: Arcadio Antonio Gutiérrez Miquilareno vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

La correcta fundamentación de la apelación de la Sentencia exige, en primer lugar, la oportuna presentación del escrito correspondiente y, en segundo lugar, la exposición de las razones de hecho y de derecho en que funde el apelante su recurso, independientemente de que tales motivos se refieran a la impugnación del fallo por vicios específicos o la disconformidad con la decisión recaída en el juicio. Tal exigencia se deriva de la naturaleza propia del recurso de apelación, el cual puede servir como medio de impugnación o como medio de atacar un gravamen. En consecuencia, basta que el apelante señale las razones de disconformidad con la sentencia de instancia o los vicios de la cual ésta adolece, ya que en sede contencioso administrativa no se requiere el cumplimiento de las formalidades técnico procesales propias del recurso de casación.

Luego de haberse declarado Competente, pasa esta Corte a examinar lo expuesto por la apelante en su escrito de fundamentación al recurso de apelación y a tal efecto observa:

En el referido escrito, la abogada MARISELA CISNEROS AÑEZ, se limitó a reproducir los alegatos expuestos en su libelo de querrela funcional, sin indicar a esta Corte, las razones de hecho y de derecho en las cuales se basa para afirmar, que el fallo de primera instancia no se encuentra ajustado a derecho, es decir, no indica, los eventuales vicios en los cuales la recurrida -en su criterio- incurrió.

En este sentido, debe señalarse, lo establecido en el párrafo 19 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala:

“Artículo 19:

(...)

19.-Las apelaciones que deben tramitarse ante el Tribunal Supremo de Justicia seguirán los siguientes procedimientos: Iniciada la relación de la causa, conforme a los autos, la parte apelante deberá presentar un escrito donde exponga las razones de hecho y de derecho en que fundamenta la apelación, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes. Inmediatamente, se abrirá un lapso de cinco (5) días hábiles continuos, para que la otra parte dé contestación a la apelación. La falta de comparecencia de la parte apelante se considerará como desistimiento de la acción, y así será declarado, de oficio o a instancia de la otra parte”. (Resaltado nuestro).

Del artículo anteriormente transcrito, se entiende claramente que la parte apelante deberá mediante escrito, proceder a fundamentar su apelación, es decir, a exponer las razones de hecho y de derecho en las cuales pretende ilustrar a la Alzada, acerca de los motivos que tiene para considerar incorrecta la decisión de Primera Instancia.

Ello así, debe indicarse, que ha sido jurisprudencia pacífica y reiterada de esta Corte, considerar que la fundamentación de la apelación tiene como fin poner en conocimiento al Juez revisor de los vicios que se le atribuyen al pronunciamiento de primera instancia, así como los motivos de hecho y de derecho que sustentan dichos vicios. Tal exigencia, permite definir los perfiles de la pretensión impugnatoria de quien solicita un reexamen de la sentencia que ha causado un gravamen a los intereses debatidos en juicio.

De este modo, se ha dejado sentado que la correcta fundamentación a la apelación exige, en primer lugar, la oportuna presentación del escrito correspondiente y, en segundo lugar, la exposición de las razones de hecho y de derecho en que funde el apelante su recurso, independientemente de que tales motivos se refieran a la impugnación del fallo por vicios específicos o la disconformidad con la decisión recaída en el juicio. Tal exigencia se deriva de la naturaleza propia del recurso de apelación, el cual puede servir como medio de impugnación o como medio de atacar un gravamen. En consecuencia, basta que el apelante señale las razones de disconformidad con la sentencia de instancia o los vicios de la cual ésta adolece, ya que en sede contencioso administrativa no se requiere el cumplimiento de las formalidades técnico procesales propias del recurso de casación.

Así la cosas, afirmamos que el recurso de apelación en el contencioso administrativo - a diferencia del procedimiento ordinario- tiene peculiares características porque no sólo se limita a su simple ejercicio, sino que amerita, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 19 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, que el apelante consigne escrito mediante el cual fundamente su apelación, como ya lo hemos dicho, que exponga las razones por las cuales no está de acuerdo con el fallo que apeló.

Este criterio, ha sido reiterado por esta Corte, en numerosos fallos (*Vid.* Sentencias de la CPCA N° 1932 de 21 de diciembre de 2000, N° 92 de 15 de febrero de 2001 y N° 224 de 7 de marzo de 2001), consideramos oportuno citar la sentencia proferida por este Órgano Colegiado, en fecha 18 de noviembre de 1993, Expediente N° 92-14009:

“...la apelación prevista contra las sentencias de los tribunales que deciden en materia contencioso administrativa en primera instancia tiene un carácter particular, por cuanto no basta con ejercer el indicado recurso, sino que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 162 exige su formalización mediante un escrito en el cual los motivos de hecho y de derecho que determina el ejercicio, sin lo cual, opera una presunción de desistimiento del mismo que puede ser declarada tanto a solicitud de parte como de oficio. La apelación posee así un carácter muy especial por cuanto lo que se pretende del apelante es que delimite los motivos de impugnación que desea formular contra el fallo recurrido, a fines de que el tribunal de alzada de proceder, corrija o enmiende los vicios o irregularida-

des que se imputan a la decisión. Lo anterior no impide que se replanteen por parte del formalizante los argumentos a favor o en contra el escrito de fundamentación del recurso de apelación interpuesto en contra del acto que fuera objeto de recurso, en razón de lo cual la correcta formalización, ha de contener prioritariamente las razones por las cuales se impugna la sentencia apelada y sólo en segundo lugar, y como motivo de fondo contra la misma, la defensa o ataque del acto administrativo que constituyera el objeto de la decisión de primera instancia. De allí que el apelante es quien determina en el momento de la formalización el objeto controversial, delimitando los puntos sobre los cuales recaerá la decisión de la segunda instancia...”. (Resaltado nuestro).

De igual manera se ha pronunciado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, con respecto al tema de la fundamentación de la apelación, mediante Sentencia N° 966 de fecha 2 de mayo de 2000, recaída en el caso “*Construcciones ARX*”, expresando:

“...Al respecto, considera esta Sala pertinente reiterar, lo que en innumerables fallos ha expresado la jurisprudencia patria en relación con tal punto. En efecto, tal como lo indicó la contribuyente, se considera defectuosa o incorrecta una apelación, cuando el escrito contentivo de su fundamentación, carece de substancia, esto es, no señale concretamente los vicios, de orden fáctico o jurídico, en que pudo incurrir el fallo contra el cual se recurre, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, es conteste la jurisprudencia en considerar defectuosa o incorrecta la fundamentación de la apelación, en aquellos casos en que la parte recurrente se limite a transcribir las argumentaciones que ha expuesto en la Instancia, sin aportar, como ya se dijo, su apreciación sobre los posibles vicios de que adolece el fallo impugnado...”.

Visto lo anterior, debe esta Corte precisar que la abogada MARISELA CISNEROS AÑEZ, apoderada judicial del ciudadano ARCADIO ANTONIO GUTIÉRREZ MIQUILARENO, se limitó a presentar en la oportunidad para consignar escrito de fundamentación de la apelación, el mismo escrito que presentó como libelo de la querrela funcionarial que interpuso por ante Juzgado Superior Quinto en lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, sin aportar ningún elemento mediante el cual declarare su disconformidad con la sentencia de la primera instancia que recurrió mediante el recurso de apelación, todo como consta de lectura del libelo, el cual riela a los folios uno (1) al diez (10) y del escrito de fundamentación a la apelación, el cual riela a los folios setenta y siete (77) y setenta y ocho (78) del presente expediente.

Ahora bien, observa esta Corte que en fecha 2 de septiembre de 2003, la mencionada abogado presentó escrito de informes en la presenta causa, donde una vez más consignó el mismo escrito constitutivo de su libelo, y que repitió como fundamentación de la apelación, pero en esta oportunidad, añadió 5 líneas, las cuales, considera oportuno esta Corte transcribir:

“...En fecha (*sic*) el juzgado sentenciador, resuelve declarar sin lugar la demanda de nulidad, pero no considera todos los alegatos planteados en el libelo de la demanda, y que explican por que mi representado fue realmente lesionado en sus derechos e interés legítimos...”.

La anterior transcripción resulta oportuno destacar, ya que la mencionada profesional del derecho debió haberla realizado en su escrito de fundamentación de la apelación, que como ya lo hemos dicho, era la oportunidad procesal pertinente para que la representante judicial de la actora indicara los motivos por los cuales había interpuesto el recurso de apelación, ya que, no puede esta Corte convalidar el que lo haya hecho en un acto posterior, como lo es el acto de informes.

Al respecto de lo que constituye procesalmente el acto de informes, se pronunció esta Corte, mediante sentencia de fecha 21 de diciembre de 2000, en la cual, expresó:

“...En tal sentido, conviene destacar que el acto de informes en el procedimiento contencioso administrativo, en virtud de la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil, se rige por lo dispuesto en el artículo 512 el cual reza:

‘Las partes presentarán sus informes por escrito, los cuales se agregarán a los autos. Sin embargo el Juez, a petición de parte, podrá fijar uno o varios días para que las partes lean dichos informes. La falta de presentación de los informes, no producirá la interrupción de la causa y el Tribunal dictará su fallo en el plazo indicado en el artículo 515’.

Desde el punto de vista procesal, los informes de las partes, constituyen una oportunidad a todas luces facultativa para que estas efectúen un resumen de todo lo acontecido en el iter procesal, por tanto su presentación en el momento previo a la sentencia no es casual. Siendo entonces un recuento de los términos de la controversia, efectuado una vez que ha concluido tanto la fase de alegaciones como la fase probatoria; mediante los informes no es posible traer a los autos nuevos elementos de juicio-nuevos argumentos-puesto que esto supondría la prolongación de la etapa de sustanciación del proceso, en vista de que lo incorporado a través de los informes debería ser objeto del control de la contraparte en salvaguarda del principio de equilibrio procesal de las partes...” (Resaltado nuestro).

Por todas las argumentaciones de hecho y de derecho precedentemente expuestas, debe esta Corte declarar extemporáneo el alegato esgrimido por la parte apelante en su escrito de informes (transcrito en la página anterior del presente fallo), y estudiado el fallo apelado sin evidenciarse violación legal alguna, debe declarar SIN LUGAR el recurso de apelación interpuesto en fecha 2 de junio de 2003 por la abogada MARISELA CISNEROS AÑEZ, apoderada judicial del ciudadano ARCADIO ANTONIO GUTIÉRREZ MIQUILARENO, contra el fallo proferido en fecha 27 de mayo de 2003, por el Juzgado Superior Quinto en lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, mediante la cual declaró SIN LUGAR la querrela interpuesta, por lo cual debe esta Corte CONFIRMAR el fallo apelado. Así se decide.

b. *Vicios: Incongruencia negativa*

TSJ-SPA (0832)

29-3-2006

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Multicine las Trinitarias C.A. vs. Alcaldía del Municipio Naguanagua del Estado Carabobo.

Por tal razón, pasa esta Sala a analizar el aludido vicio de incongruencia negativa en los términos siguientes:

De acuerdo con las exigencias impuestas por la legislación procesal, toda sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse la instancia (ordinal 5° del artículo 243 y artículo 12 del Código de Procedimiento Civil).

Para cumplir con este requisito de forma exigido para los fallos judiciales, la decisión que se dicte en el curso del proceso no debe contener expresiones o declaratorias implícitas o sobreentendidas; por el contrario, el contenido de la sentencia debe ser expresado en forma comprensible, cierta, verdadera y efectiva, que no dé lugar a dudas, incertidumbres, insuficiencias, contradicciones o ambigüedades; debiendo para ello ser exhaustiva, es decir, pronunciarse sobre todos los pedimentos formulados en el debate, y de esa manera dirimir el conflicto de intereses que constituye el objeto del proceso.

Estas exigencias de carácter legal, como requisitos fundamentales e impretermitibles que deben contener las sentencias, han sido categorizadas por la jurisprudencia como: el deber de pronunciamiento, la congruencia y la prohibición de absolver la instancia.

Al respecto, ya esta Sala en numerosos fallos, entre ellos el dictado en su sentencia N° 2238 del 16 de octubre de 2001, ha expresado lo que debe entenderse por incongruencia negativa, señalando lo siguiente:

“...En cuanto a la congruencia, dispone el segundo precepto del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil que la decisión debe dictarse ‘con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas’. Luego, cuando no existe la debida correspondencia formal entre lo decidido y las pretensiones y defensas de las partes, se produce el vicio de incongruencia, el cual se manifiesta cuando el juez con su decisión modifica la controversia judicial debatida, bien porque no se limitó a resolver sólo lo pretendido por las partes, o bien porque no resolvió sobre algunas de las pretensiones o defensas expresadas por los sujetos en el litigio. Precisamente ante el segundo supuesto citado, se estará en presencia de una incongruencia negativa, visto que el fallo omite el debido pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones procesales de las partes en la controversia judicial...” (Destacado de esta Sala).

4. *El Contencioso Administrativo contra la abstención o negativa de la Administración*

Véase: Página 185 de esta Revista

TSJ-SC (93)

1-2-2006

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Asociación Civil BOGSIVICA vs. Decisión Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala Constitucional ratifica que el criterio de la jurisprudencia contencioso-administrativa mediante el cual se excluyen del ámbito del “recurso por abstención” una serie de manifestaciones de inactividades y omisiones administrativas, porque no calzan dentro del rígido concepto de abstención, es contraria a los postulados constitucionales y por ende supone su superación, pues de lo contrario se llega a la perversa situación de que determinadas formas de omisión administrativa queden exentas de control contencioso administrativo porque no existe medio procesal tasado que le dé cabida.

TSJ-SPA (0421)

22-2-2006

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Banco de Venezuela S.A., Banco Universal vs. INDECU

La Sala Político administrativa reitera tanto la doctrina como la jurisprudencia de los últimos tiempos, al señalar que *el recurso por abstención* procede cuando las autoridades administrativas se niegan a cumplir determinados actos a que estén obligados por leyes, recayendo dicho recurso sobre la omisión de esas mismas autoridades para crear actos cuyos supuestos de hecho expresamente se encuentran regulados por el legislador y que las mismas se niegan a obedecer, al no deducir de esos supuestos de hecho la consecuencia jurídica que el texto legal les impone (*vid. sent. N° 1.976 del 17 de diciembre de 2003, Caso: Comunidad Indígena Barí u otros, Sent. N° 788 del 10 de abril de 2000, Caso: Fiscal General de la República*).

5. *El Contencioso Administrativo de las Demandas contra los Entes Públicos***TSJ-SC (156)****2-2-2006**

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Corporación Venezolana de Guayana (C.V.G) vs. Decisión Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

La Corporación Venezolana de Guayana (C.V.G) goza por ley de las mismas prerrogativas y privilegios que la República, por lo que la misma no debió ser condenada en costas.

Ahora bien, en el presente caso el accionante denuncia que la decisión de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia del 24 de noviembre de 2004, mediante la cual condena a la Corporación Venezolana de Guayana (C.V.G), al pago de las costas del recurso, viola el criterio vinculante de la Sala Constitucional, referente al privilegio procesal que prohíbe la condenatoria en costas de la República y otros entes jurídicos-públicos.

Al respecto, el artículo 74 de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.554 Extraordinario, del 13 de noviembre de 2001, señala:

Artículo 74. “La República no puede ser condenada en costas, aun cuando sean declaradas sin lugar las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se dejen perecer o se desista de ellos”.

Por otra parte, aprecia la Sala, que en el Decreto Presidencial N° 1531 con fuerza de Ley de Reforma del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana, que se encuentra publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.561, Extraordinario del 28 de noviembre de 2001, se dispuso textualmente en su artículo 24 que:

“...La Corporación Venezolana de Guayana y sus empresas tuteladas tendrán las mismas prerrogativas y privilegios otorgados por la ley a la República...”.

En sintonía con lo anterior, la Sala interpretó el alcance de las prerrogativas procesales reconocidas tanto a la República como a los entes públicos y, sostuvo en el expediente No. 01-1827 del 18 de febrero de 2004 (Caso: *Alexandra Margarita Stelling Fernández*), que:

*“...Por estos motivos, la Sala interpreta que cuando la República o los entes que gozan del privilegio de no ser condenados en costas, obtienen sentencia favorable, no puede condenarse en costas a su contraparte, así ellos hayan dado pie a las demandas en su contra. Esta declaración, la hace la Sala con efectos **ex nunc**, es decir, a partir de la fecha del presente fallo, el cual debe a su vez ser publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Así, finalmente, se decide.*

“...Por las razones expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia, actuando en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara haber cumplido con la interpretación constitucional solicitada, respecto del alcance y contenido de los artículos de los artículos 21, numerales 1 y 2, y 26 de la Constitución, en relación con el privilegio procesal que prohíbe la condenatoria en costas de la República y otros entes jurídico-públicos...”. (Subrayado nuevo).

*Se ordena la publicación del presente fallo en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, en cuyo sumario se indicará textualmente:*

“Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, que interpreta el alcance y contenido de los artículos 21, numerales 1 y 2, y 26 de la Constitución, en relación con el privilegio procesal que prohíbe la condenatoria en costas de la República y otros entes jurídico-públicos...”.

De conformidad con el fallo parcialmente transcrito, esta Sala dispuso que la adopción del anterior criterio es obligatorio por parte de los tribunales de la República y de las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de haberse ordenado su publicación en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, por ser ésta la ocasión en la que la Sala formalmente asumió, por primera vez, un criterio interpretativo sobre el alcance y contenido de los artículos 21, numerales 1 y 2, y 26 de la Constitución, relativo al privilegio procesal que prohíbe la condenatoria en costas de la República y otros entes jurídico-públicos.

Con vista a la jurisprudencia reiterada y pacífica que ha sido transcrita, y por cuanto se evidencia que la *Corporación Venezolana de Guayana (C.V.G)*, goza por ley, de las mismas prerrogativas y privilegios que la República, se observa que la misma no debió ser condenada en costas; de allí que esta Sala, a fin de garantizar la uniformidad en la interpretación de las normas y principios constitucionales, y, en ejercicio de las potestades que tiene atribuidas en materia de revisión, declara la procedencia de la revisión de la sentencia dictada el 24 de noviembre de 2004, por la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia.

6. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Funcionarial*

a. *Órganos*

a'. *Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo*

TSJ-SPA (0291)

9-2-2006

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Luis Ramón Gil Espinosa vs. Ministerio de Justicia (hoy Ministerio de Interior y Justicia).

Los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer de querellas interpuestas por funcionarios de seguridad de Estado que tengan por objeto la reclamación del pago por conceptos laborales (diferencia del pago de prestaciones sociales).

Corresponde a esta Sala pronunciarse respecto a la competencia que le fuere declinada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, para conocer de la solicitud de pago de diferencias de prestaciones sociales, que interpuso el querellante contra la REPÚBLICA DE VENEZUELA (hoy República Bolivariana de Venezuela), a través del Ministerio de Justicia (hoy Ministerio del Interior y Justicia).

En tal virtud, pasa la Sala a determinar el régimen aplicable al presente caso para establecer la competencia y al respecto se observa del estudio de las actas procesales, que el querellante ciudadano Luis Ramón Gil Espinoza, antes identificado, egresó de la Dirección General del Cuerpo Técnico de Policía Judicial (P.T.J.) del extinto Ministerio de Justicia, el 16 de junio de 1993, por lo cual solicita que se le cancele la cantidad de seis millones cinco mil trescientos ochenta y tres bolívares con setenta y cinco céntimos (Bs. 6.005.383,75), que presuntamente se le adeuda por diferencia de prestaciones sociales, razón por la que demanda a la REPÚBLICA DE VENEZUELA (hoy República Bolivariana de Venezuela), a través del Ministerio de Justicia (hoy Ministerio del Interior y Justicia).

Vista tal situación, la Sala aprecia que en lo que respecta a los funcionarios adscritos a los cuerpos de seguridad del Estado, este Alto Tribunal ha sostenido, con la finalidad de preservar el interés colectivo que entraña las funciones desplegadas en razón de estas particu-

lares relaciones de empleo y considerando la relevancia para la estabilidad de tan importantes cuerpos de seguridad y defensa, con ocasión a las actividades de resguardo de la soberanía y el orden público nacional, estatal o municipal, que las reclamaciones suscitadas con motivo del retiro o suspensión de dichos funcionarios por la aplicación de medidas disciplinarias, deben ser ventiladas ante los órganos superiores de la jurisdicción contencioso administrativa, específicamente por esta Sala Político-Administrativa.

Por otra parte, la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública, en su artículo 1º, Párrafo Único, expresamente excluye a los funcionarios al servicio de los órganos de Seguridad del Estado, sin embargo, vistas y analizadas como han sido las actas procesales en el presente caso, donde se determina que la pretensión del querellante, quien se encontraba en situación de retiro, sólo se refiere al cobro de diferencia de prestaciones sociales, es decir, de naturaleza especialmente laboral derivada de una relación de empleo público, lo cual no implica actividad alguna que involucre la soberanía y el orden público nacional, estatal o municipal, es decir que no se trata de una materia disciplinaria, la cual constituía una de las razones por las cuales esta Sala se reservaba la competencia para conocer y decidir sobre dichos asuntos, es que no resulta aplicable al presente caso el criterio jurisprudencial arriba citado. Así se decide.

Ahora bien, como quiera que el antiguo Cuerpo Técnico de Policía Judicial, (PTJ), hoy Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, (C.I.C.P.C.), es un órgano de Seguridad del Estado adscrito al Ministerio del Interior y Justicia, y por cuanto resulta ostensible para la Sala la condición de servidor público retirado que reviste el querellante, por lo que discutiéndose en el presente juicio el cobro de diferencia de prestaciones sociales, en el cual la competencia jurisdiccional referida al caso no se encuentra prevista en la Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas; es por lo que debe ser regulada en forma supletoria por la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala en el sentido de establecer que en los casos de cobro de conceptos laborales derivados de una función pública, corresponde conocer a los Tribunales de la Carrera Administrativa y con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública, a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales. (*Vid: sentencia de fecha 19-06-01, caso: Filomena López*).

En tal sentido, la mencionada Ley estableció en las Disposiciones Transitorias, lo siguiente:

“Primera. Mientras se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, son competentes en primera instancia para conocer de las controversias a que se refiere el artículo 93 de esta Ley, los jueces o juezas superiores con competencia en lo contencioso administrativo en el lugar donde hubieren ocurrido los hechos, donde se hubiere dictado el acto administrativo, o donde funcione el órgano o ente de la Administración Pública que dio lugar a la controversia.

Segunda. Mientras se dicta la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, y a los fines de una mayor celeridad en las decisiones de los jueces en materia contencioso administrativo funcional, los actuales integrantes del Tribunal de Carrera Administrativa pasarán a constituir los jueces superiores quinto, sexto y séptimo de lo contencioso administrativo de la región capital, con sede en Caracas, dejando a salvo las atribuciones que le correspondan a los órganos de dirección del Poder Judicial.

Tercera. Mientras se dicta la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, el procedimiento a seguirse en segunda instancia será el previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Cuarta. Los expedientes que cursen ante el Tribunal de la Carrera Administrativa serán distribuidos en un lapso máximo de treinta días continuos, conforme a la competencia territorial a que se refiere la Disposición Transitoria Primera de esta Ley. Durante este lapso se entenderán paralizados los procesos.

Quinta. Los procesos en curso ante el Tribunal de la Carrera Administrativa se continuarán sustanciando por lo juzgados superiores de lo contencioso administrativo que resulten competentes.

Los procesos que se encuentren actualmente en curso serán decididos conforme a la norma sustantiva y adjetiva prevista en la Ley de Carrera Administrativa”.

De las disposiciones antes transcritas, se evidencia la eliminación del Tribunal de la Carrera Administrativa y la constitución de los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo como Tribunales Funcionariales, por lo que se concluye que al versar el presente asunto sobre una querrela funcionarial, la causa debe ser conocida por el Juzgado Superior de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, al que corresponda según el sistema de distribución. Así se decide.

b. *Pruebas. Admisión: Apelación de la sentencia*

CSCA

14-2-2006

Juez Ponente: Ana Cecilia Zulueta Rodríguez

Caso: Ana Oliva Higuera González vs. Contraloría Municipal del Municipio Libertador del Distrito Capital.

Las sentencias que se pronuncien sobre la admisión de las pruebas promovidas por las partes en querellas funcionariales son apelables en un solo efecto.

Aprécia esta Alzada que el Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, oyó el recurso de apelación ejercido por la parte querellante “(...) en ambos efectos (...)”, sin que exista normativa procesal alguna aplicable al caso bajo estudio, que le confiriera así, tal facultad.

Así, el advertido proceder por parte del Tribunal de la causa, según observa esta Corte, configura una indebida dilación en la evacuación de las pruebas admitidas, en razón de que en todo caso debía oírse el presente medio de gravamen, en un solo efecto (el efecto devolutivo), ordenando sólo la remisión de las copias certificadas de las actuaciones que a tal fin señalaran las partes y el Juzgador (artículo 295 del Código de Procedimiento Civil).

Como fundamento de lo antes expuesto, debe precisarse que el artículo 111 de la Ley del Estatuto de la Función Pública remite en principio a las normas del procedimiento breve establecido en el Código de Procedimiento Civil. Dicho procedimiento, nada advierte en torno a la apelación de los autos de admisión o negativa de admisión de los medios de pruebas llevados por las partes a juicio, siendo necesario acudir a las normas generales previstas en dicho Código procesal, pues así lo dispone el artículo 22 *eiusdem* al indicar que “Las disposiciones y los procedimientos especiales (...) se observarán con preferencia a los generales (...), en todo cuanto constituya la especialidad; sin que por eso dejen de observarse en lo demás las disposiciones generales aplicables”.

Siendo ello así, debió oírse la apelación de conformidad con lo previsto en el artículo 402 *ibidem* que a texto expreso señala:

Artículo 402.- “De la negativa y de la admisión de alguna prueba habrá lugar a apelación y ésta será oída en ambos casos en el solo efecto devolutivo.

Si la prueba fuere admitida por el Superior, el Tribunal de la causa fijará un plazo para su evacuación y concluido éste, se procederá como se indica en el artículo 511. Si la prueba fuere negada por el Superior, no se apreciará en la sentencia la prueba si hubiere sido evacuada”.

Con lo cual el *a quo* deberá tomar en consideración el apercibimiento formulado en el presente fallo, para supuestos procesales similares a los fines de garantizar a la partes la celeridad debida en los procesos judiciales y más concretamente en aras de resguardo el derecho a que las pruebas admitidas sean evacuadas oportunamente.

c. *Sentencia: Consulta obligatoria*

CSCA

23-2-2006

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Hernando Jesús Cruz Criollo vs. Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda.

La figura de la Consulta obligatoria, a diferencia del recurso de apelación, es una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de la cual está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente la decisión adoptada en primera instancia, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca. Así, la competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida, sino que opera *ex lege*.

No obstante la declaración que antecede, debe esta Corte atender a lo establecido en el artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el cual es del tenor siguiente:

Artículo 70. “Toda sentencia contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, debe ser consultada al Tribunal Superior competente”.

Tal como puede colegirse, la citada disposición legal establece una prerrogativa procesal acordada a favor de la República en los casos en que recaiga una sentencia que resulte contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, consistiendo dicha prerrogativa en que la sentencia recaída en el asunto respectivo, deberá obligatoriamente ser consultada ante el Tribunal Superior Competente.

En este sentido, considera esta Corte oportuno destacar que la consulta, a diferencia del recurso de apelación, es una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de la cual está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente la decisión adoptada en primera instancia, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca. Así, la competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida, sino que opera *ex lege*. (Cfr. ECHANDIA, Devis, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, pp. 512-513).

De esta forma, aprecia esta Corte que el precitado artículo establece la figura de la consulta obligatoria de todas las sentencias definitivas que resulten contrarias a la pretensión, defensa o excepción de la República, lo cual constituye una manifestación de las prerrogativas acordadas a los entes públicos en los casos en que le corresponda actuar ante los Órganos Jurisdiccionales, prerrogativas que encuentran su fundamento en la función que ejercen tales entes públicos, como representantes y tutores del interés general y, en consecuencia, como

protectores del patrimonio que conforma la Hacienda Pública (*Vid.* Neher, Jorge Andrés, "Privilegios y Prerrogativas de la Administración en el Contencioso Administrativo" en *Liber Amicorum. Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci-Abraham*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, pp. 419 y ss.).

En este sentido se destaca, que en razón de los bienes y valores supremos que el Estado personifica y está llamado a realizar, y con fundamento en las variadas y complejas situaciones creadas por las crecientes necesidades de la comunidad social y política, el legislador se ha visto obligado a sancionar normas especialmente dirigidas a defender y a dar solícita protección a esos bienes y valores cuando pertenezcan a la República, o a entes públicos, cuya peculiar naturaleza, destinación y utilidad colectiva, así los requieran.

De esta forma, en atención a ese elevado propósito de conservación y defensa de los bienes y valores que pertenezcan a la República, el ordenamiento jurídico contiene un conjunto de disposiciones sancionadas con el definido propósito de amparar especialmente los derechos e intereses patrimoniales de la República, ante lo cual resulta una obligación de los órganos del Poder Judicial darle aplicación plena y efectiva a tales disposiciones, con el propósito de asegurar la mejor y más cumplida realización de los fines del Estado, tal como se desprende del mandato contenido en el artículo 63 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

En relación a ello, debe esta Corte resaltar el criterio sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 902 de fecha 14 de mayo de 2005, sobre la aplicación del citado artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en la cual se señaló lo siguiente:

"Adicionalmente, no puede la Sala dejar de pronunciarse respecto de la interpretación hecha por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en su sentencia del 29 de febrero de 2003, en cuanto a la improcedencia de la consulta obligatoria del fallo prevista en los artículos 63 y 70 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en aquellos casos en los que la representación de la judicial de la República haya interpuesto recurso de apelación y, posteriormente, haya desistido en forma tácita o expresa de continuar con dicho medio de impugnación no obstante haber sido condenada o vencida la República en sus derechos e intereses en el primer grado de jurisdicción, por estimar que, al igual que ocurre con la consulta obligatoria del fallo en materia de amparo constitucional, la del artículo 70 del referido Decreto con Fuerza de Ley sólo tiene lugar cuando aquella apela tempestivamente del fallo, independientemente de que sea tramitada o no en su totalidad la apelación.

Al respecto debe advertirse que la consulta obligatoria prevista en el artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, hasta tanto sea derogada por el legislador nacional o sea declarada por la jurisdicción constitucional su nulidad por motivos de inconstitucionalidad, no puede ser asimilada a la consulta obligatoria prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que se refiere a la tutela de situaciones jurídicas subjetivas particulares, y debe ser efectuada sin excepción por los Tribunales Superiores que sean competentes en cada caso (...) ya que la misma, así como las prerrogativas a que alude el artículo 63 *eiusdem*, persiguen resguardar los intereses patrimoniales de la República y que todos aquellos entes públicos sobre los que aquella tenga derechos, no con el objetivo de evitar la responsabilidad del Estado, sino de impedir afectaciones en el cumplimiento de sus fines fundamentales establecidos en el ordenamiento jurídico, mediante el equilibrio entre los derechos de las personas y las potestades y obligaciones de la República (...)" (Negrillas de esta Corte).

De lo anterior, se evidencia la obligación en la que se encuentran los Órganos Jurisdiccionales de aplicar las prerrogativas procesales acordadas por el legislador a la República, pues, tal como quedó suficientemente explicado en el presente fallo, tales prerrogativas tienen como propósito impedir afectaciones en el cumplimiento de los fines fundamentales

establecidos en el ordenamiento jurídico, lo cual debe realizarse mediante el equilibrio entre los derechos de las personas y las potestades y obligaciones de la República.

Así, la anterior sentencia sostuvo la aplicación de la consulta obligatoria establecida en el artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, aún en los casos en que la representación en juicio de los intereses patrimoniales de los entes del Estado haya apelado de la sentencia y con prescindencia a sí, en el caso concreto, se aplique o no el procedimiento respectivo de segunda instancia, en virtud del desistimiento tácito o expreso del recurso de apelación interpuesto.

No obstante a ello, esta Corte observa que en el caso de autos el órgano querellado lo constituye el Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda, contra la cual fue declarado con lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por el ciudadano Armando Luís Rengifo Oropeza, lo cual conlleva a este Órgano Jurisdiccional a determinar si, la prerrogativa procesal contenida en el artículo 70 del aludido Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República que establece la consulta obligatoria de toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, resulta aplicable a la Administración Pública Municipal, para lo cual observa:

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.204 de fecha 8 de junio de 2005, en su Título V, Capítulo IV, referido a la “Actuación del Municipio en juicio”, contiene las normas de procedimiento que deben ser aplicadas a los juicios en los cuales sea parte el Municipio, incluyendo, entre otros, un catálogo propio de privilegios y prerrogativas procesales a favor del Municipio, no así, se encuentra la derogatoria de la norma que prescribía la aplicación extensiva al Municipio de los privilegios y prerrogativas procesales acordadas a favor de la República en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, esto es, el artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Ahora bien, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal carece de una norma similar que prevea como regla general la aplicación extensiva al Municipio de los privilegios y prerrogativas procesales acordadas a favor de la República y, en razón de que la aplicación de tales dispensas a favor de la República debe ser materia de interpretación restrictiva, en tanto supone una limitación legal a los derechos fundamentales de igualdad y de tutela judicial efectiva, debe entenderse que en los juicios donde sea parte el Municipio, sólo serán aplicables los privilegios y prerrogativas procesales que de forma expresa señale la referida Ley Municipal.

Ahora bien, visto que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no prevé regulación alguna respecto a la consulta obligatoria de las sentencias que resulten contradictorias a los intereses del Municipio en los juicios en los cuales éste forme parte y, ante la ausencia de previsión legal alguna que consagre la aplicación extensiva al Municipio de los privilegios y prerrogativas procesales concedidos a favor de la República, se colige que, en el caso de autos, no es posible pasar a revisar -en virtud de la consulta obligatoria prevista en el artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República- el fallo emanado del Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital en fecha 23 de abril de 2003, por cuanto, no existe fundamento legal que extienda la prerrogativa procesal acordada a favor de la República al Municipio. Así se decide.

B. *El Contencioso Administrativo Tributario*a. *Pruebas. Inadmisibilidad: Prueba de posiciones juradas***TSJ-SPA (0607)****8-3-2006**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: GLOBOVISIÓN TELE, C.A., vs. Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Teniendo en cuenta la imposibilidad de la Administración de incurrir en confesión a través de las declaraciones de sus funcionarios, aún existiendo el compromiso del ente de contestar las posiciones formuladas por la contraparte, esta reciprocidad se hace de tal modo inalcanzable que produce la ilegalidad objetiva del medio probatorio (posiciones juradas), por no poder garantizarse el uso de los mecanismos de control de parte del particular absolvente.

Ahora bien, vista la declaratoria que antecede, se dispone la Sala a analizar el segundo de los vicios denunciados por la sociedad mercantil recurrente, relativo a la presunta ilegalidad de las posiciones juradas en el caso sometido al examen de esta Superior Instancia.

Así, del estudio de los argumentos esgrimidos por las partes, esta Alzada considera necesario invertir el orden de las denuncias efectuadas, con el objeto de facilitar el subsiguiente análisis, respecto de la ilegalidad del medio de prueba impugnado, comenzando por la presunta violación de los artículos 156 del Código Orgánico Tributario y 76 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, invocado por la representación judicial de la contribuyente Globovisión Tele, C.A., y expresamente rechazado por la representación judicial de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones CONATEL.

Al respecto, los citados dispositivos cuya violación se denuncia son del siguiente tenor:

“*Artículo 76:* Ni las autoridades, ni los representantes legales de la República, están obligados a absolver posiciones juradas, ni a prestar juramento decisorio, pero deben contestar por escrito las preguntas que, en igual forma, les hicieren el Juez o la contraparte sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo.”

“*Artículo 156:* Podrán invocarse todos los medios de prueba admisibles en derecho, con excepción del juramento y de la confesión de empleados públicos, cuando ella implique prueba confesional de la Administración.

Salvo prueba en contrario, se presumen ciertos los hechos u omisiones conocidos por las autoridades fiscales extranjeras.” (Destacado de la Sala).

Tenemos entonces, de un lado una prohibición de ley de admitir los medios probatorios de carácter confesional, cuando éstos deban ser evacuados por funcionarios públicos y, del otro, una prerrogativa procesal consagrada a favor de las autoridades y representantes legales de la República de “no estar obligados a absolver posiciones juradas”.

Sin embargo, a los fines de delimitar el examen del denunciado vicio de ilegalidad, observa la Sala que la norma contenida en el artículo 156 del Código Orgánico Tributario vigente fue reproducida en similares términos en el artículo 269 del mismo Código, específicamente en lo relativo al régimen probatorio en materia de recursos contencioso tributarios, a diferencia del citado artículo 156 que establece el régimen probatorio aplicable a los recursos ejercidos en sede administrativa.

Por esta razón, de acuerdo a los términos en que ha sido denunciada la supuesta ilegalidad y en atención a la especificidad de la norma contenida en el artículo 269, se advierte que es respecto a esta última disposición que se procederá a efectuar el análisis del mencionado vicio.

En este sentido, el aludido artículo 269 es del siguiente tenor:

“*Artículo 269:* 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 prueba, 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).

El contenido de la norma supra transcrita y en especial el extracto destacado por la Sala, evidencia una limitación a la libertad de prueba que en apego a las tendencias de la ciencia probatoria moderna, ha sido proclamada por el Legislador Tributario para todo lo concerniente a los medios de impugnación desplegados en instancias judiciales.

En este orden de ideas, se ha considerado de cierto modo inconveniente el admitir la evacuación de los medios probatorios de carácter confesional, en observancia a la vigencia de los particulares principios que informan el Derecho Público, y en especial a la materia fiscal. De este modo, la restricción de esa proclamada libertad de prueba, responde a su adecuación a los fundamentos axiológicos que configuran esta importante rama del Derecho.

Específicamente, esa restricción se sustenta en un principio básico del Derecho Público, en virtud del cual ningún funcionario puede, en principio, comprometer con sus declaraciones, los intereses de la República, de los Estados o de los Municipios, cuando éstos son objeto de controversia tanto en sede judicial como en sede administrativa.

En efecto, si bien la Administración como ente moral se manifiesta a través del actuar de sus funcionarios dentro del ámbito de las atribuciones conferidas por ley, no es menos cierto que en lo relativo a la disposición de sus intereses, esos funcionarios se constituyen en meros instrumentos de la actividad administrativa, y por tanto, en operadores de la voluntad del ente.

En razón de ello, toda declaración que sea requerida a un funcionario de la Administración, en el marco de un proceso recursivo, y ante el supuesto que la misma obre contra los intereses de dicha Administración, se entenderá evacuada a título personal, no así como manifestación inequívoca de la voluntad o accionar del ente que representa.

Sin embargo, cabe destacar que esta limitación no ha sido concebida en términos absolutos; por el contrario, la admisibilidad de la confesión está condicionada a que este referido medio probatorio “[no] implique la prueba confesional de la Administración”.

Esta última mención, concatenada con la prerrogativa procesal contenida en el citado artículo 76 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, ha sido distorsionada en su alcance, provocando que en la práctica se aprecie que cuando las posiciones juradas son promovidas por los particulares, deban ser declaradas inadmisibles por disposición expresa de la Ley, más no así a la inversa, ya que si las posiciones son promovidas por la Administración, el particular sí estaría obligado a absolverlas.

Luego entonces, al disponer el citado artículo que en razón de no poder obligarse a las autoridades o representantes legales de la República a absolver las posiciones juradas, pero sí a contestar a través de formulario escrito las preguntas que de igual manera le formulen el Juez o la contraparte, se ha interpretado que estas deposiciones tendrán mero carácter de indicio, mientras que el contenido de las declaraciones formuladas por los particulares sí pueden constituir perfectamente confesiones de parte.

A su vez, debido a esta particular interpretación, se ha condicionado la viabilidad de la prueba al modo en que han de formularse las recíprocas a la Administración, evitando ser planteadas en forma asertiva (artículo 409 del Código de Procedimiento Civil), con el fin de imposibilitar el reconocimiento de los hechos por parte de ésta.

La situación descrita violenta de manera directa la proporcionalidad en la valoración de las pruebas, al no ser estimadas las recíprocas deposiciones con el mismo valor que las posiciones promovidas contra el particular, todo lo cual genera la indefensión del absolvente y un evidente desequilibrio en la labor a cargo del sentenciador al momento de establecer los hechos, como resultado de la inequidad en el debate probatorio. De este modo, se ve favorecida la Administración al no poder incurrir en confesiones, en perjuicio del particular, que obligado a absolver las posiciones conforme a la verdad, admite conocer los hechos que en forma asertiva ha sido emplazado a responder.

Adicionalmente, debe la Sala destacar que en virtud de la clara manifestación de los principios del contradictorio y del control de la prueba, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 406 prevé que “la parte que solicite las posiciones deberá manifestar estar dispuesta a comparecer al Tribunal a absolverlas recíprocamente a la contraria, sin lo cual aquéllas no serán admitidas (...)”. Esta reciprocidad, de acuerdo a los términos en que ha sido consagrada en la norma, condiciona la admisibilidad de este medio probatorio, en el entendido que de no existir de parte de la Administración el compromiso de absolver las preguntas que a su vez sean formuladas por el Juez o la contraparte, la prueba se haría automáticamente inadmisibles por ser manifiestamente contraria a la Ley.

Ahora bien, conforme al precepto anterior, teniendo en cuenta la aludida imposibilidad de la Administración de incurrir en confesión a través de las declaraciones de sus funcionarios, aún existiendo el compromiso del ente de contestar las posiciones formuladas por la contraparte, esta reciprocidad se hace de tal modo inalcanzable que produce la ilegalidad objetiva del medio probatorio (posiciones juradas), por no poder garantizarse el uso de los mecanismos de control de parte del particular absolvente. Así se declara.

Por otra parte, debe esta Sala advertir que no obstante todos los aspectos que comprometen la legalidad del impugnado medio probatorio, también juzga necesario examinar el alcance de la mención que integra la limitante establecida en el precitado artículo 269 del vigente Código Orgánico Tributario, a saber, “(...) cuando ella implique prueba confesional de la Administración (...)”

Al respecto, vale destacar la existencia de esta particular excepción en los términos aludidos en la citada norma, habida cuenta que las posiciones juradas son por antonomasia el medio legítimo con el cual puede obtenerse una prueba confesional. De este modo, a través del uso de este especial medio de prueba, se confiesa o no.

Por tanto, de admitirse la evacuación de esta prueba en materia tributaria, considerando la imposibilidad de la Administración de incurrir en confesiones provocadas, se desvirtúa en esencia dicho mecanismo probatorio, convirtiéndose en todo caso las declaraciones del funcionario absolvente en una testimonial formulada en nombre propio, producto de lo que puede entenderse como una errónea técnica normativa del Legislador Tributario.

En consecuencia, circunscritos al caso de autos y en atención a los argumentos que anteceden, debió el *a quo* declarar inadmisibles la prueba de posiciones juradas objeto de impugnación, por resultar manifiestamente contraria a la Ley, en los términos descritos en el presente fallo.

En razón de lo anteriormente expuesto, se impone a esta Máxima Instancia declarar con lugar la presente apelación. Así se declara.

b. *Sentencia*

TSJ-SPA (0713)

21-3-2006

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: INSTITUTO AUTÓNOMO AEROPUERTO INTERNACIONAL DE MAIQUETÍA vs. Decisión Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La interposición del recurso de apelación contra el auto de admisión del recurso contencioso tributario debe hacerse en el lapso legal correspondiente, siempre y cuando la Administración Tributaria haya formulado oposición a dicha admisión, para lo cual tiene un *plazo* de cinco (5) días de despacho, contados a partir de la constancia en el expediente de la última de las notificaciones de ley.

En virtud de la declaratoria contenida en el fallo recurrido y de las objeciones formuladas por el recurrente de hecho, en representación del Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía, la controversia planteada en el caso bajo examen se circunscribe a decidir si el Tribunal *a quo* debió oír o no el recurso de apelación ante él interpuesto por el apoderado judicial del mencionado Instituto contra su sentencia de fecha 1° de junio de 2005.

Previamente a dilucidar el aspecto que antecede, cabe destacar la norma cuya correcta aplicación se debate en la presente causa, a saber, la contenida en el artículo 267 del vigente Código Orgánico Tributario, la cual dispone lo que de seguidas se transcribe:

“Artículo 267. Al quinto día de despacho siguiente a que conste en autos la última de las notificaciones de ley, el Tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad del recurso. Dentro de este mismo plazo, la representación fiscal podrá formular oposición a la admisión del recurso interpuesto.

En este último caso, se abrirá una articulación probatoria que no podrá exceder de cuatro (4) días de despacho, dentro de los cuales las partes promoverán y evacuarán las pruebas que consideren conducentes para sostener sus alegatos. El Tribunal se pronunciará dentro de los tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento de dicho lapso.

PARÁGRAFO ÚNICO: La admisión del recurso será apelable dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes, siempre que la Administración Tributaria hubiere formulado oposición, y será oída en el solo efecto devolutivo. Si el tribunal resuelve inadmitir el recurso se oírá apelación en ambos efectos, la cual deberá ser decidida por la alzada en el término de treinta (30) días continuos.

En ambos casos, las partes deberán presentar sus informes dentro de los diez (10) días de despacho siguientes al recibo de los autos por la alzada”. (Destacado de la Sala).

De la disposición antes transcrita, se desprende que la interposición del recurso de apelación contra el auto de admisión del recurso contencioso tributario debe hacerse en el lapso legal correspondiente, siempre y cuando la Administración Tributaria haya formulado oposición a dicha admisión, para lo cual tiene un *plazo* de cinco (5) días de despacho, contados a partir de la constancia en el expediente de la última de las notificaciones de ley.

En este orden de ideas, es necesario señalar que por su parte el tribunal de la causa debe pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso en el término ordinario concedido por el Código Orgánico Tributario en su artículo 267, esto es, al quinto (5°) día de despacho siguiente, oportunidad en la cual, como precedentemente se señaló, puede la representación fiscal oponerse a dicha admisión, supuesto en el que se abrirá una articulación probatoria por un lapso no mayor de cuatro (4) días de despacho a los fines de que las partes promuevan y

evacuen las pruebas que consideren conducentes a sus pretensiones. Luego de lo cual, una vez vencido el lapso indicado, el tribunal dispone de tres (3) días de despacho para emitir pronunciamiento respecto de la admisión del recurso contencioso tributario.

Ahora bien, resulta necesario relacionar el contenido del referido precepto con la norma prevista en el artículo 6 de la Resolución N° 95 de fecha 08 de octubre de 2004, emanada de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.733 de fecha 28 de octubre de 2004, en cuyo texto se señala lo siguiente:

“Artículo 6.- El calendario y horario correspondiente a los días y horas de despacho será uniforme para todos los órganos que conforman la estructura organizativa y de apoyo a los tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario del Área Metropolitana de Caracas.

Parágrafo Primero: El horario de despacho de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario del Área Metropolitana de Caracas es de Lunes a Viernes, de 8:30 a.m a 3.30 p.m lo cual comprende: Recepción y distribución de documentos, entrega de documentos a los justiciables, préstamo de expedientes en el Archivo de la Sede, atención al público y audiencias. Los funcionarios judiciales cumplirán turnos de tal manera que no se interrumpa el servicio durante las horas de almuerzo”. (Resaltado de la Sala).

La resolución antes citada mediante la cual se crea la estructura organizativa y funcional necesaria para implantar y desarrollar en los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario del Área Metropolitana de Caracas el “*Modelo Organizacional y el Sistema Integral de Gestión, Decisión y Documentación Juris 2000*”, preceptúa que el horario de despacho pautado para los tribunales que integran la primera instancia de la jurisdicción contencioso-tributaria en el Área Metropolitana de Caracas, es de 8:30 am a 3:30 pm lapso dentro del cual, entre otras funciones, se dedican a recibir los documentos presentados por los justiciables.

En atención a las consideraciones expuestas, esta Sala observa que el 1° de junio de 2005, siendo las 3:19 pm, compareció ante el juzgado *a quo* el abogado Pedro Elías Morales Talavera, ya identificado, actuando en su carácter de apoderado judicial del Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía y consignó escrito mediante el cual se opuso a la admisión del recurso contencioso tributario incoado por la sociedad mercantil Aeropostal Alas de Venezuela, C.A., de acuerdo con lo preceptuado en el aludido artículo 267 del Código Orgánico Tributario (folios 26 y 35).

En la misma fecha, el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, dictó auto de admisión, el cual fue apelado por el apoderado judicial del referido instituto, el 2 de junio de 2005 (folios 41, 42, 52, 53 y 54).

Ahora bien, analizadas como han sido las actas que componen el expediente, esta Sala observa que el Tribunal *a quo*, mediante su fallo interlocutorio de fecha 9 de junio de 2005, en interpretación del artículo 267 del Código Orgánico Tributario vigente, negó la referida apelación por considerar que la oposición a la admisión del recurso contencioso tributario interpuesto por la contribuyente fue ejercida de manera extemporánea y que tal requisito era indispensable para ejercer dicho recurso de apelación.

Sobre la base de lo señalado por el Tribunal de la causa, esta Sala observa que en el caso bajo análisis el mismo día, es decir, al quinto (5°) día de despacho siguiente a la consignación en el expediente de la última de las notificaciones, se dictó la sentencia de admisión del recurso contencioso tributario y la parte presentó su escrito de oposición.

En efecto, atendiendo al texto del dispositivo en análisis (artículo 267 del Código Orgánico Tributario) encontramos por un lado el lapso de cinco (5) días de despacho, en el cual la parte puede oponerse a la admisión, contados a partir de que conste en el expediente la última de las notificaciones practicadas, y por el otro, el término (al 5° día de despacho siguiente) en el que debe el Tribunal emitir el pronunciamiento en ese sentido.

Sin embargo, considera esta Sala que el legislador no hace distinción alguna entre el orden de prelación de las mencionadas actuaciones, a saber la del tribunal y la de la parte, ni sobre una hora específica en que deban celebrarse; por tanto, ante la situación planteada, en atención a lo dispuesto en el artículo 126 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “...*Los términos o lapsos para el cumplimiento de los actos procesales son aquellos expresamente establecidos por la ley; el Juez solamente podrá fijarlos cuando la ley lo autorice para ello*”, debió el tribunal de la causa, una vez que constató que el escrito de oposición fue presentado dentro de los cinco (5) días de despacho señalado por la ley, dar cumplimiento al procedimiento previsto en el artículo 267 del Código Orgánico Tributario, declarando la apertura de la articulación probatoria, para pronunciarse luego sobre la admisión del recurso contencioso tributario interpuesto por la contribuyente Aeropostal Alas de Venezuela, C.A.

En razón de lo anterior, advierte la Sala que el tribunal *a quo* en la sentencia recurrida de hecho, al negar la apelación interpuesta contra el auto de admisión, pese a que la representación fiscal formuló oposición tempestivamente, es decir, dentro del lapso legal y en horas de despacho de ese tribunal, cercena el derecho a la defensa y al debido proceso del Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía, al impedirle el ejercicio de las actuaciones y recursos previstos en la ley; en razón de lo cual, resulta forzoso para esta Sala declarar con lugar el recurso de hecho incoado por el apoderado judicial del mencionado Instituto y por consiguiente, revocar la decisión dictada por el prenombrado Órgano Jurisdiccional en fecha 9 de junio de 2005, mediante la cual se negó a oír la apelación interpuesta por dicha representación, contra la sentencia dictada por ese mismo tribunal en fecha 1° de junio de 2005; en consecuencia, se ordena oír la apelación en el solo efecto devolutivo, en atención a lo establecido en el Parágrafo Único del artículo 267 del vigente Código Orgánico Tributario. Así se decide.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Carácter vinculante de las interpretaciones que realice la Sala Constitucional*

TSJ-SC (92)

1-2-2006

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Oscar Emil Salazar Calzadilla vs. Inspectoría del Trabajo de la Zona del Hierro del Estado Bolívar (“conflicto de criterio” entre la Sala Constitucional y la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia).

Los criterios de la Sala Constitucional acerca de principios, valores y normas constitucionales, o de normas legales a la luz de dichos principios, valores y normas, son vinculantes tanto para los demás tribunales de la República como para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

1. El actor demandó la nulidad de un acto administrativo que expidió la Inspectoría del Trabajo de la Zona del Hierro del Estado Bolívar, demanda que ha transitado por varios tribunales sin que ninguno de éstos haya asumido la competencia para el conocimiento del asunto que se planteó.

La Sala Político-Administrativa, que recibió la causa para la resolución de un conflicto de competencia entre un tribunal laboral y uno contencioso administrativo pero, en lugar de resolverlo, planteó, a su vez, ante la Sala Plena, “conflicto de criterio” con esta Sala Constitucional, ya que ésta había declarado, pacíficamente, que demandas como la de autos corresponden a la conocimiento de los tribunales contencioso-administrativos, en tanto que aquélla estimaba que correspondían a los jueces laborales.

Así, en primer lugar, la Sala debe precisar que no puede existir el llamado “conflicto de criterio” en los términos que planteó la Sala Político-Administrativa puesto que los criterios de la Sala Constitucional acerca de principios, valores y normas constitucionales, o de normas legales a la luz de dichos principios, valores y normas, son vinculantes tanto para los demás tribunales de la República como para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que reza:

“Artículo 335. El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.”

A la luz de la norma que se transcribió, se hace evidente que las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia no pueden “rebelarse” o desconocer los criterios vinculantes de esta Sala y, con tal fundamento plantear, con supuesta legitimidad, un conflicto con esta última, ya que ello atenta directamente contra el dispositivo constitucional al que se ha hecho referencia.

TSJ-SC (342)

23-2-2006

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondon Haaz

Caso: Rafael Martín Guédez

VOTO SALVADO: Carmen Zuleta de Merchán

Sólo en las decisiones en las cuales la Sala realice una interpretación sobre el contenido y alcance de los principios, reglas y normas constitucionales, tienen carácter vinculante. Existen casos en los cuales la Sala desarrolla el contenido y el alcance de normas de rango legal, pero ello no quiere decir que lo decidido de esa forma ostente el carácter vinculante.

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora, que declaró ha lugar la solicitud de revisión constitucional interpuesta por los apoderados judiciales del ciudadano Rafael Martín Guédez.

En efecto, en la sentencia de la cual se disiente se señala que existió violación de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la libertad personal, al debido proceso y a la defensa de la parte solicitante, toda vez que la Sala de Casación Penal de este Máximo Tribunal, al dictar su pronunciamiento el 21 de julio de 2005, con ocasión del recurso de casación interpuesto por la ciudadana Rosa Luisa Mévoli Bruno Fiscal Vigésima Octava del Ministerio Público, en el juicio iniciado el 17 de junio de 1994 a los ciudadanos Rafael Martín Guédez y otros, por la comisión de delitos tipificados en la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, incurrió en un “*errado control constitucional*” por contrariar, respecto a la llamada “*prescripción judicial de la acción penal*”, la doctrina asentada en las sentencias N° 117, del 17 de marzo de 2000 (caso: *Gardenia Rivka Martínez*) y N° 1118, del 25 de junio de 2001 (caso: *Rafael Alcántara Van Nathan*).

Así pues, se precisó que en las decisiones referidas, esta Sala Constitucional estableció, analizando el contenido del artículo 110 del Código Penal, aplicable *ratione temporis*, que la “*prescripción judicial*” de la acción penal no era susceptible de interrupción y que se equiparaba a una figura extintiva de la acción; asimismo, que, en el caso penal que motivó la revisión, “*había transcurrido sobradamente el lapso de extinción de la acción penal, de conformidad con el artículo 110 del Código Penal aplicable. Esto es, si, como se estableció anteriormente el referido lapso era de siete años y medio, la Sala de Casación Penal debió observar que para el momento cuando expidió el fallo que ahora se somete a revisión, habían transcurrido once años y un mes desde cuando se pronunció el referido auto de proceder, de manera que fue manifiestamente errado el criterio que se mantuvo en dicho fallo, en el sentido de la interrumpibilidad del referido lapso.*”

Ahora bien, el fundamento primordial del presente voto salvado consiste en que la Sala, al resolver la revisión constitucional, no se percató que los referidos fallos núms. 117/2000 y 1118/2001 no debían considerarse como vinculantes, toda vez que el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone que “[l]as interpretaciones que establezca la Sala de Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”, lo que no ocurre en el presente caso.

En efecto, esta Sala Constitucional, desarrollando la directriz establecida en la anterior disposición normativa estableció, en la decisión N° 1869, del 5 de octubre de 2001 (caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*), lo siguiente:

“que la doctrina que se derive de la interpretación de los preceptos constitucionales, sea que la conclusión a que arribe la Sala no resuelva un caso concreto (solicitud de interpretación), sea que aproveche a la solución de una concreta controversia en tanto contenga el modo en que los valores, principios y reglas constitucionales exigen que se tome una decisión en un sentido determinado, tiene en ambos casos efecto vinculante. Tal aclaratoria desea resolver alguna duda que pudiera surgir en cuanto al alcance de la vinculación de la función interpretativa que toca desplegar a esta Sala conforme al citado artículo 335 de la Carta Fundamental, la cual, pueda que llegue a asociarse, erróneamente, a la desnuda interpretación de un precepto constitucional.

Así pues, es vinculante, tanto la sola determinación del contenido y alcance de una norma constitucional que resulte oscura o contradictoria, como aquella interpretación de la Constitución que realice esta Sala, relativa, como hubo de afirmarse en líneas anteriores, a un caso concreto en que se hubiera examinado una determinada situación jurídica, y de cuyo examen hubiera resultado un modo de conducirse o actuar conforme con un valor, principio o regla contenido en el orden normativo constitucional. Interpretar la Constitución también es, pues, hacer valer sus preceptos en el caso concreto. La vinculación que se sigue en el segundo de los supuestos referidos, arropará sólo a casos similares a los resueltos conforme a la doctrina vinculante.”

Por tanto, sólo en las decisiones en las cuales la Sala realice una interpretación sobre el contenido y alcance de los principios, reglas y normas constitucionales, tienen carácter vinculante. Ello puede ocurrir en la resolución de las distintas acciones, recursos o solicitudes que conozca la Sala.

Sin embargo, existen casos en los cuales la Sala desarrolla, como lo ha venido haciendo en sucesivas ocasiones, el contenido y el alcance de normas de rango legal, pero ello no quiere decir que lo decidido de esa forma ostente el carácter vinculante, como ocurrió en las sentencias números 117/2000 y 1118/2001, en las que se interpretó el artículo 110 del Código Penal. Este tipo de decisiones en *obiter dictum* con consideraciones marginales o de abundancia, y carecen de carácter vinculante *erga omnes* (a diferencia del *stare decisis*) y sólo tienen carácter ilustrativo o doctrinario.

De no ser así, se desconocería la autonomía del juez para interpretar y aplicar la norma legal; aunque claro está habría que hacer la salvedad de que la interpretación constitucional de la norma que efectúa la Sala Constitucional, bien por vía principal o incidental, adquiere siempre carácter vinculante.

De tal modo, se hace notar que la Sala no debió, en consideración de esos fallos, estimar la procedencia de la presente revisión, por cuanto no existió un “*errado control constitucional*” por parte de la Sala de Casación Penal, al no contrariar ninguna decisión dictada por esta Sala Constitucional con carácter vinculante.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada disidente.

2. *Control Concentrado de la constitucionalidad: Cosa juzgada de la sentencia: Reedición del acto normativo*

TSJ-SC (181)

16-2-2006

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Los efectos de la cosa juzgada que declare la nulidad operan de pleno derecho, sin que reediciones, o la aprobación de nuevas leyes que dupliquen lo anulado, puedan menoscabarla. Por tanto, de oficio, -como aplicación de la institución de la cosa juzgada y sus efectos extensivos- dentro del proceso donde se dictó la nulidad, se puede anular cualquier ley o acto que contradiga la cosa juzgada, limitándose, sin necesidad de citar a nadie, a cotejar lo declarado en la sentencia con las nuevas disposiciones que reproducen las anuladas, una vez que por cualquier vía constate la existencia del desacato a la nulidad declarada.

Conforme a la vigente Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, corresponde a la Sala Constitucional (salvo excepciones) el control concentrado de la Constitución, y podrá declarar la nulidad de 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 coliden con aquella.

Este control concentrado se ventila mediante el proceso de nulidad establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y antes en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Tratándose de una actividad jurisdiccional, emanada de la jurisdicción constitucional (artículo 334 constitucional), la declaratoria de nulidad, así como sus alcances, son el resultado de una sentencia que produce efectos *erga omnes*, convirtiéndose en cosa juzgada al respecto.

Como cosa juzgada, la nulidad declarada debe ser acatada y respetada por los órganos legislativos que dictaron la ley anulada total o parcialmente, o por los órganos del poder público que produjeron el acto, ya que la sentencia firme equivale a una ley (artículo 273 del Código de Procedimiento Civil) y es vinculante hacia el futuro (artículo 273 del Código de Procedimiento Civil), sin que ningún juez pueda volver a sentenciar la controversia ya decidida por un fallo (artículo 272 del Código de Procedimiento Civil), por lo que el tema juzgado en el proceso no es objeto de nueva discusión y la colectividad en su totalidad (personas naturales y jurídicas), deben respetar la nulidad declarada sin poder alzarse contra ella.

A falta de disposiciones específicas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, los caracteres de la cosa juzgada contenida en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil (artículos 1396 del Código Civil y 272 y 273 del Código de Procedimiento

Civil) están presentes, en lo posible, en las sentencias definitivamente firmes dictadas por los jueces que ejercen la jurisdicción en materia constitucional, y uno de esos caracteres es el de la presunción legal que impide, por la autoridad de la cosa juzgada, que lo que ha sido objeto de la sentencia firme, vuelva a discutirse, o pierda sus efectos, por lo que éstos se mantienen en el tiempo.

Consecuencia de ello, es que la nulidad declarada por inconstitucionalidad que indica con precisión la disposición anulada (artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), invalida la ley o el acto, señalando sus efectos *ex nunc* o *ex tunc* (artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), pero siempre partiendo de la base que hacia el futuro dejó de existir la ley anulada total o parcialmente, sin que ella tenga vigencia alguna. Pero ¿qué sucede si el órgano legislativo dicta de nuevo la ley desacatando la cosa juzgada?

A juicio de esta Sala, tal violación a la cosa juzgada no produce ningún efecto, debido a los caracteres que antes la Sala ha señalado a esta institución.

La nulidad declarada sigue vigente, sin que pueda volverse a discutir a guisa de reedición de la ley o nueva aprobación por el órgano legislativo.

De ocurrir tal situación, reedición o nueva aprobación, ¿será necesario que se incoe nuevo juicio de nulidad contra la norma inconstitucional?

La Sala observa que conforme a disposición expresa contenida en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la nulidad por inconstitucionalidad es de orden público, y en el proceso la Sala Constitucional puede suplir de oficio las deficiencias o falta de técnica del recurrente.

Siendo la materia de orden público, y siendo a su vez el Tribunal Supremo de Justicia el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); estando facultado la Sala Constitucional para establecer interpretaciones vinculantes sobre el contenido y alcance de los principios constitucionales, la Sala considera que los efectos de la cosa juzgada que declare la nulidad, operan de pleno derecho, sin que reediciones, o la aprobación de nuevas leyes que dupliquen lo anulado, puedan menoscabar la cosa juzgada, y que por tanto, - como aplicación de la institución de la cosa juzgada y sus efectos extensivos- dentro del proceso donde se dictó la nulidad, puede anular cualquier ley o acto que contradiga la cosa juzgada, limitándose, sin necesidad de citar a nadie, a cotejar lo declarado en la sentencia con las nuevas disposiciones que reproducen las anuladas, una vez que por cualquier vía constatare la existencia del desacato a la nulidad declarada.

A juicio de esta Sala, ante la situación objetiva que se comprueba con la confrontación que demuestra la identidad entre lo anulado y lo reeditado, y como preservación de la cosa juzgada, no hace falta citar a nadie, sino verificar su burla.

Con fecha 15 de julio de 2003 se dictó en este proceso sentencia N° 1942 en la que se declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad ejercido en contra de los artículos 223, 224, 225 y 226 del Código Penal, publicado en la *Gaceta Oficial de la República* N° 5494 Extraordinario del 20 de octubre de 2000.

Conoce la Sala, por constar en documentos públicos (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*) los cuales cursan en la Biblioteca del Tribunal Supremo de Justicia, que el 16 de marzo de 2005 se publicó la Ley de Reforma Parcial del Código Penal (v. *Gaceta Oficial* N° 5763 Extraordinario); en cuyos artículos 222, 223, 224 y 225 se mantuvieron los textos primigenios de algunas de las normas anuladas según el fallo de esta Sala N° 1942/03, y que correspondían al Código Penal de 2000.

Dicha Ley de Reforma Parcial fue reimpresa en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana* N° 5768 del 13 de abril de 2005, en la cual se repitió el texto de las normas del Código Penal del 2000, que -como antes se indicó- algunas fueron anuladas por decisión de esta Sala.

En efecto, los artículos 223, 224, 225 y 226 del Código Penal de 2000, disponían lo siguiente:

“Artículo 223.- *El que de palabra u obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de un miembro de la Asamblea Nacional, o de algún funcionario público, será castigado del modo que sigue, si el hecho ha tenido lugar en su presencia y con motivo de sus funciones:*

1.- Si la ofensa se ha dirigido contra algún agente de la fuerza pública, con prisión de uno a tres meses.

2.- Si la ofensa se ha dirigido contra un miembro de la Asamblea Nacional o algún funcionario público, con prisión de un mes a un año, según la categoría de dichas personas.

Artículo 224.- *Si el hecho previsto en el artículo precedente ha sido acompañado de violencia o amenaza, se castigará con prisión de tres a dieciocho meses.*

Cualquiera que de algún otro modo y fuera de los casos previstos en el Capítulo anterior, haga uso de violencia o amenaza, contra un miembro de la Asamblea Nacional o algún funcionario público, si el hecho tiene lugar con motivo de las funciones del ofendido, será castigado con las mismas penas.

Artículo 225.- *Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos precedentes se haya cometido contra algún funcionario público, no por causa de sus funciones sino en el momento mismo de estar ejerciéndolas, se aplicarán las mismas penas reducidas de una tercera parte a la mitad.*

Artículo 226.- *El que de palabra o de obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación, decoro o dignidad de algún cuerpo judicial, político o administrativo, si el delito se ha cometido en el acto de hallarse constituido, o de algún magistrado en audiencia, será castigado con prisión de tres meses a dos años.*

Si el culpable ha hecho uso de violencia o amenazas, la prisión será de seis meses a tres años.

El enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante requerimiento del cuerpo ofendido. Si el delito se ha cometido contra cuerpos no reunidos, el enjuiciamiento sólo se hará lugar mediante requerimiento de los miembros que los presiden.

Este requerimiento se dirigirá al Representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente”.

De dichos artículos quedaron anulados según el fallo N° 1942 del 15 de julio de 2003, los N° 223 y 226, el cual dejó delimitado el contenido de esas normas, de la siguiente forma:

“Artículo 223. *“El que por obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de un miembro de la Asamblea Nacional, o de algún funcionario público, será castigado del modo que sigue, si el hecho ha tenido lugar en su presencia y con motivo de sus funciones:*

1°.- Si la ofensa se ha dirigido contra algún agente de la fuerza pública, con prisión de uno a tres meses.

2°.- Si la ofensa se ha dirigido contra un miembro de la Asamblea Nacional o algún funcionario público, con prisión de un mes a un año según la categoría de dichas personas”.

Artículo 226. “El que de palabra o de obra ofendiere de alguna manera la reputación de algún cuerpo judicial, político o administrativo, si el delito se ha cometido en el acto de hallarse constituido, o de algún magistrado en audiencia será castigado con prisión de tres meses a dos años.

Si el culpable ha hecho uso de violencia o amenazas, la prisión será de seis meses a tres años.

El enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante requerimiento del cuerpo ofendido. Si el delito se ha cometido contra cuerpos no reunidos, el enjuiciamiento sólo se hará lugar mediante requerimiento de los miembros que los presiden.

Este requerimiento se dirigirá al Representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente”.

La Ley de Reforma del Código Penal (publicada en *Gaceta Oficial* N° 5768 del 13 de abril de 2005) reproduce los artículos del Código Penal de 2000 que fueron anulados por esta Sala, reproducción hecha en la siguiente forma:

“Artículo 222.- El que de palabra u obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de un miembro de la Asamblea Nacional, o de algún funcionario público, será castigado del modo que sigue, si el hecho ha tenido lugar en su presencia y con motivo de sus funciones:

1.- Si la ofensa se ha dirigido contra algún agente de la fuerza pública, con prisión de uno a tres meses.

2.- Si la ofensa se ha dirigido contra un miembro de la Asamblea Nacional o algún funcionario público, con prisión de un mes a un año, según la categoría de dichas personas.

Artículo 225.- El que de palabra o de obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación, decoro o dignidad de algún cuerpo judicial, político o administrativo, si el delito se ha cometido en el acto de hallarse constituido, o de algún magistrado en audiencia, será castigado con prisión de tres meses a dos años.

Si el culpable ha hecho uso de violencia o amenazas, la prisión será de seis meses a tres años.

El enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante requerimiento del cuerpo ofendido. Si el delito se ha cometido contra cuerpos no reunidos, el enjuiciamiento sólo se hará lugar mediante requerimiento de los miembros que los presiden.

Este requerimiento se dirigirá al Representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente”.

Como antes señaló la Sala, esos artículos quedaron anulados, ya que el texto vigente, según la cosa juzgada del fallo N° 1942 del 15 de julio de 2003, es el siguiente:

“Artículo 223. “El que por obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de un miembro de la Asamblea Nacional, o de algún funcionario público, será castigado del modo que sigue, si el hecho ha tenido lugar en su presencia y con motivo de sus funciones:

1°.- Si la ofensa se ha dirigido contra algún agente de la fuerza pública, con prisión de uno a tres meses.

2°.- Si la ofensa se ha dirigido contra un miembro de la Asamblea Nacional o algún funcionario público, con prisión de un mes a un año según la categoría de dichas personas”.

Artículo 226. “El que de palabra o de obra ofendiere de alguna manera la reputación de algún cuerpo judicial, político o administrativo, si el delito se ha cometido en el acto de hallarse constituido, o de algún magistrado en audiencia será castigado con prisión de tres meses a dos años.

Si el culpable ha hecho uso de violencia o amenazas, la prisión será de seis meses a tres años.

El enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante requerimiento del cuerpo ofendido. Si el delito se ha cometido contra cuerpos no reunidos, el enjuiciamiento sólo se hará lugar mediante requerimiento de los miembros que los presiden.

Este requerimiento se dirigirá al Representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente”.

Ahora bien, constatada la divergencia entre lo sentenciado por esta Sala Constitucional respecto de las normas anuladas del Código Penal de 2000, y las contenidas en estos últimos artículos transcritos, la Sala no reconoce efecto alguno a los artículos 222 y 225 de la Ley de Reforma del Código Penal, toda vez que son repetición de los anulados en el fallo N° 1942, el cual dejó delimitado el contenido de dichas normas como antes se apuntó, sin que pueda entenderse la declaración de este fallo como la nulidad incidental a que se refiere el artículo 5, segundo aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que se trata de la ejecución de un fallo dictado por esta Sala que ha sido contrariado por el órgano legislativo nacional.

Como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, se declara la reedición de las normas contenidas en los artículos 222 y 225 y, en consecuencia, nulos los artículos 223 y 226 en los términos establecidos en la sentencia N° 1942 de 2003

En virtud de la declaratoria anterior, los efectos de este fallo tienen carácter *ex tunc*, es decir, desde la publicación del fallo N° 1942 del 15 de julio de 2003, y, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena la publicación de la misma en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, la cual señalará en el Sumario: **“DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA MEDIANTE LA CUAL SE DECLARA LA REEDICIÓN LOS ARTÍCULOS 222 Y 225 DE LA LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL, PUBLICADO EL 13 DE ABRIL DE 2005 EN LA GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA N° 5.768 EXTRAORDINARIO”.**

IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Funcionarios Públicos. Funcionarios excluidos: Cuerpos de seguridad del Estado*

TSJ-SPA (0695)

22-3-2006

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Hugo Urdaneta Navarro vs. Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

La conversión de los servicios civiles de control de navegación aérea en un Cuerpo de Seguridad del Estado, coloca a los funcionarios que ejercen tales actividades bajo la protección de un régimen similar al de las fuerzas armadas o al de los servicios de policía.

Con vista a las denuncias señaladas, debe la Sala precisar algunos aspectos relativos al régimen aplicable a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Control de Navegación Aérea adscrito al Ministerio de Infraestructura (antes Ministerio de Transporte y Comunicaciones), los cuales a través del Decreto N° 572 dictado por el Presidente de la República en fecha 1° de febrero de 1995, pasaron a tener el carácter de Cuerpo de Seguridad del Estado debido a la naturaleza de las funciones que desempeñan, quedando exceptuados de la aplicación de la legislación ordinaria sobre funcionarios públicos.

En el referido Decreto se estableció el carácter de utilidad pública de las actividades de dirección técnica del tránsito aéreo y de los servicios de telecomunicaciones aeronáuticas y de ayuda a la navegación aérea, quedando comprendidos en la seguridad y defensa de la nación y debiendo ser prestados de manera directa por el Estado (*Vid.* Sentencia Sala Plena de fecha 02 de julio de 1996, Expediente 0785-1).

En efecto, de acuerdo con nuestra Constitución el Estado venezolano tiene la soberanía exclusiva del espacio aéreo sobre su territorio. Por tanto, las aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en él o en su espacio aéreo y las personas o cosas a bordo de ellas, están sometidas a las leyes y a la jurisdicción de los tribunales y autoridades venezolanas.

Sobre este particular, considera la Sala destacar que el personal aeronáutico es aquel que se desempeña a bordo de las aeronaves o en tierra, en funciones de índole técnica propias de la aeronáutica, tales como la conducción, dirección, operación y cuidado de las aeronaves; el control del tránsito aéreo y la operación de las estaciones aeronáuticas. En relación con el despegue, vuelo y aterrizaje de las aeronaves y, por razones de seguridad nacional, la autoridad aeronáutica puede prohibir o restringir el vuelo y aterrizaje de aeronaves en zonas determinadas del territorio nacional o bajo circunstancias específicas.

Así, pues, en virtud de la importancia que para la seguridad y defensa del Estado venezolano tienen las actividades de control de navegación aérea, el Ejecutivo Nacional, en aras de garantizar el orden público y la seguridad de la circulación y el tráfico aéreo, debe organizar, controlar y proporcionar tales servicios de manera directa, lo cual lleva aparejada la posibilidad de que disponga del recurso humano necesario en la forma y bajo las condiciones que mejor representen los intereses de la República.

En este orden de ideas, debe precisar la Sala, que la conversión de los servicios civiles de control de navegación aérea en un Cuerpo de Seguridad del Estado, coloca a los funcionarios que ejercen tales actividades bajo la protección de un régimen similar al de las fuerzas armadas o al de los servicios de policía.

2. *Clases de funcionarios: Funcionarios de Hecho*

CPCA

14-2-2006

Juez Ponente: Neguyen Torres López

Caso: Omar Fernández vs. I.V.S.S.

De otra parte, observa esta Corte, como entre los folio 42 al 43 del presente expediente, riela contrato suscrito entre el ciudadano OMAR FERNANDEZ y el ciudadano RAFAEL ARREAZA, actuando este último con el carácter de Presidente del I.V.S.S, mediante el cual, el primero se obliga a prestar servicios profesionales como INVESTIGADOR, adscrito a la Dirección General de Prevención y Control de Pérdidas del referido Instituto, devengando un salario mensual de DOSCIENTOS SESENTA MIL BOLÍVARES CON 00/100 (Bs. 260.000,00), desde el 1 de junio al 30 de noviembre de 1998, cumpliendo un horario de 8:30 AM a 12:00 PM y de 12:30 PM a 4:00 PM.

Del mismo modo, riela en el folio 46 al 48, contrato suscrito por las partes ya identificadas, en idéntica situación al contrato anterior, y con vigencia desde el 1° de diciembre de 1998 al 1 de junio de 1999.

Analizando lo anterior, se observa que, el segundo contrato suscrito entre el ciudadano OMAR FERNÁNDEZ y el I.V.S.S., representado para dicho acto por su Presidente, tenía vigencia hasta 1 de junio de 1999; siendo que el acto mediante el cual se le notifica que el mencionado Instituto "...ha resuelto dar por concluidas sus funciones como ASISTENTE ADMINISTRATIVO III", es de fecha 26 de septiembre de 2000, por lo cual resulta obvio,

que el ciudadano OMAR FERNÁNDEZ desde el 2 de junio de 1999 hasta el 26 de septiembre de 2000, ejerció dentro del I.V.S.S, el cargo de ASISTENTE ADMINISTRATIVO III, sin que mediara contrato alguno; lo que deviene necesariamente, en que al ciudadano OMAR FERNÁNDEZ, a partir del 2 de junio de 1999, se le ingresó “de hecho” a la Administración Pública, específicamente al cargo de ASISTENTE ADMINISTRATIVO III, ya que para la época de tal ingreso, la Ley aplicable, era la Ley de la Carrera Administrativa, la cual no señalaba expresamente -como si lo hace la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley del Estatuto de la Función Pública- que el contrato no puede ser utilizado como vía de ingreso a la Administración Pública.

Debe esta Corte indicar, que en efecto, tanto la Jurisprudencia reiterada del extinto Tribunal de la Carrera Administrativa, como de esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, han indicado, que para los llamados “ingresos de hecho”, de funcionarios, durante la vigencia de las Constitución de 1961, a falta de cumplimiento por parte de la Administración de los mecanismos señalados en la Ley de Carrera Administrativa, no podía trasladarse la responsabilidad al funcionario; siendo que, para que una persona que había comenzado a prestar sus servicios como contratado, se considererese había ingreso, de manera simulada como funcionario a la Administración Pública, y estar sometida al Régimen de la Ley de Carrera Administrativa, debían presentarse cuatro elementos, a saber:

- 1.- Que las tareas desempeñadas se correspondan con un cargo clasificado, esto es, comprendido en el Manual Descriptivo de Cargos;
- 2.- Que cumpla un horario determinado, reciba remuneraciones y se encuentre en idénticas condiciones de dependencia jerárquica al resto de los funcionarios regulares del Organismo.
- 3.- Que exista continuidad en la prestación del servicio, durante sucesivos períodos presupuestarios.
- 4.- Que ocupe el cargo con titularidad dentro de la estructura administrativa del Organismo.

De esta forma la doctrina y la jurisprudencia han expresado que, no podía excluirse al contratado de los efectos de la Ley de Carrera Administrativa, máxime cuando existía un nombramiento en el cual se establecía la naturaleza y objeto de su servicio; cuando existía continuidad en el desempeño del cargo mediante prórrogas del contrato; y, el desempeño de funciones era en idénticas condiciones a las que regían para los funcionarios al servicio del organismo de que se trate, tales como el horario, remuneración, relación jerárquica, entre otras.

Así, el empleado que ingresaba a la Administración Pública bajo el ámbito de la Ley de Carrera Administrativa, y en vigencia de la Constitución de 1961, mediante contrato, pasaba a ser un funcionario público sometido a esa Ley, siempre que estuvieran presentes los elementos siguientes: a) que las tareas que desempeñara se correspondieran con un cargo clasificado como de carrera; b) que cumpliera horarios, recibiera remuneración y estuviera en similares condiciones de dependencia jerárquica al resto de los funcionarios regulares del ente de que se trate; y, c) que hubiera continuidad en la prestación de servicio.

Visto lo anterior, esta Corte observa que, en efecto el ciudadano OMAR FERNÁNDEZ, desempeñaba un cargo establecido en el Manual Descriptivo de Cargos, como lo es el de ASISTENTE ADMINISTRATIVO III; que cumplía un horario determinado y recibía una remuneración, tal y como se desprende de la lectura de los contratos sucritos originalmente entre su persona y el I.V.S.S.; que en efecto prestó servicios desde el 1° de diciembre de 1998 hasta el 26 de septiembre de 2000, lo cual implica más de 2 períodos presupuestarios; y de que igual modo ejerció su cargo en calidad de titular, ya que nada alegó en contrario, la sustituta de la Procuradora General de la República, al momento de dar contestación a la querrela funcional, limitándose a indicar en dicha oportunidad, que el querellante no había ingresado por concurso, y por lo tanto no era funcionario público.

Con respecto a este supuesto, en el que un funcionario es ingresado “de hecho” a la Administración, esta Corte Primera de la Contencioso Administrativo, se pronunció en fecha 21 de diciembre de 2000, expresando lo siguiente:

“...del tipo de contrato y de sus cláusulas puede establecerse una relación de empleo público, siempre y cuando se encuentren presentes ciertos elementos o circunstancias, a saber:

- 1.- Que las tareas o funciones correspondan a las de un cargo clasificado, es decir definido en el Manual de Clasificación de Cargos.
- 2.- Que deba cumplir horario, reciba una remuneración y se encuentre en circunstancias jerárquicas similares a las de los funcionarios regulares del organismo.
- 3.- Que exista continuidad en la prestación del servicio.
- 4.- Que se ocupe un cargo con titularidad dentro de la estructura administrativa del Organismo.

Ello es así, por cuanto de cumplirse con los requisitos antes señalados se verifica que el contrato no es más que una ficción detrás de la cual se estableció una relación de empleo público, lo cual sin duda alguna constituye una forma distorsionada y anómala de emplear personal al servicio de la Administración Pública, pero sin embargo, debe considerarse la posición del particular contratado, quien en virtud del contrato debe prestar servicios en las mismas circunstancias y bajo los mismos principios o condiciones que los empleados de la Institución, quienes ingresan de acuerdo a la normativa regular, y que la verdadera intención de la Administración como antes fue expresado, es eludir el régimen legal y reglamentario establecido a favor de los funcionarios, de lo cual no puede hacerse responsable al contratado y por ello perjudicarlo.

Ahora bien, debe esta Corte estimar que cuando una persona presta el servicio bajo un contrato y cumple con el resto de los requisitos que se exigen a las personas para ingresar a la Administración Pública en el artículo 34 de la Ley de Carrera Administrativa y desempeña cargos públicos de manera permanente, cumpliendo un horario establecido para los demás empleados públicos, esa persona debe ser considerada como funcionario público.(...) Es así como se considera que el contrato encubre un nombramiento y por ello debe colocarse a la persona que ingresa al servicio de la Administración bajo esta figura también como funcionario, y si se demuestra como es el caso que esa persona ya tenía la cualidad o condición de funcionario de carrera, con una antigüedad acumulada, entonces los derechos que se le otorgan son iguales a los de los funcionarios de carrera. Así se decide.(...) Ahora bien, aclarada la situación del particular frente a la Administración, reconociéndosele su condición de funcionario de carrera, debe establecerse la forma como debió darse por terminada la relación entre éstos, en tal sentido la Ley de Carrera Administrativa establece en su artículo 53 las formas como procede el retiro de los funcionarios de la administración pública, lo cual le era aplicable al presente caso y no por la vía contractual, por lo que siendo ello así, esta Corte debe declarar la nulidad de la decisión de fecha 10 de diciembre de 1992, mediante la cual se hace del conocimiento del querellante que su relación contractual con la Administración finalizaría el 31 de diciembre de 1992...”.

Así las cosas, y en función de que al querellante le son plenamente aplicables, las disposiciones de la Ley de la Carrera Administrativa *rationae temporis*, ya que era este cuerpo normativo, el que se encontraba vigente para el momento en el cual fue retirado del cargo que ocupaba en el I.V.S.S., y que en efecto cumple con los cuatro requisitos explanados antes, para ser considerado funcionario público, y visto de igual modo, de que se prescindió de incoar procedimiento administrativo alguno, que permitiese comprobar a este Juzgador, que el querellante se encontraba incurso en alguna de las causales de remoción establecidas en el artículo 53 de la Ley adjetiva aplicable al caso de autos, debe esta Corte declarar que el acto mediante se le removió del cargo que ocupada se encuentra en efecto viciado de nulidad. Así se decide.

Comentario Jurisprudencial

¿HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO MODELO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO? LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE 1 DE FEBRERO DE 2006, CASO: BOGSIVICA

José Ignacio Hernández G.
Profesor de Derecho Administrativo de la UCV y de
Derecho Económico de la Universidad Monteávila

Resumen: *A partir de la interpretación de la Sala Constitucional, la justicia administrativa pasa a concebirse como un sistema abierto de pretensiones basadas en el Derecho Administrativo o en relaciones jurídico-administrativas.*

La jurisdicción contencioso-administrativa, en Venezuela, se ha caracterizado por la existencia de un estricto régimen alejado a los postulados propios del Derecho Procesal. Este régimen implementa una suerte de sistema atípico, en el cual existen ciertos “medios de impugnación” que sólo proceden respecto a determinados “objetos” y bajo ciertos “motivos de impugnación”. Es así como la justicia administrativa se ha estructurado como un típico sistema de impugnación, cuya máxima expresión es el “recurso contencioso administrativo de nulidad” contra “actos administrativos”, los cuales se convierten así en el “objeto de la impugnación”. No en vano Luis Henrique Farías Mata llegó a expresar, en 1983, que la “materia del recurso” era el acto administrativo¹. A este sistema abonó la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual sólo contemplaba un sistema tasado de “recursos” en el orden jurisdiccional². Una situación que se mantiene, obviamente, en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Frente a ese sistema se ha revelado algún sector de la doctrina venezolana, que ha insistido en reconducir el estudio del contencioso administrativo a la óptica del Derecho procesal administrativo³.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia igualmente ha abogado por esta superación, al aclarar que el acceso a la justicia administrativa no puede limitarse ante el reducido catálogo de “recursos” contenidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Para esa Sala, los poderes del juez contencioso administrativo que dimanen del artículo 259 constitucional pueden ejercerse:

“al margen de que la denuncia encuadre en los recursos tradicionales establecidos en la ley o que haya construido la jurisprudencia, pues, la tendencia compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 constitucional, es a darle recibo y trámite a todo tipo de demandas en tanto subyazca un conflicto de orden administrativo, deri-

1 Véase la presentación del autor a las VII Jornadas “J.M. Domínguez Escobar” de 1983, en la *Revista del Colegio de Abogados del Estado Nueva Esparta*, año uno, número uno, 1986, pp. 141 y ss.

2 *Cfr.*: Rondón de Sansó, Hildegard, “Medios de proceder por la vía contencioso-administrativa”, en *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 87 y ss.

3 *Vid.* Urosa Maggi, Daniela, “La pretensión procesal administrativa”, en *El contencioso administrativo hoy*, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 103 y ss.

vado de una relación jurídica entre un particular y un órgano o ente investido de potestades públicas, que exija el examen judicial respectivo” (sentencia de 27 de mayo de 2004, caso *Elizabeth Morini Morandini*).⁴

Recientemente la Sala Constitucional ha tenido ocasión de volver sobre este criterio en su sentencia de 1 de febrero de 2006, caso *Bogsivica*, al analizar la figura del –llamado– recurso por abstención o carencia. Más allá de ese punto en concreto, la sentencia comentada replantea las bases del sistema contencioso administrativo en Venezuela.

I. EL ANTECEDENTE DE LA SENTENCIA: EL CRITERIO DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

La sentencia de la Sala Constitucional comentada resolvió el recurso de revisión incoado contra la sentencia de la Sala Político-Administrativa N° 01976 de 17 de diciembre de 2003, en la cual se declaró inadmisibles los recursos por abstención que habían intentado los ciudadanos Víctor Asiboroco y Macario Asotba, en nombre propio y en representación de la Comunidad Indígena Barí y la Asociación Bogsivica, contra la República, por órgano del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. Para admitir ese recurso, la Sala debía constatar si se llenaban los extremos tradicionalmente exigidos, especialmente, si se trataba de una negativa a cumplir determinados actos a que la Administración esté obligada por Leyes.

La Sala Político-Administrativa, luego de analizar el fondo del asunto, rechazó que, en el presente caso, se estuviese ante esa específica omisión:

“A pesar de lo confuso que en oportunidades se torna el escrito recursorio, entiende la Sala que la abstención alegada deviene, a decir de los accionantes, de la demora por parte del Poder Ejecutivo Nacional en dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 119 y en la Disposición Transitoria Décimosegunda de la Carta Magna, en lo que se refiere a la demarcación de los terrenos en los que se encuentra asentado el pueblo Barí y al otorgamiento de los títulos correspondientes (...) Ahora bien, al revisarse la normativa en que los recurrentes sustentan sus planteamientos se evidencia que en el caso tratado más que una obligación concreta en cabeza de la Administración, lo que se configura es un cúmulo de obligaciones genéricas nacidas del texto constitucional destinadas a delimitar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva que, sobre sus tierras, tienen los pueblos y comunidades indígenas, y sólo después de efectuarse las labores de demarcación territorial es que surgiría el derecho específico a que se les concedan los títulos correspondientes.

Aunado a lo anterior, no se evidencia tampoco una clara actitud omisa por parte del Poder Ejecutivo Nacional en adelantar el referido proceso de demarcación que constituya una real abstención; al contrario, se observa que se cumplió con la designación de la Comisión Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas a que hace mención la ley que regula la materia y que dicha Comisión está realizando ciertas actuaciones para alcanzar los fines para las cuales fue creada.

En vista de lo anteriormente expuesto, estima la Sala que en el presente caso no se materializan los presupuestos necesarios para que proceda el recurso por abstención o carencia interpuesto, de allí que el mismo debe ser desestimado. Así se declara.

La Sala Político-Administrativa estimó que, en el caso concreto, no existía una específica obligación cuyo incumplimiento fuera imputable a la Administración.

4 Véase al respecto a Hernández G., José Ignacio, “Las pretensiones procesales administrativas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 20, Caracas, 2005.

Mas no nos interesa adentrarnos en el fondo de ese aspecto -análisis en el que, por cierto, sí entra la sentencia de la Sala Constitucional citada, al revocar tal fallo- pues lo importante son los criterios establecidos en cuanto al sistema contencioso administrativo, aceptados también por la propia Sala Político-Administrativa, como se verá.

II. LA REVISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Como se dijo, la Sala Constitucional analizó el fondo de la controversia y estimó que la demanda planteada ante la Sala Político-Administrativa sí versaba sobre una omisión específica. Pero insistimos, no es ése el punto que nos interesa analizar. En realidad, lo relevante es que, con ocasión al análisis del caso concreto, la Sala Constitucional modificó la concepción tradicional del sistema contencioso administrativo. De esa manera, la sentencia de 1 de febrero de 2006 termina por abandonar la visión del contencioso estructurado sobre la base de “recursos” y “objetos de impugnación”, para situarla en la perspectiva adecuada de la pretensión procesal administrativa y de la integralidad del control ejercido por la justicia administrativa:

“De conformidad con esa premisa y la correcta lectura de las normas constitucionales que se transcribieron, la justicia contencioso-administrativa venezolana debe garantizar los atributos de integralidad y efectividad del derecho a la tutela judicial. De esa manera, y en lo que se refiere a la integralidad, toda pretensión fundada en Derecho Administrativo o que tenga como origen una relación jurídico-administrativa, debe ser atendida o amparada por los tribunales con competencia contencioso-administrativa, pues el artículo 259 constitucional no es, en modo alguno, taxativo, sino que, por el contrario, enumera algunas -las más comunes- de las pretensiones que proceden en este orden jurisdiccional (pretensión anulatoria y pretensión de condena a la reparación de daños) y enunciativamente permite, como modo de restablecimiento de las situaciones que sean lesionadas por la actividad o inactividad administrativa, la promoción de cuantas pretensiones sean necesarias para ello. Integralidad o universalidad de procedencia de pretensiones procesales administrativas que, además, son admisibles con independencia de que éstas encuadren o no dentro del marco de medios procesales tasados o tipificados en la Ley, pues, se insiste, es el Texto Constitucional el que garantiza la procedencia de todas ellas. Pero en atención a la cláusula constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 259), ésta no sólo ha de dar cabida a toda pretensión, sino que, además, debe garantizar la eficacia del tratamiento procesal de la misma y en consecuencia, atender al procedimiento que más se ajuste a las exigencias de la naturaleza y urgencia de dicha pretensión.

El enfoque del tratamiento y estudio del contencioso administrativo desde la óptica de la pretensión consigue, así, fundamento en el artículo 259 de la Constitución y es, además, consecuencia obligada de su función subjetiva y de su naturaleza jurídica: la de un orden jurisdiccional, inserto dentro del sistema de administración de justicia, cuya finalidad primordial es el restablecimiento de situaciones jurídico-subjetivas y que debe, por ende, informarse siempre con los principios generales del Derecho Procesal (*cf.* González Pérez, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, tercera edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 70 y ss.). De allí el error cuando se entiende que es el acto administrativo -en vez de la pretensión procesal- el objeto del proceso contencioso administrativo y de allí también la tradicional imprecisión terminológica que ha caracterizado el tratamiento de nuestro sistema contencioso administrativo, denominando recursos a medios procesales tales como, entre otros, el “recurso por abstención o carencia”, que mal puede considerarse “recurso” ni “medio de impugnación”, cuando su objeto es la pretensión de condena a una obligación de hacer o de dar por parte de la Administración”.

Llevado al caso concreto, bajo esta nueva percepción se redimensiona el llamado recurso por abstención o carencia. En realidad, la pretensión procesal administrativa de condena procede frente a toda inactividad de la Administración y no sólo ante las específicas omisiones tradicionalmente incluidas en el artículo 5.26 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁵:

“la norma no impide -mal podría hacerlo pues violaría el artículo 259 constitucional- que a través de ese medio procesal, que ha sido delineado por la jurisprudencia -el “recurso por abstención”- se ventilen también las pretensiones de condena que se planteen para exigir el cumplimiento de obligaciones de hacer o dar que no consistan en “*específicos y concretos actos*” o cuya fuente no sea la Ley (“*que estén obligados por las Leyes*”) sino una norma sublegal o, como en este caso, una norma constitucional”.

Este criterio fue luego aceptado por la Sala Político-Administrativa en sentencia de 29 de marzo de 2006, caso *Ana Yolimar Rodríguez García y otros*. En esa oportunidad estableció la Sala que la interpretación tradicional del recurso por abstención o carencia resultaba restrictiva en exceso, por lo que su procedencia debía admitirse frente a la toda inactividad de la Administración “con relación a actuaciones que jurídicamente le son exigibles, sin que haga falta una previsión concreta de la ley, ello como expresión de la universalidad del control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre la actividad administrativa y de su potestad para restablecer las situaciones jurídicas que resulten alteradas como consecuencia de tales omisiones”. Notar que, en definitiva, se admite la pretensión procesal administrativa frente a la inactividad de la Administración, más allá de los cauces expresamente previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Además, como ha hecho en anteriores ocasiones -especialmente en relación con la vía de hecho⁶- la Sala Constitucional interpreta adecuadamente el artículo 19.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al señalar que la jurisdicción contencioso-administrativa siempre debe tramitar toda pretensión administrativa que se incoe, aplicando, de ser el caso, el procedimiento que estime más idóneo.

III. LAS BASES DEL NUEVO MODELO

Más allá de la casuística propia del recurso por abstención o carencia, la sentencia de la Sala Constitucional de 1 de febrero de 2006 supone, felizmente, el abandono definitivo del modelo anacrónico de “recursos” y “objetos de impugnación” que, hasta ahora, ha caracterizado al contencioso administrativo.

De esa manera, y a modo de recapitulación, los nuevos pivotes de la justicia administrativa luego de este fallo vendrían a ser dos:

- En *primer* lugar, se abandona el sistema de “recursos” y “objeto de impugnación”. Este sistema es sustituido por un sistema abierto de pretensiones procesales administrativas, en el cual la justicia administrativa conocerá de cualquier pretensión basada en Derecho Administrativo o en relaciones jurídico-administrativas.

5 Esa norma atribuye competencia a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la abstención o negativa de la Administración a “cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las Leyes”. Bajo la rígida visión de la justicia administrativa, el “objeto” del llamado recurso de abstención o carencia únicamente puede ser esa limitadísima omisión. Esta tesis es desechada tajantemente por la sentencia de la Sala Constitucional de 1 de febrero de 2006.

6 *Cfr.*: Hernández G., José Ignacio, “La vía de hecho en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, en *Temas de Derecho Procesal*. Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 665 y ss.

- En *segundo* lugar, las pretensiones procesales administrativas proceden frente a toda manifestación de la actividad o inactividad de la Administración, al margen de la limitada enumeración de recursos que incorpora la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, tal y como ha sostenido también la Sala Político-Administrativa en la sentencia comentada. Es ésa la nueva dimensión que adquiere el principio de integralidad de la tutela judicial: toda pretensión fundada en Derecho Administrativo o basada en relaciones jurídico-administrativas debe ser “atendida por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que sea óbice la inexistencia de medios procesales especiales respecto de determinada forma de actuación”.

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

Actos Administrativos. 174
Actos administrativos de efectos generales
Legitimación. 193
Administración de justicia. Principios. 158
- Imparcialidad de los jueces. 158
Administración Pública. 153
- Derecho Administrativo sancionador.
153
Administración Tributaria. 166
- Recaudación de Tributos. 166
Avocamiento. 153

-C -

Constitución. Fraude Constitucional. 76
Contencioso Administrativo. 183, 193
- Objeto Actos administrativos de efectos
generales Legitimación. 193
- Órganos. 183
- Pruebas. Posiciones juradas. 200
- Sentencia. 200
- Suspensión de efectos del acto administrativo.
194
Contencioso Administrativo contra la abstención
o negativa de la Administración. 204
Contencioso Administrativo de las Demandas
contra los Entes Públicos. 205
Contencioso Administrativo Especial. 206
Contencioso Administrativo Funcionarial. 206
- Órganos. 206
- Pruebas. Admisión. 208
- Sentencia. 209
Contencioso Administrativo Tributario. 212
- Pruebas. 212
- Sentencia. 215
Contratos Administrativos. 178
Control Concentrado de la Constitucionalidad.
220
Cortes de lo Contencioso Administrativo. 183

-D-

Derechos Constitucionales. 94
Derecho a la Defensa: Acceso a las actas
procesales. 95
Derecho a no declarar contra si mismo. 99

Derecho a la protección del honor y reputación.
116
Derecho al sufragio: Causales de inelegibilidad.
144
Derecho de Igualdad ante la Ley: Prohibición
de discriminación. 115
Derechos Culturales y Educativos: Derecho
a la Educación Integral. 117
Derechos Económicos. Libertad económica.
162
Derechos Individuales. 104
- Libertad personal: Reserva Legal
Nacional. 104
Derechos Políticos. 124
- Sistema electoral de postulación de
candidatos. "Las Morochas". 124
Derechos Sociales. Sistema de Seguridad del
social. 119

-F-

Función pública. 152
Funcionarios Públicos. 224
- Clases. Funcionarios de Hecho. 225
- Funcionarios excluidos. Cuerpos de
seguridad del Estado. 224

-G-

Garantías Constitucionales. 95
Garantía de acceso a la Justicia. 99
Garantías del debido proceso. 95

-J-

Jueces. Imparcialidad. 158

-I-

Impuestos Municipales. Impuesto sobre Espectáculos
Públicos. 168

-J-

Jueces. Imparcialidad. 158

-O-

Ordenamiento Jurídico. 76

-P-

Poder electoral. Competencias. 160
Poder Judicial. 153
- Autonomía. 154
Poder Público. Régimen. 152
Principio de Legalidad Tributaria. 165
Propiedad. Régimen urbanístico de la propiedad. 163

-R-

Recurso de Reconsideración. 180
Recursos Administrativos. 180
Régimen Tributario. Principios. 165
Reglamentos. Potestad Reglamentaria. 171
Responsabilidad patrimonial del Estado. 77

-S-

Sala Constitucional. Carácter vinculante de sus interpretaciones. 217
Sentencia. 200, 203, 209, 215
- Apelación. 200
- Consulta obligatoria. 209
- Vicios. Incongruencia negativa. 203
Sistema de seguridad social: Previsión y protección social de los Legisladores. 119

-T-

Tribunal Supremo de Justicia. 153
- Facultad de avocamiento. 153
Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo. 206
Tributos. Recaudación. 166
Tutela Judicial. Principio de Universalidad. 185