

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 **ESCUDEIRO 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 **FAÜNDEZ 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 VALE**, Aldo **MILANO**, Enrique **ROJAS FRANCO**, (Costa Rica), Joffre **CAMPAÑA**, 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 ORDOÑEZ**, 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: fejb@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

- El sistema electoral alemán y el tribunal constitucional federal (La igualdad electoral en debate – con una mirada a Venezuela)*, por Dieter **NOHLEN** y Nicolas **NOHLEN** 7

Comentarios Monográficos

- Breves consideraciones sobre el ejercicio del poder de revisión en Venezuela*, por Claudia **NIKKEN** 27

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el primer trimestre de 2007*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 37

Comentarios Legislativos

- La terminación anticipada y unilateral mediante Leyes de 2006 y 2007 de los convenios operativos y de asociación petroleros que permitan la participación del capital privado en las actividades primarias suscritos antes del 2002*, por Allan R. **BREWER-CARIÁS** 47
- Los cinco años de la Constitución de 1999. “Herramientas constitucionales novedosas para la defensa de algunos derechos fundamentales de los ciudadanos”*, por Vicente **AMENGUAL SOSA** 55

<i>El curioso e insólito caso de la Ley Orgánica para la planificación y gestión de la ordenación del territorio, sancionada en septiembre de 2005 y derogada en febrero 2007, sin haber entrado en vigencia, por Allan R. BREWER- CARÍAS</i>	65
---	----

DOCTRINA

Doctrina Administrativa

<i>Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia dictadas durante el primer trimestre de 2007, por José Ignacio HERNÁNDEZ G.</i>	75
--	----

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): primer trimestre de 2007, por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Marianella VILLEGAS SALAZAR</i>	85
--	----

Comentarios Jurisprudencial

<i>El Juez Constitucional en Venezuela como legislador positivo de oficio en materia Tributaria, por Allan R. BREWER-CARÍAS</i>	193
---	-----

ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	213
--	-----

ESTUDIOS

Artículos

El sistema electoral alemán y el tribunal constitucional federal (La igualdad electoral en debate – con una mirada a Venezuela)

Dieter Nohlen y*
Nicolas Nohlen**

Resumen: *Este estudio escrito en homenaje al prestigioso constitucionalista mexicano Héctor Fix-Zamudio analiza el sistema electoral alemán de representación proporcional personalizada, que como el venezolano, combina el principio de la representación proporcional con la adjudicación de una parte de los escaños según la regla decisoria de la mayoría, a la luz de diversas sentencias del Tribunal Federal Alemán que han buscado garantizar tanto el principio de la igualdad de voto como que el grado de proporcionalidad entre votos y escaños sea muy alto. En el sistema electoral venezolano, en cambio, como lo constatan los autores, contrasta la falta de control constitucional por parte del Tribunal Supremo de Justicia respecto de la práctica distorsionada que significó en 2005 el método electoral llamado de “las morochas”, con el esfuerzo contralor que al contrario ha ejercido el Tribunal alemán.*

-
- * Nohlen, Dieter (1939), profesor emérito de Ciencia Política de la Universidad de Heidelberg. Estudió ciencia política, historia, literatura francesa en las universidades de Colonia, Montpellier y Heidelberg. Su tesis versó sobre el parlamentarismo español del siglo XIX, su segunda tesis sobre el experimento socialista en Chile. Entre sus últimas publicaciones destacan: (Ed.) *Elections in the Americas*, 2 tomos, Oxford University Press, Oxford, 2005; *Diccionario de Ciencia Política*, 2 tomos, Porrúa/El Colegio de Veracruz, México 2006; *El institucionalismo contextualizado. La relevancia del contexto en el análisis y diseño institucionales*, editado e introducido por Richard Ortiz Ortiz”, Porrúa, UNAM, México, 2006; *Instituciones políticas en su contexto. Las virtudes del método comparativo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007; (Comp. junto con Daniel Zovatto, Jesús Orozco und José Thompson) *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2007; “La reforma del sistema binominal desde una perspectiva comparada” en *Revista de Ciencia Política* 26 (1), Santiago de Chile, 2006, pp. 191-2002; “Tendencias internacionales en el desarrollo de los sistemas electorales”, en *ELECCIONES* (Perú) 5 (6) 2006, pp. 15-44.
- ** Nohlen, Nicolás (1981), cand. a doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg, asistente de investigación en el Instituto Max-Planck de Derecho Público Extranjero y Derecho Internacional, estudió derecho en las universidades de Heidelberg, Lovaina y St. Gallen. Fundador y redactor jefe del primer Law Journal alemán dirigido por estudiantes (*Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg*). Entre sus publicaciones destacan: “Germany: The Electronic Eavesdropping Case” (case note), en *International Journal of Constitutional Law* (I-CON, Oxford University Press) 2005, pp. 680-686; (con N. Sumrada): “Control of State Aid for Public Service Broadcasting: Analysis of the European Commission’s Recent Policy”, *European State Aid Law Quarterly* (EStAL, Lexxion) 2005, pp. 609-620; Von Hannover v. Germany – “ECHR decision on balance between privacy rights of public figures and freedom of the press” (case note), en *American Journal of International Law* (AJIL) 2006, pp. 196-201; (con S. Vöneky y N. Petersen): “Regelungsvorschläge zum Schutz menschlicher extrakorporaler Embryonen im Völker- und Europarecht”, en *Maio, G. (Ed.), Der Status des extrakorporalen Embryos*, 2007, pp. 605-638.

SUMARIO

- I. GÉNESIS Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PROPORCIONAL PERSONALIZADO
- II. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DE VOTO Y LOS SISTEMAS ELECTORALES
- III. BARRERA LEGAL E IGUALDAD ELECTORAL
- IV. EL SISTEMA DE DOS VOTOS Y LA IGUALDAD ELECTORAL
- V. DIGRESIÓN: EL CASO DE VENEZUELA
- VI. MANDATOS EXCEDENTES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ELECTORAL
- VII. CLÁUSULA DE MANDATOS MÍNIMOS Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ELECTORAL
- VIII. CONSIDERACIONES FINALES
- IX. BIBLIOGRAFÍA

A lo largo de su inalterada vigencia desde las primeras elecciones en 1949, el sistema electoral de la República Federal de Alemania ha sido objeto de varias decisiones del Tribunal Constitucional Federal (TCF). La principal razón de la participación del más alto tribunal en esta materia tiene que ver con el carácter mismo del sistema electoral alemán: es un sistema combinado que trata de compatibilizar elementos supuestamente contrarios, elementos mayoritarios con elementos proporcionales. Aunque el sistema se denomina “representación proporcional personalizada”, priorizando así su carácter proporcional, para mucha gente no resultó bien clara la importancia de sus diversos elementos de composición en el funcionamiento del mismo. Así, unos comentaristas sostienen que el sistema es proporcional y, como tal, tendría que cumplir de lleno con los requisitos de la representación proporcional. Otros, al contrario, consideran que es mixto, abriendo un amplio margen de interpretaciones sobre la incidencia de los elementos mayoritarios y proporcionales en su determinación.

El parámetro más discutido en las controversias que se han planteado por las diferentes partes ha sido el principio de la igualdad del voto, uno de los clásicos cuatro requisitos del sufragio democrático al lado de la universalidad del sufragio y de su condición de ser directo y secreto. Este parámetro ha sido considerado sobre todo debido a las dificultades surgidas por el tipo de engranaje de los elementos mayoritarios y proporcionales en el sistema combinado, más precisamente por los elementos mayoritarios que lo distancian del sistema de la representación proporcional pura. La preocupación radicaba siempre en la idea de que los compromisos entre lo proporcional y lo mayoritario lesionaran uno de los principios fundamentales de la democracia representativa: el sufragio igualitario. Al respecto, el TCF ha sido recurrido constantemente para que se pronuncie sobre este tema, de modo que existe ya toda una tradición interpretativa de jurisdicción constitucional del sistema electoral alemán. Dado que este sistema está considerado como un sistema electoral modelo –y efectivamente no parecen existir debates de reforma electoral en el mundo sin referirse a él– la consideración de esta experiencia jurisdiccional constitucional resulta imprescindible para comprender la parte complicada e incluso cuestionable del sistema. Esto es especialmente cierto si se considera la controversia académica y jurisdiccional constitucional que aún rodea su funcionamiento. Conviene citar al respecto una de las más importantes decisiones del TCF en materia electoral, tomada hace diez años (el 27 de abril de 1997, BverfGE 95, 335) por cuatro votos a favor y cuatro en contra, a la que nos vamos a referir posteriormente.

En lo que sigue vamos a indagar primero la génesis y el funcionamiento del sistema. Después discutiremos el criterio de la igualdad del voto en su relación con el sistema electoral, especialmente la diferenciación frente a los diversos conceptos de igualdad del voto.

Luego estudiaremos cuatro controversias constitucionales, presentando los argumentos del TCF en los que se apoyan sus decisiones, y los argumentos en contra presentados por el voto de la minoría o disidente cuando lo hubo. Terminaremos con unas observaciones generales.

I. GÉNESIS Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PROPORCIONAL PERSONALIZADO

El origen del sistema alemán se remonta a principios del siglo XX cuando se trató de combinar el principio de la representación proporcional con el voto personal en circunscripciones uninominales. Fue Siegfried Geyerhahn quien en su estudio *Das Problem der verhältnismäßigen Vertretung* (El problema de la representación proporcional) de 1902 propuso establecer tantas circunscripciones uninominales cuantas correspondían a la mitad del total de los escaños. Los diputados de estas circunscripciones uninominales tendrían que ser elegidos según el sistema de mayoría absoluta con *ballotage*, los demás escaños tendrían que servir para efectos compensatorios, tomando como base de cálculo la votación nacional para efectuar la representación proporcional. Para cubrir los escaños proporcionales, Geyerhahn propuso considerar a los candidatos más votados que no habían logrado ganar una circunscripción. El sistema daba a entender que la representación política seguía el principio de la representación proporcional, mientras que en la selección de diputados regía una fórmula mayoritaria. Respecto a la clasificación del sistema, se impuso en un principio la circunscripción uninominal. Karl Braunias (1932/I: 240) hablaba de un sistema de mayoría proporcionalizado –en vez de un sistema proporcional personalizado, término que devaluaba el principio de decisión y que consideraba como crucial el principio de representación.

Tomando en cuenta el desarrollo de los sistemas electorales desde entonces, la fórmula Geyerhahn no ha sido la única manera de combinar ambos principios. Hoy en día, tenemos que diferenciar entre tres tipos de los llamados sistemas combinados: primero, la representación proporcional personalizada. Este sistema combina el principio de la representación proporcional con la adjudicación de una parte de los escaños según la regla decisoria de la mayoría de manera que la distribución de los escaños empieza con el cálculo proporcional (a nivel nacional o al nivel de circunscripciones pluripersonales), para después sustraer de los escaños ya adjudicados a los partidos políticos los asientos conseguidos por mayoría de votos en las circunscripciones uninominales (mandatos directos). Los escaños que sobran se distribuyen entre los candidatos plurinominales según el tipo de lista. En cuanto al efecto de esta combinación, el grado de proporcionalidad entre votos y escaños es muy alto. Segundo, el sistema compensatorio. Este sistema combina los principios señalados como lo propuso Geyerhahn. Una parte de los escaños se utiliza para compensar los efectos desproporcionales de la fórmula mayoritaria aplicada en circunscripciones uninominales. El grado de proporcionalidad puede ser alto, dependiendo sobre todo del número de escaños destinados a servir para efectos compensatorios. Tercero, el sistema segmentado. Una parte de los escaños se cubre por diputados elegidos en circunscripciones uninominales, la otra por diputados elegidos por lista en elecciones plurinominales. Prácticamente se aplican dos sistemas, y se acumulan sus resultados para al final formar uno solo. El grado de proporcionalidad puede ser medio hasta bajo, de modo que, según las circunstancias, este sistema puede conformarse con el principio de la representación por mayoría.

El sistema electoral alemán corresponde al primero de los tipos combinados. Vincula la norma de decisión de la mayoría con el principio de representación proporcional de manera que resulte un sistema de representación proporcional. Aunque combina elementos técnicos de distinto origen teórico, no es un sistema mixto. Insistimos: el sistema proporcional personalizado (SPP), en el mundo anglosajón denominado *mixed-member-proportional*

(MMP) *-system*, es un sistema de representación proporcional. Está personalizado en la medida en que permite al elector en los distritos uninominales la elección entre personas que son elegidas por mayoría relativa. Es importante tener presente esta categorización a la hora de pasar revista a las controversias constitucionales.

Esta importancia se observa no sólo en el caso alemán, sino más aún donde se ha introducido el sistema proporcional personalizado sin que existiera claridad conceptual sobre su naturaleza. Esta falta de claridad ofrece oportunidades de manipular el sistema electoral en función de determinados intereses políticos. Para demostrar tales efectos deplorables, analizaremos más adelante, en una digresión, la interpretación y consiguiente práctica del sistema proporcional personalizado en Venezuela, aprobado por una decisión del Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional) de este país.

En lo tocante a los detalles del sistema alemán, el elector tiene dos votos. Con el primer voto elige en los distritos uninominales, cuyo número corresponde a la mitad de los escaños parlamentarios, a un candidato del distrito, y con el segundo voto elige la lista regional (cerrada y bloqueada) de un partido. La distribución del número total de mandatos se lleva a cabo a nivel federal de acuerdo a la participación total de votos de los partidos, aplicando la fórmula electoral *Hare-Niemayer*. Se emplea además una barrera legal del cinco por ciento, la cual puede ser obviada por un partido en el momento en que éste gane tres mandatos directos en los distritos uninominales. Una vez que están definidos cuántos escaños recibirá un partido, estos escaños se distribuyen al interior del partido de forma proporcional entre las listas regionales de los partidos, aplicando de nuevo la fórmula *Hare-Niemayer*. De este número se descuentan los mandatos directos que se hayan alcanzado en cada caso; los escaños restantes son adjudicados a los candidatos en las listas regionales correspondientes. Si los partidos han alcanzado en los distritos electorales más mandatos directos que los que les corresponden proporcionalmente (los llamados mandatos excedentes o adicionales), los conservan y no se hace una compensación. De acuerdo con esto, el elector determina a través de su primer voto la composición individual de la mitad del *Bundestag* (Dieta Federal = Cámara de Diputados), pero sin por ello influir en principio (si se prescinde de los mandatos excedentes) sobre la composición del parlamento respecto a los partidos políticos.

II. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DE VOTO Y LOS SISTEMAS ELECTORALES

Como ya decíamos, el principio de la igualdad del valor de voto es el que se ha impuesto como parámetro al que más se ha acudido en los recursos de quejas y en las decisiones de jurisdicción constitucional. Se ha considerado también el principio del sufragio directo. Ambos principios se remontan a los inicios históricos de la representación política moderna como norte de su futuro desarrollo. Constituyeron los principios antagónicos a la práctica electoral marcada por un sufragio por estamento (como por ejemplo en Prusia) y/o un procedimiento de varias etapas, por ejemplo en Francia en la época revolucionaria y posrevolucionaria. En tiempos de los grandes debates en la *Assemblée Nationale* francesa, sólo los *Grand Électeurs* votaban para elegir a los diputados. En este país, recién en 1848 se introdujo el sufragio directo. Esto significaba que el elector votaba sin ningún intermediario entre el votante y el candidato que se presentaba a la elección. El sufragio igualitario, por su parte, significaba, al contrario de la práctica común, que todos los votos se contaban igual, lo que excluye un peso diferenciado del voto por estamento, clase, requerimiento de impuesto u otro criterio.

Como se desprende, aquellos principios estaban vinculados con el derecho de sufragio en su sentido estricto. Más tarde, sin embargo, iban a extender su significado y ámbito de aplicación al derecho electoral en sentido amplio. El principio del sufragio igualitario entró

como criterio en la esfera del sistema electoral, cuyo diseño, especialmente en lo relativo al prorrateo, podría restringir su validez efectiva. Desde entonces, comparando los distritos electorales, la relación entre población o inscritos en el registro electoral y diputados a elegir se constituyó como parámetro para medir el alcance igualitario del sufragio. Para no lesionar el principio de la igualdad del sufragio, este requerimiento implicaba mantener el prorrateo en armonía con el desarrollo demográfico y esto podría significar, según el tipo de sistema electoral, rediseñar los distritos o redistribuir los escaños. Debido a las frecuentes manipulaciones y continuas controversias sobre geometría electoral (*gerrymandering*) en países que practican un sistema de representación por mayoría, E. Fraenkel (1970: 405) llegó a sentenciar que sólo la representación proporcional puede garantizar la igualdad del sufragio. Luego se intensificó la incidencia del principio de la igualdad del sufragio al diferenciar entre el valor numérico y el valor de logro del voto, distinción que llevaba a complicar decididamente su aplicación. Pues no cabe duda que los sistemas electorales se distinguen por el cumplimiento del valor de logro del voto. Mientras que por su esencia misma, el principio de la representación proporcional aspira a garantizar no solamente el valor numérico, sino también a mantener el valor de logro del voto de modo que todos los votos cuenten para la composición del parlamento, el objetivo de la representación por mayoría es justamente contrario. Cuentan intencional y efectivamente sólo los votos entregados a los candidatos que han recibido la mayoría requerida para su elección. La doble distinción entre diferentes valores de igualdad y diferentes lógicas que gobiernan los sistemas electorales llevó a cuestionar la aplicabilidad incondicional de un criterio del derecho a sufragio al campo de los sistemas electorales.

El cuestionamiento aumenta en la medida en que se reconoce que los sistemas electorales tienen que cumplir con varias funciones, necesidad en la que ha insistido la Ciencia Política. Por lo demás, esta disciplina ha añadido otro enfoque al debate sobre diseño y evaluación de los sistemas electorales, el enfoque funcionalista. Por un lado, distingue entre las funciones de representación (de proporcionalidad entre votos y escaños), de concentración (en el voto y en el sistema de partidos políticos) y de participación (por un voto personal y no exclusivamente de partido), y añade dos funciones más, la sencillez (para que el voto sea transparente y su efecto fácil de entender) y la legitimidad (basada en el reconocimiento y apoyo del sistema electoral vigente por las fuerzas vivas del país). Por otro lado, considera que existen *trade-offs* (conflicto de objetivos) entre las funciones y propone respecto a su diseño que los sistemas electorales tienen que equilibrar el cumplimiento de las distintas funciones, cada sistema a su manera dentro del contexto al que están expuestos. Rechaza, por lo demás, la idea de que existe un sistema ideal, y señala que el mejor sistema es el que se adapte mejor a las condiciones concretas de su buen funcionamiento (véase Nohlen 2004, 135 y ss.).

Por otra parte, la tendencia a pensar sólo en una única función que un sistema electoral debería cumplir necesariamente, fue cuestionada también por la observación de los efectos empíricos de los principios llevados a la práctica. Se ha detectado en el campo de los sistemas electorales que la realización al máximo del principio de la representación proporcional en el diseño del sistema electoral puede incidir negativamente en el cumplimiento de su propio objetivo. Se produce posiblemente una mayor cantidad de votos que no cuentan, lo que se ha llegado llamar la paradoja de la proporcionalidad (véase Nohlen 2006, 989). Es el factor psicológico que induce a equivocaciones de cálculo, dado que la representación proporcional pura tampoco ofrece a todos los candidatos posibilidades de ser elegidos. Los límites matemáticos lo impiden.

Un buen ejemplo lo ofrece la propia historia electoral alemana. La representación proporcional pura de la República de Weimar produjo cantidades mayores de votos sin logro que el sistema con barrera legal del 5% de la ley electoral de la República Federal.¹

III. BARRERA LEGAL E IGUALDAD ELECTORAL

El primer campo de controversias constitucionales se abrió con la introducción de una barrera legal en un sistema de representación proporcional, con el fin de atender a las funciones múltiples de un sistema electoral y especialmente a la función de concentración del mismo. Los recursos de queja se dirigieron principalmente contra el monto de su porcentaje. Nos vamos a referir a dos litigios de los años 1950, en los que el TCF elaboró su interpretación del sistema electoral alemán, defendiendo su posición frente a posturas opuestas.

La primera decisión del TCF en torno a la barrera legal se remonta al año 1952 (BVerfGE 1, 208), cuando tuvo que juzgar sobre la cuestión relacionada con la ley electoral del Estado de Schleswig Holstein: si una barrera del 7.5 % era compatible con el principio general de la igualdad (principio del sufragio igualitario).

En su argumentación, el TCF sostuvo sucintamente lo siguiente: primero, el principio del sufragio igualitario es un supuesto de aplicación del principio general de la igualdad. Segundo, el principio del sufragio igualitario tiene distinta importancia, si se trata de un sistema electoral de mayoría o de uno proporcional. Tercero, el objetivo de la representación proporcional en su versión radical consiste en producir en el parlamento un reflejo exacto de la distribución de las preferencias políticas del electorado. Cuarto, en el caso de la representación proporcional, no sólo el valor numérico del voto, sino también el valor de logro tienen que ser igual. Asimismo definió el valor de logro del voto en términos del *Reichsstaatsgerichtshof*: todos los votos deben tener “el mismo poder”, en otras palabras: todos los votantes deben tener “igual influencia sobre el resultado electoral”.

Luego reconocía que existe un conflicto entre dos bienes constitucionales, entre el principio del sufragio igualitario y la capacidad funcional del parlamento. El peligro para el Estado consistente en la incapacidad funcional del parlamento, por la naturaleza misma del fenómeno, es una razón legítima para un tratamiento diferenciado de los partidos políticos en la distribución de escaños mediante la representación proporcional. Se da cuenta que esto significa una excepción del principio de que todo voto electoral debe tener el mismo valor de logro. Sostiene que es en principio legítimo modificar la igualdad en la representación proporcional con el propósito de combatir los *Splitterparteien*, los partidos de poco apoyo electoral.

1. A este respecto, conviene considerar las experiencias de Uruguay y Colombia, países que también han experimentado sistemas de representación proporcional pura o extrema. Tomando en cuenta el valor de logro de los votos, una enorme cantidad de votos no participó en la elección de ningún candidato. En el caso de Uruguay, el cálculo ha sido de un 40% (véase Vernazza 1987). En Colombia, debido al fraccionamiento de las listas, los escaños se ganaban por apoyos mínimos, por residuos o fracciones de cociente con una pérdida enorme de votos que no alcanzaron a ser exitosos. Para contrarrestar la ingobernabilidad democrática, se ha reformado el sistema electoral en 2003, introduciendo la lista cerrada, el método d'Hondt y una barrera legal del 50% del cociente electoral simple (cuota Hare). Con esta reforma se ha bajado en las elecciones locales de Bogotá la desviación del resultado electoral de la proporcionalidad que alcanzó en 1997 un 55.5%, en 2003 a un 19.0 % (véase Hoskin/García Sánchez 2006: 125).

Luego aplica el principio de la conveniente proporción (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), uno de los principios fundamentales del Estado de derecho.²

Una barrera legal que se establece en 5%, parece ser generalmente adecuada, una barrera más alta sólo sería admisible cuando existen “razones obligatorias”. En el caso concreto de Schleswig Holstein el TCF negaba la existencia de tales razones. Consecuentemente sentenciaba que la barrera legal del 7.5% lesiona el principio de la igualdad del sufragio.

En la misma decisión, el TCF se pronunciaba también sobre la cláusula de los mandatos mínimos (véase más abajo), en primer lugar no tanto sobre la constitucionalidad misma de la disposición legal según la cual se puede eludir la barrera legal al alcanzar una cierta cantidad de mandatos directos, sino más bien sobre su posible incidencia en el veredicto del Tribunal sobre la barrera legal del 7.5%. Se preguntaba si una barrera legal, por sí demasiado alta, podría legitimarse, sin embargo, por el hecho de que partidos pequeños con baluartes locales también pueden participar en la compensación proporcional de los escaños a través de la cláusula de los mandatos mínimos. El TCF sentenciaba que dicha cláusula como manera alternativa de participar en la distribución proporcional de los escaños no tiene ninguna incidencia en el juicio sobre la barrera legal. En defensa de la cláusula de los mandatos mínimos seguía argumentando, primero, que un partido que es muy fuerte en una región electoral geográficamente limitada es más digno de representación parlamentaria en comparación con un partido que debe reunir sus votos muy dispersos, provenientes de todo el territorio nacional. Segundo, que una ley electoral puede establecer como única condición para participar en la compensación proporcional el éxito en una elección mayoritaria. Esto resulta legítimo por la admisibilidad de la representación mayoritaria pura como alternativa legislativa.

Con esta primera gran decisión en materia del sistema electoral, el TCF limitó con la aplicación del principio de la conveniente proporción el porcentaje de una barrera legal a un máximo del cinco por ciento. Cinco años más tarde, volvió a juzgar de nuevo, esta vez tocando la cuestión de si la barrera del cinco por ciento era compatible con la igualdad del sufragio según el art. 38, inciso 1 de la Ley Fundamental (BVerfG 6, 84). Por lo demás, se le pidió juzgar sobre si la cláusula de mandatos mínimos sería compatible con la igualdad de la elección.

En su resolución, el TCF expone de nuevo que el principio de la elección igualitaria es un supuesto de aplicación del principio general de la igualdad. En principio, la igualdad de la elección significa que cada voto “debe ejercer jurídicamente la misma influencia sobre el resultado electoral”. Sin embargo, no se excluye una posible diferenciación en el valor de

2. Este principio se encuentra generalmente traducido al castellano como “principio de proporcionalidad” (Barnés 1998), en inglés “*principle of proportionality*”. Es importante señalar que este principio, aunque de origen antiguo, encontró su manifestación concreta en el derecho constitucional alemán. En términos generales, determina que los actos del Estado, los que limitan posiciones de derecho (explícitamente derechos individuales), no deben excederse, o sea, deben guardar una relación adecuada entre fines y medios. La traducción establecida del término alemán no puede ser utilizada en el contexto de este trabajo pues ya está asignada a la relación entre votos y escaños como resultado de un determinado sistema electoral.

Por otra parte, el concepto “principio de conveniente proporción” que nosotros utilizamos aquí, tiende a corresponder más al contenido del concepto alemán que se refiere a algo no tanto cuantitativo (mensurable en porcentajes) sino cualitativo (como resultado de una ponderación), es decir, no se refiere tanto a medición sino a medida.

logro, que se legitima por consideraciones razonables. Respecto a la barrera legal del cinco por ciento, ella menoscaba el valor de logro de los votos emitidos. La barrera sirve, sin embargo, a la capacidad funcional del parlamento y, por consiguiente, contribuye a asegurar el carácter de la elección como proceso de integración en la formación de la voluntad política del pueblo. Esta función legitima la diferenciación en el valor de logro de los votos que tiene lugar debido a la barrera legal, siempre que su incidencia se efectúe acorde con el principio de la conveniente proporción.

En las consideraciones del TCF, la barrera legal del cinco por ciento parece ser el límite de adaptación a determinadas necesidades funcionales. Esta advertencia se refleja en el hecho de que la barrera legal ha sido aumentada dos veces durante los años 1949 a 1956 (véase Nohlen 2004, 255 y ss.). Este proceso de reforma, aunque medido y justificable, había generado la inquietud sobre el límite de reformas dentro del tipo de sistema electoral en un ambiente muy favorable a intensificar el proceso de concentración en el sistema de partidos políticos a través de reformas institucionales. Para aumentar la barrera de entrada al parlamento, sea esta legal o natural (por el tamaño de las circunscripciones, por ejemplo), el TCF consideraba necesario que el legislador se expresara antes en favor de otro principio de representación.

Conviene mencionar que el TCF también fundaba su postura en otra fuente de justificación, en consideraciones históricas que tienen que ver con el desenlace infeliz de la República de Weimar. En los primeros decenios de la República Federal de Alemania, un amplio sector del Derecho Público y de la nascente Ciencia Política vinculaba de forma causal el multipartidismo, la inestabilidad política y el colapso de la democracia con el sistema de representación proporcional. Lo que el TCF no consideró, sin embargo, era que un sistema proporcional con barrera legal no necesariamente perjudica el valor de logro más que un sistema de representación proporcional pura, lo que ya hemos advertido más arriba.

En la argumentación de los que no se habían conformado plenamente con la postura del TCF dentro y, sobre todo, fuera del mismo aspecto de la barrera legal³ se observan varias falacias. La primera consiste en su principismo, vinculado a la idea de que un sistema proporcional tenga que cumplir en la mayor medida posible con la igualdad electoral, definida como igualdad en el valor de logro. En su génesis, refiriéndonos a las intenciones de los legisladores de la época fundacional de la República Federal; y, sistemáticamente en su diseño como sistema electoral combinado, el SPP no es un sistema proporcional puro. Cuando distinguimos bien entre diferentes tipos de sistemas proporcionales, fracasa la aplicación estricta y dogmática de la norma de representación proporcional pura como criterio de su evaluación. La segunda falacia consiste en la monofuncionalidad de su enfoque. El SPP intenta hacer justicia de una forma aproximadamente equilibrada a diferentes exigencias funcionales que se esperan de los sistemas electorales, y solamente puede cumplir con estos requerimientos si no se eleva a principio absoluto de su funcionamiento un objetivo único. Por otra parte, la argumentación del pensamiento crítico a la barrera legal es ambivalente. Por un lado, parecen quitarle importancia a la barrera legal respecto a sus efectos, insinuando que la concentración empírica del sistema de partidos que ha vivido la República Federal⁴ es principalmente el resultado de la incidencia de otros factores ajenos a

-
3. Conviene recordar que el legislador de 1949, el *Parlamentarische Rat* (Consejo Parlamentario), pese a las malas experiencias con la representación proporcional pura, se había pronunciado en contra de la introducción de una barrera legal que sólo fue establecida gracias a la intervención de los jefes de gobierno de los Estados Federados (véase Meyer 1973, 29 y ss.)
 4. Por la alta fragmentación del sistema de partidos, las primeras elecciones al *Bundestag* en 1949

aquella, por otro lado, se han esforzado enormemente en cuestionar la barrera legal, por lo menos respecto a su magnitud (entre otros Meyer 1998, 286). En esta ambivalencia se observa una lógica perversa pues, el resultado, al cual la barrera del cinco por ciento evidentemente ha contribuido (la baja fragmentación del sistema de partidos), es tomado como argumento base en su contra.

IV. EL SISTEMA DE DOS VOTOS Y LA IGUALDAD ELECTORAL

Como hemos señalado anteriormente, el SPP concede al elector dos votos. El primero es personal en el ámbito de una circunscripción uninominal. El candidato que recibe la mayor cantidad de votos que los demás competidores gana el mandato directo. El segundo voto es de lista de partido a nivel de los Estados Federados, que por su parte es cerrada y bloqueada. El elector tiene plena libertad en el uso de sus votos. Puede elegir al candidato uninominal y a la lista de un mismo partido. Puede asimismo votar por un candidato uninominal diferente de su preferencia de partido. Efectivamente, a lo largo de la vigencia del sistema de dos votos (introducido para las segundas elecciones al *Bundestag* en 1953), el elector ha hecho uso frecuente del voto cruzado (*split voting*). Por lo demás, ha contribuido a la dinámica de coaliciones en el sistema político.

Antes de continuar con este tema, hay que destacar que el TCF ha tenido que ocuparse del problema del sistema de doble voto en varias de sus decisiones que tenían como objeto principal reclamaciones que se dirigían a otro tipo de controversias. Tampoco ha sido objeto de la jurisdicción del TCF el sistema del doble voto en sí mismo. Tuvo que pronunciarse más bien sobre algunos efectos del sistema que habían sido considerados como problemáticos. Nuevamente, la mayor preocupación consistía en cómo conseguir que el manejo de estos dos votos no lesionara el principio de la igualdad del sufragio. La cuestión se origina en la posibilidad de que un votante elija a un candidato uninominal que gane en su distrito, y a una lista de partido diferente que participa proporcionalmente en la distribución de los escaños (véase Ipsen 1987). Para una respuesta adecuada, hay que diferenciar entre distintas situaciones. Primero, la situación común y corriente del voto cruzado: un votante prefiere en la elección uninominal el candidato del partido A y en la elección de lista el partido B. Segundo, la situación en la que un votante elige a un candidato que gane y que no esté vinculado con ninguna lista de partido, o que lo esté, pero que esta lista no pase la barrera legal del cinco por ciento (y que además no esté acompañado de otros dos correligionarios que también ganen su circunscripción, lo que neutralizaría la barrera del cinco por ciento). Tercero, la situación en que un partido ha ganado mayor cantidad de mandatos directos en un Estado Federado que los que proporcionalmente le corresponderían. Este es el caso de los mandatos excedentes cuya ocurrencia pueda distorsionar la proporcionalidad de los resultados electorales y de este modo afectar la igualdad del valor de logro del voto. Trataremos a continuación las primeras dos situaciones. El problema de los mandatos excedentes lo vamos a debatir en el próximo capítulo.

Respecto a la primera situación, el TCF recuerda que el legislador ha optado por un sistema de representación proporcional que esté combinado con la elección de personas. El elemento personal del sistema electoral está combinado con la representación de tal forma que la elección mayoritaria tiene el efecto de una pre-elección personal respecto a la

han sido denominadas las últimas de la República de Weimar. Sin embargo, ya en 1953 empezó el rápido proceso de concentración que transformó el sistema de partidos a principios de los años sesenta en uno de “dos partidos y medio”.

distribución de los escaños conseguidos por una lista de partido a nivel de Estado Federado. Sin embargo, el TCF confirma que debe imponerse el carácter proporcional del sistema electoral. Respecto a la composición del parlamento en términos políticos o de partido, sólo cuenta el segundo voto. La relevancia del primer voto se restringe, en principio, a una selección personal de los que entran en el parlamento para representar a un partido, pues los diputados elegidos en una circunscripción uninominal preceden a los candidatos nominados en la lista a la hora de distribuir los escaños ya adjudicados a los partidos en su interior. Lo importante, desde el punto de vista de la igualdad del sufragio, es que los resultados con base en los primeros votos puedan ser integrados en el cálculo proporcional que determina la composición total del parlamento. En términos generales, llevar a la práctica adecuadamente este mecanismo es de suma importancia en el manejo de un sistema electoral que combina el voto personal y el voto de lista en el marco de un sistema de representación proporcional. Como se desprende de lo anterior, no se trata sólo de respetar la lógica de un tipo de sistema electoral. El mantenimiento de la integración de los votos entregados a personas en el cálculo proporcional que determina la composición total del parlamento es también de alcance constitucional, cuando no cabe duda que el legislador se ha expresado en favor de este principio de representación, o cuando incluso la propia constitución prescribe la representación proporcional.

La segunda situación, en la que un votante elige a un candidato que gane pero que no esté vinculado con ninguna lista de partido, puede llevar a que el sufragio de un votante tenga el doble valor numérico, situación que se observa cuando el votante ha contribuido al éxito de un candidato uninominal, sin que haya votado (ejerciendo el voto cruzado) por la lista de partido del candidato uninominal que no pase la barrera legal, o no pudiese votar (por falta de conexión de la candidatura uninominal con una lista de partido) a la correspondiente lista. Si no existe la posibilidad de una compensación proporcional, entonces el votante contribuye con sus dos votos de forma independiente dos veces al éxito electoral, al del candidato uninominal y al de una lista de partido distinta. Respecto a este problema la propia ley electoral establece parcialmente una solución. En su párrafo 6, inciso 1, indica que los segundos votos de los candidatos independientes, no conectados con listas de partido, no son tomados en cuenta a la hora de realizar el cálculo proporcional a nivel nacional. En otras palabras, quien contribuye con su primer voto a la victoria de una candidatura nominal que no esté vinculada con una lista de partido con el efecto de que no se realice una deducción del escaño nominal de la adjudicación proporcional de la totalidad de los escaños, anula su segundo voto. La regulación no afecta la candidatura individual, ni se excluye que tal candidatura logre ganar un escaño. Impide, sin embargo, que el votante que realiza el voto cruzado en las condiciones descritas, tenga el valor numérico doble de su voto, cuya posibilidad de que se produzca ya hemos explicado antes. Con esto se mantiene, por lo demás, la lógica del sistema proporcional personalizado. En resumen, el propio legislador ha considerado los problemas que se pueden originar en el sistema de dos votos. La ley misma trata de impedir que se pueda lesionar la igualdad electoral y desvirtuar el principio de la representación proporcional.

V. DIGRESIÓN: EL CASO DE VENEZUELA

Se ha dicho que pensar es comparar (W. Rathenau). La experiencia que está viviendo Venezuela con la representación proporcional personalizada puede no solo servir de contraste debido a prácticas diferentes, sino para hacer hincapié en algunos elementos cruciales del propio funcionamiento del sistema alemán. Este tipo de sistema combinado fue introducido en Venezuela en el año 1989 (véase Nohlen 2004: 410 y ss.) y quedó prácticamente inalterado en el proceso de elaboración de la nueva Magna Carta del año 1999 (véase Molina/

Thibaut 2005). Conviene destacar que la Constitución de 1961 contenía la norma de que el sistema electoral tendría que basarse en el principio de la representación proporcional. La reforma electoral de 1989 tenía que respetar este precepto. En efecto, la introducción de circuitos uninominales, en los que en total se eligieron un poco más de la mitad de los mandatos, no rompió con la proporcionalidad, dado que para la composición total del parlamento era decisivo el porcentaje de votos de los partidos a nivel de las circunscripciones plurinominales. Por lo demás, la norma de aquella constitución incluía la representación de minorías, lo que en la práctica, tomando en cuenta la relación entre votos y escaños, configuraba una representación proporcional bastante completa.

En esta misma línea, la Constitución de 1999 otorgó rango constitucional a la personalización del voto y a la representación proporcional, o sea a ambos elementos constituyentes de un sistema combinado. Respecto a la manera de su combinación, la Exposición de Motivos de la Constitución dejó bien claro que la personalización del voto “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”. Sin embargo, las fuerzas vivas del país empezaron a interpretar y usar el sistema como más les convenía en la lucha por el poder. La puerta de entrada para estas maniobras fue el voto doble. Se presentaron candidatos para los escaños uninominales, llamados “morochas”, no vinculados con ninguna lista de partido, pero adictos a una misma corriente política, para doblar su fuerza parlamentaria, evitando el mecanismo de compensación proporcional. El conflicto ocurrió, cuando las fuerzas gobiernistas utilizaron el sistema de postulación “las morochas” de forma masiva en las elecciones de diciembre de 2005 con perspectivas de diezmar la oposición. Entonces, la oposición denunció la práctica como fraudulenta y su infructuoso intento de hacerla prohibir motivó su retirada de las elecciones (véase Molina 2005). Su posterior recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia tampoco resultó. La Sala Constitucional del Tribunal no encontró, como se lee en la Sentencia N° 74 del 25-1-2006, “pruebas, alegatos o argumentos que permitieran evidenciar la contradicción entre el mecanismo de postulación denominado “las morochas” y las normas superiores constitucionales”.

Lo primero que hay que destacar, es que el legislador alemán concebía de antemano que el sistema proporcional personalizado que opera con dos votos, uno personal y otro de lista, albergaba la posibilidad de un uso indebido. Regulando la interrelación concreta entre voto nominal y principio proporcional, evitó controversias tendientes a ser llevadas hacia el tribunal constitucional. En el caso venezolano, sin regulación legal del mencionado engranaje, la respectiva controversia al respecto tenía que ser objeto de una decisión final del Tribunal Supremo de Justicia. Su Sala Constitucional declaró primero que el mecanismo de “las morochas” no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico. Concluía, segundo, que lo que no esté prohibido, no puede estar en contra de la ley. Este argumento ya peca de ser muy dudoso, pues no parece lícito traspasar un concepto del derecho penal al derecho constitucional. En este ámbito, no se regula todo por ley. Sin embargo, a menudo se definen sus principios, a veces en la declaración de motivos de la Constitución, a los que tienen que acomodarse las leyes y las prácticas para no ser declarados inconstitucionales en caso de que se objete la falta de tal concordancia. Así, una conducta o un procedimiento obviamente pueden ser inconstitucionales aunque no existiera una ley que los prohibiera. Por lo tanto, la afirmación del Tribunal Supremo de Justicia de que la práctica de “las morochas” se encuadra dentro del orden jurídico, no significa más que su Sala Constitucional se resiste a aplicar sanos criterios de derecho constitucional en su juicio sobre una controversia de alcance constitucional. Esta postura se desprende también del argumento de que la regulación de los principios de la personalización

del sufragio y el sistema de representación proporcional corresponde a la Asamblea Nacional porque se trata de materias de reserva legal. Es cierto que la Asamblea Nacional puede aprobar una ley electoral que regule la interrelación entre voto nominal y voto de lista, pero solo respetando la norma constitucional, y en caso de lesionarla, respetando el veredicto del Tribunal Supremo de Justicia, cuando una parte acusadora se dirige a ella para que tome una decisión sobre la constitucionalidad de la respectiva ley. En la situación concreta, el Tribunal Supremo de Justicia no debería negar su propia competencia. Es totalmente equivocado el argumento de que la Sala Constitucional, al declarar como inconstitucional el mecanismo de “las morochas”, pecaría de una interferencia indebida en el ámbito de competencias de otros órganos del Poder Público.

La sentencia del Tribunal se fundamenta en varias otras consideraciones, cada una de ellas muy cuestionable, a veces absurda. Se sostiene, por ejemplo, que el mecanismo de “las morochas” no afecta de ningún modo al principio de representación proporcional, “dado que no proscribire, rechaza, ni niega la representación proporcional”. Pero en realidad es todo lo contrario, ese mecanismo de candidatura lesiona la norma constitucional de representación proporcional, contradice lo expuesto en la Exposición de Motivos de la Constitución y afecta de la manera más extrema el principio de representación proporcional, pues lo niega, produciendo empíricamente resultados electorales que corresponden al concepto diametralmente opuesto de representación por mayoría. La sentencia hace alusión también a principios que supuestamente apoyan la sentencia, principios que interpreta de forma sesgada o trivial, sin convencer en absoluto – o sólo convence los que no entiendan de materia electoral. El principio de la libertad, por ejemplo, se realiza con y dentro de una Constitución, no fuera ni contra ella. Ampliar los canales de participación no es expresión por sí del Estado de Derecho, pero sí la forma por la que se producen tales reformas. Aquí lastimosamente no podemos presentar con amplitud los numerosos aspectos críticos que rodean este tema.

Hay argumentos, sin embargo, que nos aclaran el contexto político en el que se ubica la sentencia (véase Kornblith 2006). El Tribunal entiende la personalización del voto en forma de candidatos no conectados con listas como expresión de la democracia participativa, que en el mejor de los casos, citando a Norberto Bobbio (1996: 49 y ss.), “refuerza y profundiza únicamente la democracia representativa”. Suena bien fundamentar la decisión en el derecho de participación y en la democracia participativa: “ideas propias del proceso constituyente e integradoras de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Sin embargo, con su postura el Tribunal Supremo de Justicia se alinea incondicionalmente con la transformación de la democracia venezolana de representativa a participativa, que en vez de ampliar y profundizar la democracia representativa implica su sustitución, negando sus principios constitucionales.

Las falacias de la sentencia comentada no deben sorprender, pues ellas emanan de un tribunal que ya ha perdido su independencia. Por destitución o “jubilación” de los Magistrados que osaron no seguir la línea gubernamental, el gobierno pudo asumir en general un control absoluto del Tribunal Supremo de Justicia. Representantes del régimen confiesan francamente que allí “no hay nadie que vaya a actuar contra nosotros” (véase Brewer-Carías 2007: p. 30). La falta de voluntad de los miembros de corresponder a criterios de ética constitucional y profesionalidad queda plasmada por el hecho que la justa interpretación de la norma constitucional estaba presente en el debate de la Sala Constitucional, como desvela el voto salvado de uno de sus miembros. Este voto dice textualmente: “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– 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 (de la Sala) es inaceptable en nuestro sistema electoral, no sólo porque es contra *legem*, sino porque implica la separación artificial de los dos elementos (del sistema proporcional personalizado), separación que impide... la garantía de satisfacción de sus principios fundamentales.” El voto disidente insiste correctamente en que la “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”. Y sigue: “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”.

Tiene razón el voto de la minoría al considerar “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 de una 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 SPP) y a través de un evidente abuso de derecho de las organizaciones con fines políticos a postular candidatos”. Solo conviene añadir que el efecto anticonstitucional del mecanismo de “las morochas” va mucho más lejos. Como hemos explicado tratando la regulación alemana, infringe el principio de la igualdad del sufragio, o sea, uno de los principios fundamentales de la democracia moderna.

VI. MANDATOS EXCEDENTES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ELECTORAL

Los mandatos excedentes o adicionales no constituyen un fenómeno inevitable de un SPP. Son una peculiaridad del SPP alemán a nivel de la Federación. Surgen por la interrelación específica de las reglas de mayoría y de la representación proporcional en el sistema electoral. Como ya decíamos, cuando un partido político gana en base a los primeros votos más escaños en las circunscripciones uninominales a nivel del *Land* (Estado Federado) que los que le corresponden proporcionalmente conforme a sus segundos votos, estos mandatos excedentes se mantienen y configuran como adicionales a los conseguidos a través de la distribución proporcional. Aumentan de este modo el número de escaños del *Bundestag*. No existe ningún mecanismo compensatorio. En la medida que favorecen a determinados partidos, los mandatos excedentes afectan la distribución proporcional de los escaños, al valor de logro de voto y, así, a la igualdad del sufragio. Los partidos políticos que reciben muchos mandatos excedentes, necesitan para la misma cantidad de escaños menos votos si se compara con otros que no disponen de tantos mandatos excedentes o incluso de ninguno.

Para los que defienden la igualdad electoral, este cálculo parece ser el criterio de medición empírica más válido para apreciar la relativa importancia del fenómeno.

Antes de entrar en el tratamiento de la jurisdicción constitucional al respecto, es conveniente aclarar que los factores causales que explican el fenómeno son múltiples y complejos. Hay fundamentalmente dos tipos de causas que incluyen cada una a su vez diversos factores. Por un lado, las causas se ubican dentro de un Estado Federado y provienen por ejemplo de diferencias en la distribución de votos según el primer voto y el segundo a través del voto cruzado, o por la confrontación de ambas reglas de decisión en situaciones específicas en que un partido político sea capaz, como primera mayoría, de ganar una gran cantidad de escaños uninominales por escaso margen frente a la primera minoría. Por otro lado, las causas se ubican en la relación de los Estados Federados con el conjunto del resultado electoral; provienen por ejemplo de diferencias en el número de escaños en relación al número de electores que tienen los Estados Federados, o diferencias en la participación electoral entre ellos. Por otra parte, los factores mencionados por regla general no aparecen de forma aislada sino conjunta con tendencias a aumentar o a compensar mutuamente sus efectos. En la generación de mandatos excedentes importa mucho la estructura del comportamiento electoral de los votantes, pues altos grados de votos cruzados y terceros partidos fuertes constituyen condiciones sumamente favorables (véase Grotz 2000).

Cuando en los decenios anteriores el número de mandatos excedentes era pequeño, el fenómeno no alcanzó mucha atención. Esto cambió de un día al otro a raíz del número elevado de ellos en las elecciones de 1994, cuando alcanzaron 16, de los cuales doce correspondieron a la Democracia Cristiana. Sólo los mandatos excedentes daban, en esa oportunidad, a la coalición de la CDU/CSU junto con los Liberales una mayoría parlamentaria suficientemente amplia para poder seguir gobernando. En ese instante se empezó a poner en duda la conformidad de los mandatos excedentes no compensados con la constitución. La Socialdemocracia defendió entonces el principio proporcional estricto y el mecanismo de compensación de escaños, su gobierno del Estado de Baja Sajonia presentó la querrela de constitucionalidad ante el TCF. Es interesante añadir que la Socialdemocracia, un año después del fallo del Tribunal, en las elecciones de 1998, fue el gran beneficiario del fenómeno, pues recibió con 13 el total de los mandatos excedentes. En 2002, después de la reforma distrital, la cantidad de mandatos excedentes se redujo a cuatro, tres para la Socialdemocracia y uno para la Democracia Cristiana. En síntesis, la multiplicidad de factores causantes de los mandatos excedentes no permite suponer que favorezcan siempre a un determinado partido. El efecto sobre la representación de los partidos puede variar al extremo.

En términos generales, el legislador puede proveer, en función de mayor proporcionalidad en la representación, una compensación de escaños, como se le conoce en la mayoría de los sistemas proporcionales personalizados que se aplican a nivel de los Estados Federados de Alemania para elegir a los parlamentos regionales. Sin embargo, entendiendo bien la lógica del sistema electoral alemán, prever un tipo de compensación no es de ninguna manera algo obligatorio.

En aquel entonces, el TCF tenía que juzgar sobre si los mandatos excedentes sin compensación son compatibles con el principio de la igualdad del sufragio según el art. 38, inciso 1 de la Ley Fundamental. Todo indicaba que el Tribunal se pronunciaría sobre el litigio en términos de corresponder a los defensores de la legislación vigente o a los defensores del principio igualitario en la representación. En su decisión (BverfGE 95, 335), firmada por cuatro de sus ocho miembros, el tribunal comenzaba recordando su tradicional doctrina electoral: primero, la representación proporcional en su versión estricta hace del

parlamento un reflejo fiel de las preferencias políticas del electorado. Segundo, igualdad electoral significa que cada voto debe tener el mismo valor numérico y – introduciendo un nuevo concepto - la misma posibilidad legal de éxito. Tercero, igualdad electoral en el caso de la representación proporcional significa que cada elector con su voto pueda tener la misma influencia sobre la composición del parlamento. Luego, el TCF se preguntaba cuántos votos necesita un partido político para alcanzar un escaño. Con este *test* empírico comprobaba que los mandatos excedentes conducen a la diferenciación en el peso del voto, o sea a un tratamiento desigual de los partidos y, consecuentemente, a un perjuicio del valor de logro del voto.

En su apreciación del fenómeno, llega, sin embargo, a la conclusión de que los mandatos excedentes y la consiguiente diferenciación del valor de logro de los votos son un efecto obligado del carácter *sui generis* del SPP y compatible con la igualdad electoral. La justificación de la diferenciación del valor de logro proviene en última instancia de la decisión del legislador en pro de la representación proporcional personalizada tomada con el objetivo de fomentar una relación personal estrecha de los diputados elegidos directamente (uninominales) con los electores.

Al mismo tiempo, el TCF reafirma el principio de la conveniente proporción, dando por entender que la cantidad de mandatos excedentes tiene que mantenerse dentro de determinados límites. Dado que el prorrateo puede influir en su génesis, establece la similitud del tamaño de las circunscripciones tanto en la comparación intrarregional como en relación a la densidad poblacional de cada uno de los Estados Federados, como condición de la igualdad electoral.

Respecto a los argumentos del voto de la minoría en el TCF, este, contrariamente, ve en los mandatos excedentes una lesión de la igualdad electoral. Argumenta que la ley electoral permite una cantidad de mandatos excedentes que sobrepasa el límite admisible. Así, la minoría de los integrantes del TCF también aplica el principio al de la conveniente proporción. Por lo demás, integra en su argumentación buena parte de la jurisdicción tradicional del TCF, con más énfasis en el principio de la igualdad. Mandatos excedentes siempre constituyen un perjuicio de la igualdad electoral (o sea un tratamiento desigual de los partidos), sin embargo, no son incompatibles *per se* con el principio de la igualdad electoral. Sólo cuando el tamaño es demasiado grande (o sea fuera de proporción), entonces no estará legitimado el perjuicio de la igualdad electoral. Hace suyo asimismo el argumento de que la influencia de cada votante sobre la composición del parlamento tenga que ser igual. La opinión minoritaria usa los mismos conceptos que emplea la mayoría y hace constantemente referencia a la jurisdicción tradicional del TCF sobre la igualdad de logro del voto. Dice que los mandatos excedentes no son mandatos directos. Indican sólo un valor numérico para la cantidad de tales escaños que los partidos políticos reciben fuera de la distribución proporcional.

Considerando bien la argumentación de la minoría, una cierta innovación se observa en el cambio de perspectiva que propone, acompañado de un nuevo concepto de igualdad electoral. Primero, para mensurar el valor de logro de los votos, se contraponen a la evaluación de la igualdad del valor del voto *ex post*, la evaluación *ex ante*. Según esta perspectiva *ex ante*, un voto aunque no sea tomado en cuenta más tarde por razón de la barrera del cinco por ciento, tiene la misma posibilidad de éxito. En esa perspectiva la barrera legal del cinco por ciento ni siquiera perjudicaría la igualdad del valor de logro del voto. Tampoco la ocurrencia de mandatos excedentes perjudicaría este concepto de igualdad electoral. Segundo, la opinión minoritaria tiende a diferenciar entre “igualdad de valor de logro del voto” e “igualdad de las posibilidades de éxito del voto”. Pero no está bien claro lo que la opinión minoritaria quiere

decir con el nuevo concepto y por qué la igualdad de las posibilidades de éxito del voto debería existir también en sistemas de representación mayoritaria. Aunque no existe claridad conceptual, desde luego no corresponde centrarse en esta cuestión, pues la centralidad del argumento de la minoría está más bien en la consideración relativa de los elementos técnicos que limitan el cumplimiento de la igualdad electoral, y la minoría piensa que estos instrumentos sobrepasan el límite constitucionalmente permitido.

En su jurisdicción anterior, el TCF había reconocido que el legislador, al establecer la barrera legal del cinco por ciento, se había pronunciado en favor de limitar la proporcionalidad. Así, el principio proporcional no es un criterio absoluto para evaluar los elementos individuales de la representación proporcional personalizada y sus efectos, tampoco para los mandatos excedentes.

El reconocimiento por parte del TCF del principio proporcional puro en el caso de los mandatos excedentes hubiera significado una interpretación novedosa de la representación proporcional personalizada. Implícitamente esto hubiera llevado a aplicar criterios de la proporcionalidad por un lado, y de la capacidad de funcionamiento del sistema político por el otro, separadamente según diferentes categorías de partidos políticos: el criterio de la capacidad de funcionamiento respecto a los partidos pequeños que obtuvieran menos del cinco por ciento de los votos para impedir su entrada al parlamento: el criterio de la proporcionalidad casi absoluta respecto a los partidos políticos con una votación por encima del cinco por ciento para que estos sean representados con la mayor conformidad a su porcentaje de votos. En caso de que se hubiera considerado inconstitucional la mínima diferencia proporcional que se produce en el sistema electoral alemán entre votos y escaños respecto a los partidos que acceden al *Bundestag*, no hubiera sido posible restringir el problema de la desproporcionalidad a esta categoría de partidos. El criterio de la igualdad se hubiera extendido a la relación comparativa entre ambas categorías de partidos. Lógicamente se hubiera cuestionado la constitucionalidad de la barrera legal del cinco por ciento. El TCF, en su decisión del 10 de abril de 1997, hizo bien en reconocer como constitucionalmente correcta la disposición legal vigente y de rechazar la idea de una compensación de mandatos. Sin embargo, encargó al legislador que velara por mantener el número de mandatos excedentes reducido.

Es interesante añadir aquí la decisión del TCF sobre la ocupación de un mandato uninominal vacante por fallecimiento del diputado. En el caso concreto, esta vacancia se produjo en el Estado Federado que contaba con mandatos excedentes. El partido había procedido a llenar la vacancia con el primer candidato de su lista que no había alcanzado a conseguir un escaño debido a la alta cantidad de mandatos directos de su partido. El *Bundestag* había rechazado una reclamación al respecto basándose en una decisión anterior del TCF (BVerG 7, 63) que, sin embargo, no se refería a un caso similar. En su decisión del 26 de febrero de 1998 el tribunal no sólo desautorizó al *Bundestag*, sino que proporcionó una interpretación del sistema electoral alemán más acorde con su real funcionamiento. En tanto que un partido político dispone de mandatos excedentes, no se permite sustituir la vacancia de un escaño por un candidato de lista.

VII. CLÁUSULA DE MANDATOS MÍNIMOS Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ELECTORAL

Finalmente, la cláusula de los mandatos mínimos produce también algunos problemas específicos, a lo que ya hemos aludido antes. El mayor consiste en permitir a partidos que consiguen tres mandatos uninominales, participar en la distribución proporcional de los escaños aunque no hayan alcanzado pasar la barrera del cinco por ciento. Es pertinente

puntualizar que dicha cláusula no es ninguna barrera adicional, sino una modalidad de ponerla fuera de efecto. En otros términos, desfavorece a tales partidos que no pasan ni la barrera legal ni ganan mandatos directos. Así, la cláusula rompe con la idea de que pequeños partidos puedan perturbar el cumplimiento de las funciones de un parlamento, pues estos mismos partidos son reconocidos como dignos de integrar el parlamento siempre cuando consiguen por lo menos tres mandatos directos.

En su decisión del 23 de enero de 1957 (BVerfGE 6, 84), en consideración de la compensación proporcional generalmente limitada del sistema, el TCF consideró que la incorporación de elementos de representación mayoritaria legítima privilegiar a los partidos políticos que pudieron imponerse en algunas circunscripciones uninominales frente a los que no alcanzaron este objetivo, puesto a disposición por la ley electoral (véase BVerfGE 6, 84). En su argumentación, el TCF ponía énfasis en que estos partidos exhiben importancia política regional. Destacó, por lo demás, que los partidos con mandatos directos corresponden de manera específica a los preceptos guías de la representación proporcional personalizada. Conforme a estas consideraciones, el Tribunal sentenció que la cláusula de los mandatos mínimos no lesiona el principio de la igualdad electoral. La decisión no fue del agrado de todos. Frowein (en AöR 1974, 93), por ejemplo, criticó fuertemente el argumento de que la decisión en contra de la representación proporcional pura y en favor de un SPP, legitimaría por sí misma la admisibilidad de una excepción del quórum de la barrera legal (y, a través de esto, el menoscabo de la igualdad del valor de logro del voto).

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

En estas reflexiones finales queremos sintetizar algunas observaciones que hicimos a lo largo del análisis, ampliándolas con perspectivas comparativas. Las presentamos en seis puntos.

(1) El TCF ha elaborado una teoría de la lógica sistémica del sistema electoral que consiste en adjudicar diferentes lógicas a los principios de representación. Mientras que el principio de representación por mayoría intenta favorecer a la mayoría y, así, diferenciar a los votos según su valor de logro; el principio de la representación proporcional intenta producir un reflejo exacto de la distribución de las preferencias políticas del electorado en el parlamento, manteniendo estrictamente la igualdad no sólo en el valor numérico, sino también en el valor de logro de los votos. Una barrera legal sería, desde un principio, ajena a la esencia de la representación proporcional.

El legislador, según esta teoría, tiene toda la libertad para pronunciarse en favor de este u otro principio de representación. Sin embargo, si opta en favor del principio de la representación proporcional, está obligado a mantener su lógica sistémica, diseñando la composición técnica del sistema electoral conforme a su intencionalidad: una representación proporcional de las fuerzas vivas de la nación, mensurable a través del alto grado de correspondencia entre votos y escaños.

(2) El legislador alemán, sin embargo, ha tomado una decisión en favor de un sistema proporcional, pero personalizado. Ha rechazado un sistema de representación por mayoría. Sin embargo, tampoco quería introducir un sistema de representación proporcional puro. Su decisión en favor de un SPP permite adaptaciones a necesidades funcionales más allá del principio básico, por lo que el problema se trasladó al ámbito de su justificación y de sus límites.

(3) Respecto a la justificación de los límites de proporcionalidad en el SPP, el TCF no recurre a comparaciones empíricas e internacionales, por ejemplo en relación al grado de cumplimiento del principio de igualdad del valor de logro en sistemas electorales que se

definen como sistemas proporcionales. Nos referimos, por ejemplo, a sistemas de representación proporcional que operan con circunscripciones plurinominales de tamaño pequeño y mediano, en los que la barrera natural sobrepasa el cinco por ciento, o a sistemas de representación proporcional pura, en los que la pérdida de votos que no cuentan es mucho más alta que en un sistema electoral con barrera legal. En el debate dentro del Derecho Constitucional están en buena medida ausentes estas experiencias examinadas por la Ciencia Política.

(4) Aunque en la línea general del argumento prevalece la lógica del funcionamiento propio de un tipo de sistema electoral, a menudo, en defensa de los elementos que perjudican a la igualdad electoral, el TCF aprovecha la posibilidad constitucional del legislador de optar por un sistema mayoritario como eje argumentativo, por ejemplo en la cuestión de la admisibilidad de la cláusula de los mandatos mínimos.

(5) El TCF ha juzgado constantemente con un nítido sentido pragmático. Ha defendido el sistema electoral vigente, destacando, por un lado, la libertad de opción del legislador respecto al tipo de sistema electoral y, por el otro, su opción concreta que permite adaptaciones funcionales, o sea, legítimos límites al principio de la igualdad electoral para cumplir con funciones que también alcanzan importancia.

(6) El criterio rector de la constitucionalidad del sistema electoral alemán no es tanto el principio de representación, o sea, el principio de proporcionalidad (electoral). Se reconoce la legitimidad de elementos que perjudican la proporcionalidad y, por consiguiente, la igualdad del voto, elementos que sirven al cumplimiento de otras funciones tales como la efectividad del parlamento y la relación más cercana entre electores y elegidos. Como criterio rector se ha establecido el principio de la conveniente proporción con la que deben actuar en la práctica los elementos que limitan el cumplimiento del principio de la igualdad electoral. Conviene destacar que la controversia entre la posición de la mayoría y de la minoría dentro del TCF no se refiere a este criterio. Está compartido por ambas corrientes de pensamiento. La diferencia de opinión se refiere a la cuestión de si los efectos empíricos del SPP concuerdan o no con el parámetro del principio de la conveniente proporción. Mientras que la mayoría, conforme a la interpretación tradicional, defiende la tesis del mantenimiento de este principio en relación a los objetos del recurso, la minoría lo está cuestionando o incluso negando. A través de su postura, la mayoría defiende, como decíamos, la realidad constitucional. Sin embargo, dentro de su pragmatismo, considera, propone o incluso obliga al legislador a introducir dentro de un horizonte temporal determinado (por ejemplo antes de las próximas elecciones), reformas que limiten los efectos que distorsionan la igualdad electoral. Con esta disposición, la mayoría se acerca en parte a la postura crítica de la minoría, sin compartir las consecuencias inmediatas de su argumentación, cuando ésta conduce a declarar inconstitucional el instrumento institucional o sus efectos.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Abendroth, W. 1956: "Das KPD-Verbotsurteil des Bundesverfassungsgerichts" [La sentencia del Tribunal Constitucional Federal que prohíbe el KPD], en *Zeitschrift für Politik Revista de Política* IV, 305-327.

Barnés, J. 1998: "El principio de proporcionalidad", en *Cuadernos de Derecho Público*, 5, pp. 15 y ss.

Bobbio, N. 1996: *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México.

Braunias, K. 1932: *Das parlamentarische Wahlrecht*, [El derecho electoral parlamentario], 2 tomos, Berlín: de Gruyter.

Brewer-Carías, A. 2004: *La Sala Constitucional versus 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*, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas.

Brewer-Carías, A. 2007: “El autoritarismo en Venezuela construido en fraude a la constitución, ponencia para las VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo y el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 25-27 de julio de 2007 (véase en www.allanbrewercarias.com)

Bundeswahlgesetz (BWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juli 1993 (Ley electoral federal en la versión publicada en 1993) (BGBL. I S. 1288, 1594) zuletzt geändert am (última reforma del) 31-10-2006.

Fraenkel, E. 1973: *Reformismus und Pluralismos*, Hamburgo: Hoffmann und Campe.

Frowein, J. Abr. 1974: “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht” [Tribunal Constitucional Federal y derecho electoral], en *Archiv des öffentlichen Rechts (Archivo de Derecho Público)* 99, pp. 72-110.

Geyerhahn, S. 1902: *Das Problem der verhältnismäßigen Vertretung* [El problema de la representación proporcional], Tübinga: Verlag Mohr.

Grotz, F. 2000: “Die personalisierte Verhältniswahl unter den Bedingungen des gesamtdeutschen Parteiensystems. Eine Analyse der Entstehungsursachen von Überhangmandaten seit der Wiedervereinigung” [La representación proporcional personalizada bajo las condiciones del sistema de partidos en Alemania. Un análisis de las causas del origen de los mandatos excedentes desde la reunificación], en *Politische Vierteljahresschrift* 41 (4), pp. 707-729.

Hernández, J. 2006: “Organización electoral y credibilidad. Caso Venezuela (1989-2005)”, en *Cuestiones Políticas* 37, pp. 94-108.

Heyl, A. von 1975: *Wahlfreiheit und Wahlprüfung* [Libertad de elección y contencioso electoral], Berlín: Duncker und Humblot.

Ipsen, J. 1987: “Das Zwei-Stimmen-System des Bundeswahlgesetzes – reformbedürftig?” [¿Es necesario reformar el sistema de dos votos de la ley electoral federal?], en *Juristische Arbeitsblätter (Hojas de trabajo jurídicas)*, pp. 232-236.

Kornblith, M. 2006: “Las elecciones presidenciales en Venezuela: de una democracia representativa a un régimen autoritario electoral”, en: *Desafíos* (Bogotá) 11, pp. 115-152.

Meyer, H. 1973: *Wahlssystem und Verfassungsordnung* [Sistema electoral y orden constitucional], Francfort del Meno: Metzner

Meyer, H. 1998: “Wahlgrundsätze und Wahlverfahren” [Principios del sufragio y sistemas electorales], en Isensee, J./ Kirchhof, P. (Eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* [Manual del derecho público de la República Federal de Alemania], tomo II, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, pp. 269-311.

Molina, J. E. 2005: “Las “morochas” defraudan la ley y la Constitución”, en *La Nación*, 13 de Abril, Caracas.

Molina, J. E./ Thibaut, B. 2005: “Venezuela”, en Nohlen, D. (Ed.) *Elections in the Americas*, 2 tomos, Oxford University Press, tomo 2, Oxford, pp. 543-592.

Nohlen, D. 2004: *Sistemas electorales y partidos políticos*, 3ª edición México: Fondo de Cultura Económica.

Nohlen, D. (Ed.) 2005: *Elections in the Americas*, 2 tomos, Oxford University Press, Oxford.

Nohlen, D. et al. 2006: *Diccionario de Ciencia Política. Teorías, métodos, conceptos*, 2 tomos, El Colegio de Veracruz, Porrúa, México.

Nohlen, D. 2007: *Wahlrecht und Parteiensystem* [Derecho electoral y sistema de partidos políticos], 5ª edición, Verlag Barbara Budrich, Opladen.

Scholz, R./ Hofmann, H. 2003: "Muss das Ergebnis der Bundestagswahl 2002 korrigiert werden" [¿Tiene que ser corregido el resultado de la elección a la Dieta Federal de 2002?], en: *Zeitschrift für Rechtspolitik* [Revista de política jurídica] 2, pp. 40- 47.

Schreiber, W. 1976: *Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag* [Manual del derecho electoral para la Dieta Federal], Colonia, etc.: Carl Heymanns Verlag (3ª ed. 1986).

Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia 74: 25-1-2006) 2006: Acción Democrática vs. Consejo Nacional Electoral y demás autoridades electorales, en *Revista de Derecho Público* N° 105, pp. 124-144.

Vernazza, F. 1987: *El sistema electoral uruguayo y el descenso de la representatividad de los diputados, 1925-1985*, Tesis de licenciatura, multicopiado, Montevideo.

Wenner, U. 1986: *Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland* [Barreras legales en el derecho electoral de la República Federal de Alemania], Francfort del Meno: Lang Verlag.

Comentario Monográfico

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL EJERCICIO DEL PODER DE REVISIÓN EN VENEZUELA (A PARTIR DE LA VIGENTE CONSTITUCIÓN)

Claudia Nikken
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Administrativo de la
Universidad Central de Venezuela

Resumen: *En el artículo se analizan los mecanismos de revisión constitucional (enmienda y reforma). En tal sentido, se manifiestan las dificultades de su puesta en práctica a raíz de las imprecisiones de la Constitución, señalándose al mismo tiempo los mecanismos que la propia Constitución contiene para salvar esas dificultades. Para concluir, se hace una brevísima comparación de lo expuesto en el trabajo, con el Decreto de creación del Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución (de la República Bolivariana de Venezuela).*

I. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista académico, han venido adoptándose los términos *poder constituyente* y *poder de revisión*, como categorías bien diferenciadas, para designar lo que tradicionalmente se había denominado “poder constituyente originario” y “poder constituyente derivado”. Esto tiene su razón de ser en que el derivado no es en realidad *constituyente*, sino un poder constituido con facultades para *revisar* dentro de ciertos límites la Constitución, que sí es producto del ejercicio del *poder constituyente*.

La *revisión de la constitución* es la “modificación del texto de las leyes constitucionales en vigor hasta entonces; lo que comprende también la abrogación de disposiciones particulares de las leyes constitucionales y la integración de nuevas disposiciones en las leyes constitucionales”¹. Las leyes constitucionales, por su parte, serían la materialización (escrita o no escrita) de la *norma fundamental* de Kelsen o de las decisiones políticas fundamentales de Schmitt, de la *voluntad constituyente*. Esto es importante, porque la revisión de la constitución, técnicamente, se referiría sólo a la materialización de esas normas abstractas, pero no a las normas abstractas en sí mismas.

En los términos de la vigente Constitución, su *revisión* puede llevarse a cabo mediante dos procedimientos, la enmienda y la reforma, aplicables el uno o el otro en principio según el tenor de la modificación de que se trate.

1. Schmitt, C. *Théorie de la constitution*, PUF, París 1996, p. 237. Queremos señalar que no desconocemos el hecho de que Carl Schmitt fue el fundador del régimen constitucional del Tercer Reich Alemán. Sin embargo, no desconocemos tampoco el valor científico de su obra. Ver en cuanto a esto, Beaud, O. *Carl Schmitt ou le juriste engagé*, prólogo de la traducción francesa de la *Théorie de la Constitution*.

Adicionalmente, la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999 estableció el procedimiento de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, concibiéndolo como mecanismo de ejercicio de poder constituyente. Por ello, y al margen de cualquier consideración al respecto, hemos excluido ese mecanismo del presente estudio.

Seguidamente veremos el tenor de la revisión constitucional, y los procedimientos para perfeccionarla.

II. EL TENOR DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL

Los artículos 340 y 342 de la Constitución, respectivamente, definen el objeto de cada uno de los procedimientos de revisión.

Según lo establecido en el artículo 340 señalado, la *enmienda* tiene por objeto “la adición o modificación de uno o varios artículos de [la] Constitución, sin alterar su estructura fundamental”. El artículo 342 de la Constitución define el objeto de la reforma como su “revisión parcial y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional”.

Así, a primera vista no habría diferencia alguna entre el objeto de la enmienda y el objeto de la reforma.

Ambas suponen una *revisión parcial*. En el caso de la reforma, la norma lo dice textualmente; en el caso de la enmienda, la misma versa sobre “una o varias normas” y no sobre todas las normas de la Constitución.

Ambas suponen la sustitución de uno o varios “artículos” o “normas”. En cuanto a la adición de normas o artículos, en principio y lógicamente tanto la enmienda como la reforma la permiten, aunque se señale expresamente sólo en el caso de la enmienda.

La enmienda tiene como limitación el que, mediante tal procedimiento, no se podría modificar la “estructura fundamental” de la Constitución. En una primera aproximación, la “estructura fundamental” aludida podría entenderse como su organización en títulos y capítulos, la ordenación de sus artículos. Esto, pues las enmiendas se numeran consecutivamente y se publican a continuación de la Constitución². Sin embargo, consideramos que el término “estructura fundamental” tiene otra significación.

La reforma, aunque parcial, supone la refundición del texto de la Constitución; sin embargo, mediante la misma no se puede modificar tampoco la estructura fundamental del “texto constitucional”. Esto, también a primera vista y siguiendo el razonamiento expresado antes, explicaría que en la norma correspondiente no se haga referencia a la adición de artículos mediante reforma.

Ahora bien, si de lo que se trata mediante la prohibición de modificar la “estructura fundamental” de la Constitución es de evitar el cambio de la organización de los artículos, de los títulos y de los capítulos, no se explica que se hayan definido dos procedimientos diferentes, y muy distintos en su complejidad. Por ello, consideramos que la “estructura fundamental” de la *constitución* –no del texto constitucional, que es otra cosa– atiende, en realidad, a la noción material de *constitución*, y se refiere a la organización, distribución y limitaciones del poder público.

2. Artículo 341, numeral 5, de la Constitución.

Entonces, lo que está prohibido mediante enmienda y reforma es la modificación de lo fundamental de la organización, distribución y limitaciones del poder público.

Por otra parte, al referirse al objeto de la reforma, la Constitución señala igualmente que, mediante tal mecanismo no es posible modificar los “principios fundamentales” de la Constitución. En cuanto a esto cabe hacerse dos interrogantes: 1) ¿se aplica esta limitación al mecanismo de enmienda?; 2) ¿qué son los principios fundamentales de la Constitución?

Con referencia a la primera interrogante, no cabe duda de que la limitación es igualmente aplicable al mecanismo de enmienda; lo contrario dejaría sin explicación lógico-jurídica que el procedimiento de reforma sea más complejo que el procedimiento de enmienda, si este último tiene un objeto más amplio que aquél.

Sobre el tema de definir lo que quiere decir “principios fundamentales” de la Constitución, habría que comenzar por descartar el *simplismo* de considerar que la limitación se refiere únicamente a las normas contenidas en el Título I de la Constitución, designado precisamente como “Principios fundamentales”³. El título en cuestión contiene ciertamente *principios fundamentales* y muy diversos; pero no es el único que los contiene. Así, por ejemplo, es fundamental el principio de la *progresividad* de la garantía de los derechos constitucionales, como lo es el principio de la legalidad, ambos contenidos en normas no enumeradas en el Título I. Algunos dirán que esos principios desarrollan otros que sí están en el mencionado título, y es que precisamente de eso se trata: los principios contenidos en el Título I tienen significado sólo si se interpretan según su desarrollo en el resto de la Constitución. En cuanto al tema del “Estado de Derecho”, por ejemplo, tenemos la idea plasmada en la Constitución, y no la de Kelsen, quien señalaba que el Estado es el Derecho y que el Derecho es el Estado, por lo que no habría lugar a alguna doctrina o a principios de algún “Estado de Derecho”⁴. En ese sentido se establece, entre otros, el ya aludido principio de la legalidad; se garantizan los derechos ciudadanos, se establece el principio de separación de poderes... ¿No es este principio acaso fundamental en la Constitución? Los principios fundamentales serían entonces no sólo los contenidos en el Título I de la Constitución, sino también los vertidos en su articulado para dotar de contenido a esos principios.

En conclusión, pareciera que los dos mecanismos de revisión analizados tienen el mismo objeto y las mismas limitaciones *materiales*. Ahora bien, afirmar esto se traduce en la intercambiabilidad de los mecanismos de revisión constitucional, y deja sin fundamento la existencia de dos procedimientos esencialmente distintos⁵.

-
3. En su obra *Derecho Constitucional - Una introducción al Estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (MacGraw Hill - Serie jurídica, Bogotá, 2001), el profesor R. Combellas, preguntándose sobre la limitación referida a la prohibición de modificar los principios fundamentales de la Constitución, afirmó lo siguiente, *sin abrigar duda*: “los principios fundamentales son aquellos recogidos por el título I de la Constitución” (p. 250), lo que a nuestro modo de ver es incorrecto.
 4. Sobre las diversas concepciones, incluso en el tiempo, de la *noción* de “Estado de Derecho”, ver J. Chevallier, *l'État de droit*, 2ª edición, Montchrestien, Col. Clefs - Politique, París, 1994.
 5. De hecho, el profesor Combellas anota que “hubiera sido más riguroso, desde la perspectiva de la técnica constitucional, señalar con precisión cuáles artículos, capítulos o incluso títulos, estarían vedados a la enmienda, a la reforma, o incluso a ambas, reservando para ellas el constituyente el concepto de cláusulas de intangibilidad (*op. cit.*, p. 250). Agrega, además, que “[e]n suma, y lo afirmo en términos autocríticos, el abordaje del tema por parte del constituyente adoleció de ideas claras y distintas. Seguramente, por el hecho de ser el último título de la Constitución, la presión que se nos impuso para aprobar con apresuramiento el proyecto de Constitución, afectó irremisiblemente su diáfana concreción” (p. 251).

Lo anterior nos obliga a intentar una interpretación lógica y coherente con el resto de la Constitución y, en tal sentido, nos atrevemos a afirmar lo siguiente.

La enmienda es un mecanismo de revisión constitucional, que permite modificar algunas de sus disposiciones, siempre que tales modificaciones dejen incólumes tanto las normas esenciales que regulan organización, distribución y limitaciones del poder público, como los principios fundamentales de la Constitución. No quiere decir esto que no se pueda, mediante enmienda, modificar alguna norma, por ejemplo, de organización de los poderes públicos; se trata simplemente de una limitación que implica la imposibilidad, mediante enmienda, de tocar el *sistema* organizativo general e, incluso, particular de los órganos del poder público.

La reforma constitucional, por su parte, permitiría la modificación de *sistemas* parciales, de organización, distribución o límites del poder público y, por que no, la adecuación progresiva –no regresiva– de los principios fundamentales de la Constitución; pero no podría nunca, conforme a los términos de la Constitución, perseguir la modificación de los sistemas generales, bien sea de organización, de distribución o de limitaciones dirigidas al poder público; ni modificar en su esencia el contenido de los principios fundamentales de la Constitución.

Se justifica así la existencia de los dos procedimientos de revisión constitucional, con sus particularidades.

III. LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución define los procedimientos de revisión constitucional, estableciendo el derecho de iniciativa, el mecanismo de adopción del proyecto de revisión, la forma de sanción y su promulgación.

1. *La iniciativa*

Trátese de enmienda o de reforma constitucionales, la iniciativa inherente a su tramitación puede ser de naturaleza *popular*, presidencial o bien legislativa.

En ambos casos, la iniciativa *popular* corresponde al quince por ciento (15%) de los electores. La iniciativa presidencial corresponde siempre al Presidente de la República en Consejo de Ministros.

La iniciativa legislativa, en caso de enmienda, corresponde al treinta por ciento (30%) de los integrantes de la Asamblea Nacional. En caso de reforma, la iniciativa debe ser adoptada por el voto favorable de la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

Ahora bien, ¿cómo se ejerce el derecho de iniciativa?

Para el momento en que se escriben estas líneas no existe normativa aplicable al ejercicio de la *iniciativa popular*. Sin embargo, es claro que la iniciativa supone dos cosas: un texto de enmienda (proyecto) o de reforma (anteproyecto), y la suscripción del texto por, al menos, el quince por ciento (15%) de los electores.

La iniciativa *presidencial*, por su parte, atendiendo a diversos principios constitucionales, en particular al principio democrático y al derecho a la participación política, debería formularse conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Si se trata de la iniciativa de enmienda, debería seguirse el procedimiento para la elaboración de reglamentos, pues como se verá, el texto preparado por el Ejecutivo, sin más discusión, es sometido a referendo aprobatorio. Si se trata de una iniciativa de reforma, sería aplicable el procedimiento relativo a la iniciativa legislativa.

En tal sentido, aplicando el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Administración Pública a la *iniciativa presidencial de enmienda*, encontramos lo siguiente:

1. La iniciación del procedimiento corresponde al o a los ministerios competentes según la materia, mediante la elaboración del correspondiente ante-proyecto al que debe acompañarse un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria.

2. Durante el procedimiento deben recabarse, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar la eficacia y la regularidad del texto.

3. Elaborado el texto, debe someterse a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas. Durante el proceso de consulta, las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones que los agrupen o representen, pueden presentar observaciones y propuestas sobre el contenido del ante-proyecto de enmienda, las cuales deben ser analizadas por el ministerio encargado de la elaboración y coordinación del mismo.

4. Aprobado el proyecto por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, el mismo debe ser transmitido al Consejo Nacional Electoral.

En cuanto a la *iniciativa presidencial de reforma*, en los términos del artículo 86 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, la misma debe ejercerse como sigue:

1. El procedimiento debe iniciarse en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que debe ser acompañado de un informe jurídico, los estudios o informes técnicos sobre la necesidad y oportunidad del mismo, así como de un informe económico sobre su impacto o incidencia presupuestaria.

2. El titular del ministerio proponente debe elevar el anteproyecto al Consejo de Ministros a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las *consultas*, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización.

3. Una vez cumplidos los trámites anteriores, el ministro proponente debe someter nuevamente el anteproyecto al Consejo de Ministros para su aprobación como proyecto de revisión y su posterior remisión a la Asamblea Nacional, acompañándolo de una exposición de motivos, del informe técnico y del informe económico sobre su impacto o incidencia presupuestaria, y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre él⁶.

La *iniciativa parlamentaria* se ejerce de maneras distintas, según se trate de una enmienda o de una reforma.

En caso de enmienda, debe simplemente prepararse un anteproyecto que debe ser suscrito por el treinta por ciento (30%) de los integrantes de la Asamblea Nacional.

La iniciativa de reforma, en cambio, supone que el anteproyecto sea aprobado para su discusión por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional. Esto, pensamos, según el procedimiento previsto en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional para la adopción de *acuerdos*.

6. La norma prevé un procedimiento de urgencia que, pensamos, no puede ser aplicado en el caso de la iniciativa de reforma de la Constitución, pues no sería posible justificar alguna reforma constitucional "urgente", en el sentido de que la situación excuse los análisis económico, jurídico y práctico de la reforma.

2. *La adopción del proyecto de revisión*

En los términos de la vigente Constitución, el trámite para la adopción del proyecto para su revisión depende de si tal revisión consiste en una enmienda o en una reforma.

Si se trata de una *enmienda*, y si la iniciativa es popular o presidencial, no hay en realidad proyecto que adoptar. El texto suscrito por el quince por ciento (15%) de los electores, o bien por el Presidente de la República en Consejo de Ministros es, en sí mismo, el proyecto de enmienda constitucional. Esto suscita algunas observaciones.

Tratándose de la iniciativa presidencial de enmienda, es claro que nos encontramos ante una figura propia del cesarismo democrático, indisolublemente ligado a la “dictadura de la mayoría” o neo-absolutismo. Es por ello que insistimos en que, para el ejercicio de esta iniciativa y, en definitiva, para la adopción del proyecto de enmienda constitucional, resulta necesariamente aplicable la Ley Orgánica de la Administración Pública, en los términos señalados *supra*.

No ocurre lo mismo con la iniciativa *genuinamente* popular, dado que el sólo hecho de que el proyecto de enmienda obtenga el apoyo de un número de electores igual o superior al quince por ciento (15%) de los inscritos en el registro electoral, hace presumir que el proyecto en cuestión es producto de una discusión consensuada, propia de un sistema democrático, bastante más amplia que la que podría darse en el seno de la Asamblea Nacional⁷.

Continuemos.

Si la iniciativa para la enmienda surge de la Asamblea Nacional, el proyecto debe ser aprobado por la mayoría de sus integrantes, según el procedimiento establecido por la Constitución para la formación de las leyes. Esto quiere decir, entre otras cosas, que se debe dar participación a todo aquel que quiera intervenir u opinar con respecto a la enmienda (artículo 211) y, en especial, se debe dar participación a los estados si la enmienda toca su *organización* (artículo 207).

En caso de reforma, sin importar el origen de la iniciativa, el anteproyecto debe ser objeto de una primera discusión (general) dentro del período de sesiones correspondiente a su presentación; debe ser objeto de una segunda discusión “por Título o Capítulo”, según el caso; debe ser objeto de una tercera discusión artículo por artículo; todo, respetando igualmente el derecho de participación previsto en los artículos 207 y 211 de la Constitución. El proyecto tiene que ser aprobado, con el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, en un plazo no mayor a dos (2) años, contados a partir de la fecha en la cual se conoció y aprobó la solicitud de reforma.

3. *La sanción de la revisión*

La sanción de la enmienda y de la reforma constitucionales es de carácter popular, en el sentido de que la aprobación definitiva de los proyectos de revisión está sujeta a la realización de un referendo aprobatorio.

7. Sin embargo, no se puede obviar la posibilidad de que la iniciativa “popular” pueda ser objeto de manipulación por parte de las autoridades políticas; por ello consideramos que, en modo alguno, es admisible la intervención de tales autoridades en el ejercicio de esa iniciativa, so pena de *nullidad* de la enmienda constitucional adoptada, por vicios esenciales de procedimiento, sin contar con el vicio fundamental del *fraude*.

En el caso de la enmienda, el referendo debe tener lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la recepción formal del proyecto, se entiende, por parte del Consejo Nacional Electoral. El proyecto se considera sancionado *de acuerdo con lo establecido en la Constitución y la ley con respecto al referendo aprobatorio*.

Es necesario señalar, a este respecto, que no hay ley que regule los referendos aprobatorios en general. La Constitución, por su parte, se refiere al referendo aprobatorio de leyes (artículo 73), señalando que para que una ley sometida a consulta sea sancionada como tal, es necesario no sólo que el número de votos afirmativos supere el número de votos negativos, sino además que concurra al acto de votación al menos el veinticinco por ciento (25%) de los electores. Claramente, esta limitación persigue no sólo dotar de legitimidad el texto (de ley o de enmienda), sino también y fundamentalmente, mitigar los fenómenos propios de lo que se ha denominado “dictadura de la mayoría” o neo-absolutismo.

Por su parte, el referendo aprobatorio de la reforma debe tener lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a su la adopción del proyecto. En términos literales, la reforma es sancionada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos, sin otra condición.

Llegada esta parte, es necesario preguntarse si la norma relativa a la sanción popular de la reforma constitucional es coherente con respecto al ordenamiento constitucional considerado como un todo.

En cuanto a esto, en un primer momento podría decirse que, el no establecimiento de algún *quórum* de participación como condición de la sanción de la reforma, se fundamentaría en que el procedimiento de reforma es más complejo que el procedimiento de enmienda. Este último, incluso, podría implicar una modificación constitucional sin necesidad de discusión por el órgano legislativo.

Si bien ese razonamiento es válido, no es completo, pues no toma en consideración las estipulaciones constitucionales inherentes a las formas de referendo *decisorio* (aprobatorio y abrogatorio de leyes, revocatorio de mandatos). En todos los casos se establece un quórum de participación electoral, independientemente de la complejidad del procedimiento propio de la elaboración del acto o de la consulta a ser sometidos a referendo, con fundamento, como ya se vio, en la necesidad de mitigar los fenómenos propios de lo que se ha denominado “dictadura de la mayoría” o neo-absolutismo. Incluso, en el caso del referendo aprobatorio de leyes, la Asamblea Nacional debe haber aprobado el proyecto de ley a ser sometido a referendo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus miembros (artículo 71).

Así, lo racional es que se exija un quórum de participación en el acto de votación propio de la sanción de las reformas constitucionales, en los términos en que esa condición se impone para el caso de la enmienda constitucional.

4. *La promulgación de las leyes de revisión constitucional*

Sancionadas una enmienda o bien una reforma constitucional, el Presidente de República debe proceder a la promulgación dentro de los diez (10) días siguientes a la proclamación del resultado del correspondiente referendo aprobatorio. La norma no le otorga el derecho de veto, contrariamente a lo que ocurre con las leyes, y no podría hacerlo sin desconocer el principio de la separación de los poderes, en este caso, del poder ejecutivo y del poder de revisión. Si no procede a la promulgación, el Presidente y los dos vicepresidentes de la Asamblea Nacional deben proceder a ella, sin perjuicio de las responsabilidades a las que pudiera haber lugar.

A manera de conclusión...

El 17 de enero de 2007, fue publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.607 el Decreto N° 5.138, mediante el cual el ciudadano Presidente de la República, “con en objeto de ejercer la potestad de iniciativa de reforma”, creó el denominado *Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.

El decreto en cuestión adolece de muchas irregularidades, pero su análisis detallado escapa del objeto de estas breves notas. Al respecto, nos limitamos a señalar lo siguiente:

1) El Consejo Presidencial especial, llamado a preparar el anteproyecto de reforma constitucional que habrá de presentar el Presidente de la República a la Asamblea Nacional para su discusión y eventual aprobación, está conformado por: la Presidenta y el Vicepresidente de la Asamblea Nacional; la Presidenta de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia –ahora Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia; el Defensor del Pueblo; el Fiscal General de la República; la Procuradora General de la República; cuatro (4) diputados; un escritor y un abogado.

De esta manera, se desconoce en primer término el principio de la separación de poderes, pues se incorporan al ejercicio del derecho de iniciativa que la Constitución confiere al Ejecutivo Nacional, el poder legislativo, el poder judicial y el poder ciudadano, siendo además que los dos últimos no gozan en modo alguno de tal derecho de iniciativa. Además, se desconoce el principio de de la representación, en el sentido de que se faculta a dos ciudadanos comunes para participar en el ejercicio del derecho de iniciativa presidencial en materia de reforma constitucional. Todo, sin contar con que no se siguen los parámetros del artículo 86 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en lo que se refiere a la preparación misma del anteproyecto de reforma constitucional.

2) El Consejo Presidencial en cuestión está obligado a actuar “en estricta confidencialidad”. Esto, está de más decirlo, viola abiertamente el derecho a la participación recogido en el artículo 62 de la Constitución, y plasmado en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. No se entiende cómo puede llegarse a la adopción de un anteproyecto de reforma constitucional cuyos términos ni siquiera se “comunican” a la opinión pública.

Lo anterior vicia gravemente el proceso de reforma constitucional iniciado a instancia del ciudadano Presidente de la República. ¿Tendrá esto alguna consecuencia? Ya se verá.

Por lo pronto, para el momento en que se escriben estas líneas, el anteproyecto de reforma constitucional no ha sido presentado. Por esto, a pesar de que se han hecho múltiples comentarios acerca de su contenido –incluso por parte del Presidente de la República– no nos pronunciaremos al respecto. Sólo diremos que los temas a ser tratados (supuestamente), en particular, la reelección indefinida del Presidente de la República, por atentar contra un principio fundamental como es la alternabilidad, no pueden ser objeto de reforma constitucional. ¿Tendrá esto alguna consecuencia? Ya se verá.

Nosotros seguimos recordando con Montesquieu que, “[c]on frecuencia los Estados florecen más en el pasaje insensible de una constitución a otra, que lo que florecen en cualquiera de esas constituciones. Es entonces que todos los resortes del gobierno están tensos; que todos los ciudadanos tienen pretensiones; que uno se ataca o se acaricia; y que hay una noble emulación entre los que defienden la constitución que declina, y los que ponen por delante la constitución que prevalece”⁸.

8. Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Libro XI, Capítulo IV.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL PRIMER TRIMESTRE DE 2007

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar

Abogado

SUMARIO

- I. RÉGIMEN HABILITANTE.
- II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
 - 1. *Poder Nacional*. A. Poder Ejecutivo Nacional: Administración Pública Nacional. B. Poder Moral: Poder Ciudadano: Ministerio Público.
- III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO
 - 1. *Sistema Financiero: administración Financiera*. 2. *Sistema Presupuestario y de Crédito Público*. 3. *Sistema de Control: Memoria Anual de los Órganos de la Administración Pública Central*. 4. *Sistema Impositivo*. A. Unidad Tributaria. B. Impuestos. a. Impuesto Sobre La Renta. b. Impuesto al Valor Agregado.
- IV. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA
 - 1. *Derechos Constitucionales: Derechos Sociales y de las Familias*. A. Derechos de los discapacitados. B. Protección de la Mujer. 2. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Tratados, Acuerdos y Convenios. a. Acuerdos y Tratados Bilaterales. b. Tratados Multilaterales. c. Integración Latinoamericana y Caribeña. 3. *Política de Relaciones Interiores*. A. Régimen de la Justicia: Defensa Pública. B. Condecoraciones. 4. *Seguridad y Defensa. Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas*.
- V. DESARROLLO ECONÓMICO
 - 1. *Acaparamiento y Especulación*. 2. *Régimen de la Moneda: Reversión Monetaria*. 3. *Régimen Cambiario: Tramitación y Adquisición de Divisas*. 4. *Régimen de las Instituciones Financieras: Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*. 5. *Régimen del Comercio Interno*. A. Bienes de Primera Necesidad. B. Precio Máximo de Venta al Público. 6. *Régimen Agropecuario*. A. Servicios Agrícolas. B. Subsidios. 7. Régimen del Turismo
- VI. DESARROLLO SOCIAL
 - 1. *Salud*. 2. *Trabajo*. A. Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. B. Inamovilidad Laboral. 3. *Cultura: Bienes de interés cultural*. 4. *Régimen de la Vivienda: Financiamientos*. 5. *Régimen de los Juegos: Actividades Hípicas*.
- VII. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO
 - 1. *Régimen de Protección del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales*. 2. *Régimen de la Ordenación del Territorio y del Desarrollo Urbano*. 3. *Régimen del Transporte y Tránsito*. A. Transporte y Tránsito Terrestre. a. Sistema Metro. b. Sistema Ferroviario. B. Transporte y Tráfico Aéreo. 4. *Régimen de las Comunicaciones: Certificados electrónicos*.

I. RÉGIMEN HABILITANTE

Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con rango, valor y fuerza de Ley, en las materias que se delegan. *G.O.* N° 38.617 de 1-2-2007.

II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO1. *Poder Nacional*A. *Poder Ejecutivo Nacional: Administración Pública Nacional*

Decreto N° 5.103 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el “Decreto Sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional”. (Véase *G.O.* N° 5.836 Extraordinario de esta misma fecha). *G.O.* N° 38.602 de 11-1-2007.

Decreto N° 5.246 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 38.654 de 28-3-2007.

B. *Poder Moral: Poder Ciudadano: Ministerio Público*

Ley Orgánica del Ministerio Público. *G.O.* N° 38.647 de 19-3-2007.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO1. *Sistema Financiero: Administración Financiera*

Decreto N° 5.262, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. *G.O.* N° 38.648 de 20-3-2007.

2. *Sistema Presupuestario y de Crédito Público*

Providencia N° 07-001 de la Oficina Nacional de Contabilidad Pública, por la cual se Regulan los Ajustes en los Registros del Presupuesto de Gastos correspondiente al Ejercicio Económico Financiero 2006. *G.O.* N° 38.613 de 26-1-2007.

Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Fiscal del año 2007”. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.636 de 2-3-2007.

3. *Sistema de Control: Memoria Anual de los Órganos de la Administración Pública Central*

Resolución N° 003 del Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo, por la cual se dicta el Instructivo mediante el cual se Regula la Formación de la Memoria Anual de los Órganos de la Administración Pública Central. *G.O.* N° 38.605 de 16-1-2007.

4. *Sistema Impositivo*A. *Unidad Tributaria*

Providencia N° 0012 del Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria, por la cual se reajusta la Unidad Tributaria de Treinta y Tres Mil Seiscientos Bolívares (Bs. 33.600,00) a Treinta y Siete Mil Seiscientos Treinta y Dos Bolívares (Bs. 37.632,00). *G.O.* N° 38.603 de 12-1-2007.

B. Impuestos**a. Impuesto Sobre La Renta**

Ley Reforma Parcial de la Ley de Impuesto Sobre la Renta. *G.O.* N° 38.628 de 16-2-2007.

b. Impuesto al Valor Agregado

Decreto N° 5.212 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 5.189, con Rango, Valor y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado. *G.O.* N° 38.632 de 26-2-2007.

IV. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA**1. Derechos Constitucionales: Derechos Sociales y de las Familias****A. Derechos de los discapacitados**

Ley para las Personas con Discapacidad. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

B. Protección de la Mujer

Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. *G.O.* N° 38.647 de 19-3-2007.

2. Política de Relaciones Exteriores**A. Tratados, Acuerdos y Convenios****a. Acuerdos y Tratados Bilaterales**

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en el Sector Energético entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Ecuador. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del “Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Bolivia, en Materia de Telecomunicaciones”. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del “Acuerdo de Cooperación en Materia Energética entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam”. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del “Convenio de Cooperación Cultural entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam”. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Gambia. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del “Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Austria, para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Elusión y Evasión Fiscal en Materia de Impuesto Sobre la Renta y Sobre el Patrimonio”. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del “Programa Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación Económica, Industrial de Infraestructura y para el Desarrollo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Italiana, para la Construcción del Tramo Chaguaramas-Las Mercedes-Cabruta”. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán, en el Campo de la Salud y la Medicina. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Corea, para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión y el Fraude Fiscal en Materia de Impuesto Sobre la Renta y Sobre el Capital. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Amistad y Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de Barbados. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del “Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán, para la Cooperación del Desarrollo Sustentable de un Complejo Azucarero Denominado Argimiro Gabaldón, Ubicado en el Municipio Torres del Estado Lara”. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en las Áreas de Energía y Petroquímica, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del “Memorándum de Entendimiento de Cooperación para la Fabricación de Aeronaves entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán”. *G.O.* N° 38.614 de 29-1-2007.

Resolución N° DM 037 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo de Cooperación Energética Petrocaribe, entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Nicaragua. *G.O.* N° 38.623 de 9-2-2007.

Ley Aprobatoria del “Convenio Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Nicaragua, para la Aplicación de la Alternativa Bolivariana para las Américas”. *G.O.* N° 38.637 de 5-3-2007.

Ley Aprobatoria del Convenio Marco de Cooperación Económica, Comercial, Ambiental, Industrial y Tecnológica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno Federal de Austria. *G.O.* N° 38.637 de 5-3-2007.

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús, para la Cooperación Técnico-Militar. *G.O.* N° 38.650 de 22-3-2007.

Ley Aprobatoria del Memorándum de Entendimiento entre los Gobiernos de la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán en Materia Ambiental. *G.O.* N° 38.650 de 22-3-2007.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Belarús en Materia de Cooperación Científica y Tecnológica. *G.O.* N° 38.650 de 22-3-2007.

Resolución del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorándum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina, para la Constitución del Banco del Sur. *G.O.* N° 38.652 de 26-3-2007.

Resolución del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores por la cual se ordena publicar el texto del “Acuerdo por Intercambio de Notas Reversales para el Perfeccionamiento del Mecanismo de la Comisión de Coordinación y Consulta entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay”. *G.O.* N° 38.652 de 26-3-2007.

b. *Tratados Multilaterales*

Ley Aprobatoria de la “Convención Sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales”. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

Ley Aprobatoria del “Protocolo de Enmienda al Acuerdo Latinoamericano de Coproducción Cinematográfica”. *G.O.* N° 38.637 de 5-3-2007.

c. *Integración Latinoamericana y Caribeña*

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco Sobre Complementación Energética Regional entre los Estados Partes de Mercosur y Estados Asociados. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

3. *Política de Relaciones Interiores*

A. *Régimen de la Justicia: Defensa Pública*

Ley Orgánica de la Defensa Pública. *G.O.* N° 38.595 de 2-1-2007.

B. *Condecoraciones*

Ley Sobre la Condecoración Orden “Alí Primera”. *G.O.* N° 38.595 de 2-1-2007.

Decreto N° 5.161 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre la Condecoración “Orden 4 de febrero”. *G.O.* N° 38.618 de 2-2-2007.

Ley sobre la Condecoración Orden “Heroínas Venezolanas”. *G.O.* N° 38.639 de 7-3-2007.

4. *Seguridad y Defensa. Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas*

Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 1.511, con Fuerza de Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

V. **DESARROLLO ECONÓMICO**

1. *Acaparamiento y Especulación*

Decreto N° 5.197 de la Presidencia de la República, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.629 de 21-2-2007.

2. *Régimen de la Moneda: Reconversión Monetaria*

Decreto N° 5.229, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reconversión Monetaria. *G.O.* N° 38.638 de 6-3-2007.

3. *Régimen Cambiario: Tramitación y Adquisición de Divisas*

Providencia N° 081 de la Comisión de Administración de Divisas, mediante la cual se establecen los Requisitos, Controles y Trámites para la Adquisición de Divisas Destinadas al Pago de Consumo en el Exterior. *G.O.* N° 38.624 de 12-2-2007.

Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Alimentación, por la cual se dispone que a los fines de que la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), otorgue la autorización de divisas para las importaciones, se determina en la lista anexa, los Bienes y Productos de uso agroalimentario que complementen la producción nacional, con fines de seguridad agroalimentaria, que no requerirán certificado de no Producción o Producción Insuficiente. *G.O.* N° 38.634 de 28-2-2007.

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

Resolución N° 07-01-01 Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las Normas que Regirán la Constitución del Encaje. *G.O.* N° 38.605 de 16-1-2007.

Resolución del Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las Normas que Regirán la Constitución del Encaje. *G.O.* N° 38.653 de 27-3-2007.

Resolución N° 021-07 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se dictan las Instrucciones relativas al pago del aporte especial, que deben efectuar las instituciones financieras que en ella se especifican. *G.O.* N° 38.618 de 2-2-2007.

Resolución N° 022-07 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se dictan las Instrucciones relativas al pago del aporte especial que deben efectuar las entidades que en ella se indican. *G.O.* N° 38.620 de 6-2-2007.

Providencia de la Oficina Nacional del Tesoro, por la cual se dicta la Providencia que Regula las Condiciones, Medios y Obligaciones que Regirán las Operaciones Relacionadas con los Pagos Ordenados por la Oficina Nacional del Tesoro, para el Abono a Terceros por parte de las Instituciones Financieras mediante la Transmisión de Mensajes SWIFT. *G.O.* N° 38.600 de 9-1-2007.

5. *Régimen del Comercio Interno*

A. *Bienes de Primera Necesidad*

Decreto N° 5.218 de la Presidencia de la República, mediante el cual se declaran como bienes de primera necesidad en todo el territorio nacional, los fertilizantes nitrogenados y los insumos necesarios para su elaboración, en sus distintos formatos y presentaciones, destinados a satisfacer la demanda nacional. *G.O.* N° 38.638 de 6-3-2007.

B. *Precio Máximo de Venta al Público*

Resolución Conjunta N° 222, 017 y 031 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP), para los productos alimenticios que en ella se especifican. (Reimpresa por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.629 de 21-2-2007.

Resolución Conjunta N° DM/232, DM/036 y DM/043 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, por la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP), para los Productos Alimenticios que en ella se mencionan. *G.O.* N° 38.653 de 27-3-2007.

6. *Régimen Agropecuario*

A. *Servicios Agrícolas*

Resolución Conjunta N° DM/032/2007, DM/018/2007 y DM/223/2007 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio, para la Agricultura y Tierras y para la Alimentación, mediante la cual se fijan los Precios Máximos de Servicios Agrícolas. *G.O.* N° 38.626 de 14-2-2007. (Derogada según *G.O.* N° 38.659 del 9-4-2007).

B. *Subsidios*

Resolución N° DM/020/2007 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, mediante la cual se establece el subsidio al algodón en rama, caña de azúcar maíz, arroz y sorgo. *G.O.* N° 38.628 de 16-2-2007. *G.O.* N° 38.632 de 26-2-2007. (Derogada según *G.O.* N° 38.659 del 9-4-2007).

7. *Régimen del Turismo*

Resolución N° DM/013 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, por la cual se dispone que los bancos comerciales y universales, destinarán el tres por ciento (3%) sobre la cartera de crédito bruta calculado al 31 de diciembre de 2006, para el financiamiento de las operaciones y proyectos de carácter turístico. *G.O.* N° 38.621 de 7-2-2007.

Resolución N° 07-02-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que la tasa de interés activa máxima preferencial a ser aplicada por las instituciones financieras a las operaciones crediticias destinadas al sector turismo, será calculada conforme a lo que en ella se especifica. *G.O.* N° 38.626 de 14-2-2007.

VI. DESARROLLO SOCIAL

1. *Salud*

Resolución N° DG-037937 del Ministerio de la Defensa, por la cual se dictan las Normas para la Prevención, Manejo y Control de la Infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (V.I.H.), causante del síndrome de Inmunodeficiencia Humana (SIDA), en el Personal Militar y Civil de la Fuerza Armada Nacional. *G.O.* N° 38.597 de 4-1-2007.

2. *Trabajo*

A. *Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*

Decreto N° 5.078, mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. *G.O.* N° 38.596 de 3-1-2007.

B. *Inamovilidad Laboral*

Decreto N° 5.265 de la Presidencia de la República, mediante el cual se proroga desde el Primero (1°) de abril del año dos mil siete (2.007) hasta el treinta y uno (31) de diciembre del año dos mil siete (2.007), la inamovilidad laboral especial dictada a favor de los trabajadores del sector privado y del sector público regidos por la Ley Orgánica del Trabajo. *G.O.* N° 38.656 de 30-3-2007.

3. *Cultura: Bienes de interés cultural*

Providencias N° 035/06, 048/06 y 062/06 del Instituto del Patrimonio Cultural, por las cuales se declaran Bienes de Interés Cultural cada una de las manifestaciones culturales que en ellas se especifican. *G.O.* N° 38.602 de 11-1-2007.

4. *Régimen de la Vivienda: Financiamientos*

Providencia del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, mediante la cual se dicta el Instructivo para la Aplicación del Mecanismo de Financiamiento Dirigido a Comunidades Organizadas Integradas por Familias con Ingresos hasta Cincuenta y Cinco Unidades Tributarias (55 U.T.).

Providencia del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, mediante la cual se dictan los Parámetros para la Calificación y Aprobación de Solicitudes de Financiamiento a las Comunidades Organizadas con Recursos del Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV).

Resolución N° 015 del Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se establece en un diez por ciento (10%), el porcentaje mínimo de la cartera de crédito bruta anual que con carácter obligatorio deben colocar con recursos propios los bancos e instituciones financieras, obligados a conceder créditos hipotecarios destinados a la adquisición, construcción, autoconstrucción, ampliación o remodelación de vivienda principal. *G.O.* N° 38.637 de 5-3-2007.

5. *Régimen de los Juegos: Actividades Hípicas*

Providencia N° RGE0107001 de la Superintendencia Nacional de Actividades Hípicas, por la cual se dispone que por los certificados emitidos por el Registro Genealógico de Equinos de la República Bolivariana de Venezuela, se pagarán las tarifas que en ella se mencionan. *G.O.* N° 38.616 de 31-1-2007.

Providencia N° RGE0107003 de la Superintendencia Nacional de Actividades Hípicas, por la cual se dispone que el procedimiento administrativo a seguir ante el Registro Genealógico de Equinos llevado por la Superintendencia Nacional de Actividades Hípicas para obtener los certificados que en ella se indican, será el que en ella se mencionan. N° 38.616 de 31-1-2007.

Providencia N° RGE0107007 de la Superintendencia Nacional de Actividades Hípicas, por la cual se dispone que en el primer trimestre de cada año toda persona natural o jurídica que tenga registrado un criadero o establecimiento de cría, deberá presentar por ante esta Superintendencia, los documentos que en ella se enumeran. *G.O.* N° 38.631 de 23-2-2007.

VII. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

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

Ley de Aguas. *G.O.* N° 38.595 de 2-1-2007.

2. *Régimen de la Ordenación del Territorio y del Desarrollo Urbano*

Ley Orgánica Derogatoria de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio. *G.O.* N° 38.633 de 27-2-2007.

3. *Régimen del Transporte y Tránsito*

A. *Transporte y Tránsito Terrestre*

a. *Sistema Metro*

Resolución Conjunta N° 213 y 125, de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio y de Infraestructura, mediante la cual se establece la Tarifa Integrada para el servicio de transporte del Sistema Metro Los Teques. *G.O.* N° 38.598 de 5-1-2007.

b. *Sistema Ferroviario*

Resolución Conjunta N° 218 y 007 de los Ministerios del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y de Infraestructura, mediante la cual se establece las tarifas para el servicio que presta el Instituto Autónomo de Ferrocarriles del Estado en la operación comercial del Sistema Ferroviario “Ezequiel Zamora”, tramo Caracas-Tuy. *G.O.* N° 38.613 de 26-1-2007.

B. *Transporte y Tráfico Aéreo*

Providencia N° PRE-CJU-005-07 del INAC, por la cual se dicta la Regulación Aeronáutica Venezolana 21, Referente a los Procedimientos para la Certificación de Productos y Partes. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.624 de 12-2-2007.

4. *Régimen de las Comunicaciones: Certificados electrónicos*

Providencia del Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática (Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica), por la cual se establecen las Normas Técnicas bajo las cuales esta Superintendencia, coordinará e implementará el modelo jerárquico de la Infraestructura Nacional de Certificación Electrónica, para que los Proveedores de Servicios de Certificación Acreditados, emitan los certificados electrónicos en el Marco del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. *G.O.* N° 38.636 de 2-3-2007.

Comentarios Legislativos

LA TERMINACIÓN ANTICIPADA Y UNILATERAL MEDIANTE LEYES DE 2006 Y 2007 DE LOS CONVENIOS OPERATIVOS Y DE ASOCIACIÓN PETROLEROS QUE PERMITÍAN LA PARTICIPACIÓN DEL CAPITAL PRIVADO EN LAS ACTIVIDADES PRIMARIAS SUCRITOS ANTES DE 2002

Allan R. Brewer-Carías

Resumen: *A pesar de que la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001 no afectó la vigencia y la ejecución de los Convenios Operativos y de Asociación petrolera suscritos por PDVSA y sus filiales con empresas privadas entre 1993 y 2001, mediante Leyes dictadas en 2006 y 2007, dichos Convenios, como contratos administrativos que eran, han sido unilateral y anticipadamente terminados, aplicándose retroactivamente dicha Ley Orgánica de 2001, decretándose legislativamente la expropiación de los derechos contractuales de las partes.*

A partir de 2006, el Estado venezolano, después de haber establecido el marco para la desnacionalización de la industria petrolera¹, comenzó un proceso de eliminación progresiva de la participación del capital privado en las actividades de la industria petrolera que se había desarrollado antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos en 2001².

Para el momento en que se dictó la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, los particulares participaban en la realización de las actividades de hidrocarburos a través de dos modalidades previstas en la legislación anterior, en particular, en el artículo 5 de la Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975³: los Convenios Operativos con las empresas del Estado, y mediante Convenios de Asociación Estratégicas y de Explotación a Riesgo y Ganancias Compartidas que se habían suscrito bajo la vigencia de la citada Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, los cuales dado el principio general de la irretroactividad de las leyes, continuaron en vigencia

-
1. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El régimen de participación del capital privado en las industrias petrolera y minera: desnacionalización y técnicas de regulación a partir de la Constitución de 1999”, *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, noviembre 2004.
 2. *Gaceta Oficial* N° 37323 de 13 de noviembre de 2001. Reformada parcialmente en 2006, *Gaceta Oficial* N° 38.493 del 4 de agosto de 2006
 3. *Gaceta Oficial* N° 35.754 de 17-07-95. Véase en general, sobre la nacionalización petrolera de 1975, *Régimen Jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela. Homenaje del Instituto de Derecho Público al profesor Antonio Moles Caubet*, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. VIII (1972-1979), Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, 2 tomos, Caracas, 1981.

como contratos válidamente suscritos por el Estado conforme al artículo 5 de aquella Ley, que fue derogada por la Ley Orgánica de 2001, aún después de la entrada en vigencia de la nueva Ley.

Este proceso de eliminación de la participación del capital privado conforme a los contratos suscritos antes de 2001, se verificó mediante dos instrumentos legislativos, mediante los cuales, por una parte, se dispuso la extinción, es decir, la terminación unilateral anticipada de los Convenios Operativos que existían; y por la otra, se dispuso la terminación unilateral anticipada de los Convenios de Asociación y de Explotación a Riesgo que existían y que se habían suscrito entre 1993 y 2001, disponiéndose sin embargo, en este último caso, la posibilidad de que dichos convenios de asociación se convirtieran en empresas mixtas con capital del Estado en más del 50 % del capital social (Arts. 22 y 27 al 32 LOH).

En ambos casos, al extinguirse los contratos administrativos existentes, se produjo la expropiación de los derechos contractuales que correspondían a las empresas contratantes; expropiación que fue efectuada mediante Ley sin seguirse el procedimiento general establecido en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social, lo que en todo caso, conforme al artículo 115 de la Constitución, genera derechos en cabeza de las empresas contratantes a ser justamente indemnizadas por los daños y perjuicios producidos por dicha terminación anticipada y unilateral de los contratos administrativos válidamente suscritos por el Estado.

I. LA EXTINCIÓN DE LOS CONVENIOS OPERATIVOS

En efecto, en cuanto a los Convenios Operativos que se habían suscrito conforme a la legislación anterior, entre las filiales de PDVSA y empresas privadas, el 18 de abril de 2006 se dictó la *Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades Primarias Previstas*⁴, cuyo específico objeto definido como “regularizar la participación privada en las actividades primarias”, condujo a la extinción mediante Ley de los Contratos Operativos existentes, dado que el Legislador consideró que su ejercicio había:

“sido desnaturalizado por los Convenios Operativos surgidos de la llamada apertura petrolera, al punto de violar los intereses superiores del Estado y los elementos básicos de la soberanía” (art. 1)

En consecuencia, el artículo 2 de la Ley declaró que el contenido de los referidos Convenios Operativos surgidos de la llamada apertura petrolera, era “incompatible con las reglas establecidas en el régimen de nacionalización petrolera”, disponiendo que “**quedarán extinguidos** y no podrá continuarse la ejecución de sus preceptos, a partir de la publicación de esta Ley en la *Gaceta Oficial*” (art. 2).

Es decir, a partir del 18 de abril de 2006, mediante una ley de la Asamblea Nacional se puso fin y se extinguieron los Convenios Operativos que existían, es decir, se dio por terminados en forma unilateral y anticipada a unos contratos administrativos que habían sido válidamente suscritos. No se trató, en este caso, de una rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración contratante, que eran las empresas filiales de PDVSA, sino de una terminación anticipada y unilateral de dichos contratos por una decisión del órgano legislativo del Estado, a través de una Ley.

4. *Gaceta Oficial* N° 38.419 del 18 de abril de 2006.

En estos casos, la responsabilidad del Estado por los daños causados por la terminación unilateral y anticipada de los contratos, que se configura como una expropiación de los derechos contractuales, así haya provenido la misma de un acto legislativo, es incuestionable.

Dicha Ley, además, dispuso hacia el futuro que

“ningún nuevo contrato podrá otorgar participación en las actividades de exploración, explotación, almacenamiento y transporte inicial de hidrocarburos líquidos, o en los beneficios derivados de la producción de dichos hidrocarburos, a persona alguna de naturaleza privada, natural o jurídica, salvo como accionista minoritario en una empresa mixta, constituida de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos en la cual el Estado asegure el control accionario y operacional de la empresa” (Art. 3).

Es decir, se ratificó legislativamente, el principio dispuesto en la Ley Orgánica de 2001 de que la participación del capital privado en las actividades primarias sólo puede realizarse mediante la constitución de las empresas mixtas reguladas en la Ley.

La consecuencia de la declaratoria de extinción de los Convenios Operativos existentes, además de la obligación para el Estado de indemnizar a los antiguos contratistas por los daños y perjuicios ocasionados por la terminación anticipada y unilateral de los Convenios y la expropiación de los derechos contractuales, sobre lo cual, sin embargo nada dispuso el texto de la Ley; fue que conforme se dispuso en el artículo 4 de la Ley:

“la República, directamente o a través de empresas de su exclusiva propiedad, reasumirá el ejercicio de las actividades petroleras desempeñadas por los particulares, a los fines de garantizar su continuidad y en razón de su carácter de utilidad pública e interés social, sin perjuicio de que se establezcan para tal efecto empresas mixtas sujetas a la aprobación de la Asamblea Nacional, previo informe favorable del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Petróleo y de la Comisión Permanente de Energía y Minas de la Asamblea Nacional”.

A tal efecto, la Asamblea Nacional ya había adoptado en marzo de 2006 el “Acuerdo mediante el cual se aprueban los Términos y Condiciones para la creación y funcionamiento de las Empresas Mixtas” (G.O. No. 38.410 de 31-03-2006).

II. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA Y UNILATERAL DE LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN Y DE LOS CONVENIOS DE EXPLORACIÓN A RIESGO Y GANANCIAS COMPARTIDAS Y LA POSIBILIDAD DE SU TRANSFORMACIÓN EN EMPRESAS MIXTAS

La Ley Habilitante de 1 de febrero de 2007⁵ autorizó al Presidente de la República a dictar normas que permitieran al Estado,

“asumir directamente, o mediante empresas de su exclusiva propiedad, el control de las actividades realizadas por las asociaciones que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, incluyendo mejoradores y las asignaciones de explotación a riesgo y ganancias compartidas, para regularizar y ajustar sus actividades dentro del marco legal que rige a la industria petrolera nacional, a través de la figura de empresas mixtas o de empresas de la exclusiva propiedad del Estado”.

Con esta delegación legislativa se buscaba, en primer lugar, que el Estado asumiera “el control de las actividades realizadas por las asociaciones que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, incluyendo mejoradores y las asignaciones de explotación a riesgo y ganancias

5. *Gaceta Oficial* N° 38.617 de 01-02-2007.

compartidas”, lo que en si mismo era innecesario, pues dicho control ya existía conforme al esquema de toma de decisiones regulado en los Convenios de Asociación, aún cuando el Estado tuviera minoría accionaria en los mismos. Pero además, en segundo lugar, lo que se buscaba con la delegación legislativa era hacer lo que el Legislador con la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001 no hizo, y no podía hacer por no poder atribuirle efectos retroactivos a la misma, y fue aplicar la Ley Orgánica de 2001 a los Contratos de Asociación que habían sido suscritos válidamente conforme a la legislación anterior. Por ello la habilitación buscó “regularizar y ajustar sus actividades dentro del marco legal que rige a la industria petrolera nacional, a través de la figura de empresas mixtas o de empresas de la exclusiva propiedad del Estado”.

En ejecución de tal delegación legislativa, el 26 de febrero de 2007, mediante Decreto Ley 5.200, el Ejecutivo Nacional dictó la “Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas”⁶, con la cual se dispuso la terminación unilateral y anticipada de los convenios de asociación suscritos entre 1993 y 2001, lo que implicó, para los contratistas que no acordaran los términos unilaterales fijados por el Estado, la expropiación de sus derechos contractuales y el derecho consecuente a ser justamente indemnizados por los daños y perjuicios causados por la Ley.

1. *La terminación anticipada de los convenios de asociación y la búsqueda de su migración a empresas mixtas*

En efecto, dicha Ley dispuso que:

“las asociaciones existentes entre filiales de Petróleos de Venezuela, S.A. y el sector privado que operan en la Faja Petrolífera del Orinoco, y en las denominadas de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, deberán ser ajustadas al marco legal que rige la industria petrolera nacional, debiendo transformarse en empresas mixtas en los términos establecidos en la Ley Orgánica de Hidrocarburos” (art. 1).

Esto significó, pura y simplemente, darle efectos retroactivos a la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, al imponer unilateralmente a los Convenios de Asociación suscritos conforme a la legislación anterior, la obligación de ajustarse a la nueva Ley.

A tal efecto, esta Ley, de nuevo, se dispuso la terminación unilateral y anticipada de contratos administrativos que habían sido válidamente celebrados como Convenios de Asociación entre 1993 y 2001, entre las filiales de PDVSA y diversas empresas privadas para la realización de actividades primarias; disponiéndose además, que las mismas no sólo debían ajustarse al marco legal de la Ley Orgánica de 2001, a la cual *ex post facto* se le dió efectos retroactivos, sino se dispuso que:

“todas las actividades ejercidas por asociaciones estratégicas de la Faja Petrolífera del Orinoco, constituidas por las empresas **Petrozuata, S.A.; Sincruos de Oriente, S.A., Sincor, S.A., Petrolera Cerro Negro S.A y Petrolera Hamaca, C.A;** los convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas de **Golfo de Paria Oeste, Golfo de Paria Este y la Ceiba**, así como las empresas o consorcios que se hayan constituido en ejecución de los mismos; la empresa **Orifuels Sinovensa, S.A.**, al igual que las filiales de estas empresas que realicen actividades comerciales en la Faja petrolífera del Orinoco, y en toda la cadena productiva, **serán transferidas** a las nuevas empresas mixtas”.

6. *Gaceta Oficial* N° 38623 de 16-2-2007.

Es decir, no sólo se decidió unilateralmente la terminación anticipada de los contratos, sino que se dispuso que en caso de que los inversionistas privados socios en los Convenios que se extinguían estuviesen de acuerdo con la transferencia de los mismos a las nuevas empresas mixtas, los mismos lo que podían era ser accionistas de las empresas mixtas con menos del 40 % del capital social, teniendo como accionista por parte del Estado a la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. u otra filial de Petróleos de Venezuela, S.A., con una participación accionaria mínima del 60% del capital social (art. 2).

En caso de que el inversionista socio de un Convenio de asociación acordase ser accionista minoritario de la nueva empresa mixta, dispuso el artículo 6 de la Ley, que:

“por tratarse de una circunstancia especial de interés público, y de conformidad con lo dispuesto en el único aparte del artículo 37 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la escogencia de los socios minoritarios en el proceso de migración de las asociaciones será directa”.

La aplicación de esta excepción a la selección mediante concurso competitivo como lo exige la Ley Orgánica de 2001, por supuesto, sólo podría ocurrir si la empresa privada que era parte o socio del Convenio de asociación decidía continuar en la operación, formando parte, como accionista minoritario, de la nueva empresa mixta. De lo contrario, conforme a la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el accionista privado de la nueva empresa mixta que asuma la operación de un antiguo Convenio de asociación, tendría que seleccionarse mediante procedimientos competitivos (art. 37).

Para el caso de que la empresa accionista de los Convenios de Asociación que se terminaban unilateral y anticipadamente mediante esta Ley de Migración, no acordaren con el Ejecutivo nacional formar parte como accionistas de las nuevas empresas mixtas, el efecto de la Ley fue el de la expropiación de sus derechos contractuales, teniendo derecho a ser justamente indemnizados por los daños perjuicios causados por la terminación unilateral y anticipada de los Contratos.

2. *La asunción inmediata de la operación por el Estado*

La decisión legislativa de poner fin unilateral y anticipadamente a los contratos de asociación, implicó la necesidad de asegurar la inmediata asunción por parte del Estado, de la operación industrial concreta de cada Convenio de asociación.

A tal efecto, la Ley dispuso que la empresa estatal accionista de las posibles empresas mixtas sea que fuera Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. o la filial de Petróleos de Venezuela, S.A. que se designase al efecto, debió conformar dentro de los 7 días a partir de la fecha de publicación de Decreto-Ley, es decir, para el 5 de marzo de 2007, “una Comisión de Transición para cada asociación”, disponiéndose que la misma se debía incorporar “a la actual directiva de la asociación respectiva, a fin de garantizar *la transferencia a la empresa estatal* el control de todas las actividades que las asociaciones realizan”, en un proceso que culminó el 30 de abril de 2007 (art. 3).

A tal efecto, la Ley dispuso que las empresas del sector privado que fueran parte en los convenios de asociación debieron cooperar con la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A. para efectuar un cambio seguro y ordenado de operadora (art. 3).

Sobre la situación de los trabajadores de la nómina contractual de las asociaciones que debieron ser transformadas, la Ley dispuso que a partir de la entrada en vigencia de la misma, aquellos gozarían de inamovilidad laboral y estarían amparados por la Convención Colectiva Petrolera que regía para los trabajadores de Petróleos de Venezuela, S.A. (Art 10)

El artículo 2 de la Ley, por otra parte, atribuyó al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo la potestad de determinar unilateralmente, en cada caso,

“la valoración de la Empresa Mixta, la participación accionaria de la filial de Petróleos de Venezuela, S.A. designada a efecto, y los ajustes económicos y financieros que fueren procedentes” (art. 2).

Es decir, el Estado, unilateralmente, a través del Ministerio respectivo, debía determinar la valoración de la nueva empresa mixta a ser establecida para sustituir a cada Convenio de asociación; el porcentaje de participación accionaria que en cada empresa mixta sustitutiva de cada Convenio de asociación debía corresponder a la filial de PDVSA que fuese a ser accionista, que en ningún caso podía ser inferior al 60 % del capital social; y “los ajustes económicos y financieros que fuere procedentes”.

Por otra parte, la Ley dispuso expresamente en su artículo 7, que la infraestructura, los servicios de transporte y mejoramiento de las asociaciones en la Faja Petrolífera del Orinoco y en las denominadas de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, serían “de libre utilización de acuerdo con los lineamientos que, mediante Resolución, emita el Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo”, a cuyo efecto, “los costos derivados de la utilización de tales servicios, serán determinados de mutuo acuerdo por las partes, a falta de lo cual, el Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo fijará las condiciones para su prestación”.

3. *El plazo para que las empresas privadas decidieran su incorporación a las empresas mixtas*

A pesar de que la Ley dispuso la transferencia inmediata de los Convenios de Asociación al Estado, y la consecuente asunción por la empresa estatal correspondiente de la operación de los Convenios, el artículo 4 de la Ley concedió a las empresas del sector privado que habían sido parte en los extinguidos Convenios de asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, y de las denominadas de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas, un período de cuatro (4) meses a partir de la fecha de la publicación de la Ley (26-2-2007), es decir, hasta el 26 de junio de 2007, “para acordar los términos y condiciones de su *posible participación* en las nuevas Empresas Mixtas”, se entiende, con el Ministerio respectivo, disponiéndose que además, en su caso, se le concederían “dos (2) meses adicionales para someter los señalados términos y condiciones a la Asamblea Nacional a fin de solicitar la autorización correspondiente de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos”.

Ahora bien, transcurrido el plazo antes indicado de 4 meses, que venció el 26 de junio de 2007, “sin que se hubiera logrado acuerdo para la constitución y funcionamiento de las Empresas Mixtas”, entonces, la República, a través de Petróleos de Venezuela, S.A. o cualquiera de sus filiales, debía *asumir directamente las actividades* ejercidas por las asociaciones a fin de preservar su continuidad, en razón de su carácter de utilidad pública e interés social (Art. 5).

La Ley dispuso, además, que los actos, negocios y acuerdos que se realizasen o suscribieran a los efectos de constituir las Empresas Mixtas dispuestas en la Ley, así como las cesiones, transferencias de bienes y cualesquiera otras operaciones que generasen enriquecimiento o supusieran la enajenación, transmisión o venta de bienes destinados a conformar el patrimonio de dichas empresas, estarían exentos del pago de impuestos, tasas, contribuciones especiales o cualquier otra obligación tributaria creados por el Poder Nacional.

Nada dispuso la Ley de Migración sobre los derechos de las empresas privadas que no hubieran llegado a un acuerdo para continuar como socios de las nuevas empresas mixtas. Sin embargo, como se ha dicho, la consecuencia de la aplicación retroactiva de la Ley de 2001 a los Convenios de Asociación suscritos válidamente con anterioridad a la misma, se configuró como una terminación anticipada y unilateral de los dichos Convenios de Asociación, y como una expropiación en virtud de Ley de los derechos contractuales de los contratantes en dichos Convenios, lo cual conforme al artículo 115 de la Constitución, les originó el derecho a ser justamente indemnizados por los daños y perjuicios causados.

4. *Los derechos de las nuevas empresas mixtas*

Por otra parte, artículo 8 de la Ley dispuso que el Ejecutivo Nacional, mediante Decreto, debía transferir a las Empresas Mixtas resultantes del proceso de migración “el derecho al ejercicio de sus actividades primarias, pudiendo igualmente adjudicarles la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República que sean requeridos para el ejercicio eficiente de tales actividades”. Estos derechos, sin embargo, pueden ser revocados, “si las operadoras no dieran cumplimiento a sus obligaciones, en forma tal que impida lograr el objeto para el cual dichos derechos fueron transferidos” (art 8).

Igualmente, mediante Resolución, el Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo debía delimitar “las áreas en las cuales las Empresas Mixtas desarrollarán sus actividades primarias, las cuales se dividirán en lotes con una extensión máxima de cien kilómetros cuadrados (100 km²)” (Art. 9).

5. *El régimen jurídico aplicable y la jurisdicción*

Por último, el artículo 13 de la Ley de Migración dispuso que

“Todos los hechos y actividades vinculados al presente Decreto-Ley se regirán por la Ley Nacional, y las controversias que de los mismos deriven estarán sometidas a la jurisdicción venezolana, en la forma prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esta norma, por supuesto, es inútil.

En efecto, por una parte, debe recordarse que todos los efectos que produzca cualquier ley dictada en Venezuela, en virtud del principio de la territorialidad, en principio se rigen por la legislación nacional; de manera que si nada se dispone expresamente en contrario en el texto de la ley, todas las situaciones jurídicas derivadas de cualquier ley, se rigen por la “Ley Nacional.”

Pero además, la Ley dispuso, aún con redacción deficiente, que las controversias que se deriven de sus disposiciones estarán sometidas a la jurisdicción venezolana, y de nuevo, ello no podría ser de otra forma, salvo que el legislador renunciase expresamente a la jurisdicción venezolana. Por tanto, las controversias que surjan con ocasión de la migración de las antiguas Asociaciones a las nuevas empresas mixtas, o los acuerdos que puedan haber llegado los antiguos socios de los Convenios de Asociación al incorporarse, conforme a las previsiones de la Ley, como socios minoritarios de las nuevas empresas mixtas, solo pueden ser resueltos por la jurisdicción nacional.

Además, por ejemplo, las controversias derivadas de las decisiones contenidas en el Decreto Ley y su aplicación, sin duda, en principio están también sometidas a la jurisdicción venezolana, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de impugnación por razones de inconstitucionalidad de las normas de la Ley de Migración ante la Jurisdicción Constitucional, o de la impugnación de los actos administrativos que conforme a ella dicte el Ejecutivo Nacional, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Pero ello no implica, en forma alguna, la anulación de las cláusulas que puedan tener los Convenios de Asociación cuya terminación anticipada y unilateral se ha resuelto por la Ley, por ejemplo, relativas a la sumisión de las controversias que deriven de la ejecución, cumplimiento e incumplimiento de los Convenios de Asociación, a jurisdicción arbitral, incluso fuera de Venezuela, como lo autoriza el artículo 151 de la Constitución. Es decir, los contratistas, en esos casos, tienen derecho a que las controversias que se deriven de la ejecución, cumplimiento, incumplimiento y terminación anticipada y unilateral de aquellos Contratos de asociación, como contratos administrativos que son, en caso de contener cláusulas arbitrales o de aplicación de la legislación o de una jurisdicción extranjera, sean resueltas en la forma dispuesta en los mismos.

El artículo 13 de la Ley de 2007, por tanto, no puede interpretarse, como una normativa que pueda significar la anulación de las propias cláusulas contractuales relativas a la solución de controversias establecidas en los Convenios de Asociación que se dan por terminados, derivadas precisamente, por ejemplo, del incumplimiento de los Convenios por parte de la Administración, como el que resulta de su terminación anticipada por el Estado.

LOS CINCO AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999.
“Herramientas constitucionales novedosas para la defensa de
algunos derechos fundamentales de los ciudadanos”

Vicente Amengual Sosa
Abogado U.C.V. 1968
Especialista en Derecho Civil (Italia)
Especialista en Derecho Administrativo (UCAB)

Resumen: *Se hace un análisis de las normas de la Constitución de 1999 que ofrecen a los ciudadanos instrumentos útiles para la defensa de sus derechos e intereses, llevando dicho análisis a aspectos prácticos, utilizables en las relaciones de los mismos con el Estado y también en la vía jurisdiccional. Se hace hincapié en los aspectos más novedosos de las herramientas constitucionales puestas al servicio de los ciudadanos en el objetivo antedicho.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo consiste en una exploración dentro de la Constitución de 1999, en búsqueda de elementos novedosos que permitan identificar claramente las expectativas y posibilidades de las que puede disponer el ciudadano en defensa de sus derechos e intereses. También incluye las inquietudes que ya existían y fueron recogidas en el texto constitucional o las que en forma incipiente se han desarrollado después de su aprobación, resaltándolas y ordenándolas para su mejor utilización.

Ese hallazgo es necesario para poder alcanzar los ideales del nuevo texto constitucional, puesto que pretende identificar herramientas de uso permanente en la sociedad, así como en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos y el Estado.

Se ofrecen, en consecuencia, instrumentos prácticos, reales, posibles, que podrán desarrollarse con su uso y también constituir criterios a ser adoptados en cualquier escenario, sobretudo en el judicial.

Creemos que una parte sustancial del contenido de este trabajo no ha sido jamás desarrollado o ha sido atendido solo parcialmente. Ofreceremos, entonces, un criterio para ser profundizado y moldeado, con marcada tendencia al aporte que en materia de principios aplicables al proceso (administrativo y jurisdiccional) contiene la Constitución de 1999.

Dentro de ese objetivo haremos un elenco de los instrumentos más importantes, los desarrollaremos y fundamentaremos. Perseguimos, en el plano filosófico, establecer los principios concernientes a los derechos humanos del ciudadano que la Constitución le ha puesto en sus manos. Veamos.

II. IDENTIFICACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS MÁS IMPORTANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 PARA LA DEFENSA DE LOS CIUDADANOS

La Constitución de 1999 es terreno propicio para la creatividad en función del ciudadano. Se encuentran allí abundantes disposiciones que mediante razonamientos claros y contundentes hechos en forma directa o mediante la concatenación entre ellas mismas, o con elementos doctrinarios u otras leyes, pueden crear un elenco importante de herramientas para el ciudadano. Nos proponemos desarrollar aquellos más importantes, más necesarios, más urgentes, seguramente novedosos, bajo la idea de ahondar en su composición.

Ellos son: 1º) El ciudadano en ejercicio de la función pública; 2º) El ciudadano y su derecho a ser indemnizado por actuaciones del Estado; 3º) El ciudadano y la ejecución de sentencias contra la administración pública; 4º) El ciudadano y el manejo amistoso de la culminación de su relación funcionarial y 5º) El ciudadano y la igualdad con sus semejantes.

III. CONTENIDO DE LAS CINCO HERRAMIENTAS MÁS IMPORTANTES

1. *El ciudadano en ejercicio de la función pública*

Durante años hemos considerado que la más grande empresa de un país es su administración pública. De su mayor o menor eficiencia depende el mayor o menor bienestar nacional. Pero, indudablemente, por razones cuya consideración excede del ámbito de este trabajo, un denso sector del funcionariado público jamás ha entendido esa condición y es frecuentemente ineficiente o lento en sus actuaciones, impidiéndose así la formación y consolidación de un engranaje que produzca sus fines legales, sociales y económicos en breve tiempo, ofreciendo seguridad y calidad, resolviendo conflictos, generando riqueza, etc. Tampoco lo ha entendido cabalmente el Estado convertido en patrono de esa empresa que es la administración pública.

Sin garantías de ser tratados respetuosamente en sus derechos, de ser atendidos en sus reclamaciones, sin estímulos y tantas otras cosas más, el funcionario, en buena medida, casi se limita a ofrecer unos servicios mínimos a cambio de lograr su subsistencia.

Resaltamos aquí los aspectos más importantes de esta herramienta, los cuales nos permiten diseñar un funcionario digno de esa gran empresa que debería ser la Administración Pública. Ellos son:

1) El Estado está obligado constitucionalmente en procurar al máximo que la función pública constituya una carrera para quien pertenece a ella. Ello brinda estabilidad al funcionario y ello es estímulo para producir física e intelectualmente. Se procura que el resto de la función pública (contratados, libre nombramiento y remoción, etc.) tenga carácter restrictivo.

2) El acceso a la carrera es por concurso y éste asegura la prevalencia del mérito sobre cualquier otra condición. El acceso por méritos privilegia razonablemente la diferencia legítima entre aspirantes, que es camino a la verdadera igualdad (ver la letra "E" de este mismo capítulo). Es la vía para un funcionario digno.

3) El concurso como forma de acceso a la función pública, determina la necesidad encuadrar a los aspirantes dentro de parámetros para la preparación previa al mismo y conduce a la especialización, a la legítima comparación de los resultados obtenidos por cada funcionario, para así fundamentar los ascensos de manera más correcta.

4) El debido proceso, garantizado en vía administrativa (artículo 49 numeral 1º), traslada prioritariamente a esa etapa la solución de las diferencias o conflictos que puedan

surgir entre la administración y el funcionario, permitiendo más flexibilidad en la obligación de buscar la verdad por todos los medios posibles, obviando en buena medida todo lo negativo que implica el conflicto judicial. La administración se obliga a ser más cuidadosa en el análisis de las situaciones en que se encuentran los funcionarios y en el tratamiento de sus posibles trasgresiones. El funcionario, a su vez, cuenta con herramientas jurídicas más eficientes para defender su posición. La actuación de igual a igual en esa vía, es un control para la ventaja de la administración pública.

5) Todas las eventuales trasgresiones del funcionario, por simples que sean, deben ser analizadas con las debidas garantías jurídicas en la vía administrativa (derecho a la defensa y al debido proceso).

6) El ascenso en la función pública debe llevarse a cabo a través de métodos científicos de evaluación de méritos. Ello obliga a crear un régimen legal y mecanismos para que el funcionario tenga la oportunidad de defenderse y probar lo que considere conveniente. Lo novedoso en este punto es la posibilidad del funcionario de exigir pronunciamiento judicial en todo lo relativo a la valoración de sus méritos y de obtener tutela judicial efectiva, incluyendo ejecución forzosa de todo cuanto le favorezca.

7) Se ha establecido constitucionalmente (analizado en la letra “D” de este trabajo) la solución amistosa de conflictos, lo cual deberá ser desarrollado en leyes especiales.

8) La vía judicial de solución de conflictos debe ser expedita e idónea (artículo 26 CRBV).

9) La ejecución de sentencias (ver también letra “C” de este mismo trabajo) puede hacerse aún contra la resistencia de la administración, mediante mecanismos legales claramente establecidos.

10) Las prestaciones laborales son de exigibilidad inmediata, generando la contravención en la satisfacción de las mismas, derechos adicionales en beneficio del funcionario, según los lineamientos anteriores, fundamentalmente la ejecución forzosa.

2. *El ciudadano y su derecho a ser indemnizado por el retardo de la administración de justicia*

El proceso tiene establecida una duración determinada. Determinada no significa que se trata de un lapso fijo, único. Quiere decir, en cambio, que por una parte hay lapsos que tienen una duración determinada, los cuales se indican en los códigos y leyes de procedimiento, y que por otra parte, las partes tienen la obligación de procurar diligentemente que se verifiquen esos lapsos, mediante el impulso que deben darles.

Así las cosas, un proceso en particular es la sumatoria de actuaciones individuales de las partes y lapsos que establecen las leyes y que deben ser cumplidos por las partes y por el tribunal. Podemos así concluir que, analizando cada causa en concreto, puede estimarse al final de ella con precisión –o bastante aproximación, cuando menos– el tiempo que ese juicio debió durar, cuánto demoró efectivamente y cuánto retardo es imputable a cada una de las partes. Luego puede también fijarse qué tiempo de retardo es imputable al sistema de administración de justicia, es decir, al Estado.

Normalmente, la administración de justicia, a través del tribunal y el juez, no cumple normalmente con el principio de celeridad durante el proceso, pero la demora más notoria y dañina es la que se da en la producción de la sentencia que dirime la controversia. Es lo que se define como el retardo.

El retardo es hoy día un término constitucional, una figura jurídica que tiene sus consecuencias precisas. Está establecido en el artículo 49 numeral 8° de la Constitución Nacional, en el cual se indica que “Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados.”

El término “retardo” para referirse a la actuación judicial tiene aquí un valor jurídico específico, de rango constitucional. A través de él y en armonía con los principios de la tutela judicial efectiva y de “justicia sin dilaciones indebidas”, podemos concluir que el tiempo procesal es ahora constitucionalmente cuantificable.

Para asegurarse que el sistema judicial no se excederá del plazo constitucionalmente establecido para dictar sentencia, el Estado debe proveer los mecanismos e instrumentos, así como los jueces y demás funcionarios necesarios para responderle al ciudadano.

El daño que surja de la violación de ese tiempo procesal estará sometido, por supuesto, a los mismos requisitos y medios de valoración del derecho civil. Pero no toda violación genera responsabilidad para la República, sino solo aquella que genera daños al pleiteante.

Considero, sin embargo, que esa conclusión es tajante en cuanto al daño material, pero en lo que respecta al daño moral, es inimaginable que haya una tardanza injustificada, por pequeña que sea, que no genere daños al litigante. Podría decirse que hay una presunción de daño moral causado al litigante por cualquier trasgresión al tiempo procesal del que dispone el tribunal para resolver la controversia.

Para la estimación del daño material puede la ley establecer mecanismos de valoración y en determinadas hipótesis sería sensato que se fijasen tablas indemnizatorias por días, para así suplir al ciudadano de pruebas engorrosas y difíciles.

Para que se configure el retardo es obvio que el juez debe tener un plazo para decidir la causa. Corresponde al legislador ordinario establecer las modalidades y término de ese plazo para decidir, el cual, por ejemplo, en materia de procedimiento civil, está consagrado en los artículos 521 y 251 del Código de Procedimiento Civil.

Guiémonos a través de este ejemplo para así ubicar el mejor sentido de lo que exponemos. El plazo del artículo 521 es de sesenta días para las sentencias definitivas y de treinta días para las interlocutorias.

La sentencia puede ser diferida por una sola vez y por un plazo máximo de treinta días, el cual debe tener una justificación grave, lo que deberá exponer el juez en el auto de diferimiento. No se trata aquí de un recurso tan manido como de diferir la sentencia “por ocupaciones preferentes del tribunal” o cualesquiera otro de los que se han urdido para lesionar al que reclama justicia. Una Constitución que privilegia al ciudadano, que se proclama como defensora de los derechos humanos, no puede ya consentir más estos atropellos.

De modo pues que, vencidos los lapsos de procedimiento y el plazo para dictar sentencia, más la eventualidad de un justificado diferimiento, si la sentencia no se produce, la administración de justicia incurre en retardo, lo que trae como consecuencia la responsabilidad del Estado por las consecuencias dañosas que ello produzca.

Al vencerse el lapso establecido para dictar sentencia sin que ello se produzca se lesiona el derecho del ciudadano a “obtener con prontitud la decisión correspondiente”, violatorio todo ello de los principios de una justicia idónea, expedita y sin dilaciones indebidas (artículo 26 constitucional).

La aplicación de estos criterios conduce a la necesidad de que el juez decida las causas en el orden en que se van venciendo los lapsos, todo lo contrario al estado actual en el que las causas se deciden sin ningún orden cronológico. Al hacerlo correctamente, el juez podrá tener la excusa que consiste en demostrar que aún siendo diligente, le ha sido insuficiente el lapso normal del artículo 521 CPC y aún la prórroga justificada del 251 CPC para decidir, trasladando así la responsabilidad única y exclusivamente al Estado, para el supuesto en que la demora obedezca a la insuficiencia de los tribunales o de personal, por ejemplo.

Si, en cambio, no hay razones para ese retardo, puede haber responsabilidad del Estado o del juez frente al ciudadano, la cual se puede reclamar de uno de ellos o de ambos, quedando siempre a salvo la posibilidad de la administración pública de exigir responsabilidad del juez.

El ciudadano cuenta con una herramienta útil y precisa para reclamar y defender su derecho a obtener justicia y a la tutela judicial efectiva, pues permite su exigibilidad ante un órgano del Estado. Un derecho humano, sin dudas.

3. *El ciudadano y la ejecución de sentencias contra la administración pública*

Es innecesario explicar aquí lo que significa litigar contra el Estado en cualquiera de sus expresiones, no solo por lo que implica querrellarse contra quien goza del privilegio de no pagar costas (lo que a su vez comporta hacerlo muchas veces sin posibilidad de éxito pero sin riesgo alguno), sino sobretodo lo que conlleva la enorme dificultad de hacer efectiva una sentencia favorable, particularmente cuando se trata de condenas pecuniarias.

Todavía está bastante arraigada en nuestro país aquella idea, según la cual, demandar al Estado es como un a especie de ofensa o irreverencia hacia él y por ello hay que minar de dificultades el camino que conduce a la satisfacción del ciudadano que lo querrela judicialmente.

Más grave aún es lo relativo a la ejecución de una sentencia. La administración pública cumple con una condena judicial cómo y cuándo quiere, en olímpico desprecio al demandante que lo ha vencido. Y ni pensar en la posibilidad de una ejecución forzosa, considerada casi como una agresión ilegítima contra ella.

La Constitución de 1999 tiene normas contundentes para salirle al paso a esta situación. Se trata de los artículos 19, 21 numeral 2, 26, 253, 257, 259.

La administración pública tiene derecho a disponer de un plazo y condiciones más flexibles para cumplir con las sentencias dictadas en su contra e, inclusive, bajo la influencia del interés público, puede adicionalmente indicar en qué oportunidad cumplirá cuando se trate de condenas pecuniarias, todo lo cual debe ser establecido en normas prudentes y ponderadas.

Pero al excederse en los plazos legales o prudenciales (fijados estos por el juez, según el caso, cuando no exista regulación al respecto), evidentemente que entramos en una situación de violación de los derechos del ciudadano, lo que determina la pérdida de todo privilegio de la administración pública.

Eso es lo que contundentemente ha asentado como principio el artículo 26 constitucional al garantizar la tutela efectiva de los derechos del ciudadano y a que esa tutela sea expedita y si dilaciones indebidas.

Cuando la administración pública incumple plazos legales o lapsos razonablemente concebidos para cumplir con una sentencia, está obligando al administrado a soportar una

carga adicional y además irracional, ilógica, que desnaturaliza el sentido primario de la justicia consistente en dar a cada quien cuanto le corresponde. Pero aún tratándose de algo claro, surge en la práctica, sin embargo, cómo afrontar esa situación que a veces se torna dramática para el ciudadano que reclama justicia, puesto que los jueces suelen justificarse diciendo que no hay mecanismos para lograr la ejecución forzosa de la administración.

Del ensamblaje de los artículos 21 numeral 2º, 253, 257 y 259 constitucionales surge la herramienta, la cual se soporta en los principios ya enunciados de los artículos 19 y 26 *iusdem*.

El administrado tiene un proceso en el cual actúa y permite a la administración pública defenderse. Los privilegios concedidos a esta última implican una desigualdad legítima, teniendo en cuenta que ella representa el interés público, pero ello no significa desigualdad en cuanto al hecho fundamental que es vencer o perder en el proceso. No, aquí, la igualdad es plena y como tal el Estado debe garantizar a través de la ley que la misma sea efectiva, que tenga efectos, que produzca su cometido final.

Para que se produzca ese cometido final, cuando la administración pública se hace contumaz, la misma Constitución determina que el proceso cumpla su fin y por tanto faculta al sistema judicial para ejecutar y hacer ejecutar sus sentencias, obteniendo así el restablecimiento de la situación jurídica infringida. La administración pública contumaz pierde todo privilegio, pues la Constitución de 1999, al calificar el derecho a obtener efectiva justicia como un derecho humano, coloca por encima de todo el interés del ciudadano

Las leyes a dictarse en tal sentido deben ser precisas en la fijación de plazos y mecanismos para que la administración cumpla y en qué forma el juez puede llevar a cabo en forma expedita la ejecución forzosa cuando no se da aquella ejecución voluntaria, en modo tal que satisfaga al particular y no lesione el interés público. Dentro de este objetivo no debe el legislador incluir trabas inútiles ni formalidades no esenciales, sino lograr que el juez constate con un esfuerzo expedito, normal y racional que la sentencia puede cumplirse en toda su dimensión y que la satisfacción del interés del particular no lesiona al interés público.

Sin dudas, estamos ante una herramienta de progreso.

4. *El ciudadano y el manejo amistoso de la culminación de su relación funcional*

Tres normas constitucionales se integran en el objetivo de ofrecer soluciones justas en uno de los aspectos más álgidos de las relaciones de trabajo, cual es el de poner fin amistosamente a aquellas que se dan entre el ciudadano y la administración pública.

Aquí hay una sobrecarga de formalidades, cuando no prejuicios o temores, los cuales determinan que al culminar la relación funcional o dilucidándose cualquier cosa relativa ella, la administración pública, aún sintiéndose interesada en la solución amistosa (por razones sensatas de índole económica, tiempo, etc.) se abstiene de proponerla o de culminarla y opta por esperar la sentencia, la cual, cuando le resulta contraria, se convierte en un cuantioso gravamen para el fisco de que se trate (nacional, estatal, municipal, etc.). Ni qué decir respecto del ciudadano, quien debe sufrir innecesariamente el costo de un proceso y de la obtención de lo que se le ha concedido. La consigna para la administración es la de esperar sentencia, porque ésta lo obliga y la releva de tomar decisiones que casi siempre pueden ser criticadas o rechazadas

Las normas constitucionales en referencia son los artículos 26, 89 numeral 2º, 258 único aparte. El principio fundamental que hallamos ahora es el de que el funcionario público puede negociar con la administración pública la forma de ponerle fin a la parte económica

que surge de la culminación de la relación de trabajo, lo que implica que ello no pueda hacerse bajo ninguna forma contractual o legal antes de iniciarse la relación de trabajo ni durante su normal desarrollo. Repetimos, sólo al final de la misma. Esto, evidentemente, tiene un fin superior de proteger al funcionario, ya que su necesidad de acceder a la plaza de trabajo o de mantenerse en ella, no puede convertirse en un mecanismo para obligarlo a realizar acuerdos desventajosos o injustos.

Queda claro, entonces, que tanto la administración pública y el funcionario pueden transigir o conciliar; es más pueden incluso convenir (artículo 89 numeral 2º), lo que supone que el sacrificio es total de una de las partes.

La legislación que desarrolle estos principios debe privilegiar lo relativo al establecimiento de cómo transige o conviene la administración pública, a objeto de evitar el temor de los funcionarios por sus responsabilidades personales, así como ser muy previsiva y amplia en lo concerniente a la facultad para hacerlo cuando se trate de cuerpos colegiados, eliminando las trabas que existen actualmente. Consideramos que en el caso de los litigios judiciales, debe traerse a juicio a aquel funcionario específico que puede asumir la responsabilidad de transigir o convenir, de modo que no resulte tan engorroso el trámite para formar esa voluntad. Sería una gran solución.

En cuanto al funcionario se refiere, la ley debe precisar que no se puede transigir sobre el monto pecuniario de los derechos de los trabajadores que son irrenunciables, pero si debe quedar claro que se puede negociar lo que sensatamente resulte improcedente (por ejemplo, reclamo de un monto de antigüedad, existiendo un abono a favor del funcionario), prestaciones facultativas, o bien, pueden negociarse las modalidades de pago de cualquier derecho y tantas cosas más que no lesionarían la intangibilidad de los derechos de los funcionarios.

Los principios del artículo 89 son aplicables a los funcionarios públicos, primero, porque no hay razón para hacer alguna discriminación (la que, por lo demás, es rechazada por el mismo texto constitucional), sobretodo si tenemos en cuenta que las fórmulas amistosas constituyen un alcance de los nuevos tiempos, prevista en el artículo 258 *eiusdem*.

Peró, adicionalmente, considerando que las fórmulas alternativas de solución de conflictos están teñidas de principios justicieros, su viabilidad resulta reforzada por el imperativo constitucional (de enorme valor ético y con gran sentido práctico) dirigido a todo los justiciables, previsto en el artículo 26 de la Carta Magna, el cual garantiza una justicia expedita, idónea, equitativa y sin dilaciones indebidas. No otra cosa es ese objetivo de hallar soluciones amistosas para poner fin a los conflictos funcionariales.

La Ley del Estatuto de la Función Pública es una buena muestra de esas inmensas perspectivas constitucionales de reivindicar a los ciudadanos en la reclamación de sus derechos, en la hipótesis específica de ser prestadores de servicios al Estado.

5. *El ciudadano y la igualdad con sus semejantes*

Uno de los pilares sobre los que se sostiene la Constitución de 1999 es el concepto de igualdad, es decir, la herramienta humana de la igualdad. Consideramos que se lo profundizó y desarrolló en forma armónica con los nuevos tiempos.

La Constitución de 1961 se refería a la igualdad en el preámbulo de la misma, señalándose que era uno de los objetivos de la República el de "... mantener la igualdad social y jurídica, sin discriminaciones derivadas de raza, sexo, credo o condición social..."

El artículo 61 de la misma Constitución establecía: “No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social.”

La Constitución de 1999 también se refiere a la igualdad en el preámbulo, indicándose que el pueblo de Venezuela debe asegurar “...la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna...”

Y luego en el texto se refiere a ella en el artículo 2, señalándose que nuestro país se constituye en un Estado democrático y Social de Derecho que propugna la igualdad como valor superior.

Finalmente, el artículo 21 hace nuevamente referencia a la igualdad, cuando se señala que todas las personas son iguales ante la ley y que por tanto: 1º) 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; y 2º) la ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva.

A simple vista, se observa entonces, que la Constitución de 1999 fue mucho amplia que la anterior en las previsiones sobre la igualdad. Veamos hasta donde podemos llegar.

Lo primero que apreciamos es que ahora la igualdad trasciende la simple idea de “no discriminación”, concepto este al cual se reducía el texto de 1961, no solo por la contundencia que deriva del artículo 61, sino porque en el mismo preámbulo, si acaso se pensó en un criterio más amplio, debió señalarse que se mantendría la igualdad y que particularmente no se permitiría discriminación, recalcando que aquella es el género y ésta es su especie más relevante. Pero el legislador lo que hace es propugnar la igualdad, para luego ratificarla y especificarla usando la expresión “sin” discriminaciones, con lo cual funde toda la frase en este último sentido.

La Constitución de 1999, por el contrario, alude primeramente (en el preámbulo) a lo que quizás es una cuestión de principios, digamos también el pilar fundamental de la igualdad que es la “no discriminación”, lo que significa, entre tantos ejemplos posibles, que tanto el hombre como la mujer tienen derecho al trabajo, que todos pueden acceder a los centros educativos, que no se puede impedir el acceso a un destino público a una persona por sus creencias religiosas, etc.

Pero, además, filosófica y jurídicamente, la nueva Constitución, aparte de 1º) ratificar el elemento esencial de no discriminación; 2º) establece el reconocimiento de las diferencias legítimas entre los ciudadanos, como modo de apuntalar el criterio de igualdad y 3º) lo más importante, la verdadera conquista constitucional, que es la obligación de la ley de garantizar esa igualdad (lo que implica desarrollarla) y 4º) de hacerla valer judicialmente y obtener satisfacción oportuna.

La Ley de igualdad de oportunidades para la mujer, con sus sesenta y ocho artículos, se inscribe en el concepto de igualdad en el sentido de “no discriminación”, estableciéndose allí toda una serie de principios y una estructura organizativa estatal cuyo propósito es el de garantizar esa igualdad. Su función se agota en la afirmación contundente de eliminar cualquier diferencia entre hombre y mujer en cuanto a las oportunidades para todo, declarando formalmente que esa eliminación queda automáticamente hecha en cualquier ley que la contenga.

Pero más allá de la simple “no discriminación” y ahora más bien en el sentido de preparar el terreno para que el legislador describa lo que es igualdad en cada situación vital y así pueda hacérsela valer, existe también un concepto de igualdad basada en criterios científicos, legales y técnicos, a través de los cuales puedan aceptarse las diferencias legítimas (como los méritos, las condiciones personales, las características grupales, por ejemplo) y con esas mismas diferencias apuntalar la propia igualdad.

La igualdad no impone una prohibición absoluta de establecer diferencias de tratamientos por el legislador, sino una prohibición relativa: la de aquellas distinciones que sean discriminatorias. Lo que determina la desigualdad es la disparidad arbitraria e injustificada de criterios. Por consiguiente, la igualdad implica las mismas soluciones para los mismos supuestos. El cambio de criterio para tratar una situación, el cual es posible en la dinámica de la vida, no debe ser casuística o arbitraria, sino obedecer a razonamientos contundentes

Así, por ejemplo, en el plano judicial, el cambio de criterio jurisprudencial que se aplicó a muchas situaciones previas, tiene que estar basado en fundamentos claros y precisos, para no lesionar el derecho de todos los ciudadanos a la igualdad ante la administración de justicia.

Si las posibles diferencias ante una determinada situación son varias, la ley debe establecer el modo de valorarlas y crear prioridad entre ellas, para así hacer posible la igualdad en el caso específico y determinar la justeza de la decisión a adoptarse.

La igualdad adquiere entonces un valor simétrico respecto de las condiciones objetivas que la vida nos impone, puede alcanzar casi toda situación humana y en el plano jurídico es edificable tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. Donde la igualdad pueda ser concebida y defendida en forma plena, la ley debe establecerla y la sociedad tendrá más fácil acceso a un mejor destino. Y eso es un objetivo constitucional.

De acuerdo a los razonamientos anteriores el concepto clave en la nueva visión constitucional es el de evaluación. La evaluación de las circunstancias que determinan la igualdad o la justificación de las diferencias que sirven para apuntalarla, es un instrumento de rango constitucional.

Tal exigencia de constante evaluación es la que contempla el artículo 21 numeral 1° de la Constitución cuando, luego de señalar el principio básico de “no discriminación”, expresa que tampoco se permitirán (discriminaciones)...” 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.”, a cuyos efectos es imperativo que la ley garantice que esa “...igualdad ante la ley sea real y efectiva...” (artículo 21 numeral 2° CRBV). Quiere decir que, aún cuando la redacción del principio no es la mejor posible, una vez establecidos preceptos básicos de igualdad, la misma incluye derechos y libertades que no pueden ser desconocidas o dificultadas o impedidas en su goce o ejercicio por norma o situación fáctica alguna, lo que correlativamente nos lleva a la necesidad de evaluar los derechos (méritos, situaciones personales, antigüedad en una función, etc., entre otras) que se tienen, partiendo de aquellas básicas condiciones de igualdad. Esta expresión del artículo 21 numeral 1° es, en cambio, muy clara y precisa para demostrar lo que aquí exponemos.

En tal sentido, si una aplicación feliz de todo esto puede ubicarse en algún texto legal aprobado con base a la Constitución de 1999, ninguno mejor que el del artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual garantiza el ingreso a la función pública de carrera en “igualdad de condiciones”, pero con el añadido que una vez establecidas estas, operarán

las “aptitudes, actitudes y competencias” de los aspirantes, como mecanismo para definir la selección. La evaluación, en fin de cuentas.

La igualdad desarrollada en las múltiples hipótesis posibles, tiene vía judicial para defenderla y mecanismos para hacerla efectiva. En esto último entran en su auxilio parte de las herramientas expuestas anteriormente en este mismo trabajo. La igualdad conduce inexorablemente a los postulados filosóficos de la justicia y de la paz social.

Seguramente, la mejor evidencia hasta ahora de lo expuesto, lo constituye la Ley del Estatuto de la Función Pública, que hemos comentado anteriormente, la cual constituye un camino para superar la larga crisis de la administración pública.

IV. CONCLUSIONES

La Constitución de 1999 contiene una categórica reafirmación de derechos humanos, los cuales desarrolla o amplía adecuadamente o bien fija los criterios para hacerlo. Trátese de derechos preexistentes pero sin un desarrollo cabal o alterados o disminuidos en la práctica, lo cierto es que se ha ideado una estructura para llevarlos a su máxima expresión.

El legislador ordinario ha dictado leyes que cultivan esos postulados pero tiene aún un largo camino para llevar a cabo un estado ideal.

Creo que este trabajo ha conseguido el propósito de ilustrar una parte de lo que se ha diseñado en el texto constitucional, admitiendo que existen muchos otros aspectos que bien merecen una consideración adecuada. Por solo decir uno, sería interesante conocer hasta dónde puede identificarse y hacerse efectivo el derecho de los ciudadanos a ser informados por el diputado a la Asamblea nacional que lo representa, consagrado en el artículo 197 de la Constitución.

Hemos expuesto lo concerniente a cinco grandes herramientas, cuya importancia deviene del hecho mismo que, aún siendo trascendentes y estructurales en una democracia, no estuvieron aún sólidamente desarrolladas y hechas conciencia del Estado y del ciudadano.

Allí están. Con un tiempo de apenas 5 años que no es suficiente para madurarlas. La voluntad de nuestro pueblo es la medida de su consagración como forma de hallar la mejor convivencia social.

EL CURIOSO E INSÓLITO CASO DE LA LEY ORGÁNICA PARA
LA PLANIFICACIÓN Y GESTIÓN DE LA ORDENACIÓN
DEL TERRITORIO, SANCIONADA EN SEPTIEMBRE DE 2005
Y DEROGADA EN FEBRERO 2007,
SIN HABER ENTRADO EN VIGENCIA

Allan R. Brewer-Carías

Resumen: *La ordenación del territorio y la ordenación urbanística fueron objeto de regulación mediante la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983 y la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987. Dichas leyes pretendieron ser derogadas por la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio de 2005, la cual, sin embargo, después de sucesivas vacatio legis sancionadas por la Asamblea nacional, fue derogada antes de que entrara en vigencia y antes de que quedaran derogadas las dos primeras.*

En Venezuela, en la actualidad, el régimen de las limitaciones a la propiedad con motivo de la política de ordenación del territorio y de ordenación urbanística está establecido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983¹ y en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987². Ambas leyes pretendieron ser derogadas por la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio publicada el 1º de septiembre de 2005³, la cual, sin embargo, y curiosamente, fue una Ley que nunca llegó a entrar en vigencia.

En efecto, al sancionarse dicha Ley Orgánica, en septiembre de 2005, se dispuso una *vacatio legis*, indicando que entraría “en vigencia transcurrido que sean seis meses a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial*”, es decir, el 1º de marzo de 2006. En esa misma fecha se publicó, sin embargo, la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio,⁴ con la cual se modificó la fecha de su entrada en vigencia, disponiéndose otra *vacatio legis*, nuevamente de seis meses, con lo cual la Ley Orgánica debió haber entrado en vigencia el 1º de septiembre de 2006. Sin embargo, de

-
1. Publicada en *Gaceta Oficial* N° 3.238 de 11 de agosto de 1983. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción al régimen jurídico de la ordenación del territorio” en *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984.
 2. Publicada en *Gaceta Oficial* N° 33.868 del 16 de diciembre de 1987. Véanse los comentarios a dicha Ley en Allan R. Brewer-Carías, “Introducción general al régimen legal de la ordenación urbanística” en *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988.
 3. Publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.263 de fecha 1 de septiembre de 2005, fue luego reimpressa por error material (omisión de los artículos 60 y 61) en la *Gaceta Oficial* N° 38.264 del 2 de septiembre de 2005; y luego, de nuevo, en la *Gaceta Oficial* N° 38.279 del 23 de septiembre de 2005.
 4. Publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.388 de 1-3-2006

nuevo, en esa misma fecha se publicó otra Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio,⁵ a los efectos de modificar, de nuevo, la fecha de entrada en vigencia de la Ley Orgánica, disponiéndose otra nueva *vacatio legis*, esta vez con indicación precisa de que la Ley Orgánica entraría “en vigencia el 28 de febrero de 2007.”

Pero ello nunca ocurrió, pues la Ley Orgánica cuya entrada en vigencia fue tantas veces diferida, fue expresamente derogada por la “Ley Orgánica Derogatoria de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio”, publicada el 27 de febrero de 2007,⁶ en la cual simplemente se dispuso sin que nadie supiera cual había sido el motivo, salvo la presunción de su deficientísimo contenido legislativo, que:

Artículo 1. Se deroga la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio, sancionada el 15 de agosto de 2006 y publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.820 Extraordinario, de fecha 01 de septiembre de 2006.

Es decir, en septiembre de 2005, la Asamblea Nacional de Venezuela dictó una muy importante Ley Orgánica para que en definitiva nunca entrara en vigencia, lo que evidencia el deterioro de la calidad de la función legislativa en el país. Esa Ley Orgánica estaba destinada a derogar expresamente lo establecido en las dos leyes orgánicas que regulan la materia, de 1983 y de 1988, las cuales han tenido amplia aplicación, pero por disposición del mismo legislador, ello nunca ocurrió. Se trató de una forma curiosa de legislar para no legislar, o de legislar para que la ley sancionada nunca entrara en vigencia.

La Ley que nunca fue tal, pretendía por otra parte refundir los textos de las dos Leyes Orgánicas precedentes, con algunos cambios significativos. Los objetivos de esa Ley Orgánica que nunca estuvo vigente, en todo caso, eran establecer las disposiciones que debían regir el proceso general para la planificación y gestión de la ordenación del territorio, en concordancia con las realidades ecológicas y los principios, criterios, objetivos estratégicos del desarrollo sustentable, que incluyan la participación ciudadana y sirvan de base para la planificación del desarrollo endógeno, económico y social de la Nación (art. 1). Ello, sin embargo, sigue estando regulado en las mencionadas Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983 y Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987.

A pesar de que esta Ley Orgánica nunca entró en vigencia, estuvo publicada en *Gaceta Oficial* durante casi dos años, por lo que consideramos de interés comentar algunos aspectos de lo que se pretendía con la misma específicamente en cuanto a las limitaciones a la propiedad privada.

I. EL FALLIDO RÉGIMEN DE LAS LIMITACIONES AL USO DE LA PROPIEDAD TERRITORIAL COMO CONSECUENCIA DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. Régimen general de la vinculación de la propiedad a los planes de ordenación y las “constancias de uso conforme” como mecanismo de control

El artículo 122 de la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia estableció expresamente que:

5. Publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.513 de 1-9-2006, N° 5.820 Extraordinario de esa misma fecha.

6. Publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.633 de 27-02-2007.

“los planes de ordenación urbanística, los planes municipales de ordenación del territorio y planes especiales afectan el contenido del derecho de propiedad, quedando éste derecho vinculado al destino fijado por dichos planes, conforme al ordenamiento constitucional, las disposiciones contempladas en la ley y demás normas aplicables a la materia”.

En este aspecto, la Ley Orgánica no variaba mayormente lo previsto en las Leyes Orgánicas que pretendía derogar. En cambio, donde realmente si buscaba establecer un cambio radical era en materia de control administrativo del uso de la propiedad inmueble, al pretender sustituir el régimen general de las aprobaciones y autorizaciones que establecía la Ley Orgánica para la Ordenación del territorio de 1983, disponiendo en cambio sólo que las actividades que tuvieran incidencia espacial e impliquen acciones de ocupación del territorio debían estar ajustadas a los planes de ordenación del territorio (art. 27). El régimen de las autorizaciones quedaba sólo en materia urbanística (art. 136)

En consecuencia, para asegurar que la sujeción de actividades se ajustase a los planes, lo que la Ley Orgánica 2007 pretendió establecer como mecanismo de control de la ejecución de los planes, era la necesidad de que tanto los entes públicos como los particulares, antes de realizar dichas actividades, obtuvieran de la autoridad competente para el control de los planes, una “constancia de uso conforme”, las cuales de acuerdo con el artículo 27 de la Ley Orgánica, debían ser otorgadas o negadas por las autoridades encargadas del control de la ejecución de los planes dentro de sus respectivas competencias.

En el ámbito urbanístico municipal, lo que se pretendía regular aún cuando en forma imperfecta, eran las constancias de ajuste a las variables urbanas fundamentales (art. 145) que antes se han comentado.

Por otra parte, se debe destacar que conforme al artículo 116 de la Ley Orgánica que no entró en vigencia, la constancia de uso conforme con los planes debían “ser solicitadas aun cuando no se hayan aprobados los correspondientes planes de ordenación del territorio”. Por tanto, aún ante la inexistencia de planes, todas las actividades que tuvieran incidencia espacial e implicasen ocupación del territorio debían tener la constancia de uso conforme otorgada por la autoridad de control correspondiente. En estos casos, la constancia se hubiera debido otorgar tomando en cuenta los siguientes criterios:

1. Las directrices de ordenación del territorio establecidas en los Planes existentes que sean aplicables.
2. La posibilidad de atender con servicios públicos la demanda a generarse por la actividad propuesta.
3. El impacto ambiental de la actividad propuesta.
4. La vocación natural de las zonas y, en especial, la capacidad y condiciones específicas del suelo.
5. Las regulaciones ya existentes para el uso de la tierra.
6. Las limitaciones geográficas, especialmente las que vienen impuestas por la anegabilidad de los terrenos y por las condiciones propias de las planicies inundables, y la fragilidad ecológica por su vulnerabilidad y riesgo ante la ocurrencia de fenómenos naturales y tecnológicos.
7. Los usos existentes en el área, siempre que no sean contrarios a lo establecido en las normas ambientales urbanas y de calidad ambiental.
8. Los demás factores que se consideren relevantes a los mencionados usos.

La constancia de uso conforme, en todo caso, no era una autorización administrativa; era sólo un acto administrativo emanado de la autoridad competente declarativo de certeza en relación a la conformidad de un uso propuesto al plan. Por ello es que el artículo 29 de la Ley Orgánica consideraba como “nula y sin ningún efecto la constancia de uso conforme otorgada en contravención a los planes de ordenación del territorio y aquéllas otorgadas por autoridades no competentes según esta Ley”.

En efecto, como lo indicaba expresamente el artículo 28 de la Ley Orgánica, la constancia de uso conforme, sólo:

“constituye un acto declarativo de las autoridades encargadas del control de la ejecución de los planes, y no dan derecho para la ocupación del territorio mediante la ejecución de las obras, programas, proyectos o la afectación de recursos naturales.”

Las actividades respectivas, en todo caso, debían ajustarse a las directrices y lineamientos establecidos en el plan nacional vigente.

Conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica, la decisión correspondiente al otorgamiento o no de las constancias, debía adoptarse en un lapso de sesenta (60) días continuos, contados a partir de la recepción de la solicitud respectiva; agregando el artículo 30 de la Ley Orgánica que “vencido dicho lapso sin que hubiere habido respuesta se considerará otorgada, a cuyo efecto, las autoridades respectivas están obligadas a otorgar la respectiva certificación”.

Es decir, la Ley Orgánica pretendía regular expresamente el llamado silencio administrativo positivo, de manera que la falta oportuna de respuesta, implicaba automáticamente el otorgamiento de la constancia, es decir, la declaración de las autoridades encargadas del control de la ejecución de los planes, de que la actividad o uso del suelo propuesta se ajustaba al plan.

Debe señalarse, por último, que conforme al artículo 173 de la Ley Orgánica, las constancias de uso conforme o cualquier otro tipo de acto administrativo contrario a las disposiciones de la Ley y a los planes de ordenación del territorio, se consideraban nulos, no pudiendo generar derechos a favor de sus destinatarios; y los funcionarios públicos que los otorgasen incurrirían en responsabilidades disciplinarias, administrativas, penales o civiles según el caso.

II. EL FALLIDO RÉGIMEN DE LAS LIMITACIONES AL USO DE LA PROPIEDAD URBANA COMO CONSECUENCIA DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA

1. *Las limitaciones a la propiedad privada y la vinculatoriedad de los planes*

En materia de limitaciones a la propiedad territorial por razones de ordenación urbanística, la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio de 2005, que nunca entró en vigencia, siguió la misma orientación del artículo 66 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983, y del artículo 52 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987, leyes que buscaba derogar; y a tal efecto, en su artículo 121 estableció que “la propiedad urbana tiene una función social”, haciendo referencia al artículo 115 de la Constitución de 1999, que por lo demás, sólo sujeta la propiedad a las restricciones establecidas en las leyes.

Siguiendo la misma orientación del artículo 66 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983, y del artículo 53 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987, el artículo 118 de la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, también disponía que los Planes de Ordenación Urbanísticos “delimitan el contenido del derecho de propiedad,

quedando este derecho *vinculado* al destino fijado por los planes, conforme al ordenamiento constitucional y legal”; norma que se repetía en el artículo 122 de la misma Ley Orgánica.

Por supuesto, la consecuencia de ello es que las actuaciones que se realizasen en suelo urbano con fines urbanísticos, debían requerir la previa adopción de un plan. Tal como lo precisó el artículo 101 de la Ley Orgánica: “las actuaciones en el suelo con fines urbanísticos requieren la previa aprobación de los respectivos planes de ordenación del territorio urbanísticos, para la asignación de uso y de su régimen correspondiente, así como de la fijación de volúmenes, densidades y demás procedimientos técnicos”.

Por tanto, necesariamente, para que hubieran podido realizarse actividades privadas en áreas urbanas, tenía que haber habido un plan de desarrollo urbano conforme a lo que se estableciera en la Ordenanza que definiera el uso y el régimen correspondiente a ese uso, así como la fijación de volúmenes, densidades y demás procedimientos técnicos. Por tanto, de acuerdo a esta norma, la propiedad y su uso quedaban vinculadas al plan, por lo que sin plan no había posibilidad de uso, y no se hubiera podido autorizar su desarrollo.

Por otra parte, el artículo 123 de la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, también establecía sobre el carácter de las limitaciones legales a la propiedad por razones de urbanismo que:

Las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en leyes, reglamentos, planes y ordenanzas urbanísticas se consideran limitaciones legales del derecho de propiedad, y en consecuencia no confieren, por sí solas, derecho a indemnización. Ésta sólo podrá ser acordada en los casos de limitaciones que comporten vinculaciones singulares y que establezca la ley. En estos casos, a los efectos de determinar la indemnización se seguirán los criterios establecidos en la presente Ley y demás leyes que rigen la materia.

2. *El régimen de la ejecución del desarrollo urbanística, el ajuste las variables urbanas fundamentales y las autorizaciones municipales*

En materia de ejecución del urbanismo, la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, disponía que toda actividad que implicase ocupación del territorio a ser desarrolladas en áreas urbanas, a ser ejecutadas por organismos públicos y privados o por particulares, debía estar acorde con las Ordenanzas Municipales, en particular las que estableciera el plan de desarrollo urbano local y debía además; estar ajustadas a las Variables Urbanas Fundamentales previstas en Ley Orgánica, así como a los demás instrumentos jurídicos que regulasen la materia urbanística, “siendo el ente competente para su autorización el municipio”(art. 136).

Las Variables Urbanas, se definían en la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia como los factores condicionantes del desarrollo urbanístico, los cuales debían tener relación con el espacio, la topografía, condiciones geológicas, densidad de la población, la dotación de los servicios básicos y las restricciones volumétricas (art. 4), enumerándose en los artículos 147 y 148, con el mismo contenido que el establecido en la Ley Orgánica de 1987 para urbanizaciones y edificaciones. Solo en materia de variables ambientales la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia las explicitaba más detalladamente (arts. 153 y 154).

Como se ha dicho Ley Orgánica 1987, eliminó los antiguos permisos de construcción, y los sustituyó por el otorgamiento de las constancias de ajuste a las variables urbanas fundamentales, que constituyen actos administrativos consistentes en dejar constancia de que el proyecto presentado de uso del suelo urbano se ajusta a las variables urbanas fundamentales, y habilitan la construcción tanto de urbanizaciones como de edificaciones. En

el primer caso, constituyen la condición para el inicio de las obras de urbanización; en el segundo caso, constituyen la condición para la continuación de las obras de edificación.

El contenido de estas constancias, como se ha dicho, es el mismo de un acto administrativo autorizatorio, en el sentido de que sin ellas no se puede iniciar las obras de urbanización; y sin ellas no se puede continuar con la mínima seguridad jurídica, las obras de edificación.

En contraste, la Ley Orgánica que nunca entró en vigor, no buscó regular específicamente la necesidad de la obtención de las constancias de ajuste a las variables urbanas fundamentales, pero por la mención que de ellas se hacía en el artículo 145, y por la regulación general de las “constancias de uso conforme” respecto de todos los planes de ordenación del territorio (que comprende a los de ordenación urbanística), podría interpretarse que los interesados en desarrollar urbanísticamente un inmueble para urbanización o edificación, debían haber podido solicitar de la autoridad municipal (en forma potestativa, no obligatoria como se regula en la Ley de 1987), que se le expidiera una constancia de uso conforme, lo que hubiera equivalido en materia urbanística, a la constancia de variables urbanas fundamentales.

Pero dicha constancia, conforme a la orientación de la Ley nunca vigente (art. 28), no tenía sino un valor declarativo, pues se disponía que no otorgaban derecho para la ocupación del territorio mediante la ejecución de obras. En consecuencia, los interesados, para urbanizar o para edificar, lo que hubieran tenido que haber solicitado habría sido una autorización de la autoridad municipal tal como se mencionaba en general en el artículo 136. Puede decirse, así, que hasta cierto punto la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, buscaba “revivir” los antiguos permisos municipales de construcción.

El artículo 145 de la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, sin embargo, autorizaba la realización en forma paralela del urbanismo y las edificaciones, “siempre y cuando en las constancias de ajuste de variables urbanas fundamentales, tanto de urbanizaciones como de edificaciones, se establezcan las etapas de ejecución con la respectiva previsión de equipamientos urbanos, dotación de servicios y vialidad correspondiente a cada una de las etapas,” siendo esta la única norma de la Ley Orgánica nunca vigente, en la cual se hacía referencia a *constancias* de ajuste de variables urbanas fundamentales.

Por otra parte, en los casos de ejecución paralela de desarrollos, la Ley Orgánica que nunca entró en vigencia, disponía que para efecto de la entrega al municipio de los equipamientos urbanos, dotación de servicios y la vialidad correspondiente a cada etapa, ésta debía efectuarse previa a la solicitud de “Certificación de Terminación de Obra de las Edificaciones”, siendo esta la única vez en la *que dicha Ley nunca vigente, se refería a esta figura de “certificación de terminación de obra de edificaciones.”*

3. *Las técnicas municipales de control que se proponían*

El artículo 149 de la Ley Orgánica nunca vigente, los organismos municipales competentes eran los llamados a inspeccionar, directamente o mediante contrato de servicios profesionales, la construcción de las urbanizaciones y edificaciones “a fin de verificar el cumplimiento de las variables urbanas fundamentales y de las normas técnicas *nacionales* en cuanto a urbanismo y edificación”. A tal efecto, se buscaba disponer que el propietario de la obra debía contribuir a costear la fiscalización por contrato de servicio mediante el pago de una tasa de inspección, que debía fijar la Alcaldía municipal a través de la Ordenanza correspondiente

Para realizar esta labor de inspección, se proyectaba que los Municipios establecieran las dependencias y procedimientos de inspección que correspondiera a sus necesidades, recursos y demás particulares circunstancias, debiendo el personal de inspección, estar integrado por profesionales competentes según la Ley de la materia, es decir, la Ley del Ejercicio de la Ingeniería y Profesiones Afines.

La Ley nunca vigente, por otra parte, a diferencia de la Ley Orgánica de 1987, buscaba atribuir también poderes de inspección de urbanizaciones y edificaciones a las autoridades *nacionales* competentes, por ejemplo, la sanitaria y la ambiental conforme las respectivas leyes especiales (art. 150).

En esta materia de inspección, por otra parte, Ley Orgánica nunca vigente, pretendió eliminar disposiciones de importancia que establece la Ley Orgánica de 1987, entre ellas, la que exige que de toda inspección debe elaborarse un acta en el mismo sitio de la obra, que debe entregarse en copia al profesional residente o al propietario, quien debe firmar el original como constancia de haberla recibido (art. 97). La norma agrega que en caso de que en el acta se constatase la infracción de normas técnicas de arquitectura, ingeniería o urbanismo, la autoridad municipal, dentro de los 5 días siguientes al conocimiento de la infracción, debe participar por escrito al organismo competente según la materia a los fines de la aplicación de la sanción que fuere pertinente.

La Ley nunca vigente también pretendió eliminar la norma que establecía la iniciativa popular de control prevista en el artículo 104 de la Ley Orgánica de 1987, al establecer que “toda persona, Asociación de Vecinos u organizaciones gremiales, sociales, culturales, deportivas u otras que funcionen en la comunidad”, podrá requerir de los órganos administrativos de control urbanístico, nacionales o municipales, la adopción de las medidas pertinentes para el cumplimiento de los planes urbanos y de las normas que los complementan.

El caso de la sanción de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio, sancionada en septiembre de 2005 y derogada en febrero de 2007 y que nunca entró en vigencia, es una muestra palpable y lamentable del deterioro de la función legislativa que ejerce la Asamblea Nacional en Venezuela. Entre las causas, sin duda está, desde el inicio, la eliminación del bicameralismo en la Constitución de 1999 y del control y balance que en la formación de las leyes ejercían las dos Cámaras Legislativas (Senado y Diputados) que antes funcionaban en el país. Además está la destrucción progresiva que se fue realizando en los últimos años en el seno de la Asamblea Nacional de los instrumentos de asesoría en materia de formación de las leyes, y la ausencia más absoluta de participación de los sectores interesados en la redacción de las mismas

Este caso, por lo demás, lo evidencia, el hecho mismo de la *vacatio legis* prevista inicialmente, que no era otra cosa que una manifestación de inseguridad que los legisladores tenían sobre las bondades de la reforma que habían sancionado, y las tantas observaciones que se le formularon a la Ley después de publicada.

No extraña, por tanto, que sea esta incompetencia del Legislador la que lo haya llevado con tanta rapidez y facilidad a delegar en enero de 2007, mediante Ley Habilitante, en el Ejecutivo, la legislación básica del país, pensando que quizás en la Administración Pública habría mayor capacidad técnica para la elaboración de leyes, renunciando así a la razón justificadora de su propia existencia. Quizás sea este el anticipo de su propia futura disolución en una Asamblea del Poder Popular y con ella, de la extinción del principio de la separación de poderes.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Doctrina Administrativa

*Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Primer Trimestre Año 2007**

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

SUMARIO

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Conceptos claves de la libre competencia.* 2. *El mercado relevante.* A. Concepto de mercado relevante. B. Definición de mercado producto. C. Definición de mercado geográfico.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Prácticas exclusionarias.* 2. *El abuso de la posición de dominio.* 3. *Contratos verticales.* 4. *Competencia desleal.* A. Principios generales de la competencia desleal. B. La simulación de productos. C. Competencia desleal y publicidad.

* 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.gob.ve.

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

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Conceptos claves de la libre competencia*

Caso: Decaro Motors De Este, C.A. v. Comercializadora Todeschini, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0004-2007 06-02-07

Los diferentes tipos de actos anticompetitivos

Del cruce de los diferentes criterios surgen las principales prácticas anticompetitivas que son sancionadas por las leyes de defensa de la competencia, las cuales pueden tener carácter horizontal o vertical, en forma unilateral o conjunta y con un fin explotativo o exclusorio. Las prácticas horizontales son aquellas que se realizan entre competidores en un mercado. Por su parte, las prácticas verticales son aquellas que se realizan entre proveedores y clientes por ejemplo a través de la discriminación. En cuanto a las conductas explotadoras son las prácticas, acciones o conductas que buscan extraer rentas por medio de conductas restrictivas explotadoras o abusivas de la posición de dominio ostentada. Por su parte, las conductas exclusionarias son conductas discriminatorias, constituidas generalmente como barreras de entradas ilegítimas, así como barreras a la permanencia.

Caso: Natural Forces Nutriproducts, S.A (NFN) v. Comercializadora

Todeschini, C.A. v. Rapha Health Network Internacional, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0010-2007 08-03-07

El Derecho marcario y las funciones de la libre competencia

Es por ello, que el conocimiento de cualquier acto presuntamente contrario al derecho relacionado con el registro y uso de esta marca, escapa del ámbito de competencia de esta Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, siendo el ámbito natural el propio Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual y la jurisdicción ordinaria civil.

2. *El mercado relevante*

A. *Concepto de mercado relevante*

Caso: Flores de Valeriano AURAFLORE v. CEVENPI 2000, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0003-2007 25-01-07

Definición del mercado relevante

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

B. *Definición de mercado producto*

Caso: Flores de Valeriano AURAFLORE v. CEVENPI 2000, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0003-2007 25-01-07

Concepto de mercado producto

La determinación del mercado de producto busca establecer cuál es el conjunto mínimo de productos o servicios, cuya oferta debería ser controlada por una firma hipotética, para poder lograr un aumento de precios rentable y sostenible en el tiempo. Si ante un incremento de precios u otra variable de competencia, debido a la existencia de suficientes alternativas atractivas en los términos de venta prevalecientes, se genera una reducción en las ventas, suficiente para que un monopolista hipotético no encuentre favorable realizar dicho aumento, esta Superintendencia agregará a dicho grupo de productos aquel que resulte ser el mejor sustituto cercano del producto ofertado por el monopolista hipotético.

C. *Definición de mercado geográfico*

Caso: Flores de Valeriano AURAFLORES v. CEVENPI 2000, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0003-2007 25-01-07

Definición del mercado geográfico

La definición de mercado geográfico es la segunda dimensión necesaria para delimitar el mercado relevante. En particular, la determinación del mercado geográfico busca establecer el ámbito espacial dentro del cual operan los agentes económicos competidores en el mercado producto y donde se presume la existencia de las prácticas restrictivas de la libre competencia dentro del presente procedimiento administrativo.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Prácticas exclusionarias*

Caso: Decaro Motors De Este, C.A. v. Comercializadora Todeschini, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0004-2007 06-02-07

La posición de dominio y la situación de dependencia económica

La prohibición de realización de prácticas exclusionarias a la luz de lo establecido en la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia, requiere la verificación de una serie de condiciones que deben producirse en forma concurrente para poder invocar la aplicación de la Ley, ya que la restricción a la competencia que ocasiona este tipo de práctica origina, principalmente, tres consecuencias: (1) el daño al agente excluido, (2) la reducción de la competencia efectiva en el mercado que se deriva de dicha exclusión, y (3) el daño ocasionado al consumidor, quien ve reducida la gama de opciones con las que contaba anteriormente

2. *El abuso de la posición de dominio*

Caso: Decaro Motors De Este, C.A. v. Comercializadora Todeschini, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0004-2007 06-02-07

La posición de dominio y la situación de dependencia económica

En este sentido, esta Superintendencia considera pertinente evaluar adicional a la relación horizontal entre la empresa dominante y sus competidores (posición de dominio absoluta), la situación de dependencia económica en la que se pueden encontrar las empresas, cuando no disponen de alternativas equivalentes para su actividad (posición de dominio relativa). Ya que cualquier exceso en la aplicación de la situación de dependencia económica podría llevar a una desviación de estrategias comerciales lícitas y por lo tanto una restricción a la libre competencia.

3. *Contratos verticales*

Caso: Decaro Motors De Este, C.A. v. Comercializadora Todeschini, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0004-2007 06-02-07

Condiciones de procedencia de la prohibición de contratos verticales

El primero de los requisitos -esto es que se trate de un especial negocio jurídico: el contrato, el cual debe tener como finalidad, el restringir el ámbito del alcance de esta prohibición. El segundo de los requisitos de tipicidad es que la misma tenga por objeto la fijación de precios u otras condiciones de contratación, pero esta fijación ha de estar dirigida a determinar los elementos de negociación con terceros ajenos a la práctica, es decir, que la fijación se dirija a estos terceros. El tercer y último requisito de tipicidad es lo atinente a los efectos anticompetitivos.

Caso: Decaro Motors De Este, C.A. v. Comercializadora Todeschini, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0004-2007 06-02-07

Condiciones de ilicitud de la fijación de precios de reventa

A este respecto, cabe señalar que imponer precios de reventa a ser cobrados a los consumidores limita la libertad del concesionario de poder establecer sus propios precios de venta al público, logrando de esta forma asignar las condiciones para que exista una real y verdadera competencia con los demás competidores. Es así como una práctica de fijación de precios restringe claramente la libre competencia ya que le impide al concesionario establecer sus propias políticas en cuanto a la imposición de los precios que este considere pertinentes para lograr óptimos y por qué no mejores resultados.

Sin embargo, es también cierto que el establecimiento de precios no debe ser considerado como una conducta ilegal y anticompetitiva siempre y cuando la forma de establecer los precios y otras condiciones no sean de carácter impositivo y que en consecuencia limiten la permanencia o actividad de terceros en el mercado.

4. *Competencia desleal*

A. *Principios generales de la competencia desleal*

Caso: Flores de Valeriano AURAFLORE v. CEVENPI 2000, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0003-2007 25-01-07

La ratio de la prohibición de la competencia desleal

De lo anterior se desprende, que la competencia desleal en un primer momento suscita, promueve la idea de la mala fe, infidelidad, falsedad o fraude de quien la realiza, y es que no se puede dejar a un lado, que sus orígenes durante los inicios de la formación del derecho de la competencia, la jurisprudencia no parecía abrigar ningún tipo de dudas acerca del término desleal. En consecuencia, el acto de competencia desleal tenía y continúa teniendo (aunque de modo atemperado), un elemento de dolo o de fraude que se encontraba en el ánimo del comerciante que hacía competencia a su rival en el mercado.(...)

Dicho lo anterior, corresponde en este punto señalar el qué se busca evitar cuando se incluye a la competencia desleal como una práctica anticompetitiva tipificada dentro de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Podemos comenzar por afirmar que la prohibición de la competencia desleal se dirige a proteger una vertiente esencial del funcionamiento de los mercados, esto es, la reputación comercial y la integridad tanto de los derechos de las empresas como de los consumidores. Tal aseveración se hace evidente al observar que cuando se arremete con falsa información la reputación de una empresa, o las cualidades de un producto, lo que se está atacando es la condición subjetiva que lleva a cada comprador a relacionar un color, un nombre comercial, un empresario en particular, o una determinada firma, con la calidad del producto que ese empresario vende.

Caso: Flores de Valeriano AURAFLORE v. CEVENPI 2000, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0003-2007 25-01-07

El daño al mercado como condición de procedencia de la prohibición de la competencia desleal

Por último, y siguiendo con este mismo orden de ideas, es importante reiterar que la noción de que un daño se produzca o que el acto desleal sea susceptible de producirlo, va acorde con lo establecido en el mencionado artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

B. *La simulación de productos*

Caso: Flores de Valeriano AURAFLORE v. CEVENPI 2000, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0003-2007 25-01-07

La simulación de productos dentro de los actos de competencia desleal

En primer término, hemos de señalar que la simulación de un producto, resulta ser, lo que en la doctrina se conoce como un acto de confusión, entendiéndose a estos, cualesquiera que sean sus variantes, como el medio a través del cual se pretende que el público asocie la empresa del imitador con otra u otras que gozan de un prestigio o de una notoriedad de la que el competidor desleal carece por sí, y que quiere apropiarse sin ningún derecho.

En segundo término, cabe expresar que la confusión como actividad típicamente desleal es prohibida por considerarse fuente de ineficiencias, ya que perturba el funcionamiento competitivo del mercado.

Caso: Flores de Valeriano AURAFLORE v. CEVENPI 2000, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0003-2007 25-01-07

El daño al mercado y la simulación de productos

Recordando lo que se estableció anteriormente sobre la competencia desleal, vale señalar que el artículo requiere, que además del carácter desleal de la conducta, ésta haya tenido o pueda tener por efecto el desplazamiento de uno o más competidores. En tal sentido, debe señalarse que en muchas ocasiones el mero carácter desleal lleva implícita la posibilidad de causar daño, pues en mayor o menor medida pone en peligro las ventas o reputación de un vendedor, por ejemplo, creando confusión entre los consumidores que dañe la imagen del producto simulado.

Caso: Flores de Valeriano AURAFLORE v. CEVENPI 2000, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0003-2007 25-01-07

Condiciones de ilicitud de la simulación de productos

En este sentido, para que la imitación de un producto o de algunas de sus características sea considerada contraria al ordinal 3° del artículo *ut supra*, tiene que ser esencialmente desleal. Es importante aclarar, que no toda imitación lleva implícito tal carácter, pues la competencia misma sería imposible de no existir la percepción en los consumidores de que el producto rival puede ser un sustitutivo efectivo. Así, cuando una empresa descubre un nuevo producto o servicio se convierte temporalmente en un monopolista, pero con el paso del tiempo verá como otras empresas entrarán a ese mercado procurando fabricar un producto similar al que ella descubrió.

En este sentido, “la simulación” del nuevo invento permite que otras empresas entren al mercado, que se cree más competencia y que los consumidores tengan más opciones, lo cual es claramente beneficioso para la sociedad. Distinta es la imitación o simulación que tiene una naturaleza desleal. Esta tiene lugar cuando una persona o empresa imita o simula los productos de otra, pero no para ofrecer nuevas alternativas a los consumidores, sino para hacerles creer que son un mismo producto o que existe una relación entre ellos. A menudo la simulación desleal es una conducta propia de empresas pequeñas o nuevas en el mercado, que simulan algún atributo que distingue a los productos de otra empresa que ya tiene una reputación entre los consumidores. Este tipo de simulación genera confusión y engaño a los clientes y compradores, debido a que los productos del imitador son relacionados con una reputación que no le corresponde, pues no son el resultado de un esfuerzo sostenido para dar a conocer el producto o de una estrategia para ofrecer productos de alta calidad, sino que provienen del aprovechamiento de los esfuerzos de otra empresa. La imitación o simulación desleal, por lo

tanto, tiene dos efectos simultáneos: confundir a los consumidores y perjudicar las ventas o reputación de la empresa cuyo producto es simulado.

C. *Competencia desleal y publicidad*

a. *Condiciones de ilicitud de la publicidad*

Caso: Natural Forces Nutiproducs, S.A (NFN) v. Comercializadora Todeschini, C.A. v. Rapha Health Network Internacional, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0010-2007 08-03-07

La función de la publicidad

En este contexto, el principal objetivo de la publicidad es, entre otros, el de persuadir a los destinatarios del mensaje, para que inclinen su escogencia hacia determinado producto. Ello supone, entonces, que el contenido de la publicidad sea veraz, comprobable y en general, que se ajuste a los usos y principios éticos ordinarios en el comercio. De lo contrario, dicha publicidad tendrá el carácter de actividad desleal si se demuestra, entre otros elementos, su capacidad o potencialidad de daño en el mercado, según el ordenamiento jurídico venezolano, específicamente en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

b. *La publicidad engañosa y falsa*

Caso: Natural Forces Nutiproducs, S.A (NFN) v. Comercializadora Todeschini, C.A. v. Rapha Health Network Internacional, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0010-2007 08-03-07

La publicidad engañosa

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

Caso: Natural Forces Nutiproducs, S.A (NFN) v. Comercializadora Todeschini, C.A. v. Rapha Health Network Internacional, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0010-2007 08-03-07

La publicidad falsa

Por otra parte, en relación a la publicidad falsa, está relacionada con la veracidad del anuncio, mensaje, etc. 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 por tanto 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.

c. *La publicidad comparativa*

Caso: Natural Forces Nutiproducs, S.A (NFN) v. Comercializadora Todeschini, C.A. v. Rapha Health Network Internacional, C.A.

Resolución: N° SPPLC/0010-2007 08-03-07

Condiciones de ilicitud de la publicidad comparativa

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 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. Así, 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 implicación u omisión) o confundan a los consumidores ni denigren a los competidores (...)

Se requiere entonces demostrar que la comparación, en sí misma, contiene una información falsa respecto a las cualidades del producto competidor. Por ello, es necesario que la información comparada cuya claridad, veracidad y transparencia se exige, sea aquella que informa sobre las cualidades del producto competidor comparado, no sobre las del producto anunciado, pues en el segundo caso se trataría de una posible violación de normas sobre publicidad no comparativas, vale decir, un supuesto de hecho regulado por una norma jurídica diferente a aquella cuya violación se denuncia.

Caso: Natural Forces Nutiproducs, S.A (NFN) v. Comercializadora Todeschini, C.A. v. Rapha Health Network Internacional, C.A.
Resolución: N° SPPLC/0010-2007 08-03-07

La publicidad comparativa y su relación con la publicidad falsa y engañosa

Adicionalmente, es importante destacar que a tenor de lo previsto en el ordinal 1° del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la publicidad falsa o engañosa que se lleve a cabo con fines anticompetitivos, se refiere a la publicidad que se realice de un producto o servicio en particular, sin necesidad de que sea comparado con otro para que se configure la práctica tipificada en este supuesto. Esta conducta prohibida por la Ley *ejusdem* en el dispositivo in comento (ordinal 1° del artículo 17), se evidencia en los casos en que se atribuyen condiciones a un producto o servicio comercializado por un agente económico con el objeto de publicitar características falsas o engañosas de los bienes o servicios producidos o en los supuestos en los cuales se publicitan condiciones falsas o engañosas de un producto o servicio de la competencia.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Trimestre de 2007

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogado

Secretaria de Redacción de la Revista

Marianella Villegas Salazar
Abogado Asistente

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*. A. Leyes orgánicas.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*. A. La garantía de acceso a la justicia: Protección de derechos e intereses colectivos o difusos. B. La garantía de igualdad ante la ley. 2. *Derechos Individuales*. A. Inviolabilidad de la libertad personal: Excepciones: Flagrancia. B. Derecho de acceder a las informaciones sobre la propia persona. 3. *Derechos Políticos*. *Derecho a la participación Política*. *Referendos: proceso de recolección de firmas*.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Competencias del Poder Nacional: Coordinación tributaria. B. El Poder Ejecutivo. La Administración Pública Nacional: Fuerza Armada Nacional. 2. *El Poder Judicial*. A. La administración de justicia: Notoriedad judicial. B. Gobierno y Administración del Poder Judicial: Órganos. C. Régimen de los Jueces: Inhibición. D. Jurisdicción y Competencia: Conflicto de Competencia. E. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Plena: Competencia para la resolución de los conflictos de competencia entre Tribunales de diferentes Jurisdicciones.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen de los Servicios Públicos*. A. Servicios de agua potable y de saneamiento. 2. *Propiedad y Expropiación*. A. Propiedad. a. Propiedad Industrial: Marcas comerciales. B. Expropiación. Perención: Improcedencia.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Impuestos Nacionales: Impuesto sobre la Renta*.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*. *Derechos de los administrados: Derecho a la información administrativa*. 2. *Actos Administrativos*. *Motivación*.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo. Derechos de los administrados: Derecho a la información administrativa.* 2. *Actos Administrativos. Motivación.*

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación. Legitimación activa.* 2. *El Contencioso Administrativo de Interpretación.* 3. *El Contencioso Administrativo Especial.* A. El Contencioso Administrativo Tributario. B. El Contencioso Administrativo Electoral. C. El Contencioso Administrativo Funcionario. Competencia: Cortes de lo Contencioso Administrativo.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Objeto de la Jurisdicción Constitucional.* 2. *Poderes de oficio de la Sala Constitucional: Sentencias reformativas de leyes.* 3. *Acción de inconstitucionalidad.* A. Legitimación activa. B. Objeto: Leyes derogadas. C. Sentencia: Aclaratorias. 4. *Acción de Amparo Constitucional.* A. Declinatoria de competencia. B. Abandono de trámite. C. Inadmisibilidad: Existencia de medios judiciales ordinarios

IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Régimen de los Funcionarios Públicos: Funcionarios Contratados.*

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*A. *Leyes orgánicas*

TSJ-SC (229)

14-2-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico de la “Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia.

Sólo cabe atribuir a la ley orgánica toda regulación general de la norma constitucional que reconoce un derecho o lo que afecta a cuestiones básicas y esenciales de dicha regulación, que contribuya a la mejor aplicación del precepto constitucional porque incida en aspectos propios de la eficacia del mismo; pero no así cualquier supuesto en que se incida de manera más o menos directa en la esfera de un derecho constitucional, ni siquiera todo lo que se pueda considerar regulación de su ejercicio

Ahora bien, la nueva concepción de leyes orgánicas constituye una de las novedades más significativas que la Constitución de 1999 introdujo en materia de fuentes del Derecho. Sin embargo, la incorporación de esta categoría legislativa en nuestro ordenamiento jurídico vino a plantear, una vez más, la necesidad de delimitar el ámbito de la ley orgánica y su articulación con la ley ordinaria, a partir de la interpretación del artículo 203 constitucional en torno al cual se desarrolla el régimen jurídico de las leyes orgánicas en Venezuela. Si tal delimitación supone partir de la premisa de que las leyes orgánicas, como tales, han de cumplir alguna función sustancial es menester aclarar, a juicio de esta Sala, ¿qué sentido tiene, de cara a la Constitución vigente, calificar una ley como orgánica?

Para dar respuesta a esta interrogante, la cual encierra especialmente dudas e incertidumbres sobre el concreto establecimiento del ámbito material de la leyes orgánicas

según los términos y condiciones previstas en el texto constitucional, se han ido precisando los rasgos de esta importante categoría de ley a través de numerosos pronunciamientos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el tema, sin que pueda sostenerse, en absoluto, que estén ya resueltos los diversos problemas sobre la ley orgánica y el sentido general de esta figura.

Pues bien, debe esta Sala nuevamente destacar la doctrina que la misma asentó en torno a la delimitación constitucional de las materias propias de la ley orgánica, con ocasión del control de constitucionalidad que ejerce respecto del carácter orgánico que la Asamblea Nacional atribuya a una determinada ley; subrayando que, en general, ha asumido en su jurisprudencia que con las leyes orgánicas se pretende fundamentalmente que las materias reguladas por éstas tengan mayor estabilidad que aquellas materias que son propias de las leyes ordinarias, dada la especial rigidez de aquellas normas respecto de éstas, cuya aprobación y ulterior modificación o derogación se somete a requisitos especiales -como el concurso más amplio de voluntades en la Asamblea Nacional- en cuanto regulan la materia de que se trate, aunque la ratio del número de leyes orgánicas -tanto por determinación constitucional como las que derivan de un criterio material- incluidas en el texto constitucional, encierran diversas motivaciones (p.ej. prolongar el espíritu de consenso en materias trascendentales o poner a cubierto el desarrollo de los derechos fundamentales). Ver: sentencia N° 34 del 26 de enero de 2004 (caso: *Vestalia Sampedro de Araujo y otros* (En *Revista de Derecho Público*, N° 97/98 enero-junio 2004, pp.107-110.)

Obsérvese que si hay una pauta clara que se desprende de la jurisprudencia constitucional en este asunto, ésta es sin duda la del aspecto material que en la definición de ley orgánica impera en la actualidad, teniendo en cuenta que -a la luz del artículo 203 de la Constitución de 1999- son materias exclusivas de esta categoría de ley, además (i) de las que en casos concretos así haya considerado el propio texto constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), las leyes orgánicas relativas (ii) a la organización de los poderes públicos, (iii) al desarrollo de derechos constitucionales, y (iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes.

En relación a ellas, aprecia la Sala que es perfectamente sostenible, siguiendo incluso la doctrina y jurisprudencia que ha dominado en España en relación con el principio de competencia, que además de existir materias reservadas a la ley orgánica, también la ley orgánica está reservada para regular tales ámbitos. Esto supone negar que mediante ley orgánica sea constitucional regular cualquier materia y, a su vez, que sea de orden jerárquico la relación entre aquélla y la ley ordinaria que del mismo modo tiene un ámbito material propio; máxime cuando, siguiendo a De Otto, esta Sala debe reiterar que la ley orgánica “*es, simplemente, una ley reforzada, dotada de mayor rigidez que la ordinaria en cuanto regule materias reservadas a la ley orgánica*” (De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 114). Así se justifica no solamente la imposibilidad de que las leyes ordinarias modifiquen lo establecido por las leyes orgánicas, sino también la paralela imposibilidad de que la ley orgánica regule materias no comprendidas en la relación taxativa prevista en el artículo 203 constitucional para la ley orgánica.

Ello conduce a sostener, igualmente, el alcance restrictivo que debe darse a la interpretación de las previsiones constitucionales que establecen reservas de ley orgánica, particularmente en relación con expresiones como “*organizar los poderes públicos*” y “*desarrollar los derechos constitucionales*”, teniendo en cuenta que, tal como se ha advertido del nuevo precepto constitucional que regula las leyes orgánicas (artículo 203) se desprende “la voluntad de la Constitución de crear una diversidad de tipos normativos sustentados en su objeto, el cual es definido a partir del correspondiente ámbito competencial material, debidamente acotado por la propia Constitución,....” (Peña Solís, José, *Los Tipos Normativos*

en la Constitución de 1999, Colección Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 66). En esta oportunidad, la Sala insiste en que los subtipos de ley orgánica introducidos por la Constitución de 1999, desde el punto de vista sustantivo, llevan implícito un contenido, que es aquel que el Constituyente estimó conveniente regular mediante una ley reforzada, dotada de mayor rigidez que la ordinaria en cuanto regule materias de especial repercusión que han sido reservadas a la ley orgánica, “*las cuales requieren de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos, así como de mayor estabilidad y permanencia en el tiempo*” (vid. sentencia de esta Sala N° 34 del 26 de enero de 2004). Así, aclara esta Sala que la noción constitucional de las leyes orgánicas impone expandir los puntos de vista hacia un enfoque material restrictivo, que da lugar a la prohibición de que la Asamblea Nacional pueda calificar de orgánica a las leyes que regulen materias distintas a las contempladas en los supuestos constitucionales antes identificados o bien aquéllas que tengan una finalidad distinta a la allí expresada, como podría ser la de servir de marco normativo de otras leyes.

Establecido lo anterior, se observa que hemos llegado a un punto crucial en nuestra reflexión, pues debe centrarse la atención en determinar si en el concreto supuesto de la legislación denominada por la Asamblea Nacional “*Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia*”, en razón de la materia objeto de dicho texto, esta Sala considera que es constitucional el carácter orgánico otorgado al mismo, vale decir, si queda dicha ley dentro o fuera de las previsiones del artículo 203 de la Constitución de 1999, determinantes de que deba o no reputarse ley orgánica, muy particularmente en cuanto al inciso de dicha norma alusivo a las leyes que se dicten “*para desarrollar los derechos constitucionales*”, tratando en suma de esclarecer si en esta expresión tiene cabida lo que afecte los derechos fundamentales a la integridad personal, a la vida y a la igualdad ante la ley, a favor de un grupo poblacional tradicionalmente vulnerable como lo es el de las mujeres.

La jurisprudencia constitucional en Venezuela carece de precisiones de orden concreto sobre el alcance que debe darse a diversos supuestos de reserva constitucional de ley orgánica, particularmente sobre las leyes relativas al desarrollo de los derechos constitucionales; de tal manera que conviene analizar con mayor detenimiento este subtipo de ley orgánica.

Observa la Sala que el problema central consiste en determinar qué conexión debe existir entre el derecho constitucional y la ley para que ésta deba tener carácter orgánico por constituir desarrollo del derecho constitucional. Resulta claro para esta Sala que no toda ley que tenga relación con un derecho constitucional debe tener carácter orgánico. Por tal razón, se estima que puede resultar inevitable aproximarse a esta cuestión con un cierto casuismo, teniendo en cuenta que la gran heterogeneidad de contenidos que se incluyen en el Título III, denominado “*De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías*”, de la Constitución de 1999, desde el punto de vista de la estructura del derecho de que se trate y del tipo de relación que la ley guarda con el mismo, ha de conducir a esta Sala a determinar que hay derechos constitucionales no susceptibles de desarrollo en el sentido del artículo 203 constitucional, y bien que hay derechos constitucionales cuyo desarrollo por ley orgánica no agotaría el correspondiente sector normativo, el cual debe ser complementado con disposiciones legales de carácter ordinario en todo lo que no sea estrictamente desarrollo del derecho constitucional.

A partir de la tesis interpretativa restrictiva del precepto constitucional que regula a las leyes orgánicas para desarrollar los derechos constitucionales, que permite la armonización conceptual de las variables “desarrollo” y “derechos constitucionales” y reducir al mínimo su contenido, ha de construirse, a juicio de esta Sala, el ámbito material reservado a este nuevo

subtipo de leyes orgánicas. Acerca del significado de tales expresiones, salvando las diferencias, pueden encontrarse abundantes precisiones de orden concreto en la doctrina y jurisprudencia constitucional españolas acerca del alcance que debe darse al supuesto de reserva constitucional de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales, en razón de que, como ha dicho la doctrina patria, el precepto constitucional que regula las leyes orgánicas en Venezuela, tiene su fuente en la Constitución española de 1978 (Peña Solís, José, *ob. cit.*, pp. 92-93). En este sentido, el mencionado autor destaca que, a partir de la teoría “minimalista” o del “complemento indispensable” manejada por la doctrina y la jurisprudencia española (vid., entre otros, Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 4ta. ed., Madrid, 2002, p. 242; y García De Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas, S.A., 5^{ta} ed., Madrid, 1989, pp. 155-159), y con las que guarda congruencia la posición seguida por el constituyente venezolano de 1999, las normas que reservan al Poder Legislativo Nacional el desarrollo de derechos constitucionales, específicamente mediante leyes orgánicas, aluden a que la regulación de un derecho sea efectuada de forma directa, frontal y global, excluyendo todo intento tendente a disciplinarlo de manera indirecta.

De modo que, observa la Sala, si cualquier regulación que de forma incluso parcial o indirecta afecta el régimen de los derechos y libertades se encuentra reservada a la ley orgánica, llevaría sin duda al absurdo de considerar que la inmensa mayoría de las leyes formales deberían ser leyes orgánicas, descartando toda posibilidad de que el legislador, mediante la aprobación de leyes a través de un procedimiento menos reforzado, pueda incidir, aun indirectamente, en el efectivo ejercicio de derechos constitucionales. En otras palabras, interpretado el término “desarrollo” en un sentido estricto, sólo cabe atribuir a la ley orgánica toda regulación general de la norma constitucional que reconoce un derecho o lo que afecta a cuestiones básicas y esenciales de dicha regulación, que contribuya a la mejor aplicación del precepto constitucional porque incida en aspectos propios de la eficacia del mismo; pero no así cualquier supuesto en que se incida de manera más o menos directa en la esfera de un derecho constitucional, ni siquiera todo lo que se pueda considerar regulación de su ejercicio. De esta forma, la Sala debe reiterar el criterio sentado en sentencia N° 1723 del 31 de julio de 2002, que declaró que el “*Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Venezolano para la Calidad*” no tiene el carácter orgánico que le atribuyó la Asamblea Nacional, luego ratificado en sentencia N° 2573 del 16 de octubre de 2002 (“*Ley Orgánica contra la Corrupción*”), de acuerdo con el cual no podrá extenderse el sentido del primer párrafo del artículo 203 de la Constitución de 1999 con el fin de dar cabida en él a normativas calificadas por la Asamblea Nacional como leyes orgánicas que “...b) rocen aspectos secundarios de algún derecho fundamental, ya sea por consagrar alguna modalidad en su ejercicio o por establecer ciertas condiciones o restricciones a su goce, sin que tal regulación constituya un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales de tales derechos fundamentales, o una restricción no autorizada por la propia Constitución de los mismos, pues, una hipersensibilidad respecto a este tema ‘convertiría al ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental’ (cf. Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 791)”.

Con criterios también restrictivos hay que comprender la expresión “*derechos constitucionales*”. Esta ha sido la posición que acertadamente ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español cuando, basándose en el deseo de evitar una innecesaria y perjudicial petrificación del ordenamiento jurídico, viene sosteniendo que sólo son susceptibles de ser desarrollados mediante ley orgánica aquellos derechos fundamentales consagrados en la Sección Primera, del Capítulo II, del Título I,

denominado “*De los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas*”, integrada por los artículos 15 al 29 de la Constitución española de 1978.

Seguir estrictamente este ejemplo en nuestro caso, conduciría básicamente a entender que la reserva de ley orgánica para el desarrollo de derechos constitucionales en Venezuela no se refiere al Título III de la Constitución de 1999, denominado “*De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías*”, en su totalidad, pues, de otro modo, podría resultar prácticamente imposible lograr una legislación ordinaria que regule el ejercicio de los derechos que allí se consagran, máxime cuando en dicho Título se comprenden los principios rectores de la política social y económica que pueden entrar en juego mediata o inmediatamente en cualquier normativa. Al respecto, cabe observar que orientada esta Sala esencialmente por la concepción material que preside a las leyes orgánicas tantas veces mencionada, estima importante precisar que, con la expresión “*derechos constitucionales*”, el artículo 203 de la Constitución de 1999 se refiere exactamente a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en el aludido Título III, exceptuando obviamente el Capítulo X, denominado “*De los Deberes*”, así como cualquier contenido que se encuentre en los artículos que van del 19 al 129, que aludan a simples reservas específicas de ley que no pueden estar sujetas a su vez a ley orgánica y que, por ende, deban ser regulados por las leyes ordinarias. Ello obligaría, en un grado más profundo de la cuestión aquí planteada, a que cuando se presente al examen de esta Sala Constitucional una ley designada orgánica por la Asamblea Nacional que no reúna los requisitos impuestos por el propio artículo 203 constitucional, o en cuyo contenido se adviertan preceptos reservados a la ley ordinaria, deba sancionarse tal infracción constitucional con el instrumento de la descalificación, sea de todo el texto legal o de los particulares preceptos apuntados, con la debida advertencia de que en el segundo supuesto planteado tales normas se tendrán por ordinarias y, en consecuencia, susceptibles de modificación o derogación por una mayoría simple de parlamentarios, tal como así se estableció expresamente en sentencia de esta Sala N° 1723 del 31 de julio de 2002.

No obstante, estima la Sala necesario esgrimir además el principio de favor *libertatis*, sin que ello represente contradecir la concepción restrictiva que informa las leyes orgánicas, de modo que en caso de incertidumbre u oscuridad sobre el rango de fundamentalidad de algún derecho constitucional incluido en el mencionado Título III o en otra disposición de la Constitución de 1999 que le sea similar (lo relativo a los refugiados y asilados que refiere la Disposición Transitoria Cuarta), se opte por la interpretación que ofrezca mayores garantías a los ciudadanos, esto es, por la ley orgánica, teniendo en cuenta que la exigencia de una mayoría reforzada para su aprobación fortalecería también su estatuto jurídico y su significación fundamentadora, evitando los vaivenes de las mayorías parlamentarias.

En ese orden de ideas, luego de analizar los fundamentos teóricos anotados, y sin que ello constituya pronunciamiento sobre la constitucionalidad del contenido de la normativa propuesta por la Asamblea Nacional, esta Sala se pronuncia a los efectos previstos en el artículo 203 constitucional, y al respecto considera que es constitucional el carácter orgánico otorgado a la legislación denominada “*Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia*”, pues ésta se adecua a las características jurídicas que tienen las leyes orgánicas, en cuanto a su forma y contenido, teniendo en cuenta que con la misma se pretende regular uno de los supuestos previstos en la citada norma constitucional que hacen posible convenir en su carácter orgánico.

En efecto, observa la Sala que la Ley Orgánica en cuestión desarrolla, de manera centralizada y convergente, la protección constitucional a la que se refiere el artículo 21.2 de la Constitución de 1999 a favor de las mujeres, por ser éstas, como ya indicó esta Sala, un grupo poblacional tradicionalmente vulnerable. Con independencia de las razones de

conveniencia observadas por la Asamblea Nacional para dictar la Ley cuya naturaleza orgánica se examina bajo la calificación otorgada y de las competencias que, al respecto, tiene dicho órgano legislativo, esta Sala, luego de apreciar la importancia del contenido del texto normativo, advierte que éste incluye una regulación sobre las condiciones básicas o esenciales que garantizan a las mujeres una igualdad ante la ley real y efectiva; no contiene, por consiguiente, un diseño completo y acabado de su régimen jurídico, así como tampoco de otros derechos constitucionales afectados. De modo que, con la referida Ley Orgánica se pretende disciplinar el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales de todo aquello que sea necesario para asegurar una igualdad ante la ley de las mujeres en el ejercicio efectivo de sus derechos exigibles ante los órganos jurisdiccionales y la Administración Pública.

Además, observa la Sala que la regulación sobre aspectos fundamentales, como los derechos constitucionales a la integridad personal (artículo 55), a la vida (artículo 43) y a la igualdad (artículo 21), entre otros, dirigidos a la protección de la población de mujeres, puede adquirir una vigencia transversal en los distintos ámbitos jurídicos de su vida ciudadana, a través de una ley orgánica que sirva de marco legal al ordenamiento ordinario, no por tener -se insiste- rango superior a la ley ordinaria en el sistema de fuentes del Derecho, sino por su preeminencia lógica e indispensable para la construcción del resto del ordenamiento jurídico, cuando se delimita a las disposiciones legislativas posteriores que desarrollan los principios que ella pauta. De esto se evidencia que la legislación ordinaria, siendo consecuente consigo misma cuando se incida en una concreta modalidad de ejercicio del derecho fundamental o sirva como fórmula de colaboración internormativa –siempre que no se trate de un reenvío en blanco que persiga defraudar la reserva constitucional a favor de las leyes orgánicas-, deberá atenerse al marco general trazado por la denominada “*Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia*” en la materia en ella discurreda, al reglar las instituciones cuyos principios han sido colocados en tal encuadramiento.

Con base en las anteriores consideraciones, este Máximo Tribunal se pronuncia, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el sentido de declarar la constitucionalidad del carácter orgánico de la “*Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia*”. Así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

...gistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa parcialmente del criterio sostenido en la motiva de la sentencia que antecede, pero concuerda en su dispositiva y, en consecuencia, rinde este voto concurrente con fundamento en los siguientes razonamientos:

La decisión que precede reiteró in extenso el fallo de esta Sala N° 34 de 26 de enero de 2004, veredicto respecto del cual quien suscribe como disidente salvó el voto en su oportunidad. Por tanto, se reitera dicho voto salvado en los siguientes términos:

“...gistrado Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa de la mayoría sentenciadora respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

(...)

Sobre la base de las argumentaciones que anteceden, el fallo del que se difiere decidió:

‘... que, conforme al artículo 203 de la Constitución vigente, no es necesario el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de la Asamblea Nacional para dar inicio a la discusión de proyectos de leyes orgánicas investidas de tal carácter por calificación constitucional que pretendan modificar leyes orgánicas vigentes...’ (Subrayado añadido).

En criterio del voto-salvante, exactamente los mismos argumentos con relación a la naturaleza, relevancia y mecanismos constitucionales de admisión que empleó la mayoría para llegar a la conclusión anterior, son la base teórica para que se concluya en la tesis exactamente contraria, de conformidad con el principio del paralelismo de las formas y con auxilio del argumento a fortiori: por una parte, es indudable que no hay nada que distinga, en su esencia, a las leyes orgánicas que la propia Constitución califica como tales y las que califica la Asamblea Nacional, razón por la cual no cabe diferencia alguna respecto de la manera de modificación de unas y otras; y, por la otra, si el constituyente no hizo la precisión respecto de las primeras fue porque al afirmarlo respecto de las segundas, con mayor razón debe entenderse que se aplica a aquéllas, que el propio constituyente quiso excluir de los debates y avatares políticos para su calificación de orgánicas, por su especial relevancia dentro de esta, ya de por sí relevante, categoría de leyes.

Entiende quien se aparta del criterio mayoritario que no es necesario el auxilio de la Filosofía del Derecho ni de complicados razonamientos para llegar a la conclusión anterior; por el contrario, la lógica más elemental indica, incluso al lego en Derecho, que no puede ser más fácil la modificación –total o parcial– de una ley orgánica que el propio pueblo soberano –a través del constituyente– calificó como tal, porque, ab initio, entiende que entra dentro de las restrictivas categorías que utilizó para la distinción de las leyes que llamó orgánicas, que la de una que hubiere sido calificada como tal por el poder público derivado, por el mandatario del soberano, como lo es la Asamblea Nacional.

Desde otro punto de vista, destaca que la mayoría no razonó en el proyecto, en forma alguna, por qué no aplicarían las mismas reglas para la modificación de unas y otras leyes orgánicas (por calificación constitucional o legislativa); se limitó a poner de relieve sólo lo obvio: que las leyes orgánicas por calificación constitucional no requieren de la admisión de su carácter de orgánicas por la Asamblea Nacional, puesto que dicha calificación sería previa al proyecto mismo y se habría impuesto al poder legislativo derivado por el poder constituyente. En efecto, de la lectura de la sentencia de la que se discrepa salta a la vista que todos los razonamientos que se hicieron giraron en torno a las leyes orgánicas por calificación legislativa, con la salvedad, cada vez, de las así calificadas por el constituyente, pero para nada aludió a éstas para el arribo a la conclusión a la que llegó; conclusión que no puede anclarse en el argumento a contrario porque, se insiste, unas y otras leyes orgánicas son idénticas y si cupiera alguna distinción, ésta apuntaría a que las de calificación constitucional son más importantes aún que las otras, de modo que sería impensable que los mecanismos de su discusión y aprobación pudiesen ser menos restrictivos que los de las últimas.

En todo caso, tampoco resuelve la sentencia de la que se difiere la duda que plantearon los recurrentes en torno, no a la mayoría necesaria para la admisión o sanción de una ley orgánica por calificación constitucional sino, muy concretamente, a cuál sería la mayoría necesaria para la admisión de una ley derogatoria de una ley orgánica preconstitucional; al efecto, aquéllos plantearon:

(...)

En criterio de quien disiente, asiste la razón a los recurrentes en el sentido de que, independientemente de los argumentos a que se ha hecho referencia supra, tanto los del fallo mayoritario como los de este voto salvado, en torno a las leyes orgánicas por calificación constitucional, cuando una ley post-constitucional, aún cuando no sea orgánica, pretenda la modificación –total o parcial– de una ley orgánica preconstitucional, requerirá, de conformidad con el acápite del primer aparte del artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la mayoría calificada de dos tercios (2/3) de los presentes en la Asamblea Nacional para la admisión del proyecto respectivo. Así lo estableció esta misma Sala, con claridad, en sentencia N° 2573 de 16.10.02, caso: ‘Ley Orgánica contra la Corrupción’) –que citaron los recurrentes–, en los siguientes términos:

(...)

Así, cuando la Sala se planteó la posibilidad de que una ley ordinaria, que fuese dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1999, pretendiese derogar una ley que hubiese sido calificada de orgánica bajo la vigencia de la Constitución de 1961 –con base, probablemente, para tal fin, en criterios distintos a los vigentes, mucho más restrictivos-, la aceptó, con la salvedad de que esa ley ordinaria tendría que satisfacer la norma constitucional con relación a la mayoría calificada que se reclama para la modificación de las leyes orgánicas. Por cuanto ello es así, concuerda quien disiente con los recurrentes en que ‘para poder derogar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se requiere de la mayoría de dos tercios de los diputados para el momento de iniciarse la discusión de la ley que efectivamente pretenda derogarla, con independencia de si esa ley es orgánica por mandato de la Constitución’.

Por último, sorprende al voto-salvante lo que dispuso el fallo que antecede con relación a la mayoría que se precisa para la sanción (ya no modificación) de las leyes orgánicas, sin razonamiento alguno que fundamente tal estipulación, en forma contraria, de nuevo, a la lógica elemental, a la teleología de las normas constitucionales al respecto en su conjunto y a la naturaleza misma de la categoría de leyes en cuestión –a la cual responde la teleología-. De nuevo, de acuerdo con el principio del paralelismo de las formas, si se precisa una mayoría calificada para la simple admisión del proyecto de ley, ésta debe ser la misma mayoría para la sanción del proyecto que ya se admitió y se discutió. También por argumento a fortiori, si se precisa una mayoría calificada para la admisión del proyecto de ley, por las razones jurídicas y políticas que la sentencia analizó con exhaustividad, con mayor razón se necesita la misma mayoría para su sanción; de lo contrario, bastaría que la mayoría, simple o absoluta -según el caso-, convenga en el carácter orgánico de una ley –lo cual, en todo caso, está sometido a la aprobación de esta Sala Constitucional- para que luego se evite el consenso político que quiso el constituyente, para el propósito de la sanción, en franca contravención a todos los postulados que la mayoría analizó con relación a la naturaleza y relevancia de las leyes orgánicas, que, según explicó, justifican la existencia de mecanismos agravados para su discusión y, necesariamente, se añade, posterior aprobación.

Si ‘sólo será necesaria la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional presentes en la respectiva sesión para la sanción de las leyes orgánicas contempladas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cualquiera sea su categoría’, la norma constitucional ha sido burlada, ya que nada distingue el mecanismo de sanción de las leyes ordinarias del de las leyes orgánicas.

Con fundamento en los argumentos que preceden, es criterio de quien discrepa de la decisión mayoritaria que antecede, que la Sala ha debido: i) por una parte, fijar la interpretación que sugirieron los recurrentes, en el sentido que se expresó, con relación a que para la modificación –total o parcial- de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia –ley orgánica preconstitucional- se requiere la mayoría calificada a que alude el acápite del primer aparte del artículo 203 constitucional; ii) en su defecto, ahora dentro del marco únicamente de la Constitución vigente, que no hay diferencia alguna entre las leyes orgánicas por calificación constitucional o por calificación legislativa –salvo la que se apuntó- razón por la que no cabe ninguna distinción en cuanto al mecanismo de su respectiva modificación y, por último, que la misma mayoría calificada, que el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estableció para la aprobación de un proyecto de ley orgánica o de modificación de una vigente, se requiere para su posterior sanción por la Asamblea Nacional”.

Queda así expresado el criterio de quien rinde este voto concurrente.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Garantías Constitucionales

A. La garantía de acceso a la justicia: Protección de derechos e intereses colectivos o difusos

TSJ-SC (279)

23-2-2007

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Guillermo Tadeo Borges Ortega vs. Alcaldía del Municipio Turístico El Morro “Lic. Diego Bautista Urbaneja” del Estado Anzoátegui.

Las demandas por intereses difusos o colectivos están caracterizadas porque los hechos en que se funda la acción son genéricos y la prestación requerida es indeterminada.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, dispone que:

“Artículo 1.- Toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

La garantía de la libertad personal que regula el habeas corpus constitucional, se regirá por esta Ley”.

Atendiendo a dicha disposición, así como al hecho de que en la solicitud de amparo se deben indicar *“(l)os datos concernientes a la identificación de la persona agraviada y de la persona que actúe en su nombre, y en este caso con la suficiente identificación del poder conferido”* (cardinal 1 del artículo 18 *eiusdem*), la Sala estima que el accionante, habiéndose identificado en nombre propio está facultado para ejercer la acción de amparo constitucional en protección de sus derechos, mas no así en nombre de *“de todos los condominios, personas del sector La Península del Morro, del Municipio Urbaneja del Estado Anzoátegui, y la Asociación de Vecinos del Morro (AMPO)”*.

Asimismo, la Sala apreció que el hecho de que el accionante, como residente del sector La Península del Morro, se sienta afectado y vea supuestamente amenazados sus derechos y garantías constitucionales, no le otorga la representatividad de un colectivo, toda vez que pueden haber personas que no tengan interés en esta acción o que no se sientan amenazados en la forma en que señala el accionante. Por ende, el ciudadano Guillermo Tadeo Borges Ortega carece de la legitimidad requerida para actuar en representación de los residentes del referido sector (*Vid.* Sentencia N° 138 del 1 de junio de 2006, caso: *Rafael Enrique Monserrat Prato*).

Por otra parte, de los argumentos expuestos por el accionante y de los anexos acompañados a la acción de amparo, se desprende que en el caso de autos no están presentes los aspectos que caracterizan a las demandas por intereses difusos o colectivos, a los cuales se ha referido esta Sala en distintas oportunidades (entre otras, en sentencia del 18 de febrero de 2003, recaída en el caso: *César Pérez Vivas*), como son que los hechos en que se funde la acción sean genéricos y que la prestación requerida sea indeterminada.

En efecto, en el presente caso los hechos narrados por el accionante son específicos y su petitorio revela que lo pretendido es que se prohíba la emisión sonora y la realización de espectáculos públicos por parte de los comercios ubicados en el sector la Península de El Morro.

En tal sentido, ha sido criterio reiterado de la Sala, que la razón de existencia de los intereses colectivos es el beneficio común, ya que su finalidad no es otra que satisfacer necesidades sociales o colectivas, antepuestas a las individuales. De allí que la Sala haya señalado que “*el criterio decisivo para determinar el contenido de los derechos colectivos es el bien común... (omissis). El bien común no es la suma de los bienes individuales, sino aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente. Vivir en una ciudad bella constituye un bien para sus habitantes, y se trata de un bien común porque su goce no disminuye el de los demás y porque no puede negarse a ninguno de sus habitantes.*” (Sentencia de esta Sala del 9 de julio de 2002. Caso: *Colegio Médico del Distrito Metropolitano de Caracas*).

De modo tal que es la afectación o la lesión común de la calidad de vida, la que conforma el contenido del interés colectivo, entendido éste como “*el producto de la satisfacción progresiva y concreta de los derechos y garantías constitucionales que protegen a la sociedad como ente colectivo.*” (Sentencia del 30 de junio de 2000, caso: *Dilia Parra Guillén*).

Ahora bien, en el caso que nos ocupa no se está en presencia de una verdadera y propia acción por intereses colectivos, ya que de los hechos narrados, sin mayor nivel de análisis, puede evidenciarse la existencia de intereses particulares que pugnan por la eliminación y control de las actividades de los locales comerciales ubicados en la jurisdicción del mencionado Municipio, más no la afectación de intereses colectivos y difusos, cuyo presupuesto es la uniformidad de intereses, bien de sujetos indeterminados, como de grupos sociales determinados, en una sola dirección y con un mismo propósito, ya que de lo contrario, como parece ocurrir en el caso *sub judice*, podría producirse un fallo que hiera el interés jurídico de otro sector de la sociedad no representado por el accionante. Lo anterior, en modo alguno significa que su pretensión no pueda ser satisfecha judicialmente, pero a través de otros medios que permiten la contención del interesado en los resultados del juicio y no mediante una acción de esta naturaleza.

En virtud de las anteriores consideraciones, visto que no estamos en presencia de una acción por intereses difusos y colectivos, esta Sala, en atención al criterio sostenido en la sentencia No. 1666 del 19 de agosto de 2004, caso: *Rubén Mendoza*, estima que la acción ejercida es un amparo constitucional contra la conducta omisiva del Alcalde del Municipio Turístico El Morro “Lic. Diego Bautista Urbaneja” del Estado Anzoátegui.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

...gistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto del fallo que antecede con fundamento en los siguientes razonamientos:

La mayoría sentenciadora declaró la incompetencia de la Sala para el conocimiento de la demanda de amparo constitucional que intentó el ciudadano Guillermo Tadeo Borges Ortega contra la Alcaldía del Municipio Turístico El Morro “Lic. Diego Bautista Urbaneja” del Estado Anzoátegui, en la persona de su Alcalde y, en consecuencia, declinó la competencia en el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nororiental.

Para llegar a esa decisión, se consideró que, en el caso de autos, no se estaba en presencia de una pretensión por intereses difusos y colectivos, sino de una demanda de amparo que fue incoada en nombre propio por dicho ciudadano en contra de una omisión que atribuyó al Alcalde, esto es, que se trata de un problema que sólo atañe a intereses individuales y que, además, frente a ese hecho podrían verse posturas encontradas de los vecinos, por tanto, quien actúa como demandante –un vecino- no tiene representatividad del resto de la colectividad.

Ahora bien, se observa que, ciertamente, en el caso concreto se propuso una demanda de amparo constitucional contra la actitud omisa de un Alcalde que no habría ejercido sus potestades de policía en materia de resguardo del orden público, específicamente, de control de horarios y de emisión de ruidos en locales nocturnos en el Municipio Turístico “El Morro”; quien disiente no concuerda con la posición mayoritaria de que, en este caso, no hay intereses colectivos. Pareciera, por el contrario, que en el asunto de autos hay un ejemplo harto evidente de intereses colectivos, tanto así, que a los hechos verificados en este caso, le son perfectamente aplicables los precedentes de esta Sala que se citaron en esta sentencia para la definición de la presencia de intereses plurales y colectivos.

Así, el interés en el mantenimiento del orden público y la tranquilidad vecinal, al igual que el efectivo control de la potestad de policía por parte de la Administración Pública local es un típico ejemplo de interés colectivo, pues no puede individualizarse en ningún vecino sino que, por el contrario, es un interés único de todos los que componen esa colectividad en tanto miembros de la misma. Así se ha reconocido en otros ordenamientos jurídicos desde décadas atrás, concretamente en el ordenamiento español, en el que la doctrina afirma que, por cuanto el fin primordial de las potestades de policía es el mantenimiento del orden público, a través de la garantía de la tranquilidad, seguridad y salubridad, es evidente que tal potestad tiene alcance colectivo, sea que se concrete en el ámbito ambiental, urbanístico, económico, sanitario o industrial (*Vid.* Sáinz Moreno, Fernando, “Sobre el ruido y la policía de la tranquilidad”, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 15, Madrid, 1977; y más recientemente Nieto García, Alejandro, “La inactividad de la Administración”, A.A.V.V. *Ponencias del Seminari de Dret Local*, Ayuntamiento de Barcelona, 1996 y del mismo autor, “La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998”, “Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista Justicia Administrativa*, número extraordinario, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999).

Ello, evidentemente, no se contradice con la hipótesis de que, ante una situación de hecho concreta, pueden verificarse determinados intereses individuales que estén contrapuestos a un determinado interés colectivo. Por ejemplo, frente al interés colectivo de evitar o acabar con cierto factor contaminante, posiblemente existirá el interés individual del agente contaminador –en este caso, el emisor de los ruidos molestos, p.e.-, lo cual no niega ni impide la existencia del interés colectivo y, en consecuencia, que puedan admitirse demandas en protección de estos últimos. La ponderación de los intereses contrapuestos será, precisamente, materia del debate procesal en el marco de la demanda de protección de intereses colectivos y difusos.

En consecuencia, quien discrepa considera que la Sala sí tenía competencia en esta oportunidad, con la salvedad de que, más que una demanda de amparo constitucional, la pretensión debía admitirse y encauzarse a través de una demanda de protección de intereses colectivos y difusos, pues de los hechos que fueron alegados no parece que se estuviera ante una supuesta violación a derechos colectivos fundamentales, mas sí de una posible lesión a un interés colectivo evidente.

Queda así expresado el criterio de quien rinde este voto salvado

B. *La garantía de igualdad ante la ley*

TSJ-SPA (0267)

14-2-2007

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Impugnación del numeral 2 del artículo 14 del Reglamento sobre los Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales y los Titulares de las Unidades de Auditorías Internas de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados.

La Sala analiza la “edad” como requisito para el desempeño de un determinado trabajo o labor.

Con el propósito de evitar una lesión irreparable o de difícil reparación en el orden constitucional al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del acto recurrido, pudiendo ello constituir un atentado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; esta Sala considera preciso revisar el requisito fundamental de procedencia de toda medida cautelar de amparo constitucional solicitada, a saber, que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de violación del buen derecho constitucional que se reclama. A tal efecto se observa:

El escrito por el cual se solicitó el mandamiento de amparo constitucional, se concentra fundamentalmente en la transgresión del derecho a la igualdad y no discriminación, consagrado en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al habersele impedido a su representado participar en el concurso convocado para optar al cargo de Contralor Municipal del Municipio Bolívar del Estado Táchira, por encontrarse en un supuesto por el cual se excluye de la convocatoria a toda persona que tenga más de sesenta (60) años de edad, según se explica, en estricto apego a lo dispuesto en el Reglamento sobre Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales y los Titulares de las Unidades de Auditorías Internas de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados, este último emanado del Contralor General de la República, ciudadano Clodosbaldo Russián Uzcátegui.

El apoderado judicial del accionante, afirma que existe una clara discriminación en su contra al impedirle participar en un concurso público, por contar con una edad superior a la dispuesta en la normativa como límite máximo para concursar. En tal sentido, explica que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es clara al afirmar los principios rectores de la misma, entre los cuales destaca el derecho a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna, afianzada esta norma, según señala, en el artículo 89, numeral 5 del Texto Fundamental, con base en el cual, a efectos laborales, se prohíbe la discriminación por razones de edad.

Previamente al examen de la situación descrita en los autos, es menester señalar que de acuerdo con la definición otorgada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra **discriminar** significa “seleccionar excluyendo”, lo que deviene en un sentido positivo cuando se trata de clasificar personas u objetos en función de una actividad específica o para un objetivo particular, no ocurriendo lo mismo cuando se habla en sentido negativo de la discriminación, pues en este caso el término se encuentra asociado fundamentalmente al trato de inferioridad dado a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos y otros, según se infiere del mismo instrumento.

Evidentemente, por ser la discriminación de las personas una circunstancia negativa desde antaño, las distintas sociedades se han visto en la obligación de regular o impedir a

través de los recursos legislativos a su alcance, la vulneración de un derecho fundamental del ser humano, como es la igualdad frente a los otros. En ese orden, el método mejor conocido para protegerlo parte principalmente de los Textos Fundamentales de cada Estado; de allí que en nuestro caso, el Constituyente, incluso en épocas anteriores que datan de la Constitución de 1811, se haya preocupado por resguardar, naturalmente en distinta medida pero siempre evolucionando al ritmo en que avanza la sociedad, la aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Así, dentro de las normativas más recientes, tenemos que en la Constitución de 1961 se prohibía específicamente la discriminación fundada en la raza, el sexo, el credo o la condición social, haciéndose mención adicional a la prohibición del reconocimiento de títulos nobiliarios y distinciones hereditarias.

Posteriormente, con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se estableció:

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

1.- No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2.- La Ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en 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 reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias”

En un análisis comparativo de las normas, se aprecia que si bien el Texto Fundamental de 1961 regulaba de forma general el tema, incluyendo la mayor parte de los elementos que normalmente han sido considerados discriminatorios, como son el sexo, la raza, la condición social o el credo; con el nuevo orden Constitucional no sólo se reafirman estos aspectos, sino 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, por lo que resulta importante inferir dos conclusiones.

La primera es que se amplía la regulación en referencia, en un sentido progresivo, a otros particulares no señalados expresamente, los cuales, hoy día, dada la dinámica con la que se desenvuelven las relaciones humanas, podrían ir naciendo y constituir algún tipo de desigualdad, lógicamente en consonancia con el desarrollo que vaya mostrando nuestra sociedad, independientemente de otras comunidades, en las que ya se han regulado, incluso, temas de corte discriminatorio como la orientación sexual, no del todo superados en otras partes del mundo. Se entiende así que la cláusula antidiscriminatoria agregada en la disposición anteriormente transcrita, no puede ser interpretada, en ningún caso, de forma limitativa, sino más bien enunciativa, dado que su existencia la consagra como una norma-base de la cual es posible partir para incluir todas aquellas situaciones capaces de generar desigualdades injustificadas, en sus distintas manifestaciones y en cualquier tiempo.

En segundo lugar, es importante tener en cuenta que la norma en referencia exige que la discriminación alegada, de alguna forma, menoscabe el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho, pero siempre en condiciones de igualdad, esto es, que existiendo casos similares, se dé un trato diferente a alguno de los sujetos involucrados.

Ahora bien, sobre la base de las consideraciones expresadas, y adentrando en la materia que nos ocupa, se observa que en el caso presente se ha cuestionado la existencia de una evidente discriminación en contra del accionante al impedirle participar en un concurso público, por contar con una edad superior a la dispuesta en la normativa como límite máximo para concursar, esto es, por superar los sesenta años.

Cuando se trata de la “edad” y el desempeño de un determinado trabajo o labor, surgen las discusiones relacionadas con las aptitudes y actitudes necesarias para desarrollarse en una específica actividad, cuestión que, sin duda, se ve acompañada de un alto ingrediente cultural, pues dependiendo de la sociedad que se trate, esto es, si está constituida en su mayoría por una población joven o de más edad, existirá, a su vez, mayor o menor flexibilidad sobre esta materia.

Así, se observa que por tratarse la nuestra de una sociedad joven, generalmente se cree que las actividades laborales, en general, sólo pueden ser llevadas por personas que se encuentren dentro de un grupo específico de años, sin considerar que previo a establecer cualquier limitación, se hace necesario examinar si se trata de una actividad de tipo manual o que como tal, involucre la fuerza física, en cuyo caso, como es natural, podría estar supeditada a la edad de la persona encargada de desempeñarla, por las habilidades que podrían necesitarse; o por el contrario, si la labor se desarrolla en el ámbito del pensamiento, y por tanto, atendiendo a su naturaleza, admite que sea llevada a cabo, indistintamente de la edad de la persona, en tanto no estén disminuidas las condiciones mentales de ésta.

Como puede verse, el caso presente está referido a la convocatoria a concurso dirigida a proveer el cargo de Contralor Municipal de una entidad local, lo que demuestra que la actividad a desarrollarse está vinculada a una función netamente intelectual, circunstancia que conlleva a tener en cuenta que en estos casos se suman aspectos como el conocimiento y la experiencia que otorgan los años de trabajo, los cuales normalmente coadyuvan a mejorar las capacidades de la persona para desempeñar un determinado cargo, cada vez, de mayor envergadura, por lo que en principio, ante la expectativa en favor de la persona, y asumiendo que las condiciones mentales e intelectuales existen, aunadas al conocimiento y la experiencia adquiridas, no debería producirse objeción alguna para admitir su ingreso y desarrollo dentro de la actividad intelectual que se trate.

Sobre este punto, es importante señalar que la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en las normas que consagran los derechos sociales, establece en su artículo 89, numeral 5, lo siguiente:

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

..omissis...

5.- Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición”. (Resaltado de la Sala)

Sin duda, de la letra de la disposición se infiere la intención del Constituyente mediante la cual busca no sólo lograr, sino mantener y mejorar las condiciones mentales, morales e intelectuales de los trabajadores, lo que significa que mientras existan las capacidades necesarias para desempeñar un cargo o empleo, el trabajador deberá ser respaldado, principalmente por el Estado y luego por la propia sociedad, para que continúe desarrollándose dentro de su área de conocimiento, en este caso, en lo que se refiere a la profesión administrativa que desempeña el accionante y que le habilitaría a detentar el cargo de Contralor Municipal para el cual presentó sus credenciales.

Con ello debe quedar establecido que cumplidos y evaluados los requisitos, y asimismo, las condiciones necesarias para ejercer un determinado cargo, el funcionario tendrá siempre el derecho a participar en los concursos que se provean al efecto y en cualquier otro empleo que se disponga o que pretenda ejercer, aunque lógicamente sujeto a la decisión final que dicte el órgano o comité evaluador a cargo dentro de la Administración Pública, así como dentro de la empresa privada.

En ese sentido, esta Sala expresa su criterio sobre esta materia, y en definitiva, con fundamento en los anteriores razonamientos, declara con lugar la solicitud cautelar de amparo constitucional ejercida por el ciudadano Reynaldo Muñoz Arellano, por lo que, mientras se decide la acción de nulidad, dispone cautelarmente para el restablecimiento de la situación jurídica infringida, lo siguiente:

1.- Se ordena al Concejo Municipal del Municipio Bolívar del Estado Táchira, suspender, para el caso concreto, la aplicación de la norma contemplada en el numeral 2 del artículo 14 del “Reglamento sobre los Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales y los Titulares de las Unidades de Auditorías Internas de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados”, es decir, en lo referente a la limitación establecida respecto a la edad máxima de sesenta (60) años.

2.- Suspender los efectos del acta N° 1 de fecha 11 de abril de 2006, fundada en la citada norma, por la cual se descalificaron las credenciales presentadas por el ciudadano Reynaldo Muñoz Arellano para participar en el concurso para optar al cargo de Contralor Municipal de la referida entidad local.

3.- Como consecuencia de ello, se ordena incluir al mencionado ciudadano en esa o la siguiente convocatoria que hubiere efectuado el organismo en cuestión, a efectos de asegurar su derecho a la no discriminación para participar en condiciones de igualdad con el resto de los aspirantes al mencionado cargo. Así finalmente se decide.

TSJ-SPA (0307)

22-2-2007

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Rafael Enrique Quijada Hernández vs. Ministerio de la Defensa (hoy Ministerio del Poder Popular para la Defensa).

Para acordarse la tutela requerida en caso de violación del derecho a la igualdad, resulta necesario que la parte presuntamente 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 frente a circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se ha manifestado un tratamiento desigual.

2. *Derechos Individuales*

A. *Inviolabilidad de la libertad personal: Excepciones: Flagrancia*

TSJ-SC (272)

15-2-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Interpretación del artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala Constitucional interpreta el artículo 44.1 de la Constitución con ocasión a la instrumentación de la flagrancia en los delitos de género.

Se ha solicitado la interpretación del artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que a letra señala, lo siguiente:

“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 para conceder la libertad de la persona detenida no causará impuesto alguno”.

Del citado precepto, la parte solicitante y la representación del Ministerio Público, en resumen, solicitan que esta Sala indique cómo se articula la flagrancia en los delitos de género, para que los órganos policiales puedan detener a los agresores y ponerlos a disposición del Ministerio Público sin transgredir el mencionado precepto. En concreto, la parte solicitante se pregunta ¿cuál es la definición de flagrancia desde la perspectiva de los delitos vinculados a la violencia doméstica? ¿Cuál es el alcance de la previsión constitucional referida a las limitaciones del derecho a la libertad, frente a los derechos constitucionalidad a la integridad persona, a la vida y a la igualdad? ¿Cómo se armoniza el texto constitucional sin menoscabar el derecho de las mujeres víctimas de violencia doméstica a estar protegidas como grupo vulnerable? ¿Cuándo se estará ante una situación de flagrancia en los delitos de género? ¿En qué supuestos los órganos receptores de denuncia procederían a requerir una orden judicial para ejecutar la medida cautelar y cuándo estarían ante un hecho flagrante que justifique la detención preventiva?

En fin, como la regla (privación de la libertad sólo por orden judicial) cuenta con una excepción (la flagrancia), se pretende que se dilucide el alcance de la flagrancia en los aludidos delitos, de forma tal que la medida de protección, que es en definitiva lo que constituye la privación de la libertad del agresor en los delitos de género, no carezca de eficacia.

A tal efecto se ha de comenzar por señalar que la flagrancia como noción nació en el Derecho Romano. En Roma, con relación al robo, las leyes distinguían el *furtum manifestum* o *flagrante del furtum non manifestum*. El robo manifiesto o flagrante (castigado mucho más gravemente que el descubierto luego de algún tiempo), era el sorprendido al momento en que era cometido, así como también el que se descubría mientras el ladrón se encontraba todavía en el lugar de la consumación del delito; respecto a las condiciones requeridas para que el robo fuera considerado manifiesto la doctrina, según las Instituciones de Gayo y de Paulo, aparecía dividida: mientras que para algunos era necesario que el ladrón fuese sorprendido y apresado en el hecho mismo; para otros era suficiente con que se le encontrase todavía en el lugar del hecho. Unos le negaban importancia al sitio del suceso con tal de que al culpable se le hallara la cosa robada antes de que pudiera esconderla, mientras que otros desestimaban el tiempo y el lugar como factor determinante de la flagrancia con tal de que al ladrón se le sorprendiese con los efectos del delito consigo.

En el derecho medieval la institución evolucionó. La flagrancia dejó de ser una circunstancia agravante para la penalización del delito, y adquirió efectos procesales para hacer más segura la identificación del autor del delito y, por tanto, ello hacía el

procedimiento más rápido en la instrucción y para la celebración del juicio. La noción de la flagrancia fue muy conocida por los prácticos medioevales, que la aplicaron especialmente en relación al arresto, al rito y a las pruebas; además que autorizaba al magistrado a proceder de modo sumario o ex abrupto; pues, en flagrancia el delito era ya de por sí manifiesto, por lo que no eran necesarias ulteriores pruebas para constatarlo; al extremo de que no le era posible al reo negar la comisión del delito. Empero años después, en el siglo XVI, el Derecho común del Imperio Germánico con la Ley Carolina dictada por el Emperador Carlos V en 1532 - antecedente inmediato de la legislación del Imperio Español-, reprodujo la distinción del concepto de *robo manifiesto* derivado del Derecho Romano.

En nuestra historia republicana, la flagrancia como excepción a la privación de la libertad ordenada por la autoridad competente se instituyó desde época muy temprana. La Constitución de 1811 hacía una referencia general a la *detención* en los casos y bajo las formas prevista en la Ley. Asimismo, la mención de la detención *in fraganti* en los textos constitucionales ha sido una constante a partir de la Constitución de 1821; desde entonces, con apenas algunas variaciones de redacción se mantuvo incólume hasta la Constitución de 1961; pues, hasta 1999, nadie podía ser preso o detenido sino en virtud de una orden del funcionario para decretar la detención, lo que relegaba el tema de la aludida potestad al ámbito legislativo, ya que era la ley la que en definitiva determinaba cuál era el funcionario autorizado para decretar la detención *in fraganti*. Y aunque si bien el Código de Enjuiciamiento Criminal le atribuía esa potestad al juez penal como competencia natural, lo cierto es que a falta de prohibición constitucional expresa de una interpretación diferente, fueron muchas las normas que, a título de arresto, asignaban competencia para privar de la libertad a funcionarios distintos de los jueces.

El marco constitucional varía con el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Sólo por *orden judicial* se puede privar de la libertad a un ciudadano, salvo que sea sorprendido *in fraganti*. En este caso, el detenido deberá ser llevado ante un autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas (48) a partir del momento de la detención; circunstancia que en interpretación de la Sala Constitucional ha determinado que varias normas preconstitucionales hayan sido declaradas inconstitucionales (*vid.* por ejemplo los fallos N° 1394/2001 de 7 de agosto y 130/2006 de 1 de febrero), entre ellas las contenidas en el artículo 34 *in fine* y en el precepto que surge de la aplicación conjunta de los artículos 39, numeral 3, y 32, numerales 1 (en lo que se refiere al Juez de Paz), 3, 4 y 5 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, nulidad que ha ocasionado serias inquietudes en diversos sectores y que se han canalizado a través de la interpretación constitucional que en esta oportunidad se dilucida, a los efectos de dejar esclarecido el concepto de flagrancia para la aplicación de los textos legales que incorporan medidas de discriminación positiva en los delitos de género.

El concepto de *flagrancia* en nuestra doctrina y jurisprudencia penal tradicionalmente se ha limitado a la captura inmediata; es decir, a la aprehensión del autor del delito en el lugar de los hechos a poco de haberse cometido el delito. Esta conceptualización de la flagrancia parte de una separación entre la detención y el delito que no es exacta; confundiendo por un lado, dos figuras que si bien están relacionadas, son disímiles; además, se ha hecho énfasis en la aprehensión del sujeto cuando lo importante es la comisión del delito. Se refiere la Sala a la diferencia existente entre el *delito flagrante* y la aprehensión *in fraganti*; y a la concepción del delito flagrante como un estado probatorio.

En efecto, la doctrina patria autorizada más actualizada, con ocasión a lo preceptuado en el artículo 44.1 de la Constitución y en el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, distingue entre ambas figuras. El *delito flagrante*, según lo señalado en los artículos 248 y 372.1 del Código Orgánico Procesal Penal, constituye un estado probatorio cuyos efectos

jurídicos son: a) que tanto las autoridades como los particulares pueden detener al autor del delito sin auto de inicio de investigación ni orden judicial, y, b) el juzgamiento del delito mediante la alternativa de un procedimiento abreviado. Mientras que la detención *in fraganti*, vista la literalidad del artículo 44.1 constitucional, se refiere, sin desvincularlo del tema de la prueba, a la sola aprehensión del individuo (*vid.* Jesús Eduardo Cabrera Romero, El delito flagrante como un estado probatorio, en *Revista de Derecho Probatorio*, N° 14, Ediciones Homero, Caracas, 2006, pp. 9-105).

Según esta concepción, el delito flagrante “*es aquel de acción pública que se comete o se acaba de cometer, y es presenciado por alguien que sirve de prueba del delito y de su autor*” (*vid. op. cit.* p. 33). De manera que “*la flagrancia del delito viene dada por la prueba inmediata y directa que emana del o de los medios de prueba que se impresionaron con la totalidad de la acción delictiva*” (*vid. op. cit.* p. 11) producto de la observación por alguien de la perpetración del delito, sea o no éste observador la víctima; y si hay detención del delincuente, que el observador presencial declare en la investigación a objeto de llevar al Juez a la convicción de la detención del sospechoso. Por tanto, sólo si se aprehende el hecho criminoso como un todo (delito-autor) y esa apreciación es llevada al proceso, se producen los efectos de la flagrancia; lo cual quiere decir que, entre el delito flagrante y la detención *in fraganti* existe una relación causa y efecto: la detención *in fraganti* únicamente es posible si ha habido delito flagrante; pero sin la detención *in fraganti* puede aún existir un delito flagrante.

Lo importante a destacar es que la concepción de la flagrancia como un estado probatorio hace que el delito y la prueba sean indivisibles. Sin las pruebas no solo no hay flagrancia sino que la detención de alguien sin orden judicial no es legítima. O como lo refiere el autor glosado:

“El delito flagrante implica inmediatez en la aprehensión de los hechos por los medios de prueba que los trasladarán al proceso, y esa condición de flagrante, producto del citado estado probatorio, no está unida a que se detenga o no se detenga al delincuente, o a que se comience al instante a perseguirlo. Lo importante es que cuando éste se identifica y captura, después de ocurridos los hechos, puede ser enjuiciado por el procedimiento abreviado, como delito flagrante” (*vid. op. cit.* p. 39).

La *detención in fraganti*, por su parte, está referida o bien a la detención de la persona en el sitio de los hechos a poco de haberse cometido, lo cual es la ejemplificación más clásica de la flagrancia, o bien a la aprehensión del sospechoso a poco de haberse cometido el hecho en el mismo lugar, o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor, es decir, lo que la doctrina impropriamente denomina la *cuasi-flagrancia*.

El estado de flagrancia que supone esta institución se refiere a sospechas fundadas que permiten, a los efectos de la detención *in fraganti*, la equiparación del sospechoso con el autor del delito, pues tales sospechas producen una verosimilitud tal de la autoría del delito por parte del aprehendido que puede confundirse con la evidencia misma. Sin embargo, la valoración subjetiva que constituye la “sospecha” del detenido como autor del delito queda restringida y limitada por el dicho observador (sea o no la víctima) y por el cúmulo probatorio que respalde esa declaración del aprehensor. Si la prueba existe se procede a la detención inmediata.

Respecto a esta figura la Sala señaló, en su fallo N° 2580/2001 de 11 de diciembre, lo siguiente:

“En este caso, la determinación de la flagrancia no está relacionada con el momento inmediato posterior a la realización del delito, es decir, la flagrancia no se determina porque el delito ‘acaba de cometerse’, como sucede con la situación descrita en el punto 2 [se refiere al delito flagrante propiamente dicho]. Esta situación no se refiere a una inmediatez en el tiempo entre el delito y la verificación del sospechoso, sino que puede que el delito no se haya acabado de cometer, en términos literales, pero que por las circunstancias que rodean al sospechoso, el cual se encuentra en el lugar o cerca del lugar donde se verificó el delito, y, esencialmente, por las armas, instrumentos u otros objetos materiales que visiblemente posee, es que *el aprehensor puede establecer una relación perfecta entre el sospechoso y el delito cometido*” (corchetes y resaltado añadidos).

Aunque distinguible del delito flagrante, la *aprehensión o detención in fraganti* también forma parte del estado probatorio de la flagrancia, al punto de que es necesario que exista una vinculación entre el cúmulo probatorio que conforma la sospecha con el delito cometido. Es decir, que exista la comisión de un delito y que alguien en el sitio de los hechos probatoriamente pueda ser conectado con él.

Ahora bien, sea delito flagrante o sea *aprehensión in fraganti* es al Juez a quien le corresponde juzgar la flagrancia. Para tal fin, el Juez debe determinar tres parámetros: a) que hubo un delito flagrante; b) que se trata de un delito de acción pública; y c) que hubo una *aprehensión in fraganti*, por lo que es necesario que existan elementos probatorios que hagan verosímil la existencia de estos parámetros. Luego, toda la problemática de la flagrancia gira alrededor de una decisión que la reconozca y, por ende, de las pruebas que la sustenten (*vid. op. cit.* pp. 98 y 100).

En ese orden de ideas, coincide la Sala con la doctrina clásica en la apreciación de que la simple entrega del detenido por parte de quien lo detuvo, sea éste un particular o una autoridad policial, aunado a la declaración del captor de cómo se produjo la *aprehensión* no puede bastar para que el Ministerio Público presente en flagrancia al detenido ante el Juez. Inclusive, del artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 14 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del propio texto constitucional, se deduce que nadie podría ser detenido bajo el dicho de una sola parte; pero es justamente esa imposibilidad trasladada a los delitos de género la que preocupa a la parte solicitante.

Para solventar tal situación, y sin entrar a considerar aquí los delitos de género porque ello implicaría desglosar cada uno de los tipos que se han recogido legislativamente de la doctrina y de los convenios y tratados internacionales sobre la materia; vale destacar que en cada uno de ellos los bienes jurídicos específicamente protegidos son, entre otros, el derecho a la vida, a la igualdad, y a la integridad de la mujer.

La detención judicial del sujeto activo de los delitos de género, más que ser una medida preventiva privativa de la libertad en el concepto tradicional del derecho penal o una medida de aseguramiento con fines privativos como lo establecen la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y la nueva normativa agraria, es una medida positiva de protección que incardina a la Ley que regula la materia dentro de las normas de Derechos Humanos. No en vano las mencionadas Leyes son concreción de la Convención de Belém Do Pará, ratificada por Venezuela mediante Ley Aprobatoria del 24 de noviembre de 1994 sancionada por el Presidente de la República el 16 de enero de 1995, y publicada en Gaceta Oficial de esa misma data.

Al ser ello así, la razón de esta interpretación tiene que partir de la particular naturaleza de los delitos de género, pues su configuración, y en especial el de la violencia doméstica, son tan especiales que con dificultad podrían encuadrarse en una concepción tradicional de la flagrancia, por lo que podría dejarse desprovistas a las mujeres-víctimas de medidas positivas

de protección con fines preventivos. Por ello, vista la particular naturaleza de los delitos de género, y vista la flagrancia como un estado probatorio, la prueba de la flagrancia de los delitos de género debe ser exigida en la forma y en el grado que al delito corresponde; ya que, si se requiriera siempre de pruebas directas para el arresto preventivo de los ilícitos penales, los delitos y en especial los delitos de género (por realizarse por lo usual en la intimidad) correrían el riesgo de quedar impunes, pues los delincuentes escaparían siempre de la ley. Por tanto, la exigencia de la *prueba evidente* en los delitos de género no se puede exigir más de lo que la propia prueba puede evidenciar. No en balde, se ha señalado:

“En un Estado social de derecho y de Justicia, donde los derechos de la colectividad están por encima de los individuales, donde para mantener el tejido social hay que hacer justicia, la institución constitucional de la flagrancia tiene que estar por encima de algunos derechos humanos individuales, ya que la lucha contra el delito en general, es una defensa social que en un estado de justicia se complementa con el proceso.

Ante la relevancia y la enfermedad social que causan ciertos delitos, su persecución, respetando los derechos humanos absolutos, se coloca por encima de algunos de derechos humanos individuales.

La prevención del mal social tiene tanto fundamento constitucional como los derechos humanos individuales (...)” (*vid. op. cit.* p. 81).

Es la reprobación de lo que se califica como “mal social”, entre otras circunstancias, lo que debe condicionar la interpretación de las instituciones que inspiran las normas, entre ellas, la flagrancia. Por ello, lo que se trata aquí es de reconceptualizar viejos conceptos, de precisar cómo esta institución que nació en el derecho procesal penal adquiere sus características propias dentro del ámbito de los Derechos Humanos, volviéndose un concepto novedoso que estatuye las leyes especiales de discriminación positiva; y de cómo, sin irrespectar el test de la razonabilidad y el de la proporcionalidad, se puede garantizar el derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencia, más aun cuando es obligación de la jurisdicción constitucional construir una jurisprudencia progresiva más próxima con la realidad y con las necesidades sociales; es decir, más representativa de la complejidad y de la pluralidad de la idea de justicia tal como está siendo reclamada socialmente.

En ese sentido, el *test* de la razonabilidad y de la proporcionalidad es el punto de apoyo de la ponderación entre bienes jurídicos de rango constitucional. Su aplicación implica: la adecuación de los medios implementados para conseguir un fin válido; la necesidad de instrumentar ese medio; y la proporcionalidad propiamente dicha entre el medio y el fin. De estos tres parámetros el segundo es el de mayor dificultad, porque implica que no debe existir un medio menos gravoso para lograr el objetivo. Trasladas estas nociones a los delitos de género, la concreción del *test* de la razonabilidad y de la proporcionalidad implica que el fin constitucional (la protección de las mujeres víctimas de la violencia de género) sólo puede ser logrado de forma efectiva, en lo inmediato, mediante las medidas cautelares de protección, entre ellas, la detención del agresor cuando es sorprendido *in fraganti*; pero determinar si esta medida cautelar de protección es la menos gravosa no puede ser hecha exclusivamente desde la óptica del agresor, que pretende el derecho a la libertad personal estipulado en el artículo 44 de la Constitución; sino también desde la óptica de la mujer víctima, que invoca su derecho a la vida libre de violencia con fundamento en los artículos 55 y 22.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Sólo de este modo la ponderación de los bienes jurídicos constitucionales en conflicto adquiere una dimensión real en el ámbito del juzgamiento de los derechos constitucionales en conflicto, recayendo en el juez la responsabilidad de ponderar los aludidos bienes jurídicos, y de aquilatar la efectividad de la medida positiva de protección.

El núcleo del asunto radica en la ponderación que merece los valores protegidos constitucionalmente a la mujer víctima y al agresor. Este ejercicio de razonabilidad evita que la detención del agresor o del sospechoso sea arbitraria, además de tenerse que cumplir con los requisitos legales establecidos para la flagrancia con las particularidades que para este tipo de delitos se desprende del tema probatorio. En definitiva, se instrumenta una medida de protección efectiva a favor de la mujer víctima de la violencia de género, y se le garantiza al agresor o sospechoso que cuando esa medida se instrumenta se hará en apego a los requisitos que para determinar la flagrancia instrumenta el ordenamiento jurídico; eso sí, con una visión real de las dificultades probatorias que aparejan los delitos de género.

Con base en esta idea, debe superarse en los delitos de género el paradigma del “testigo único” al que se hizo referencia párrafos atrás; aunque como contrapartida, tiene que corroborarse el dicho de la parte informante con otros indicios esclarecedores que permitan establecer el nexo de causalidad entre el delito y su autor o sospechoso. En efecto, es innegable que los delitos de género no se cometen frecuentemente en público, por lo que la exigencia de un testigo diferente a la mujer víctima para determinar la flagrancia en estos casos es someter la eficacia de la medida a un requisito de difícil superación. Al ser ello así, hay que aceptar como válido el hecho de que la mujer víctima usualmente sea la única observadora del delito, con la circunstancia calificada, al menos en la violencia doméstica; de que los nexos de orden familiar ponen a la mujer víctima en el estado de necesidad de superar el dilema que significa mantener por razones sociales la reserva del caso o preservar su integridad física. Por tanto, para determinar la flagrancia no es imprescindible tener un testimonio adicional al de la mujer víctima, lo que sí es imprescindible, como se explicará de seguidas, es corroborar con otros indicios la declaración de la parte informante.

No puede entenderse ni presumirse “*que en todos los casos de denuncia de violencia de género se presuponga, de entrada, [que] hay flagrancia*”, pues tiene que corroborarse con otros indicios la declaración de la parte informante (*vid. sent. SC/TSJ N° 1597/2006 de 10 de agosto*). De hecho, al recibir la petición del Fiscal del Ministerio Público, el Juez de Control debe determinar igualmente los tres supuestos a que se hicieron referencia (que hubo un delito flagrante, que se trata de un delito de acción pública, y que hubo una aprehensión *in fraganti*). Por tanto, la verosimilitud de estos tres supuestos no se deducen únicamente del dicho de la mujer víctima, se debe deducir también, como hemos venido diciendo, del cúmulo probatorio que es de fácil obtención; pues, al ser los delitos de género en su mayoría una subespecie de los delitos contra las personas, la identificación del agresor y la vinculación de éste con el delito deriva de las pruebas que, por lo general, se hallan en la humanidad de la mujer víctima y en la del victimario, o están en su entorno inmediato.

En ese sentido, para corroborar la declaración de la mujer víctima deben perseguirse dos cosas: a) los elementos que hagan sospechar la comisión del delito; y b) los elementos que hagan sospechar del autor de ese delito. Respecto del primero, si el subtipo de delito de género así lo permite, será el examen médico forense el que determinará la comisión del delito; no obstante, en los casos de violencia si las lesiones son fácilmente visibles, al punto de que el funcionario receptor de la información puede presumir que la mujer víctima fue objeto de malos tratos físicos, el examen para determinar la flagrancia bien puede postergarse. Sin embargo, consciente de que en los delitos contra las personas (al menos en las lesiones) la prueba que demuestra la comisión del delito es el examen médico forense, quiere insistir la Sala en que la postergación del examen es sólo a los efectos de la detención *in fraganti*, recuérdese que se trata de sospechas fundadas. Para acudir a juicio la realización del examen médico forense es indispensable.

En lo que atañe a la autoría, el órgano receptor de la información recabará de **inmediato** los elementos de convicción que hagan sospechar de la persona señalada por la mujer víctima como el agresor. En este punto, la Sala no quiere desarrollar exhaustivamente las hipótesis

desconociendo la experiencia que sobre este tema, como es natural, poseen en abundancia los órganos policiales; sin embargo, cabe aclarar que se trata de simples pero de fundados elementos, por ejemplo: que el entorno del victimario (o el de ambos si conviven) evidencia una escena violenta, o si existen signos de lucha o sangre en el cuerpo del señalado, o si existe reincidencia, etcétera. Lo importante es que se recaben con diligencia las pruebas necesarias a fin de que la medida de protección a favor de la mujer víctima no pierda eficacia.

La necesidad de corroborar el dicho de la parte informante con otros indicios esclarecedores que permitan establecer el nexo de causalidad entre el delito de género y su autor o sospechoso también aplica para el supuesto en que haya “persecución”, pues la persecución deriva de la comisión *in fraganti* del delito. Lo importante es que la persecución sea continua y que se haya generado con motivo del delito, por tanto puede producirse inmediatamente o después en caso de que haya sospecha fundada de quién es el agresor, obtenida con motivo de la ejecución del delito flagrante.

En definitiva, la flagrancia en los delitos de género viene determinada por la percepción que se tiene de los elementos que hacen deducir, *prima facie*, la relación de causalidad entre el delito y el supuesto autor, causalidad que deberá demostrarse y/o desvirtuarse en el proceso. Como consecuencia jurídica directa acarrea la detención *in fraganti*, esto es, sin orden de inicio de investigación y sin orden judicial, ello para asegurar la tutela del objeto jurídico protegido; esto es, de integridad física de la mujer víctima.

B. *Derecho de acceder a las informaciones sobre la propia persona*

CSCA

7-2-3007

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: William Uribe Regalado vs. Universidad Central de Venezuela

El derecho constitucional consagrado en el artículo 28 de la Constitución comprende los derechos de recopilación de información, y el derecho acceso -propiamente dicho- a la información que sobre la persona o sobre sus bienes, consten en cualquier clase de registros, archivos o expedientes, públicos o privados, siendo que no se requiere para ejercer el último de los derechos enunciados, que el solicitante deje constancia, a través de cualesquiera de los mecanismos preestablecidos por el ordenamiento jurídico, de los hechos que constan en tales registros, ya que tal derecho se satisface plenamente permitiéndole al quejoso el acceso a la información que le concierne.

Por otra parte, en lo tocante a la denuncia de violación del derecho de acceso a la información pautado en el artículo 28 *eiusdem*, se observa que tal y como quedó demostrado en el devenir del proceso, la negativa de la UCV de permitirle al ciudadano William Uribe Regalado el acceso a su expediente académico, en criterio de esta Sede Jurisdiccional, resultó atentatoria del aludido derecho constitucional, por cuanto se le coartó la posibilidad de emprender la revisión del mismo a los fines de imponerse de las actuaciones que sobre su historial académico reposan en esa casa de estudios.

Indagación que incontestablemente interesa al accionante, por cuanto contiene todos los datos que la UCV dispone sobre su record estudiantil, tales como, asignaturas aprobadas y reprobadas, actas levantadas por las autoridades universitarias que le conciernen, entre otros de su único y exclusivo interés, por lo que de acuerdo con el postulado constitucional bajo estudio, no se le puede prohibir injustificadamente el acceso a tal información.

En este orden de ideas, tenemos que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia citada en páginas anteriores (caso: *Insaca, C.A.*), dejó sentado respecto del derecho constitucional *in commento*, lo siguiente:

“(…) El artículo 28 de la vigente Constitución otorga en principio a las personas un doble derecho: 1) El de recopilar información sobre las personas y sus bienes, lo que se desprende implícitamente de dicha norma; 2) Al acceso, por parte de aquél cuyos datos constan en los registros, a la información que sobre él ha sido recopilada. Ambos derechos los pueden ejercer tanto las personas naturales como las jurídicas, sean éstas últimas, entes de derecho público o privado.

El primero de estos derechos carece de límites expresos en el citado artículo 28 de la Constitución, pero quien recopila y por tanto registra datos e informaciones sobre las personas y sus bienes, tiene que respetar el derecho que tiene toda persona natural y -al menos en cuanto a ellas- a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación, que otorga el artículo 60 constitucional a las personas naturales, por ser éstas quienes tienen honor, vida privada e intimidad; y a respetar el derecho de las personas jurídicas en cuanto a su reputación y confidencialidad. Las recopilaciones no pueden lesionar tales valores, dejándolos sin protección; ni obteniendo en general los datos e informaciones a guardarse, infringiendo otros derechos o garantías constitucionales, tales como los contemplados en los artículos 20, 21 y según los casos el 46 de la vigente Constitución.

(...*omissis*...)

El segundo de los derechos enunciados, está vinculado no sólo al artículo 60 de la actual Constitución, sino también a otros de la misma Carta, y es el que nuestra Carta Fundamental otorga a las personas para acceder a la información que sobre su persona o bienes registre otra, por lo que se trata de informaciones o datos nominativos, referidos a personas identificadas o identificables. Este derecho, a pesar de su vinculación con el artículo 60 citado, es más amplio, ya que al no distinguir el artículo 28 -que lo concede- entre personas naturales y jurídicas, lo tiene toda persona domiciliada en el país.

No se trata de un derecho absoluto, ya que la ley puede restringirlo (‘con las excepciones que establezca la ley’), tal como lo previene el artículo 28 de la Constitución de 1999, y es un derecho conformado -a su vez- por otros derechos (...). (Resaltado de esta Corte).

Como puede colegirse de la sentencia parcialmente reproducida arriba, el derecho de acceso a la información consagrado en el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela abarca a su vez dos derechos distintos. El primero de ellos, atiende a la posibilidad de compilar información sobre las personas y sus bienes, ora que se trate de información propia de la persona -natural o jurídica- que recopila la información, ora que los datos adjuntados correspondan a un tercero o a sus bienes.

Es por ello que este derecho se considera limitado, en principio, por el derecho constitucional de protección al honor, a la reputación y a la vida íntima de las personas, contemplado en el artículo 60 del Texto Fundamental, por cuanto puede suceder que una persona posea información respecto de otra sin que esta última siquiera tenga conocimiento de tal circunstancia, y que por ende, haga un manejo inadecuado -vilipendio, calumnia, etcétera- de esa información en detrimento de su honor y buena reputación.

En otro contexto, tenemos que el postulado en tratamiento alude a un derecho adicional -acceso a la información- que, a su vez, se subdivide en dos escenarios diferentes, a saber: 1. Acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sus bienes, consten en registros oficiales o privados (informáticos o no), a menos que la ley les niegue el acceso, lo que puede resultar de prohibiciones expresas derivadas de la protección de determinados secretos de la vida privada, de la seguridad del país, de derechos de autor, etc.; y 2. A conocer la finalidad y uso que da el compilador a esos datos e informaciones.

El supuesto fáctico subsumido bajo el numeral 1, atiende al derecho de acceso a la información *stritu sensu*, es decir, a la posibilidad que tienen las personas de aprehender materialmente los registros, expedientes o archivos, públicos o privados, físicos o informáticos, que contengan los datos concernientes a sí mismas o a su patrimonio, con la finalidad de emprender su revisión y, en consecuencia, verificar si los mismos se apegan a la realidad o si, por el contrario, adolecen de errores o datos falsos que afectan ilegítimamente sus derechos e intereses.

Desde la perspectiva de este Órgano Jurisdiccional, en la controversia de autos ha sido éste el derecho constitucional conculcado por la UCV, dado que ésta le impidió al ciudadano William Uribe Regalado realizar la lectura y escrutinio de su expediente académico, sin que mediare causal legal alguna de justificación para ello, razón por la que esta Corte estima que en el presente caso debe restablecerse la situación jurídica infringida, ordenándole a dicha corporación que le permita al accionante la revisión del citado expediente en la sede de la Oficina de Control de Estudios de la Escuela de Medicina “Luis Razetti” de la Facultad de Medicina de esa casa de estudios, previo cumplimiento por parte de éste último de la normativa administrativa aplicable para tal fin. Así se decide.

No obstante, y sin detrimento de la anterior declaración, se observa que los apoderados actores solicitaron que se deje “constancia judicial” de los documentos que conforman el citado expediente académico, “con presencia de un Fiscal del Ministerio Público que garantice sus derechos constitucionales”; ante lo cual se hace preciso destacar lo siguiente:

Tal como ha sido expresado en diversas oportunidades en este fallo, el objeto de la pretensión deducida por el ciudadano William Uribe Regalado, no es otro que realizar el estudio del expediente académico llevado por la Oficina de Control de Estudios de la Escuela de Medicina “Luis Razetti” de la Facultad de Medicina de la UCV, a fin de ponerse al tanto de las actuaciones que sobre su persona constan en el mismo y que sólo a él conciernen, “a los fines legales que, igualmente, sólo a él interesan”.

Lo anterior quiere dar a entender que el ámbito objeto de la actual reclamación se basa única y exclusivamente en el estudio personal por parte del quejoso del referido expediente académico, con el objeto de procurar la incolumidad de su derecho constitucional de acceso a la información consagrado en el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que escapa de la égida de dicho derecho, la posibilidad que éste deje constancia, a través de un órgano jurisdiccional, y con presencia de un Fiscal del Ministerio Público, de lo allí contenido.

A este respecto, deviene oportuno recalcar que, como ya se ha dicho, el derecho constitucional bajo análisis comprende los derechos de recopilación de información, y el derecho acceso -propiamente dicho- a la información que sobre la persona o sobre sus bienes, consten en cualquier clase de registros, archivos o expedientes, públicos o privados, siendo que no se requiere para ejercer el último de los derechos enunciados, que el solicitante deje constancia, a través de cualesquiera de los mecanismos preestablecidos por el ordenamiento jurídico, de los hechos que constan en tales registros, ya que tal derecho se satisface plenamente permitiéndole al quejoso el acceso a la información que le concierne.

En consecuencia, la posibilidad de dejar constancia por la vía judicial autónoma -acción de amparo constitucional- o mediante la intervención del Ministerio Público, de los hechos que constan en tales registros, archivos o expedientes, constituye una petición que va más allá del derecho de acceso *in commento*, por cuanto el mismo se restringe a permitir que el interesado conozca personalmente la información que sobre su persona o sus bienes consten en los mismos, nada más.

Luego, se hace imperioso para este Órgano Jurisdiccional negar la petición sub examine, toda vez que escapa del ámbito objetivo de protección constitucional que brinda el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

3. *Derechos Políticos. Derecho a la participación Política. Referendos: Proceso de recolección de firmas*

TSJ-SC (14)

6-2-2007

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Interpretación del artículo 31 de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular.

El proceso de recolección de firmas para convocar un referendo no posee los atributos de un acto de sufragio por cuanto no es ni universal ni secreto. Se trata de un hecho político de carácter proselitista, destinado a convocar voluntades para un fin determinado.

A los fines de determinar la competencia de esta Sala Electoral para el conocimiento del presente recurso de interpretación, se observa que la pretensión del recurrente está referida a normas contenidas en las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de

Mandatos de Cargos de Elección Popular, situación que implica que la materia objeto del presente recurso de interpretación es de naturaleza electoral correspondiendo, en consecuencia, el conocimiento del mismo a esta Sala Electoral.

Visto que el contenido del recurso de interpretación planteado efectivamente es de naturaleza electoral, de conformidad con el numeral 52 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con lo que constituye la jurisprudencia pacífica y reiterada de esta Sala en materia de su competencia, y de manera especial la establecida en la sentencia número 77 del 27 de mayo de 2004, la Sala acepta la declinatoria de competencia realizada por la Sala Constitucional y se declara COMPETENTE para el conocimiento del presente recurso.

En relación a la admisibilidad del presente recurso, esta Sala Electoral, acogiendo criterios de la Sala Político Administrativa, ha establecido una serie de requisitos de cumplimiento obligatorio para la admisibilidad de los Recursos de Interpretación. En este sentido podemos citar sentencia número 21, del 13 de abril de 2005, donde la sala dejó sentado el siguiente criterio:

“En cuanto a la admisibilidad del Recurso de Interpretación en anteriores decisiones dictadas por esta Sala Electoral (93/2000, 102/2000, 64/2002, 121/2002, 159/2002, 21/2003, 64/2003 y 159/2004), se ha venido admitiendo en forma pacífica la doctrina que al respecto expusiera la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia (caso Miguel Mónaco y otros, 19 de enero de 1999). Luego, a raíz de la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, y sobre la base de doctrina emanada de Sala Constitucional (1077/2000), la Sala Político Administrativa de este Alto Tribunal amplió su referida doctrina en materia de admisión del Recurso de Interpretación, mediante sentencia N° 708 de fecha 22 de mayo de 2002, en el sentido siguiente:

“... a fin de preservar la uniformidad de la interpretación de las leyes y la jurisprudencia; con fundamento en el derecho de acceso a la justicia, el cual permite que el ciudadano haga valer sus derechos y pueda obtener una tutela efectiva de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles, esta Sala considera que los requisitos requeridos para la admisión del recurso de interpretación legal deben ser los siguientes:

- 1.- *Tener legitimación para recurrir, es decir, que la parte solicitante demuestre un interés en la interpretación solicitada, y que dicha interpretación recaiga en un caso concreto.*
- 2.- *Que la interpretación solicitada sea de un texto legal, aún cuando el mismo no establezca expresamente la posibilidad de interpretarse.*
- 3.- *Que se precise en qué consiste el motivo de la interpretación, es decir, que la parte solicitante señale cuál es -a su juicio- la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones legales objeto de interpretación.*
- 4.- *Que esta Sala no se haya pronunciado en sentencias anteriores a la interposición del recurso sobre el punto, y en todo caso, que no sea necesario modificar el criterio sostenido.*
- 5.- *Que no se persiga con la interposición del recurso de interpretación legal, sustituir los recursos procesales existentes, u obtener una declaratoria con carácter de condena o constitutiva.*
- 6.- *Que no se acumule a la pretensión otro recurso o acción de naturaleza diferente, o acciones incompatibles, excluyentes o contradictorias.*
- 7.- *Que el objeto de la interpretación legal no sea el obtener una opinión previa del órgano jurisdiccional, para solución de un posterior conflicto bien sea entre particulares o entre éstos y los órganos públicos”.*

Como se puede observar, son siete (7) los requisitos establecidos por esta Sala Electoral para la admisibilidad de los Recursos de Interpretación, los cuales en el presente caso se analizan de la siguiente manera:

En cuanto a la legitimación para recurrir, observa esta Sala Electoral, que el recurrente - ANTONIO LEDEZMA DÍAZ - fundamenta su legitimación en su condición de Presidente del Partido Alianza Bravo Pueblo, situación que a juicio de esta Sala efectivamente evidencia interés en la interpretación solicitada; e igualmente observa la Sala que la interpretación requerida recae sobre un caso concreto, como lo constituye la posibilidad de los electores de acudir al Consejo Nacional Electoral a los fines de solicitar su exclusión inmediata del cómputo de las firmas, por lo que estima la Sala que se da por cumplido el primer requisito.

Respecto a la exigencia de que la interpretación solicitada sea de un texto legal, observa la Sala que la interpretación solicitada está referida a las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, contenidas en la Resolución número 030925-465 del 25 de septiembre de 2003, emanadas del Consejo Nacional Electoral, la cual es la única normativa vigente sobre la materia, dada la omisión legislativa al respecto, lo que a juicio de esta Sala da por cumplido este segundo requisito de admisibilidad.

En relación al tercer requisito, que exige en qué consiste el motivo de la interpretación y que, en tal sentido, la parte solicitante señale cuál es en su opinión la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones legales objeto de interpretación, observa esta Sala Electoral que el recurrente ha señalado como supuesta oscuridad o ambigüedad de las normas cuya interpretación solicita, el que podría entenderse de dicha norma que los ciudadanos cuyas firmas han sido calificadas como válidas dentro de un proceso de referendo revocatorio, en un acto de arrepentimiento pueden concurrir a reparos y solicitar la exclusión de su firma, con lo cual estima esta Sala cumplido este tercer requisito.

En cuanto al cuarto y quinto de los requisitos antes señalados, referidos a que no exista pronunciamiento previo de esta Sala Electoral sobre la interpretación que se está solicitando e igualmente que no se pretenda la sustitución de los recursos procesales existentes, observa esta Sala Electoral, que no ha existido pronunciamiento previo sobre la interpretación de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de

Elección Popular e igualmente que el procedimiento utilizado y la pretensión planteada están referidas a la interpretación de dichas normas, por lo que no hay sustitución de los recursos procesales existentes, por lo que, en consecuencia, da esta Sala por cumplidos igualmente estos dos requisitos.

Finalmente, en lo relativo a la exigencia de no acumulación de pretensiones o acciones incompatibles, excluyentes o contradictorias, así como que el objeto de la interpretación legal no sea el obtener una opinión previa del órgano jurisdiccional para solución de un posterior conflicto, observa la Sala que en el presente caso no se han acumulado pretensiones o acciones incompatibles, excluyentes o contradictorias, ni mucho menos se invoca el que se esté pretendiendo solucionar un conflicto posterior, razón por la cual da la Sala por cumplidos igualmente estos requisitos.

En razón de lo antes señalado considera esta Sala que se dio cumplimiento a los requisitos de admisibilidad para los Recursos de Interpretación, razón por la cual declara admisible el presente recurso. Así se decide.

Considera necesario señalar esta Sala Electoral, que si bien el presente recurso de interpretación fue planteado bajo el escenario del referéndum revocatorio presidencial celebrado en el año 2004, no es menos cierto que a la presente fecha no ha sido dictada por la Asamblea Nacional la Ley correspondiente sobre los procesos refrendarios, por lo que, en consecuencia, mantienen plena vigencia las NORMAS PARA REGULAR LOS REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR dictadas por el Consejo Nacional Electoral y, hasta tanto no surja ninguna nueva regulación sobre el particular las mismas son actualmente aplicables a cualquier proceso refrendario que pretenda realizarse en el escenario político venezolano. En virtud de ello, estima necesario esta Sala Electoral realizar la interpretación solicitada por el ciudadano Antonio Ledezma.

El requirente, en el petitorio de su escrito (folio cuatro), plantea que el artículo 31 de las NORMAS PARA REGULAR LOS REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR, amerita la interpretación de esta Sala, en lo atinente al “supuesto que expresa: ...Asimismo, el elector que alegue que no firmó la planilla, podrá acudir al Consejo Nacional Electoral a los fines de solicitar su exclusión inmediata del computo de las firmas.” Texto que efectivamente aparece en la parte in fine de la citada norma. (Negrillas del accionante)

Igualmente, el solicitante expone apreciaciones relativas a que el acto aludido en el último aparte del artículo 31 *ejusdem*, podría tratarse de un acto de sufragio, razón por la que debe ser ejercido de manera universal, directa y secreta, y en apoyo de lo cual, por una parte, cita la Ley Electoral de 1958, la Constitución de 1961, la Ley del Sufragio y Participación Política y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 63, porque en todos se preceptúa que el sufragio es universal, directo y secreto, y, por otra parte, se fundamenta en que en la norma objeto del recurso de interpretación, el redactor hizo uso del vocablo “elector”, queriendo decir con ello que “se trata de un proceso de elecciones, de lo contrario, no se hiciera referencia en las normas a los electores.” (Negrillas del accionante)

De manera que resulta básico, además de conveniente, para la adecuada exégesis del precepto invocado establecer la naturaleza del acto descrito en el artículo 31, *in fine*, de las NORMAS PARA REGULAR LOS REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR, para determinar a continuación si coincide o no con las características inherentes a la emisión del voto democrático reconocido por nuestra legislación: universal, directo y secreto.

El artículo 72 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, establece como requisitos para la revocatoria de los cargos de elección popular mediante la convocatoria de un referendo: que debe ser solicitado por un número no menor del veinte por ciento de electores y que dicha solicitud debe ocurrir transcurrida la mitad del período para el cual fue electo el funcionario objeto del mecanismo revocatorio. De forma tal que se pueden establecer dos etapas claramente diferenciadas una de la otra, que además tienen un orden en el tiempo que es de inexorable cumplimiento: la primera es la solicitud que debe también comprender la satisfacción de las condiciones exigidas por nuestra Magna Carta y la segunda, es la celebración del referendo. Necesariamente, la primera debe llevarse a cabo a cabalidad para que dé paso a la ejecución de la segunda.

Queda claro del requerimiento del ciudadano Antonio Ledezma Díaz, que el asunto se centra en una norma que atañe al primero de estos estadios: el de la solicitud, puesto que el artículo objeto del recurso, el Número 31 de las NORMAS PARA REGULAR LOS REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE ELECCIÓN POPULAR, versa sobre los reparos de las firmas de los convocantes que han sido objetadas por el Consejo Nacional Electoral.

Ahora, atañe al asunto, determinar si la firma de la convocatoria es un voto o no lo es. Todo indica que no lo es porque el voto no es revisable. En efecto, una vez que el sufragio es consignado en la urna -si fuese un proceso manual de votación- o en la máquina -si se tratase de un método automatizado- no hay manera de revisarlo. Caso contrario ocurre con la firma que se plasma en cualquier documento, porque siempre puede ser desconocida por el supuesto autor o revisada e impugnada por un tercero interesado.

En acatamiento de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de las NORMAS PARA REGULAR LOS PROCESOS DE REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR, el Consejo Nacional Electoral verifica si las firmas y datos son fidedignos (Artículo 28.4) y si no lo son se consideran inválidas (Artículo 29). Ahora bien, ya ocurrido el aludido control directo del órgano rector electoral, se pasa a una segunda fase en la cual, la norma en el caso de marras (artículo 31) convoca la participación de quienes alegan haber firmado o no (reparos), para que determinen si confirman cada uno de esos supuestos. De esta manera, el Consejo Nacional Electoral concluye una revisión exhaustiva de las firmas que solicitan la convocatoria del referendo con el objeto de determinar su legitimidad más allá de toda duda, esto es, que cada firma se corresponda con la de un ciudadano que actuó para expresar su voluntad de requerir a la máxima autoridad electoral del país la celebración del referendo pertinente.

Ciertamente, no es posible asignarle el carácter secreto a la toma de firmas para convocar el referendo ya que ello alejaría de manera determinante la posibilidad de examinarlas por persona alguna.

Por otra parte, dada la magnitud del número de firmas que se manejan en un evento de este tipo, no hay otra opción para llevar a cabo el control de la veracidad de las firmas que hacerlas públicas -preferible aunque no necesariamente- a través del señalamiento únicamente del número de la cédula de identidad. Recordemos que la recolección de firmas para los referendos en los dos eventos que se desarrollaron durante el año 2003 fueron gerenciados por partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, otras entidades de índole privada y personas naturales que procedieron de *motu proprio*. No había ninguna entidad del Estado que garantizase la pulcritud ni la exactitud en la toma de cada una de las muestras (firmas), lo que llevó necesariamente al control posterior que claramente estatuyó la norma en cuestión.

No perdemos de vista que los procesos electorales son hechos políticos complejos que suponen la expresión de una variedad de derechos ciudadanos, tales como constituir partidos y grupos electorales, hacer propaganda política directa o a través de los medios de comunicación, hacer reuniones y manifestaciones públicas y postular candidatos, pero porque tengan todos como objeto arribar al final a un acto de sufragio universal, directo y secreto, no podemos asumir que cualquiera de los primeros o todos ellos, pueden sustituir a este último.

Así las cosas, queda claro para esta Sala que objetivamente, a la luz de su manifestación física y la intención del consignante, no es equiparable el acto del sufragio con el de la recolección de firmas para la convocatoria de un referendo. Así se declara.

Alude también el peticionario, Antonio Ledezma Díaz, al uso de la voz “elector” que el redactor de la norma hizo, insinuando con ello que hay un factor subjetivo que incide de manera decisiva en la consideración de que se trata de un proceso de elecciones (más concretamente, quiso decir, un proceso de votaciones) y no de uno de recolección de firmas. En efecto, dice el accionante en el folio cuatro de su escrito: “...y se prueba por otra parte, que son válidos los argumentos sobre la naturaleza del sufragio, por cuanto se trata de un proceso de elecciones, de lo contrario, no se hiciera referencia en las normas a los electores.” (Negrillas del peticionario)

Ser “elector” es un atributo de la ciudadanía venezolana. (Solamente para las elecciones municipales puede votar un ciudadano extranjero). Entre ambos conceptos hay una relación de continente a contenido. Todo ciudadano venezolano es un “elector”. En consecuencia, siempre somos ciudadanos y electores. Somos ciudadanos porque tenemos la capacidad para ejercer derechos civiles y políticos y cumplir con deberes constitucionales y, somos electores activos (derecho político) cuando emitimos el voto manual o automatizado, consignándolo en una urna electoral o presionando una tecla en una máquina, así como somos electores pasivos (también un derecho político) cuando aceptamos la postulación para ejercer cargos de elección popular.

De manera que se requiere de un evento de sufragio en el cual participen candidatos previamente postulados y ciudadanos en disposición de depositar su voto, para que aflore la esencia y se convierta en acto un derecho que hasta ese momento solo es potencia, así, se necesita que todo venezolano que nace con la condición de ciudadano cumpla los dieciocho años para ejercer sus derechos civiles y políticos, porque es en ese momento que lo que fue potencia se convierte en acto, como seguramente lo expresaría el filósofo estagirita. (Emile Brehier, *Historia de la Filosofía*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1956. Tomo I, pp. 374 y ss. “La Metafísica de Aristóteles, Teoría de la Sustancia, Materia y Forma, Acto y Potencia”).

Trasladando el razonamiento del campo ontológico al ámbito forense, es lo que jurídicamente se conoce como la manifestación de la capacidad o la medida del ejercicio de nuestros derechos.

Todos somos ciudadanos y, en consecuencia, también electores, pero necesitamos cumplir dieciocho años para ejercer la ciudadanía; igualmente, se requiere de un proceso electoral para ser candidatos o para emitir el voto y, claro está, para actuar efectivamente como electores, en ambos casos.

Ahora bien, habiendo quedado establecido que el acto de recolección de firmas para convocar un referendo no es un acto de sufragio, mal puede deducirse que quien participa en el mismo es un elector en acto, cuando sólo lo es en potencia.

En efecto, si la convocatoria para un referendo cumple con los requisitos que exige el artículo 72 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, se activa el derecho a ser elector que todos poseemos, tanto para los que están de acuerdo con que se lleve a cabo el referendo, como para quienes no lo están y ahora, mediante el evento electoral de la votación en el referendo podrán emitir la opinión contraria.

He aquí otra notable diferencia porque el voto es universal, lo que significa que toda la ciudadanía con capacidad para votar (electores) puede participar, mientras que el acto de recolección de firmas es parcial, pues solamente acuden los que tienen interés en el objeto de la convocatoria a referendo.

Por otra parte, la intención de quien firma para la convocatoria de un referendo, pone en evidencia esa voluntad y no otra, puesto que, aunque podamos deducir que también tiene el deseo de revocar el mandato del funcionario para quien está pidiendo el referendo, necesario es entender que formalmente, tal hecho está *in pectore* y que solo podrá hacerse realidad cuando emita su voto en la oportunidad de la celebración del referendo. Más aun, en el inter regno podría cambiar de opinión y -llegado el momento de sufragar en el referendo-, expresarse de manera diametralmente contraria a la voluntad expuesta cuando firmó para la convocatoria.

De manera que el hecho de que el redactor de la norma utilice el término de “electores”, no autoriza para efectuar la inferencia según la cual la solicitud para convocar un referendo es igual al referendo mismo y, por vía de consecuencia, siendo ambos hechos electorales, la recolección de firmas es lo mismo que la consignación de los votos. Más bien, pareciera ser una fórmula de estilo de parte del Consejo Nacional Electoral para dirigirse a los ciudadanos que actúan dentro del ámbito de su esfera de competencia. Así como para los órganos de la administración pública es de estilo dirigirse a los “administrados” y para los tribunales de justicia aludir a quienes buscan en ellos solución a sus conflictos, hacerlo mediante los sustantivos de “demandante” y “demandado”. Así se declara.

Vistos los argumentos y razonamientos que anteceden, esta Sala concluye que el proceso de recolección de firmas para convocar un referendo no posee los atributos de un acto de sufragio por cuanto no es ni universal ni secreto. Así se declara.

Queda por establecer la naturaleza del acto de recolección de firmas para solicitar la convocatoria de un referendo. Porque si no se trata de un acto de sufragio, entonces ¿qué es?

El constituyente fijó los parámetros para que prosperase la convocatoria a referendo revocatorio en el artículo 72 de la CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA; uno de ellos es que hubiese transcurrido más de la mitad del período del mandato y el otro es que lo solicite un número no menor del veinte por ciento de ciudadanos con capacidad de elegir.

De manera que la intención de quienes promocionan el referendo es la conquista de adeptos que se manifiesten no solamente de palabra, sino que firmen una planilla que además contenga los datos que demuestran su ciudadanía y su capacidad para elegir, algo determinante porque no tendría sentido que firme la convocatoria un menor o un incapacitado políticamente por pena accesoria a la de presidio, si luego no podrá depositar su voto.

Más aun, la manera como se organizó la toma de muestras (firmas) durante tres días continuos, tanto para el oficialismo que pretendía la convocatoria de un referendo revocatorio para diputados, como para los grupos políticos que lo buscaba para el presidente de la República, significó –no solo que se procuraba un lapso lo suficientemente amplio como para que físicamente se pudiesen practicar las rúbricas en las planillas-, sino que esas setenta y dos horas se constituyeron en un período de intenso proselitismo político destinado a ganar

adherentes y según el cual la publicidad que se le daba al proceso por todos los medios de comunicación de masas y la propaganda de los interesados, proyectaba que cada firma que se estampaba era un efectivo avance para el objetivo previsto. Todo lo cual luce perfectamente normal, porque la firma al ser parcial y pública tiene un valor de prosélito que no tiene el voto, precisamente porque éste es universal y secreto.

Cuando por la televisión se muestran filas de ciudadanos que esperan para estampar su firma convocando un referendo y además explica el locutor que se espera una masiva participación, solo podemos entender que se trata de personas que van a expresarse en el único sentido de convocar el referendo; mientras que ocurriendo lo mismo en un evento de votaciones no hay manera de tener certeza en relación a cuál es la orientación de cada elector.

Esa columna de electores que aparece en la pantalla del noticiero televisivo, aguardando turno para votar no tiene valor propagandístico para ninguno de los bandos porque es universal y secreta, y -en consecuencia- carece de valor proselitista, porque es neutra. Ocurre todo lo contrario cuando un grupo de ciudadanos espera por su turno para firmar la planilla que solicita la convocatoria a referendo, porque se trata de un acto parcial y público, que se pronuncia de una sola manera y *per se* constituye una acción proselitista y si además es publicitado, se convierte en un acto de propaganda.

Incluso en los micromundos que forman parte de la vida cotidiana de los habitantes del país tenemos demostraciones de este aserto. Verbigracia: en las carteleras de los edificios de propiedad horizontal es común encontrar comunicaciones con solicitudes a la Junta de Condominio que exhiben las firmas de los requirentes, precisamente porque lo que valora la petición es la rúbrica de los *condomine*, además de que la publicidad propicia la aparición de nuevos adeptos.

Para Guillermo Cabanellas, proselitismo es el “celo, fervor o actividad tendiente a ganar adeptos, a hacer partidarios de una causa. Es el objeto de toda propaganda, para captar afiliados, y de toda campaña electoral para conseguir electores.” (Negrillas nuestras) (G. Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VI, Editorial Helista; p. 481).

Siendo el evento de la recolección de firmas para convocar un referendo revocatorio de mandato popular, además del cumplimiento de un requisito constitucional, una actividad tendiente a ganar adeptos y conseguir electores, necesario es concluir que estamos ante un hecho político de carácter proselitista, destinado a convocar voluntades para un fin determinado, en este caso, la celebración del referendo. Así se declara.

En virtud de lo anterior, concluye esta Sala que el artículo 31 de las NORMAS PARA REGULAR LOS PROCESOS DE REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR, versa sobre la segunda y última fase del control posterior para verificar la originalidad y legitimidad de las firmas que pretenden la convocatoria de un referendo revocatorio, así como que el evento de recolección de firmas no es un acto de sufragio, siendo más bien una manifestación de proselitismo político destinada a obtener la convocatoria a un referendo que si constituye un fenómeno político en el cual los electores se expresan de manera directa, universal y secreta.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Régimen del Poder Público Nacional.

A. Competencias del Poder Nacional: Coordinación tributaria

TSJ-SC (395)

13-3-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de la Ordenanza sobre los Principios, Parámetros y Limitaciones del Ejercicio de la Potestad Fiscal de los Municipios que integran al Distrito Metropolitano de Caracas.

La Sala suspende cautelarmente varios artículos de la Ordenanza sobre los Principios, Parámetros y Limitaciones del Ejercicio de la Potestad Fiscal de los Municipios que integran al Distrito Metropolitano de Caracas.

Verificada su competencia, la Sala encuentra que la acción incoada no se subsume en alguna de las causales de inadmisibilidad previstas en el quinto párrafo del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, razón por la cual la admite en cuanto ha lugar en derecho y, en consecuencia, ordena citar al Presidente del Cabildo Metropolitano, así como notificar del presente proceso al Fiscal General de la República. De igual forma, se ordena notificar a los terceros interesados, por medio de cartel que deberá ser publicado en un diario de circulación nacional y, por último, notifíquese también a la representación actora, todo de conformidad con el procedimiento establecido por esta Sala mediante sentencias nos 1645/2004 (caso: *Constitución Federal del Estado Falcón*) y 1238/2006 (caso: *Cámara Venezolana de Almacenes Generales y Depósito*). Así se decide.

En lo que se refiere a la petición cautelar deducida del libelo, debe observarse que la misma se dirige particularmente a obtener la suspensión de los artículos 16, 17, 22 y 24 de la ordenanza delatada en esta oportunidad, cuyo texto se transcribe a continuación:

“ Artículo 16: Las alícuotas o tipos impositivos de los tributos cuyo sujeto activo sea el Distrito Metropolitano de Caracas o los Municipios; Bolivariano Libertador del Distrito Capital, Sucre, Baruta, Chacao y El Hatillo del Estado Miranda, serán expresados en Unidades Tributarias (U.T) ’.

‘Artículo 17: La obligación del pago de los tributos por parte de los sujetos pasivos del Distrito Metropolitano de Caracas y de los Municipios que lo integran, solamente podrán ser condonados mediante ordenanza especial que a tales efectos sea sancionada por el Cabildo Metropolitano de Caracas, o por los respectivos Concejos Municipales de los Municipios que integran al Distrito Metropolitano de Caracas’.

El Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital y los Municipios Baruta, Chacao, El Hatillo y Sucre del Estado Miranda, remitirán al Cabildo del Distrito Metropolitano de Caracas, el anteproyecto de Ordenanza de remisión o condonación de deudas tributarias a los fines de someterlo a su debido estudio y emitir su opinión al respecto. Las ordenanzas de remisión o condonación de deudas tributarias deberán evaluar el impacto que dicha remisión o condonación ocasione sobre los ingresos tributarios del Distrito Metropolitano de Caracas, y los Municipios que lo conforman”.

‘Artículo 22: La Comisión de Armonización del Sistema Tributario del Distrito Metropolitano de Caracas, estará a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco miembros, uno de ellos designado por el Cabildo del Distrito Metropolitano de Caracas y el resto por la mayor autoridad del Servicio Metropolitano de Administración Tributaria de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas (SERMAT-ADMC), cuya función será establecer los principios, parámetros y limitaciones para el ejercicio de la potestad fiscal de los municipios que integran el Distrito Metropolitano de Caracas.

Parágrafo Único: Los miembros del Directorio deberán ser venezolanos, mayores de veinticinco (25) años de edad, de profesión abogado, economista, administrador, contador o licenciado en ciencias fiscales, con experiencia en el área tributaria municipal y preferiblemente con estudios de post-grado en la materia. La Comisión de Armonización del Sistema Tributario del Distrito Metropolitano de Caracas, deberá contar con los funcionarios y los recursos necesarios para el eficiente ejercicio de sus atribuciones.'

'Artículo 24: Previo a la sanción o reforma de ordenanzas de carácter tributario, tanto el Cabildo del Distrito Metropolitano de Caracas como los Concejos Municipales de los Municipios integrantes del Distrito Metropolitano de Caracas, deberán someter ante la Comisión de Armonización del Sistema Tributario del Distrito Metropolitano de Caracas, los anteproyectos de las referidas ordenanzas para que la Comisión evalúe el impacto económico y señale las medidas necesarias para el efectivo control fiscal, con el objeto de velar, asesorar y colaborar con el cabal cumplimiento de los principios, parámetros y limitaciones a la potestad fiscal establecidos en esta ordenanza.'

Con miras a verificar la existencia de los extremos de procedencia de esta clase de medidas de protección provisoria, la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 19, aparte décimo, le atribuye directamente –sin necesidad de acudir por remisión supletoria a la ley adjetiva civil- la facultad de acordar, previa solicitud de parte o aún 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”.

En relación con la referida disposición de la ley que rige las funciones de este Máximo Juzgado, la inveterada doctrina ha señalado (cfr. SC N° 1832/2004, caso: *Bernardo Weininger*) lo siguiente:

“...La norma hace suyo el primero de los requisitos de procedencia propios de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris). Además, y aunque no lo establezca con la misma claridad, exige el segundo de los requisitos inmanente a toda medida cautelar, como lo es la verificación del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (periculum in mora), desde que dispone que la cautela no tiene otra finalidad que la garantía de las resultas del juicio.

De allí que puede afirmarse que el juez dictará la medida preventiva cuando exista presunción del derecho que se reclama (fumus boni iuris) y riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (periculum in mora), si el solicitante acompañó un medio de prueba que constituya presunción grave de tales circunstancias, ya que, en función de la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares en este ámbito no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez que se verifique el cumplimiento de los requisitos que preceptúa la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas.

Tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que, si falta alguno de estos elementos, el juez no podría decretar la medida preventiva. En este orden de ideas, debe agregarse que, en materia de Derecho Público, 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 de intereses generales en un caso concreto...”

En el caso de autos, la Sala estima que la presunción de buen derecho que asiste a los reclamantes, se deduce del artículo 156.13 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según la cual es competencia del Poder Público Nacional la potestad de “La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial”, en concordancia con el artículo 183.1 *eiusdem*, conforme el cual corresponde a la Asamblea Nacional legislar en las materias de competencia del Poder Público Nacional.

En efecto, en su artículo 1, la ordenanza cuestionada en este juicio señala como su objeto regulatorio “establecer las normas aplicables para la armonización de los impuestos, tasas y contribuciones especiales, y la definición de los principios, parámetros y limitaciones del ejercicio de la potestad fiscal de los Municipios que integran al Distrito Metropolitano de Caracas”. De allí que, a criterio de la Sala, se encuentre lleno el referido extremo para el otorgamiento de la cautela.

En lo que atañe al *periculum in mora*, debe observarse que la ordenanza delatada tiene una directa incidencia en los ramos tributarios municipales, en la medida en que -como su denominación lo revela- pretende establecer los principios, parámetros y limitaciones de los tributos locales en las entidades municipales que integran al Distrito Metropolitano de Caracas. Asimismo, de conformidad con el artículo 30 de la misma ordenanza, la vigencia de la misma ocurrió a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Distrito Metropolitano* de Caracas, el 1º de marzo de 2006.

Por ello, dada la inmediata vinculación de los municipios afectados al contenido de tal ordenanza, considerando que su contenido puede repercutir en la recaudación de los ingresos provenientes de tributos que correspondan a tales entes político-territoriales menores, en la medida en que quedan obligados conforme su texto a modificar sus propios ordenamientos, en observancia de las pautas elaboradas por el legislativo metropolitano; la Sala encuentra también satisfecho el requisito del *periculum in mora*.

Ya por último, se observa que la medida decretada en modo alguno afecta el interés general, sino que -por el contrario- salvaguarda el mismo, si se estima que la preservación del marco regulatorio tributario municipal vigente en cada uno de los Municipios, incluso de aquellos que no demandaron la nulidad objeto de estos autos, no alteraría en modo alguno sus previsiones de recaudación y, en consecuencia, la prestación de los servicios públicos que les compete acometer.

Así las cosas, la Sala acuerda la medida cautelar de suspensión -con efectos *erga omnes*- de los artículos 16, 17, 22 y 24 de la Ordenanza sobre los Principios, Parámetros y Limitaciones del Ejercicio de la Potestad Fiscal de los Municipios que integran al Distrito Metropolitano de Caracas; suspensión que surtirá efectos a partir de la publicación del presente fallo, el cual deberá además publicarse en la *Gaceta del Distrito Metropolitano* de Caracas. Así se decide.

B. *El Poder Ejecutivo. La Administración Pública Nacional: Fuerza Armada Nacional*

TSJ-SPA (0307)

22-2-2007

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Rafael Enrique Quijada Hernández vs. Ministerio de la Defensa (hoy Ministerio del Poder Popular para la Defensa).

El Estado ha consagrado en las leyes aplicables a los militares, un régimen laboral distinto al aplicable al resto de los trabajadores de la Administración Pública, en atención a las funciones que cumple la Fuerza Armada Nacional, entre las cuales podemos mencionar la de garantizar la independencia y la soberanía de la nación, asegurar la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la defensa del ejercicio democrático de la voluntad popular.

Denuncian los apoderados judiciales del recurrente, que el acto administrativo N° 320301-0266 de fecha 5 de julio de 2004, que resolvió el recurso de reconsideración y confirmó el acto dictado por el Presidente de la Junta Administradora del Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas, mediante el cual se notifica a su poderdante los beneficios socio-económicos y orden de otorgamiento de pensión, de conformidad con lo establecido en la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Nacionales, como consecuencia de su pase a situación de retiro, incurre en *“falta de aplicación o errada interpretación”* de ciertas normas de rango legal, pues el cálculo de la asignación por antigüedad se efectuó siguiendo las disposiciones de los artículos 21 y 17, literal “g”, de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Nacionales, cuando -a su decir- debieron aplicarse las previsiones contenidas en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con los artículos 7, 59, 60, 113 y 146 de la misma Ley, por ser el régimen de prestaciones de antigüedad de la normativa laboral más benigno para su representado.

Respecto al anterior alegato, aprecia la Sala que éste se traduce en lo que se ha denominado vicio de falso supuesto de derecho. En efecto, alegan los representantes del actor, que para el cálculo de la asignación de antigüedad de su mandante, se aplicó una normativa errónea violándose con tal proceder los derechos y garantías sociales de su representado, previstos en los artículos 88 y 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues -a su juicio- lo procedente *“era aplicar toda la normativa prevista en la Ley Orgánica del Trabajo, o en su defecto, (...) lo dispuesto en el Decreto-Ley sobre el Estatuto de la Función Pública (...), y cancelar la ANTIGÜEDAD conforme a los principios establecidos en cualesquiera de éstos (sic) textos legales”*.

En relación al vicio de falso supuesto, esta Sala ha establecido en reiteradas oportunidades que éste se configura de dos maneras: la primera de ellas, cuando la Administración al dictar un acto administrativo, fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o no relacionados con el o los asuntos objeto de decisión, casos en los que se incurre en el vicio de falso supuesto de hecho; el segundo supuesto se presenta cuando los hechos que dan origen a la decisión administrativa existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero la Administración al dictar el acto los subsume en una norma errónea o inexistente en el universo normativo para fundamentarlo, lo cual incide decisivamente en la esfera de los derechos subjetivos del administrado, en estos casos se está en presencia de un falso supuesto de derecho que acarrearía la anulabilidad del acto.

En el caso de autos la Sala observa que ha sido denunciado un vicio de falso supuesto de derecho, pues el actor sostiene que es errónea la aplicación del régimen de leyes especiales que rigen a la Fuerza Armada Nacional, para el cálculo de la asignación de antigüedad que corresponde a los oficiales que pasen a situación de retiro, por haber cumplido el tiempo de servicio de treinta (30) años, siendo lo correcto aplicar el régimen de la Ley Orgánica del Trabajo.

En atención a este alegato, la Sala observa: Ciertamente el régimen de las asignaciones de antigüedad y fideicomiso previsto en la Sección Quinta del Capítulo II de Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Nacionales es distinto al contemplado en el Capítulo VI del Título II de la Ley Orgánica del Trabajo, cuya aplicación solicita el recurrente por considerarla más beneficiosa.

No obstante, el artículo 7 de la Ley Orgánica del Trabajo, dispone lo siguiente:

“Artículo 7.- No estarán comprendidos en las disposiciones de esta Ley los miembros de los cuerpos armados, pero las autoridades respectivas, dentro de sus atribuciones, establecerán, por vía reglamentaria, los beneficios de que deberá gozar el personal que allí presta

servicios, los cuales no serán inferiores a los de los trabajadores regidos por esta Ley en cuanto sea compatible con la índole de sus funciones.

Se entenderá por cuerpos armados los que integran las Fuerzas Armadas Nacionales, los servicios policiales y los demás que están vinculados a la defensa y la seguridad de la nación y al mantenimiento del orden público.” (sic).

De la norma anteriormente trascrita se colige que, de manera precisa, el legislador ha excluido a los miembros de los cuerpos armados (entre los cuales se encuentra la Fuerza Armada Nacional) de las disposiciones de la Ley rectora de las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social; sin embargo, también ha dispuesto que los beneficios que deberán gozar los señalados miembros, no serán inferiores a los de los trabajadores regidos por esa Ley en cuanto sea compatible con la índole de sus labores.

Ahora bien, para determinar cuáles son los beneficios y condiciones laborales “incompatibles” con la índole de las funciones de los cuerpos armados, se hace necesario traer a colación el contenido del artículo 2 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, que establece textualmente:

“Artículo 2.- Miembros de los cuerpos armados. Los miembros de los cuerpos armados, en los términos del artículo 7 de la Ley Orgánica del Trabajo, estarán sometidos al régimen promulgado por la autoridad respectiva.

En ausencia del referido régimen especial, los miembros de los cuerpos armados gozarán de los beneficios previstos en la Ley Orgánica del Trabajo y el presente Reglamento, en cuanto no fueren incompatibles con la índole de sus labores.

Parágrafo Único: Sin perjuicio de la facultad que asiste a las respectivas autoridades en ejercicio de su función normativa, se estimarán incompatibles con la índole de las labores propias de los cuerpos armados, los beneficios y condiciones de trabajo contemplados en los Capítulos VI y VII del Título II de la Ley Orgánica del Trabajo y en sus Títulos IV, VII y X”. (Destacado de la Sala).

Al concatenar las normas laborales antes transcritas se puede concluir que existen materias reguladas en la Ley Orgánica del Trabajo que el legislador por vía reglamentaria ha catalogado de “incompatibles” o incongruentes con la peculiar naturaleza de las labores propias de los cuerpos armados, entre las cuales se enumeran: el derecho colectivo del trabajo, la representación de los trabajadores en la gestión, higiene y seguridad en el trabajo, estabilidad en el trabajo y la terminación de la relación de trabajo.

Tal incompatibilidad encuentra su justificativo en la obediencia y disciplina vertical que caracteriza el funcionamiento de la Fuerza Armada Nacional y su función trascendental como expresión directa del poder coactivo del Estado. Esto explica por ejemplo que los efectivos militares no puedan disponer de la protección y del poder de negociación colectiva derivados de la legislación del trabajo, como tampoco pueda garantizárseles el no ser expuestos, eventualmente, a la acción de agentes físicos, condiciones ergonómicas adversas y otros riesgos que pudieran suscitarse en las labores de resguardo de la seguridad y defensa de la Nación.

En idéntico sentido, estima esta Sala Político-Administrativa que el Estado ha consagrado en las leyes aplicables a los militares, un régimen laboral distinto al aplicable al resto de los trabajadores de la Administración Pública, en atención a las funciones que cumple la Fuerza Armada Nacional, entre las cuales podemos mencionar la de garantizar la independencia y la soberanía de la nación, asegurar la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la defensa del ejercicio democrático de la voluntad popular.

Asimismo, la inteligencia de la norma reglamentaria precedentemente transcrita, no ha estimado como compatibles la terminación de la relación de laboral prevista para el común de los trabajadores con la de los miembros de la Fuerza Armada Nacional, por la cualidad de los efectivos castrenses y por su particular vinculación con el Estado; e incluso, deja incólume la potestad de las autoridades superiores de esos cuerpos armados de disponer por vía de su propio reglamento los beneficios mínimos de su personal, como ocurre en otros ámbitos de la Administración Pública Nacional.

Precisamente, el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, relativo al derecho de prestación de antigüedad del trabajador y su fideicomiso, cuya aplicación por vía supletoria pretende el recurrente, está incardinado en el Título II, Capítulo VI, de la mencionada Ley, **supuesto específico de incompatibilidad** con las funciones de la Fuerza Armada, a tenor del artículo 2 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo antes citado.

Al ser así, y tomando en cuenta que el recurrente para el momento de su pase a situación de retiro por tiempo de servicio cumplido, formaba parte del personal de oficiales de las Fuerzas Armadas Nacionales, desempeñándose como Coronel de la Aviación; debe concluirse que el régimen aplicable para el cálculo de su prestación por antigüedad, no es otro que el consagrado en el artículo 21 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Nacionales, tal como acertadamente lo hizo el Presidente de la Junta Administradora del Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas Nacionales en el acto administrativo recurrido.

2. *El Poder Judicial*

A. *La administración de justicia: Notoriedad judicial*

TSJ-SPA (0161)

31-1-2007

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Banco Provincial, S.A. Banco Universal vs. República Bolivariana de Venezuela.

En virtud de la notoriedad judicial cualquier tribunal tiene la facultad de indagar en sus archivos o conocer la existencia de decisiones de otros tribunales de la República.

...La notoriedad judicial consiste en aquellos hechos conocidos por el juez en ejercicio de sus funciones, hechos que no pertenecen a su saber privado, ya que él no los adquiere como particular, sino como juez dentro de la esfera de sus funciones. Es por ello que los jueces, normalmente, hacen citas de la doctrina contenida en la jurisprudencia, sin necesidad de traer a los autos copias (aun simples) de las sentencias, bastando para ello indicar sus datos. Suele decirse que como esos aportes jurisprudenciales no responden a cuestiones fácticas, ellos no forman parte del mundo de la prueba, lo que es cierto, y por lo tanto, no se hace necesario consignar en el mundo del expediente, copia del fallo invocado.

En Venezuela funciona la notoriedad judicial, y ella -que atiende a una realidad- no puede quedar circunscrita a los casos expresamente contemplados en la ley, ya que tiene presente una situación más general, esta es, que el juez, por su cargo, conoce de una serie de hechos que tienen lugar en el tribunal donde ejerce sus funciones, y que le permiten conocer qué juicios cursan en su tribunal, cuáles sentencias se han dictado, y cuál es su contenido; identificar a los abogados que representan a las partes y otros hechos semejantes. La situación es aún más clara cuando los fallos tienen efectos *erga omnes*, y el juez debido a esos efectos, si conoce la decisión, se ve en lo personal atado al contenido de la determinación judicial. (Ver sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 150 de fecha 24-03-00).

Entonces, por notoriedad judicial cualquier tribunal o esta Sala, en el presente caso, tiene la facultad de indagar en sus archivos o conocer la existencia de decisiones de otras Salas de este Alto Tribunal o de otros tribunales de la República, a través de nuestro medio de difusión en Internet (www.tsj.gov.ve), novedosa herramienta tecnológica a disposición de todos los Magistrados, jueces, abogados y del colectivo en general; que se hayan dictado y que sean conexas a la controversia; en virtud de que se trata de aquellos conocimientos los cuales puede adquirir el tribunal, sin necesidad de instancia de las partes, en su archivo, en las causas que los contienen o en nuestro portal en Internet.

Estos conocimientos son de uso facultativo del juez, ya que ninguna ley lo obliga a tener que hurgar en cada caso, si existe o no una sentencia dictada por alguna de las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia (Ver sentencias de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal N° 3659 de fecha 06-12-05 y N° 988 de fecha 11-05-06).

B. *Gobierno y Administración del Poder Judicial: Órganos*

TSJ-SPA (0463)

21-3-2007

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Heriberto Durán Ortiz vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

Cuando el retiro de un juez se origina en una causa disciplinaria, la competencia para conocer de dicho asunto corresponde a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial; mientras que si lo decidido se circunscribe a dejar sin efecto la designación del juez con carácter provisorio, será en cambio la Comisión Judicial por delegación de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, la encargada de resolver dicho asunto.

Determinado lo anterior, esto es, la aplicación al caso concreto de las Normas de Evaluación y Concurso de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial, debe igualmente la Sala pronunciarse sobre el alegato concerniente a la supuesta falta de competencia de la Comisión Judicial, para dejar sin efecto su designación como Juez Provisorio, toda vez que a juicio de la parte recurrente, dicha competencia se encontraría atribuida a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Al respecto, se ha dejado sentado en casos precedentes, que a diferencia de lo que establecía la Constitución de 1961, el Texto Fundamental vigente le atribuye a este Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, no sólo la función jurisdiccional que le es propia, sino además, la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República e incluso, la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del resto del Poder Judicial.

Quiso de este modo el Constituyente descargar esta importante y amplia tarea en el Máximo Tribunal del país, estableciendo en el artículo 267 del texto constitucional, como un medio para conseguir tales fines, la creación de un nuevo órgano denominado Dirección Ejecutiva de la Magistratura, a través del cual se llevaría a cabo, por delegación, todo aquello que le fuera asignado.

Mediante la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.014 del 15 de agosto de 2000, específicamente en su artículo 1°, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, le dio forma a este órgano de

rango constitucional con la finalidad de que ejerciera las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial; pero además, en el mismo instrumento normativo, dio creación de su propio seno a la Comisión Judicial, órgano integrado por un magistrado de cada Sala y dependiente directamente del Tribunal Supremo de Justicia, el cual actuaría también por delegación, en todas aquellas funciones administrativas de control y supervisión conferidas, así como cualquier otra establecida en la normativa antes señalada y que, por supuesto, no involucrase en nada la función jurisdiccional.

Debe interpretarse entonces que paralelamente a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, nace la Comisión Judicial con el objeto de tomar parte también, mediante la figura de la delegación, en la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial que en principio corresponde asumir, por mandato constitucional, al Tribunal Supremo de Justicia en pleno. Es decir, coexisten dos órganos que cumplen funciones específicas en materia administrativa, asignadas en un principio por la normativa publicada en el año 2000 y en la actualidad, atribuidas y modificadas algunas de ellas, por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Significa que aun cuando podría pensarse en la Comisión Judicial como un ente distinto e independiente del Máximo Tribunal de la República, es claro que no es más que la representación abreviada de la totalidad de los miembros que componen el Tribunal Supremo de Justicia, al punto que como en líneas anteriores se señaló, se encuentra integrada por un magistrado de cada una de las salas que conforman la máxima instancia jurisdiccional y es presidida por el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, tal como lo dispone el artículo 26 de la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, que ha servido de fundamento jurídico a este nuevo órgano.

En definitiva y sin menoscabo de la indiscutible participación de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, órgano de rango constitucional con carácter auxiliar en la descrita normativa y hoy modificada su estructura por la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, al mencionar que se trata de un órgano dependiente jerárquica y funcionalmente del Tribunal Supremo de Justicia no cabe duda de la legitimidad de la Comisión Judicial para actuar por delegación en las tareas que le sean asignadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, dentro del amplio espectro que conlleva la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial.

Así, la Comisión Judicial tiene amplias posibilidades de actuación en todo aquello que, sin ser atribución específica de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, considere el Máximo Tribunal como una tarea directa que le delegue y pueda eventualmente ser desarrollada por el cuerpo que ha sido creado para actuar en su representación, entre las cuales se encuentra, el tema del ingreso y permanencia de los jueces dentro del Poder Judicial.

Ahora bien, a los fines de esclarecer los límites de la competencia, particularmente en lo que se refiere a la separación de un funcionario del Poder Judicial, es básico hacer diferencia entre el retiro que se origina en una causa disciplinaria y cuando, por el contrario, tiene lugar mediante un acto de remoción, el cual es equivalente a dejar sin efecto su designación.

En el primero de los mencionados supuestos, es decir, cuando el retiro se origina en una causa disciplinaria, esta Sala ha sostenido de forma pacífica y reiterada que la competencia para conocer de dicho asunto corresponde a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial; mientras que si lo decidido se circunscribe a dejar sin efecto la designación del juez con carácter provisorio, será en cambio la Comisión Judicial por delegación de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, la encargada de resolver dicho asunto.

De manera que, en consideración a las premisas expuestas y visto que en el caso analizado, tal como se desprende del acto recurrido, lo resuelto por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia consistió en dejar sin efecto la designación del accionante en el cargo de Juez Provisorio que para la fecha desempeñaba, lo cual, como se señaló en las líneas que anteceden, equivale a su remoción, resulta claro que el órgano competente para decidir dicho asunto sí era la referida Comisión Judicial y no así la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como lo pretendió el accionante, con lo cual resulta improcedente el alegato de incompetencia que en este sentido se formuló, así como la supuesta violación a la garantía del juez natural. Así se declara.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente y la alegada ausencia de procedimiento, se observa que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que debe tenerse en cuenta, no sólo la distinta naturaleza de los órganos a cargo de cada una de las tareas, sino además, el mecanismo empleado para la separación de un funcionario del Poder Judicial, es decir, lo relativo al debido proceso. De tal manera, que toda sanción disciplinaria contemplada en la Ley de Carrera Judicial, necesariamente deberá estar precedida por el procedimiento administrativo correspondiente, sea que se trate de un funcionario de carrera o de un funcionario de libre nombramiento y remoción; mientras que cuando lo que se persigue es la remoción de un juez cuyo nombramiento ha sido efectuado de forma provisional, el acto administrativo que determine su separación del cargo, no tiene que ser sometido a procedimiento administrativo alguno, por cuanto la garantía de estabilidad del juez, y por consiguiente, el derecho a ser sometido al procedimiento respectivo, se obtienen con el concurso de oposición que instituyó el Texto Constitucional en su artículo 255, como una exigencia indispensable para acceder al cargo de juez con carácter de titular o juez de carrera, estabilidad ésta que no poseen los jueces provisorios.

La Sala aprecia que en este último caso, cuando el funcionario goza de titularidad tendría siempre el derecho a ser sometido al procedimiento administrativo correspondiente y no podría la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia decidir su remoción en ningún caso, pues se insiste, la garantía de estabilidad se la otorga el haber resultado vencedor en el concurso provisto al efecto.

En consecuencia, la Sala observa que la situación del ciudadano Heriberto Durán Ortíz, se ubica en la posición de quien ha ingresado al Poder Judicial de manera temporal y provisorio y sujeta por tanto su estabilidad al concurso de oposición respectivo; por consiguiente, la acción ejercida por el recurrente carece de fundamento jurídico sustentable, por cuanto fue designado directamente por el extinto Consejo de la Judicatura, como Juez Provisorio del Juzgado de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

En tal sentido, esta Sala considera que al haber sido designado directamente sin que mediara concurso de oposición alguno, la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, que entre las funciones del extinto Consejo de la Judicatura asumió la de los nombramientos de los Jueces Titulares, Provisorios o Temporales, también tiene la función, en caso de los funcionarios últimamente mencionados, a dejar sin efecto sus nombramientos, sin la exigencia de someterlos a un procedimiento administrativo previo, ni la obligación de motivar o dar razones específicas y legales de su remoción. De tal manera, que en este caso, por una parte, no se le ha atribuido al juez removido falta disciplinaria alguna y por la otra, su estabilidad siempre estaría sujeta a que concursara para ganar la titularidad del cargo, circunstancia que no ha sido verificada en el caso del recurrente y en consecuencia, la Sala considera que no se le ha violado el derecho a la defensa y al debido proceso alegado. Así se declara.

Por tales razones, esta Sala desestima por infundados los argumentos expuestos por la parte recurrente y en consecuencia, encuentra ajustado a derecho el acto administrativo emanado de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

C. *Régimen de los Jueces: Inhibición*

CSCA

22-2-2007

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Napoleón Jesús Franco Maimone vs. Asamblea Nacional.

Visto lo anterior, corresponde al Vicepresidente de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Juez Alexis José Crespo Daza, de conformidad con lo dispuesto en los apartes 1 y 2 del artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, decidir la inhibición presentada por el Juez Presidente Emilio Antonio Ramos González.

Ahora bien, según lo previsto en la norma antes señalada, esta incidencia se encuentra sujeta a las reglas que dispone el Código de Procedimiento Civil, el cual enuncia taxativamente las causas de recusación aplicables a los funcionarios judiciales, de manera que el funcionario está obligado a declarar su incapacidad para conocer del asunto, cuando considere estar incurso en una de las causales previstas en el artículo 82 del referido Código. De tal manera que, se define la inhibición, como la abstención voluntaria que realiza un funcionario en el conocimiento de una causa, en razón de motivos subjetivos por los cuales se encuentra incapacitado para desempeñar imparcialmente su función en determinada controversia.

En tal sentido, se observa que en fecha 22 de noviembre de 2006, el Juez Presidente Emilio Ramos González, se inhibió de conocer la presente causa, fundamentándose en lo siguiente:

“(…) Conforme a lo establecido en el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión de segundo grado, según lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley del Estatuto de la Función Pública en concordancia con el artículo 22 del Código de Procedimiento Civil, declaro que tengo imposibilidad para conocer de la causa (…) ello por encontrarme incurso en las causales de recusación previstas en el artículo 82, ordinales 9° y 14° del Código de Procedimiento Civil, toda vez que presté mi patrocinio a favor de una de las partes del presente proceso (…) así mismo preste mis servicios como Director de Recursos Humanos en el organismo público (*sic*) querellado”. (Resaltado de esta Corte).

Ello así, de la revisión del presente expediente se verifica que la presente causa fue decidida en fecha 22 de febrero de 2006, declarándose “(…) DESISTIDA la apelación (…) y DEFINITIVAMENTE FIRME el fallo del quo”. (Resaltado de esta Corte)

Al respecto, este Juzgador estima que, estando la presente causa decidida en segunda instancia y no existiendo aspectos que dirimir en el caso tratado, se estima que, en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que comprende el derecho de toda persona de obtener una justicia sin dilaciones indebidas, esta Vicepresidencia debe declarar improcedente la inhibición presentada por el Juez Presidente Emilio Antonio Ramos González. Así se decide.

D. *Jurisdicción y Competencia: Conflicto de Competencia*

TSJ-SPA (0016)

10-1-2007

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Freddy Rafael González Rodríguez vs. Junta Parroquial Cecilio Acosta del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda.

Debe esta Sala establecer en primer término, su competencia para resolver el conflicto negativo planteado y en tal sentido los artículos 70 y 71 del Código de Procedimiento Civil, señalan:

“Artículo 70. Cuando la sentencia declare la incompetencia del Juez que previno, por razón de la materia o por el territorio en los casos indicados en el artículo 47, si el Juez o Tribunal que haya de suplirle se considerare a su vez incompetente, solicitará de oficio la regulación de la competencia”.

“Artículo 71. La solicitud de regulación de la competencia se propondrá ante el Juez que se haya pronunciado sobre la competencia, aún en los casos de los artículos 51 y 61, expresándose las razones o fundamentos que se alegan. El Juez remitirá inmediatamente copia de la solicitud al Tribunal Superior de la Circunscripción para que decida la regulación. En los casos del artículo 70, dicha copia se remitirá a la Corte Suprema de Justicia si no hubiere un Tribunal Superior común a ambos jueces en la Circunscripción...”. (Subrayado de la Sala).

Asimismo el numeral 51 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, dispone lo siguiente:

“Artículo 5. Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República: (...omissis...). 51. Decidir los conflictos de competencia entre tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior y común a ellos en el orden jerárquico, remitiéndolo a la Sala que sea afín con la materia y naturaleza del asunto debatido”.

Ahora bien, antes de emitir un pronunciamiento sobre el conflicto de competencia planteado, esta Sala debe precisar que mediante decisión de fecha 11 de marzo de 2005, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, se declaró incompetente para conocer de la presente demanda, declinando la competencia en el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, quien por decisión del 4 de mayo de 2005, también se declaró incompetente, y declinó la competencia en un Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Posteriormente, el Tribunal Trigésimo Quinto de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, por decisión del 8 de agosto de 2006, se declaró incompetente “*por razón del territorio*”, declinando la competencia en el Juzgado Tercero de Sustanciación, Mediación y Ejecución de Juzgado Tercero de Sustanciación, Mediación y Ejecución de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, el cual mediante decisión del 3 de octubre de 2006, ordenó remitir el expediente al Juzgado Superior Primero del Trabajo de esa Circunscripción Judicial, quien finalmente ordenó su remisión a esta Sala.

Al respecto es necesario destacar que el citado artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, impone al órgano jurisdiccional al cual fue declinada inicialmente la competencia, en caso de que se considere a su vez incompetente, la obligación de solicitar de oficio la regulación en los términos establecidos en la Ley.

En el presente caso, el conflicto de competencia debió plantearse por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, razón por la cual este no debió haber remitido el expediente al Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por lo que debe advertirse a la Jueza María Elena Márquez de Lugo evitar incurrir en errores como el de autos, que van en detrimento de la buena administración de justicia.

Señalado lo anterior, pasa la Sala a decidir la regulación de competencia planteada y, al efecto observa:

En el caso de autos se planteó un conflicto negativo de competencia entre Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda y el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, por tanto, esta Sala Político-Administrativa, actuando como cúspide de la jurisdicción contencioso-administrativa, y visto que uno de los tribunales involucrados forma parte de esta jurisdicción, se declara competente para conocer el conflicto planteado. Así se decide.

E. *Tribunal Supremo de Justicia. Sala Plena: Competencia para la resolución de los conflictos de competencia entre Tribunales de diferentes Jurisdicciones*

TSJ-SP (1)

1-3-2007

Magistrado Ponente: Antonio Ramírez Jiménez

Caso: PDVSA PETRÓLEO S.A.

La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia confirma la jurisprudencia existente referente a su competencia para conocer de los Conflictos de Competencia entre Tribunales de diferentes Jurisdicciones.

Bajo la vigencia de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, del 30 de julio de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 1.893 de la misma fecha, en la disposición contenida en el numeral 21 del artículo 42 y artículo 43 *eiusdem*, se atribuía competencia a la Sala de Casación Civil, para dirimir los conflictos de competencia entre tribunales, fueran ordinarios o especiales, cuando no existiera otro tribunal superior y común a ellos en el orden jerárquico.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el 20 de mayo de 2004, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.942 de la misma fecha, de conformidad con lo establecido en el numeral 51 de su artículo 5, corresponde a este Alto Tribunal, en la Sala que tenga competencia afín con la materia y naturaleza del asunto debatido, decidir los conflictos de competencia entre tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior y común a ellos en el orden jerárquico.

Todo lo anterior significa que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, atribuyó competencia para conocer de los conflictos de competencia a todas las Salas que integran el Máximo Tribunal, siempre y cuando las mismas tengan afinidad con la materia debatida; sin embargo, dicha ley no resolvió la atribución de competencia a una Sala determinada o específica, cuando los conflictos de competencia se susciten entre tribunales de diferentes jurisdicciones, sin un superior común en el orden jerárquico, por lo que en tales casos, la doctrina de esta Sala Plena, estableció que siendo la regulación de competencia una institución procesal, se consideraba que para su conocimiento y decisión resultaba afín la Sala de Casación Civil de este Supremo Tribunal.

En demostración de lo anterior, esta Sala Plena, en sentencia N° 30, de fecha 25 de julio de 2001, expediente N° AA10-L-2001-000030, caso: *José Valentín Soria y otros, contra la Línea Unión San Diego*, estableció el siguiente criterio:

“...En consecuencia, estima la Sala que, en respeto al principio de especialidad que, como se ha señalado, determina la distribución de las competencias entre las Salas de este Supremo Tribunal, y en aplicación directa e inmediata de la norma contenida en el citado artículo 262 de la Constitución, los conflictos de competencia entre tribunales, ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior y común a ellos en el orden jerárquico, deberán ser decididos por este Tribunal Supremo de Justicia, en la Sala que tenga asignada la competencia afín con las materias que definen el ámbito de conocimiento de los tribunales en conflicto, siempre que dichas materias se comprendan en ámbito de la competencia de una misma Sala. **Pero cuando se trate, como en el caso de autos, de conflictos entre tribunales con competencia sobre materias diversas que corresponden, también, a distintas Salas de este Supremo Tribunal, deberá decidir dicho conflicto la Sala de Casación Civil, debido a que, fuera del ámbito de una precisa materia jurisdiccional, el conflicto de competencias entre los órganos del Poder Judicial, se erige como un asunto, fundamentalmente, de Derecho Adjetivo, v. concretamente, de definición del alcance preciso de las atribuciones legalmente otorgadas a cada órgano jurisdiccional -sin que ello implique, por supuesto, obviar el análisis de la materia debatida, lo cual, a estos fines, debe realizarse tan sólo para determinar a qué ámbito material de competencias jurisdiccionales corresponde la controversia planteada-; en virtud de lo cual, estima la Sala, que tales determinaciones son afines con la materia propia de la Sala de Casación Civil, a la cual debe corresponder la regulación de la competencia en estos casos...**”
(Resaltado de la Sala).

Posteriormente, el anterior criterio fue abandonado por esta Sala Plena, al apartarse del que aludía a la afinidad de la naturaleza de la solicitud de regulación de competencia, señalando que es ella la más apropiada para resolver los conflictos de competencia entre tribunales de distintas jurisdicciones, sin un superior común, no sólo por tener atribuida la competencia afín con todas las materias, sino por estar conformada por Magistrados de todos los ámbitos competenciales, lo cual le permite analizar de mejor manera y desde diferentes puntos de vista a cuál órgano jurisdiccional le corresponde el conocimiento de una causa en la que haya duda sobre cuál juzgado deba conocerla en cuanto a la competencia en razón de la materia.

En efecto, mediante sentencia N° 24 dictada por esta Sala Plena en fecha 22 de septiembre de 2004, publicada el 26 de octubre del mismo año, se expresó lo siguiente:

“...Como puede observarse, en la norma transcrita todas las Salas de este máximo tribunal tienen atribuida competencia para decidir los conflictos de competencia de los tribunales, en el caso de que no exista otro tribunal superior y común a ellos. En este sentido, resulta competente esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia para conocer de la presente causa, toda vez que justamente el conflicto planteado versa en torno a cual es la materia objeto del proceso, ya que se presenta un conflicto negativo de competencia, en este caso entre tribunales con competencia agraria y tribunales con competencia civil, que no han asumido el conocimiento de la presente causa en tanto que ambos se consideran incompetentes para decidirlo. Consecuencia de lo anterior, es que establecer cuál es la Sala afín con la materia significaría determinar el fondo del asunto debatido en esta instancia, que no es otro que determinar la competencia según la materia para conocer del presente caso...”

Así las cosas, debe esta Sala asumir la competencia a fin de establecer cuál es el tribunal competente para conocer de la demanda, especialmente porque es la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia la más apropiada para resolver los conflictos de competencia entre tribunales de distintas ‘jurisdicciones’ sin un superior común, no sólo por tener atribuida esta Sala la competencia, ya que todas las Salas la tienen, sino especialmente en razón de su composición, ya que reúne a los magistrados de todos los ámbitos

competenciales, lo que permite en esta instancia analizar de mejor manera y desde todos los puntos de vista, a qué tribunal debe corresponder conocer de una causa en la que haya duda sobre cuál juzgado deba conocerla en cuanto a la competencia por la materia. Así se declara...”.

En atención al criterio precedentemente expuesto, se impone para esta Sala Plena, sin más consideraciones, asumir la competencia para conocer en el presente caso del conflicto negativo de competencia planteado. Así se declara...” (Negrillas y cursivas del texto).

El anterior criterio fue reiterado, entre otras decisiones, por la de fecha 17 de enero de 2006, Expediente N° 2004-0040, caso *José Miguel Zambrano Vásquez*.

En acatamiento a los mencionados criterios jurisprudenciales, se concluye que habiéndose planteado un conflicto de no conocer entre un tribunal de la jurisdicción civil y otro de la jurisdicción laboral, sin que exista un tribunal superior común a ambos en el orden jerárquico, corresponde conocer a esta Sala Plena la resolución del conflicto de competencia suscitado, en tal razón asume la competencia a los fines de dilucidar a cuál de los órganos jurisdiccionales en conflicto corresponde conocer y decidir el presente juicio por cumplimiento de contrato de arrendamiento. Así se decide.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. Régimen de los Servicios Públicos

CSCA

2-3-2007

Juez Ponente: Alexis José Crespo Daza

Caso: Aero Link Internacional, S.A. vs. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía e Instituto Nacional de Aviación Civil.

La gestión indirecta del servicio público no implica de ninguna manera la transformación del mismo en un servicio privado, por el contrario el Poder Público mantiene su titularidad, obteniendo cada uno de los sujetos intervinientes en la concesión un provecho de la misma.

Corresponde a esta Corte pronunciarse respecto a la acción de amparo constitucional interpuesta, para lo cual previamente conviene realizar ciertas precisiones en torno a la institución jurídica del servicio público, a este respecto, vale acotar que alude a aquellas prestaciones que se dirigen a la satisfacción de necesidades generales o colectivas, reservada por ley su titularidad a una persona jurídica de derecho público, mediante su calificación de tal, en razón de lo cual los particulares no pueden desarrollarlas “libremente”, quienes sólo pueden intervenir mediante el otorgamiento previo de títulos habilitantes.

La sola declaración de una actividad como servicio público no implica que el derecho a realizarla sea exclusivo del Estado, ya que ello sólo envuelve la posibilidad para que la Administración establezca limitaciones o regulaciones a la actividad de que se trate, en razón del interés general tutelado, pudiendo prestar él mismo de manera directa dicha actividad prestacional, o indirectamente mediante una concesión otorgando la prestación del servicio público a un particular (persona natural o jurídica), estableciéndose de tal modo una relación de colaboración Estado-Particular.

Así pues, es de señalar que la gestión indirecta del servicio público no implica de ninguna manera la transformación del mismo en un servicio privado, por el contrario el Poder Público mantiene su titularidad, obteniendo cada uno de los sujetos intervinientes en la

concesión un provecho de la misma, que en el caso del Estado se traduce en la garantía de la prestación eficiente del servicio, mientras que para el particular el beneficio radica en el lucro que se obtiene de aquella prestación, materializándose una concesión en el supuesto en que la Administración se encuentre incapacitada para cubrir todas las necesidades esenciales de los individuos, traspasándole el ejercicio de algunas de las actividades que las satisface en personas más facultadas y especializadas en materias determinadas, para el cumplimiento de las exigencias que requieren el mantenimiento del bien general, así lo ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (vid. sentencia del 8 de diciembre de 2000, caso: *Transporte Sicalpar, C.A.*), al señalar que “La razón por la cual la Administración otorga concesiones de servicio público es variada, pero el denominador común es que el Estado no puede eficazmente prestar el servicio público, motivo por el cual lo traslada a entes privados que puedan hacerlo”.

Es en la circunstancia en que el particular no puede de manera libre ejercer la prestación de un servicio público, que su derecho a la libertad económica se encuentra limitado, estando sometidos tales servicios a un régimen legal especial contenido del marco normativo de las materias principales que estructuran la naturaleza propia de cada uno de ellos, la definición de las actividades esenciales y complementarias, sus atributos de regularidad, permanencia, continuidad y eficiencia, así como los sujetos habilitados para prestarlo, recayendo en la Administración contratante las funciones de control, inspección, vigilancia, intervención, ordenación y regulación económica, en virtud de lo cual es que la concepción de un servicio público encierra importantes consecuencias jurídicas tanto para los particulares como para aquélla, resultando significativo, en este contexto, destacar que es la Administración la que en definitiva y por razones de interés general puede mantener para sí las más amplias potestades en la concesión de un servicio público, regulando y vigilando el mismo y adoptando medidas necesarias para la protección del interés colectivo.

Esa reserva que el Estado mantiene sobre tales actividades prestacionales, se debe en principio al interés colectivo que las mismas están llamadas a satisfacer, en razón de lo cual es que la Administración Pública tiene sobre ellas, se insiste, amplios poderes de regulación, fiscalización, intervención y planeamiento sobre las personas concesionarias.

Lo anterior no podría ser de otra manera, puesto que se trata de la protección de la prosperidad general, la convivencia pacífica, el servicio a la comunidad de manera segura, adecuada y permanente, permitiendo el mantenimiento del verdadero goce y disfrute de los derechos fundamentales y garantizando una calidad de vida mejor, por lo que en protección del interés general la Administración ostenta amplísimos poderes siendo, que “(...)decide con base a necesidades públicas y tomando en consideración razones de mérito o conveniencia (discrecionales) dar por concluido un determinado contrato, es decir, nada importa la conducta del administrado sino la situación superior que el ente administrativo deberá juzgar de acuerdo a su razonable y prudente arbitrio”. (Sentencia antes citada).

Las precedentes consideraciones resultan relevantes para de esta manera establecer el marco conceptual del asunto aquí tratado, máxime cuando el epicentro del amparo constitucional bajo examen se vincula a la existencia de un contrato de naturaleza administrativa y por ende a la prestación de un servicio público. Así las cosas, vale destacar que la tuición constitucional se interpone en virtud de la presunta amenaza de violación de los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso, libertad económica y propiedad de la sociedad mercantil “AERO LINK INTERNACIONAL, S.A.”, consagrados los mismos en los artículos 49, 112 y 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por parte del Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía y del Instituto Nacional de Aviación Civil.

Tal amenaza, en decir de la parte actora, se configura por la presunta violación de la cláusula de exclusividad contenida en el contrato de concesión suscrito entre la accionante y el Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía” (...) para operar y administrar comercialmente todos los equipos aeroportuarios de asistencia a aerolíneas, aeronaves y pasajeros denominados: Plane Mates (Salones Rodantes); Jet Ways (Puentes Móviles) y Pax Ways (Puentes Móviles) y otros equipos y vehículos de similar propósito del Aeropuerto ‘Simón Bolívar’ de Maiquetía y prestar todos aquellos servicios conexos y afines con la actividad de asistencia a las aerolíneas, aeronaves y pasajeros (...)”, contrato este suscrito en fecha 15 de febrero de 1996 y renovado el 25 de marzo de 2003, por quince (15) años más.

Ahora bien, planteada la situación en los anteriores términos, debe esta Corte determinar si ciertamente existe tal transgresión a la referida cláusula de exclusividad, la cual, en los dichos de la parte actora constituye “(...) una amenaza inminente, cierta y realizable de violación ...omissis... toda vez que al afectar la noción contractual de exclusividad, de (sic) está afectando la esencia misma del contrato, ya que, insistimos, la exclusividad de la concesión fue uno de los elementos determinantes para la formación de la voluntad de mi representada al contratar (...)”, imputándole dicha violación de la referida cláusula, a la eventual contratación (ya verificada por esta Corte en el desarrollo de la audiencia constitucional) efectuada por el Instituto Nacional de Aviación Civil para “(...) la construcción ...omissis... de diez túneles de embarque de pasajeros para el Aeropuerto Internacional de Maiquetía con la empresa norteamericana Airport Systems Jetway Technologies (...)”.

Es de precisar que de la lectura del contrato de concesión para la operación y administración de equipos aeroportuarios celebrado entre el Instituto Autónomo Aeropuerto de Maiquetía y la hoy accionante en amparo, el cual riela a los folios treinta y ocho (38) al cuarenta y ocho (48) del expediente, se evidencia que en su “Cláusula Primera” se le otorga a la empresa actora bajo el régimen de concesión, “(...) el derecho y la exclusividad para operar y administrar comercialmente todos los equipos aeroportuarios de asistencia a aerolíneas, aeronaves y pasajeros ...omissis... y otros equipos de similar propósito del Aeropuerto ...omissis... y prestar todos aquellos servicios conexos y afines con la actividad de asistencia a las aerolíneas, aeronaves y pasajeros (...)”, constituyendo tal contratación un típico supuesto de un contrato administrativo de concesión, en virtud del cual la autoridad pública competente le otorga la prestación y explotación de un servicio público a un particular (persona natural o jurídica) llamado concesionario durante un tiempo específico, mediante una remuneración pactada, la cual puede ser fija o determinada por los resultados financieros (generados por tal explotación) o por cualquier otra modalidad y bajo la supervisión del Estado, en beneficio del interés general. (Resaltado de la Corte).

Al respecto, no puede para esta Corte pasar desapercibido que el contrato suscrito entre el Instituto Nacional de Aviación Civil y la empresa norteamericana “FMC Airport Systems Jetway”, denominado “Contrato N° 40544 para el Suministro de Túneles de Embarque para INAC, Venezuela” el cual fue consignado en autos por la parte presuntamente agravante en la celebración de la audiencia constitucional (folios 225 al 250 del expediente), y del cual se denuncia que proviene la amenaza de violación constitucional, establece en sus cláusulas Primera y Tercera lo siguiente:

PRIMERA: Objeto del Contrato: EL CONTRATISTA se obliga a suministrara a EL INAC, diez (10) Túneles de Embarque (PBB), equipo asociado y servicios conexos.

TERCERA: Alcance del Contrato: El Contrato cubre la adquisición de diez (10) Túneles de Embarque (PBB) con el equipo auxiliar y repuestos...omissis... y servicios conexos, El Contrato incluye el suministro del hardware, software (y licencias para los

usuarios del software), servicios de manejo del proyecto, entrenamiento y documentación necesarios a fin de suministrar el Equipo, transporte y entrega de los mismos en el Aeropuerto de Maiquetía, en Venezuela (...). (Resaltado del contrato).

Sobre la base de lo transcrito, resulta que al cotejar las cláusulas transcritas de cada una de las contrataciones administrativas antes referidas, este Órgano Jurisdiccional arriba a la convicción de que no existe identidad entre los objetos de las mismas, toda vez que el primero de los contratos identificados se refiere a la operación y administración comercial de todos los equipos aeroportuarios de asistencia a aerolíneas, aeronaves y pasajeros, mientras que el segundo de ellos se refiere a la adquisición de ciertos equipos por parte de la autoridad aeroportuaria en beneficio del colectivo y en aras de brindar un mejor servicio a la población usuaria del aeropuerto.

Ello así, es de precisar que según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (Vigésima Segunda Edición, 2001), el término “operación” quiere decir “Acción y efecto de operar//2. Ejecución de algo”, siendo que “operar” se traduce en “realizar// llevar a cabo algo...*omissis* 7. Maniobrar, llevar a cabo alguna acción con auxilio de aparatos”, mientras que “administrar” es 2. dirigir una institución.//3. Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes...*omissis*... 8. Graduar o dosificar algo, para obtener mayor rendimiento de ello o para que produzca mejor efecto”, palabras estas cuyo significado no coincide con el de “adquirir” el cual es “Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se trasmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción”, concluyéndose entonces, que los vocablos “operar” y “administrar” no ostentan una similitud de alcances con “adquirir”.

Resulta evidente entonces, que en las circunstancias específicas que se presentan en el caso de marras, el suministro o la dotación de nuevos equipos por parte de la empresa “FMC Airport Systems Jetway” conforme al contrato que suscribiera con el Instituto Nacional de Aviación Civil, en modo alguno se compagina con el objeto esencial del contrato de concesión que celebrara la actora con el Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía, que como ya se dijo es de operación y administración comercial, con carácter de exclusividad, de equipos aeroportuarios; dicho de otro modo, a criterio de la Corte no puede interpretarse que por la contratación realizada por la autoridad pública accionada con la citada sociedad mercantil “FMC Airport Systems Jetway” se presente un desplazamiento en la operación y administración de los equipos a que se refiere el contrato de concesión que se pretende hacer valer en el presente amparo en beneficio de la aludida empresa, en detrimento de la solicitante de amparo.

Así pues, siendo que entre los dos negocios jurídicos celebrados por la Administración Aeroportuaria no se configura una coincidencia de sus respectivos objetos, -elemento o condición necesaria para la existencia de todo contrato, que se entiende como la operación jurídica que se pretende realizar a través del consenso de voluntades, circunscribiéndose en general a un dar, un hacer y un no hacer- debe concluirse inexorablemente que la actuación desplegada por parte de los entes accionados, no representa una amenaza de violación constitucional, en los términos denunciados por la parte actora.

Por tanto, que la Administración Aeroportuaria haya contratado con una empresa distinta a la accionante para la prestación de un servicio público determinado en los términos expuestos en el presente fallo, no representa bajo la óptica que se analiza, una amenaza de violación de los derechos constitucionales invocados, toda vez que, como ya se estableció, difieren los objetos de uno y otro contrato, por lo que tal divergencia elimina toda posibilidad de alguna violación o amenaza de violación de la exclusividad de la cual es titular (según el contrato suscrito) la sociedad mercantil “AERO LINK INTERNACIONAL, S. A.” para la

operación y administración comercial de los antes citados equipos aeroportuarios, es por ello que, al existir una discordancia entre los objetos de cada una de las contrataciones aquí referidas, no existía en cabeza de la Administración la obligación de informar a “Aero Link Intencional, S.A.” respecto a cualquier negociación que aquélla asumiera.

Luego, es importante significar que si bien es cierto que determinados medios informativos en su momento reflejaron algunas declaraciones atribuidas a representantes de los entes accionados en amparo, apreciaciones que pudieron haber generado inquietud en los dirigentes de la aludida empresa y que los llevaron a pensar que se les podía estar afectando el contrato de concesión que suscribieran con el Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía, no es menos cierto que quedó suficientemente claro tanto por lo expuesto durante la audiencia constitucional, como de las pruebas consignadas en la misma que la Administración contrató con la empresa “FMC Airport Systems Jetway” con el fin primordial de obtener la dotación de los equipos aeroportuarios, no incluyéndose la operación y administración de los mismos, desapareciendo, por tanto, el hecho generador de la alegada amenaza de violación de los derechos constitucionales invocados.

De otro lado, no puede dejar de mencionarse que en virtud de la titularidad que ostenta la Administración respecto al servicio público aeroportuario, -consideraciones que fueron formuladas con antelación- aquélla está facultada para tomar las medidas que estime necesarias para la mejor prestación del servicio, debido a la necesaria protección del interés general que está llamada a satisfacer, siempre y cuando lógicamente se respeten los derechos y garantías constitucionales de los particulares; así, en atención tal interés el Estado tiene plena libertad de suscribir contrataciones que tiendan a la obtención de dicha finalidad, más aún cuando en casos como en el presente se trata del aeropuerto nacional e internacional más importante del país, en el que en razón a la gran envergadura que ostenta el servicio público aeroportuario, el Estado debe asumir de forma preponderante la dirección y planificación del mismo, en salvaguarda, fundamentalmente, de la seguridad aspecto de especial relevancia en el área aeronáutica y que sin lugar a dudas reclama casi de manera urgente una adaptación a las nuevas tendencias tecnológicas.

Asimismo, para esta Corte resulta contradictorio que la parte actora denunciara la rescisión unilateral así como la revocatoria del contrato de concesión tantas veces aludido en el presente fallo, mediante la contratación efectuada entre la empresa norteamericana y el Instituto Nacional de Aviación Civil, toda vez que, por las consideraciones efectuadas no puede entenderse que esta última modifica las cláusulas estipuladas entre la accionante y el Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía para la operación y administración de los equipos aeroportuarios, observándose igualmente que no resulta consecuente tal alegato con el “Anexo N° 2” que firmaron en fecha 26 de enero de 2007, las partes contratantes como documento complementario de dicha concesión, de lo cual se infiere el interés de la Administración en mantener la continuidad de la prestación del servicio por parte de la accionante, instrumento adjunto que fue consignado por la parte accionada en la audiencia constitucional y siendo objeto de control por la representación judicial de “Aero Link Internacional, C.A.”, la cual no formuló observación alguna contra el mismo.

Debiendo sumarse a tal respecto, que el apoderado judicial tanto del Instituto Aeropuerto Internacional de Maiquetía como del Instituto Nacional de Aviación Civil expuso en la audiencia constitucional, que 26 trabajadores pertenecientes a la nómina de la solicitante de amparo estaban (para el momento en que este acto procesal fue celebrado) siendo adiestrados para el manejo de los equipos cuyo suministro fue contratado con la empresa norteamericana, lo cual consta en el “Listado del Personal de Aero Link Internacional, S.A.”, consignado por dicho abogado en esa misma oportunidad, el cual

contiene el nombre de las personas que recibieron entrenamiento para la utilización de los “Puentes Móviles por parte del fabricante”, suscrita dicha lista por el ciudadano Luis Felipe Gómez Guerra, Gerente de Mantenimiento de la sociedad mercantil recurrente -hecho éste alegado y no controvertido por cuanto no fue objeto de objeción en la oportunidad probatoria pertinente para ello -, circunstancia ésta que hace entender a esta Corte que la operación de dichos equipos la efectuaría la misma accionante.

Así pues, no configurándose conforme a lo expuesto, la violación de la cláusula contractual de exclusividad para la operación y administración de equipos aeroportuarios, que en definitiva constituía la causa eficiente de la amenaza de violación de los derechos constitucionales a la defensa, debido proceso, propiedad y libertad económica argumentada por la accionante, y habiéndose, igualmente verificado que la empresa Aero Link Internacional S.A. se encuentra desarrollando las actividades propias del contrato de concesión que suscribiera con el Instituto autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía, resulta forzoso declarar sin lugar la acción de amparo constitucional interpuesta. Así se decide.

Vista la anterior declaratoria que decide la causa principal en el presente caso, cesan los efectos de la medida otorgada por esta Corte mediante sentencia de fecha 13 de febrero de 2007, ello en atención al carácter accesorio y temporal de los cuales está revestida toda medida cautelar. Así se decide.

Finalmente y al margen de lo decidido por esta Corte resulta pertinente señalar que en todo caso la existencia de un presunto incumplimiento de alguna cláusula contenida en el contrato de concesión suscrito entre el Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía y la sociedad mercantil “Aero Link Internacional, C.A.”, por cualquiera de las partes contratantes, no constituye materia que deba ser dilucidada por este órgano jurisdiccional en sede constitucional, por lo que tal circunstancia debe ser resuelta acudiendo a los mecanismos previstos contractual y legalmente.

A. *Servicios de agua potable y de saneamiento*

TSJ-SPA (0224)

7-2-2007

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Armando Casal Casal (Interpretación del art. 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, publicada en la *G. O.* N° 5.568 de fecha 31-12-2001).

La Sala Político Administrativa reitera su jurisprudencia referente a que la prestación, suministro y saneamiento del servicio de agua potable es un servicio público, en virtud de que se encuentra dirigida a satisfacer las necesidades de la colectividad. En tal sentido señala, que el cobro del cargo fijo previsto en el literal “a” del artículo 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, resulta procedente en los casos en que se trate de la suspensión temporal del servicio, siempre y cuando se deba a causas imputables al suscriptor y en aquellos casos en que la empresa no cumpla correctamente con la prestación del servicio debido a un caso fortuito o de fuerza mayor.

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca del recurso de interpretación solicitado por el ciudadano Armando Casal Casal, actuando en nombre propio, sobre el alcance e inteligencia del artículo 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento. A tal efecto, se observa:

Como punto previo al fondo del recurso ejercido, pasa la Sala a pronunciarse acerca de la inadmisibilidad alegada por el sustituto de la ciudadana Procuradora General de la República y por el apoderado judicial de la Compañía Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL), en la audiencia oral celebrada con ocasión del acto de informes, en el sentido que esta Sala declare la inadmisibilidad del recurso interpuesto, porque el artículo cuya interpretación se solicita se encuentra contenido en una Ley que no contiene expresamente la posibilidad de ser interpretada.

Sobre el anterior particular, esta Sala, en sentencia N° 708 de fecha 22 de mayo de 2002, con el objeto de preservar la uniformidad de la interpretación de las leyes y la jurisprudencia, estableció una serie de requisitos concurrentes para la admisibilidad del referido recurso, entre los cuales se encuentra, “Que la interpretación solicitada verse sobre un texto legal, aun cuando el mismo no establezca expresamente la posibilidad de interpretación de sus normas”.

En esos términos, la jurisprudencia de esta Sala ha venido aceptando pacífica y reiteradamente la posibilidad de interpretar normas en cuyo texto no se establezca expresamente dicha posibilidad, ya sea por su conexidad con otra ley que sí prevea esa posibilidad, o por la importancia del asunto de que se trate.

En el caso de autos, el ciudadano Armando Casal Casal, en su condición de suscriptor residencial y comercial del servicio de agua potable, se le presenta la duda acerca de la facultad que tienen las empresas prestadoras del servicio de agua potable para realizar el cobro por concepto de cargos fijos (artículo 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento) a pesar de la suspensión del servicio, o la ausencia de conexión y medición en los consumos; pues el pago contemplado en dicha norma podría afectar directamente su patrimonio siendo un suscriptor residencial y comercial.

Atendiendo a lo antes expuesto, a pesar de que la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento no prevé la posibilidad de interpretación, estima la Sala que, en el caso de autos se encuentra involucrado el interés de la colectividad, dada la importancia de la materia que dicha Ley desarrolla.

En efecto, el servicio de agua potable y de saneamiento es un servicio público de vital importancia para toda la población, lo que hace necesario que esta Sala se pronuncie respecto a la interpretación solicitada, razón por la cual debe declararse improcedente el alegato de inadmisibilidad formulado por el sustituto de la Procuradora General de la República y por la representación judicial de Hidrocapital.

Por otra parte, el sustituto de la ciudadana Procuradora General de la República alega, que el recurrente no tiene legitimidad para actuar por cuanto -a su decir- no alega ninguna situación de hecho donde se haya suscitado la duda por la convergencia de distintas interpretaciones que se hubiesen dado al mismo precepto legal; lo que permitiría al sentenciador observar, en concreto, la duda existente que justifica la interpretación solicitada. Sobre este particular, se observa:

En fecha 29 de junio de 2005, esta Sala se declaró competente y admitió el recurso de interpretación ejercido, y al referirse al requisito para la admisibilidad del recurso relativo a la legitimidad para actuar del ciudadano Armando Casal Casal, señaló lo siguiente:

“(...) El primero de los extremos exigidos se refiere a la legitimación para recurrir, y a la necesidad de que la petición o solicitud sea planteada frente a un caso concreto o específico al cual debe circunscribirse la labor interpretativa (...) Es decir, que se trate de una situación jurídica particular relevante al pronunciamiento que sobre el alcance y aplicación del dispositivo objeto del recurso emita el Alto Tribunal.

En el caso de autos observa la Sala, que el recurso de interpretación ha sido interpuesto por el ciudadano Armando Casal Casal, en su condición de suscriptor residencial y comercial del servicio de agua potable, al cual se le presenta la duda acerca de la facultad que tienen las empresas suplidoras de agua potable para realizar el cobro por concepto de cargos fijos (artículo 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento) a pesar de la suspensión del servicio, es decir, la ausencia de conexión y medición de los consumos.

Sobre el señalado particular, observa esta Sala, preliminarmente y sin prejuzgar sobre el mérito de la interpretación solicitada, en cuanto al primero de los requisitos, esto es, la legitimación para recurrir, que el mismo se considera satisfecho, pues ciertamente aprecia la Sala un interés personal y directo por parte del ciudadano Armando Casal Casal en obtener una interpretación del artículo 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, pues el pago contemplado en dicho artículo podría afectarle directamente su patrimonio en su condición de suscriptor residencial y comercial.”.

En atención a lo antes transcrito, la Sala ratifica el contenido de su fallo del 29 de junio de 2005, por lo que declara improcedente el alegato de falta de legitimación para actuar del ciudadano Armando Casal Casal, formulada por el sustituto de la Procuradora General de la República.

Decidido lo anterior, pasa la Sala a pronunciarse acerca del fondo del recurso de interpretación interpuesto, respecto a lo cual, observa:

Indica el recurrente, que el motivo central de la solicitud de interpretación radica en la necesidad de aclarar en primer lugar, si el literal “a” del referido artículo faculta a las empresas suplidoras de agua para realizar el cobro por concepto de cargo fijo, a pesar de encontrarse suspendido el servicio de agua potable; es decir, en los casos de ausencia de conexión y medición de los consumos. En segundo lugar, que se determine si las empresas hidrológicas pueden realizar cobros a pesar de no cumplirse los presupuestos que definen el servicio de agua potable del artículo 6 de la referida Ley. Igualmente, el solicitante plantea la interrogante referente a si la intención del legislador dentro del marco constitucional fue obligar a los suscriptores a realizar pagos mensuales a pesar del corte del servicio.

Ahora bien, con el objeto de dilucidar las dudas planteadas por el solicitante, considera la Sala necesario referirse al artículo 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, donde se establece lo siguiente:

“La tarifa para la prestación de los servicios objeto de esta Ley estará compuesta por:

a. Cargo fijo, que refleja el costo eficiente de asegurar la disponibilidad de los servicios a los suscriptores, independientemente del consumo realizado. La Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento determinará el porcentaje máximo de los costos que puedan ser recuperados mediante el cargo fijo;

b. Un cargo variable, que refleje el costo eficiente de los volúmenes consumidos de agua potable, así como los volúmenes descargados y tratados, si ese fuese el caso, de aguas servidas.”.

El referido artículo prevé los elementos que han de componer la **tarifa** a ser cobrada por los prestadores del servicio de agua potable y de saneamiento, la cual comprende dos cargos: uno **fijo**, relativo al aseguramiento de la disponibilidad de los servicios a los suscriptores, con independencia del consumo realizado; y, uno **variable**, relacionado con el consumo de agua efectuado por el suscriptor.

En atención a lo anterior, esta Sala estima pertinente realizar algunas precisiones terminológicas con carácter preliminar, en respeto al contenido del artículo 4 del Código

Civil, según el cual “...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...”.

Ahora bien, conforme al Diccionario de la Lengua Española, la palabra *tarifa* significa “Tabla de precios, derechos o cuotas tributarias. Precio Unitario fijado por las autoridades para los servicios públicos realizados a su cargo”.

El vocablo cargo consiste en la “obligación de hacer o cumplir...” y, *fijo*, significa “...permanentemente establecido sobre reglas determinadas, y no expuesto a movimiento o alteración...”. Por otro lado, el término variable significa “... que varía o puede variar. Inestable, inconstante y mudable...”. (Diccionario de la Real Academia Española).

Aclarados los términos antes indicados, pasa la Sala a dilucidar la primera de las interrogantes que le surgen al recurrente, esto es, si el literal “a” del artículo cuya interpretación se solicita, faculta a las empresas suplidoras de agua para realizar el cobro por concepto de cargo fijo a pesar de encontrarse suspendido el servicio de agua potable.

En tal sentido, cabe destacar que los servicios de agua potable y de saneamiento, constituyen verdaderos servicios públicos, y como tales se encuentran dirigidos a satisfacer necesidades de interés general o colectivo.

Estos servicios públicos, pueden ser de dos tipos: i) “*uti universi*” o ii) “*uti singuli*”. En el primer caso, los gastos de organización y funcionamiento son cubiertos, en principio, mediante impuesto (vgr. servicios de seguridad y defensa de la nación, policía de seguridad, etc), pues dichos servicios se encuentran directamente vinculados a la vida misma del Estado, siendo la comunidad el verdadero beneficiario.

En el segundo de los casos, servicios “*uti singuli*”, excepcionalmente, dichos gastos son pagados a través del impuesto. Por lo general, son pagados por el usuario en su totalidad (gas, teléfono, agua, transporte, etc.) o en parte (correos y telégrafos); pues, de lo contrario tales gastos, mediante el impuesto, recaerían sobre la totalidad de los habitantes en perjuicio de quienes no utilizan dichos servicios. (Ver. Miguel Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II).

Ahora bien, en el caso de autos nos encontramos que el servicio público de agua potable y de saneamiento es “*uti singuli*”, es decir, que los gastos de organización y funcionamiento son cubiertos en su totalidad por los suscriptores del servicio.

En este contexto de relaciones se observa, que siendo la prestación de los servicios de agua potable y de saneamiento una actividad económica remunerada, las empresas privadas suplidoras del servicio desarrollarán su actividad con el ánimo de procurarse beneficios económicos, en virtud de lo cual el artículo 80 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, prevé un régimen económico-financiero aplicable a la prestación de tales servicios, el cual comprende una serie de principios:

- a) *Eficiencia económica, que impida el traslado de ineficiencias a los suscriptores y promueva un uso eficiente de los recursos necesarios para la prestación de los servicios;*
- b) *equilibrio económico, que posibilite la recuperación del total de los costos de operación, mantenimiento, reposición y expansión, así como la obtención de una rentabilidad justa y razonable;*
- c) *igualdad, que asegure a los suscriptores el derecho a tener el mismo tratamiento que cualquier otro suscriptor de la misma categoría;*

d) *solidaridad, a través de instrumentos que garanticen el acceso a los servicios de los suscriptores de menores ingresos o baja capacidad de pago;*

e) *equidad, que permita la redistribución de los costos, de modo tal que la tarifa y los subsidios tengan en cuenta la capacidad de pago de los suscriptores;*

f) *transparencia, que haga que el régimen económico financiero sea explícito y del conocimiento público para las partes involucradas en la prestación de los servicios;*

g) *simplicidad, que permita que el régimen tarifario se elabore de manera que sea de fácil comprensión, aplicación y control.”*

En este mismo sentido, el Parágrafo Único del referido artículo 80, dispone:

“Los prestadores de los servicios tendrán derecho, en condiciones de operación eficiente de la prestación, a una rentabilidad justa y razonable por la actividad que realicen acorde con el riesgo de actividades similares en el país, y con la magnitud de los capitales propios destinados a inversión.”

Esa rentabilidad justa y razonable, estará limitada en la práctica por el régimen tarifario previsto en la Ley, en el que se establece que las tarifas serán calculadas por los prestadores de los servicios aplicando el modelo tarifario definido por la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, las cuales se encontrarán sometidas a la aprobación de las autoridades municipales.

Así, el artículo 85 de la Ley antes mencionada prevé que la determinación de las tarifas para la prestación de los servicios objeto de esa Ley, *“deberá incluir la totalidad de los costos en que incurra la empresa, constituidos por los costos de administración, operación y mantenimiento, más los costos relacionados con las inversiones hechas en rehabilitación, reposición, expansión del servicio y la remuneración del capital invertido”*.

De lo anteriormente expuesto se desprende, que la propia Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento concede a las empresas prestadoras del servicio de agua potable y de saneamiento, la facultad de realizar cobros por la prestación de tales servicios, con las limitaciones que la propia Ley establece, de lo cual se encargará la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento.

Ahora bien, establecida como ha quedado la facultad que tienen las empresas prestadoras de los servicios de agua potable y de saneamiento para realizar, por medio de las tarifas previamente fijadas por los órganos competentes, el cobro correspondiente por la prestación de sus servicios, pasa la Sala a dilucidar la interrogante del ciudadano Armando Casal Casal, relativa a si dichas empresas pueden cobrar por concepto de cargo fijo a pesar de encontrarse suspendido el servicio de agua potable, o la ausencia de conexión y medición de los consumos.

Como antes se señaló, la tarifa a ser cobrada por las empresas proveedoras del servicio de agua potable estará compuesta por dos cargos: uno fijo y uno variable.

Refiriéndonos específicamente al **cargo fijo**, y sobre la base de las definiciones antes expuestas, tal concepto comprende el deber de cumplir con una obligación, la cual será de carácter permanente.

En el caso de autos, sería el deber que recaería sobre los suscriptores de los servicios de agua potable y de saneamiento, de efectuar el pago por este concepto que –como la misma Ley lo señala- será el reflejo del *“costo eficiente de asegurar la disponibilidad de los servicios a los suscriptores”*; es decir, de garantizar tanto el suministro como la utilización por parte de los suscriptores o usuarios de esos servicios.

Este cobro garantiza a la empresa prestadora del servicio, la disponibilidad, recuperación y realización de inversiones que permitan su existencia y un adecuado nivel de calidad en el suministro.

Ahora, en cuanto a si las empresas suplidoras de tales servicios se encuentran facultadas para realizar el cobro de este cargo fijo a los suscriptores, a pesar de la suspensión del servicio, o la ausencia de conexión y medición de los consumos, la Sala observa:

En primer término, resulta indispensable definir el término “*suscriptor*”, el cual según el Diccionario de la Real Academia Española, se refiere a la “...*Persona que suscribe o se suscribe...*”. Igualmente, el artículo 69 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento lo que el concepto significa a los efectos de dicha Ley. En tal sentido, debe entenderse por suscriptor “*toda persona natural o jurídica, titular de un contrato de servicio y en consecuencia debidamente registrada en el sistema de gestión comercial del prestador de servicios*”.

Desde esta perspectiva, partiendo de la idea de que la relación existente entre los prestadores del servicio de agua potable y saneamiento y el usuario de dicho servicio es de naturaleza contractual, debe entenderse que suscriptor es aquel que se compromete por medio de un contrato al pago del servicio, a cambio de su prestación efectiva.

En este orden de ideas, se observa que el solicitante en su escrito alude a dos supuestos a partir de los cuales -a su decir- se genera la duda interpretativa en cuanto al cobro del cargo fijo a los suscriptores por parte de las empresas prestadoras del servicio de agua potable y de saneamiento. El primero de los supuestos, estaría referido a la suspensión temporal del servicio; y, el segundo, a la suspensión definitiva por ausencia de conexión y medición de los consumos.

En el primero de los casos, esto es, la suspensión temporal del suministro del servicio de agua potable y de saneamiento, se entiende que lo que existe es una interrupción por un período determinado, es decir, que no se ha revocado el contrato de prestación del servicio, ni se ha procedido a retirar la infraestructura necesaria que asegura al suscriptor una posterior reinstalación del servicio.

Esta interrupción puede ocurrir por varios motivos: en primer lugar, si la suspensión temporal del servicio se debe a causas imputables al suscriptor, que, por lo general, se debe a la falta de pago de las facturas; estima la Sala, que el cobro por concepto de cargo fijo resulta procedente, pues, como antes se señaló, dicho cargo asegura al suscriptor la disponibilidad del servicio, esto es, que al momento de su restitución cuente con las instalaciones necesarias para el correcto funcionamiento del servicio. Lo que no sería legal en estos casos, es cobrar por concepto de cargo variable, por cuanto el mismo corresponde al consumo y a la descarga de agua realizada.

En segundo lugar, si la suspensión temporal del servicio de agua se debe a causas imputables a la empresa suplidora, derivadas de su negligencia, imprudencia o incompetencia en la prestación del referido servicio; considera la Sala, que el pago del cargo fijo previsto en la norma bajo análisis no resulta procedente. Sin embargo, si la empresa no cumple correctamente con la prestación del servicio debido a un caso fortuito o de fuerza mayor, como sería la ruptura de una tubería o su mantenimiento dicho cargo sí resulta procedente.

Respecto a la suspensión definitiva por ausencia de conexión y medición de los consumos; estima la Sala que, en tales casos, no resulta procedente que las empresas suplidoras del servicio de agua potable realicen cobro alguno, pues para que surja la obligación de pago prevista en la norma bajo estudio, es necesario tener la condición de suscriptor, es decir, haberse comprometido con la prestadora del servicio por medio de un

contrato, al pago del servicio, a cambio de su prestación efectiva, así como que se verifique el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 6 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, el cual dispone:

“A los efectos de esta Ley se entiende por servicio público de agua potable la entrega de agua a los suscriptores o usuarios mediante la utilización de tuberías de agua apta para el consumo humano, incluyendo su conexión y medición, así como los procesos asociados de captación, conducción, almacenamiento y potabilización; y se entiende por servicio público de saneamiento, la recolección por tuberías de las aguas servidas de los domicilios, incluyendo su conexión, así como los procesos asociados de conducción, tratamiento y disposición final de dichas aguas servidas.”

Dilucidado lo anterior, pasa la Sala a resolver la segunda interrogante del ciudadano Armando Casal Casal, relativa a determinar si las empresas hidrológicas pueden realizar cobros, aunque no se cumplan los presupuestos que definen el servicio de agua potable del artículo 6 de la referida Ley.

Sobre el anterior particular, la Sala reproduce el análisis antes realizado según el cual se llega a la conclusión de que las empresas prestadoras del servicio de agua potable y de saneamiento, no se encuentran facultadas para realizar cobro alguno por concepto de cargo fijo ni variable, en los casos en que no se configuren los presupuestos previstos en el artículo 6 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, toda vez que para que surja la obligación de pagar tales conceptos, debe existir un suscriptor que se haya comprometido al pago como contraprestación al servicio recibido por la respectiva compañía suplidora del servicio y la conexión necesaria para el suministro y medición del mismo.

Finalmente, como tercera interrogante, el solicitante plantea si la intención del legislador dentro del marco constitucional fue obligar a los suscriptores a realizar pagos mensuales a pesar del corte del servicio.

En cuanto a esta duda, resulta necesario indicar que el corte del servicio de agua potable y de saneamiento puede ser temporal o definitivo; en caso que el corte del servicio sea temporal, considera la Sala necesario reiterar lo analizado *supra*, en cuanto a que el pago del cargo fijo procede cuando se deba a causas imputables al suscriptor que, por lo general, se produce por la falta de pago de las facturas o cuando la empresa no cumple correctamente con la prestación del servicio, debido a un caso fortuito o de fuerza mayor.

Mientras que, en el caso del corte definitivo del servicio, debe entenderse que lo que sucedió es que quedó sin efecto el contrato por el cual el suscriptor se obligaba al pago de una tarifa como contraprestación por el servicio prestado, así como el retiro de la infraestructura requerida para el suministro; por tanto, en estos casos, cesa la obligación de pago por parte del suscriptor.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, concluye esta Sala que el cobro del cargo fijo previsto en el literal “a” del artículo 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, resulta procedente en los casos en que se trate de la suspensión temporal del servicio, siempre y cuando se deba a causas imputables al suscriptor y en aquellos casos en que la empresa no cumpla correctamente con la prestación del servicio debido a un caso fortuito o de fuerza mayor.

Así, en los términos antes expuestos, queda resuelto por esta Sala el recurso de interpretación solicitado por el ciudadano Armando Casal Casal, respecto del artículo 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento. Así se declara.

2. *Propiedad y Expropiación*A. *Propiedad*a. *Propiedad Industrial: Marcas comerciales***TSJ-SPA (0316)****22-2-2007**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Blue Cross And Blue Shield Association vs. Ministerio de Industria y Comercio (hoy Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio).

La Administración debe considerar los elementos de una marca en conjunto sin individualizarlos o discriminarlos, para así determinar si goza o no de distintividad.

Como se señaló anteriormente, las apoderadas judiciales de la sociedad mercantil recurrente alegaron, que el diseño cuyo registro solicitaron al Órgano Administrativo ha sido registrado como marca en numerosos países, a saber: Argentina, Australia, Austria, Bolivia, Brasil, Korea, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Polonia, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Suecia, entre otros, lo cual le lleva a afirmar la notoriedad de la marca a nivel mundial.

Ahora bien, los artículos 75 y 76 de la Ley de Propiedad Industrial, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 24.873 del 14 de octubre de 1955, establecen lo siguiente:

“Artículo 75. Si el solicitante no cumpliere con los requisitos establecidos en el artículo 71 de esta Ley, el Registrador devolverá al interesado la solicitud que éste hubiere presentado, con exposición de las razones en que funde la devolución. (...)”.

“Artículo 76. Si la solicitud hubiere sido hecha de acuerdo con la Ley, el Registrador ordenará su publicación, junto con la del clisé correspondiente, a costa del interesado, en un periódico de circulación diaria en la capital de la República, y posteriormente, en el Boletín de la Propiedad Industrial una vez recibida la publicación anterior.”.

De los artículos parcialmente transcritos (artículos 75 y 76) se evidencia la exigencia de determinados requisitos de forma a los fines de obtener el registro de una marca, debido a la remisión expresa que dichas normas hacen al artículo 71 de la misma Ley.

Así pues, el artículo 71 de la mencionada Ley dispone lo siguiente:

“Artículo 71. Todo el que pretenda obtener el registro de una marca, deberá llenar los siguientes requisitos:

1º) presentar la solicitud correspondiente y una copia simple de la misma, a la Oficina de Registro de la Propiedad Industrial, por sí o por medio de Agente de la Propiedad Industrial, en la cual se hará constar:

- a) nombre, domicilio y nacionalidad del solicitante y nombre y domicilio del mandatario, cuando la petición se haga por medio de apoderado;*
- b) una completa descripción de la marca, en la que se determine con claridad y precisión la parte esencial o su principal signo distintivo y se inserten traducidas al castellano las leyendas y menciones que contenga escritas en otro idioma;*
- c) las manufacturas, productos, objetos o artículos que distingue la marca y la clase a que correspondan;*

- d) *si las manufacturas, productos, objetos o artículos que distingue la marca son de producción nacional o extranjera; y si se trata, en este último caso, de una marca registrada en el país de origen;*
- e) *el tiempo durante el cual la marca hubiere estado en uso, si fuere el caso;*
- f) *si la marca es aplicada a productos de una industria manufacturera o extractiva, a objetos de un comercio o a productos agrícolas; y,*
- g) *que la marca solicitada no tiene semejanza con otra análoga ya registrada para distinguir artículos en la misma clase o en otra similar, de modo que pueda confundirse con ella y engañar al público.*

2º) *Acompañar a la solicitud:*

- a) *cinco facsímiles de la marca y el clisé o fotograbado de la misma en dimensiones que no excedan de 8 x 10 cm. Si la marca está constituida por una sola palabra o palabras, no será necesario el clisé o fotograbado, a menos que la palabra o palabras estén escritas en forma característica. Tampoco será necesario el facsímil cuando la marca esté constituida por una palabra o palabras independientemente de tamaño, forma, color y estilo; y,*
- b) *el poder legalmente otorgado, si la solicitud se hiciere por medio de apoderado, o indicar la fecha de su presentación y el número que corresponda en el Cuaderno de Poderes, si hubiere sido anteriormente presentado a la Oficina de Registro de la Propiedad Industrial con motivo de otra solicitud.”.*

Ahora bien, esos requisitos a los que hace alusión el mencionado artículo 71 son elementos que, como se dijo, debe tomar en cuenta el Registrador al momento de pronunciarse afirmativa o negativamente sobre la solicitud de registro, además de atender a las prohibiciones establecidas en los artículos 33 y 34 de la Ley de Propiedad Industrial y a la novedad, de conformidad con el artículo 27 *eiusdem*. Sin embargo, observa la Sala que aunque el funcionario competente tiene amplias facultades para revisar todo lo concerniente a la materia marcaria, la notoriedad del diseño no comporta un requisito indispensable para el otorgamiento del registro solicitado, cuestión que podría discutirse, eventualmente, en caso de oposición a ese registro o su posterior impugnación.

Aunado a lo anterior, la Sala aprecia que luego de analizar la solicitud, la Administración encontró un impedimento legal para el otorgamiento del registro. En efecto, la Administración negó el registro del diseño presentado por la sociedad mercantil Blue Cross and Blue Shield Association, de conformidad con el ordinal 3º del artículo 33 de la mencionada Ley, el cual dispone la prohibición de adoptar o registrar como marca “*los signos, emblemas y distintivos de la Cruz Roja y de cualquier otra entidad de misma índole*”.

Al ser así, no resultaba determinante para el dispositivo de la Resolución impugnada el análisis de la notoriedad, toda vez que el Registrador de la Propiedad Industrial advirtió una prohibición legal expresa cuya aplicabilidad se determina mediante criterios objetivos - signos, emblemas o distintivos de determinados organismos- lo que adquiere mayor énfasis pues, en el caso de autos, el conflicto no se presenta respecto a otra marca igual o diferente previamente registrada, sino frente al emblema de un ente no dedicado al comercio.

De conformidad con lo expuesto y visto que la omisión del funcionario ministerial respecto a la notoriedad argüida por el recurrente no fue determinante en la decisión recurrida, la Sala debe desechar el alegato de violación al principio de globalidad por falta de pronunciamiento de la Administración sobre la notoriedad argüida por la representación de la parte actora. Así se declara.

Por otra parte, denuncian las apoderadas judiciales de la sociedad de comercio recurrente la errónea interpretación del antes mencionado ordinal 3º del artículo 33 de la Ley de Propiedad Industrial, al considerar el Director General del Ministerio de Industria y Comercio, que el diseño de su representada “*tiene un notable parecido o semejanza al emblema internacionalmente conocido como distintivo de servicios de salud, guardando evidente semejanza con el Escudo de la Federación Médica venezolana*”.

Sobre este particular, aducen, que el legislador no señaló expresamente el sentido que debe dársele a la frase “*y de cualquier otra entidad de misma índole*” contenida en el ordinal 3º del artículo referido; sin embargo, consideran, que de dicha norma no parece desprenderse que la Federación Médica Venezolana sea un ente similar a la Cruz Roja y que, en consecuencia, encuadre dentro del supuesto del ordinal 3º; así como tampoco se infiere que la prohibición respecto al registro de marcas esté referido al tema de la salud o la medicina.

A los fines de verificar si la Federación Médica Venezolana puede calificarse como una entidad similar a la Cruz Roja, es imperativo atender a la naturaleza de ambas instituciones, para lo cual se observa:

La *Cruz Roja* es un movimiento internacional no gubernamental que surgió en la segunda mitad del siglo XIX, como respuesta a las demandas e insuficiencias de los servicios sanitarios que operaban en los conflictos armados suscitados en la época.

A los fines de facilitar su labor -que en principio se limitaba a las guerras y demás conflictos similares- y proteger al personal médico durante los ataques militares, se implementó el uso de un emblema único que pudiera reconocerse universalmente, constituido por una cruz roja sobre un fondo blanco. Posteriormente, se adoptaron otros signos para identificar la referida organización como, por ejemplo, la media luna roja y el león y el sol rojos (ambos sobre un fondo blanco).

Actualmente, los signos distintivos de la Institución comentada son la cruz roja y la media luna roja. Su uso es exclusivo de la Cruz Roja y de los órganos que la integran, a saber: el *Comité Internacional de la Cruz Roja, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*; lo cual explica la prohibición contenida en el ordinal 3º del artículo 33 de la Ley de Propiedad Industrial.

Aunado a lo anterior, cobra gran relevancia para el caso de autos la actividad ejercida por la Cruz Roja Internacional y cada una de sus Sociedades a nivel mundial. En este sentido, es oportuno destacar que dicho movimiento realiza labores humanitarias que no se limitan a la asistencia y protección oportunas a las víctimas de conflictos armados internacionales, colaboración en caso de desastres naturales o apoyo al personal sanitario civil y militar; sino que desarrolla su actividad en tiempos de paz a través de la capacitación de la población civil acerca de los derechos humanos, primeros auxilios, protección al anciano y a las madres, entre otros servicios y actividades que desarrolla.

Ahora bien, la *Federación Médica Venezolana* -cuyo emblema es el signo que a decir de la Administración fue imitado por la sociedad mercantil recurrente- es una persona de derecho público no estatal de carácter corporativo, integrada por los Colegios de Médicos de la República.

En sintonía con lo anterior, el artículo 68 de la Ley del Ejercicio de la Medicina, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 3.002 Extraordinaria del 23 de agosto de 1982, establece que la mencionada Federación “[t]iene carácter profesional, gremial y reivindicativo; personería jurídica y patrimonio propio”.

Asimismo, enumera en su artículo 70 las funciones del referido ente, a saber: aprobar el Código de Deontología Médica, elaborar y aprobar sus Estatutos y Reglamentos Internos, proteger los intereses de la sociedad en cuanto atañe al ejercicio de la medicina; divulgar y hacer cumplir las normas de ética profesional; dictar las medidas disciplinarias que aseguren el ejercicio idóneo de la profesión; procurar los principios de solidaridad humana y de responsabilidad social; servir de organismo consultivo del Ejecutivo Nacional en materia de salud cuando éste lo requiera; promover la defensa de los intereses de los Colegios de Médicos así como coordinar y orientar sus actividades y dirimir sus conflictos; fomentar la actualización de conocimientos y perfeccionamiento científicos de los médicos; estimular la solidaridad profesional y gremial entre sus integrantes; establecer las formas de previsión social para asegurar el bienestar social del médico y sus familiares, y ejercer la representación del gremio médico ante los organismos públicos nacionales en la tramitación de materias que afecten a los profesionales o a sus instituciones representativas.

Como puede apreciarse de lo expuesto, tanto la naturaleza jurídica de ambas instituciones -*Cruz Roja* y *Federación Médica Venezolana*- como las actividades que cada una realizan son distintas.

En efecto, la *Cruz Roja* como movimiento desarrolla una actividad a nivel internacional -predominantemente asistencial- mucho más amplia que la desplegada por la Federación Médica Venezolana, la cual sólo gira en torno al ejercicio de la medicina y a lo que ella implica como profesión en el ámbito nacional (capacitación, seguridad social, ética, medidas disciplinarias, defensa de los Colegios que los agrupa, entre otras).

Por todo lo expuesto, no aprecia la Sala que la *Federación Médica Venezolana* pueda calificarse como una “*entidad de misma índole*” que la *Cruz Roja* y que, por tanto, aquella se encuentre comprendida en el supuesto descrito en el ordinal 3º del artículo 33 de la Ley de Propiedad Industrial.

Adicionalmente, tal como lo advirtieron las apoderadas actoras, no se desprende del mencionado artículo que el criterio para determinar si hay similitud entre una institución cualquiera y la *Cruz Roja* sea la materia de salud o la medicina, lo cual se evidencia del desarrollo de actividades distintas como, por ejemplo, la asistencia prestada a los refugiados.

Bajo estas premisas, debe concluirse que la solicitud de registro del diseño de la sociedad mercantil Blue Cross and Blue Shield Association, no podía subsumirse en el mencionado ordinal 3º del artículo 33 de la Ley de Propiedad Industrial.

Sin perjuicio de lo anterior, no pasa inadvertido para la Sala que la representación de la empresa recurrente manifestó que el fundamento explicado por el Director General del Ministerio de Industria y Comercio para negar la solicitud, pareciera encuadrar en los supuestos contenidos en los ordinales 11 y 12 del antes mencionado artículo 33.

Al respecto, aseguran las apoderadas actoras, que el diseño de la sociedad mercantil Blue Cross and Blue Shield Association no es igual al de la Federación Médica Venezolana, toda vez que el diseño de su representada está compuesto por un escudo en color azul dentro del cual aparece la figura de un bastón y una serpiente enroscada conocida como “*esculapio*”, generalmente referida a los servicios de salud.

Asimismo, advierten, que la Administración negó la solicitud de registro por el parecido de la serpiente enroscada con la contenida en el emblema de la Federación Médica Venezolana, sin considerar los otros elementos que forman parte del diseño de la empresa recurrente, los cuales conforman un todo indivisible.

Ante este alegato, es oportuno atender a lo dispuesto en los ordinales 11 y 12 del artículo 33 de la Ley de Propiedad Industrial invocados por la parte actora, los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 33. No podrán adoptarse ni registrarse como marcas:

(...)

11) la marca que se parezca gráfica o fonéticamente a otra ya registrada, para los mismos o análogos productos; y,

12) la que pueda prestarse a confusión con otra marca ya registrada o que pueda inducir a error por indicar una falsa procedencia o cualidad.”.

De la disposición transcrita se evidencia que la prohibición en ella contenida, se refiere únicamente a la existencia de otra marca previamente registrada; sin embargo, la Sala observa que el escudo de la Federación Médica Venezolana no constituye una marca en los términos establecidos en el artículo 27 de la mencionada Ley, es decir, un signo, figura, dibujo, palabra o combinación de palabras, leyenda o cualquiera otra señal que revista novedad, usados por una persona natural o jurídica **para distinguir los artículos que produce, aquéllos con los cuales comercia o su propia empresa.**

No obstante lo anterior, el signo de la *Federación Médica Venezolana* se encuentra establecido legalmente, específicamente, en el artículo 74 de la Ley de Ejercicio de la Medicina, el cual dispone que “*El emblema oficial (...) lo constituye un bastón rústico de color marrón en posición vertical, alrededor del cual se arrolla una serpiente amarilla, todo ello teniendo por fondo la silueta en rojo del mapa de Venezuela sobre campo azul. El emblema está circunscrito por un escudo en cuyo borde está inscrito lo siguiente: Federación Médica Venezolana, 1945. Al pie, en una cinta desplegada figura ‘Non Sibi Sed Omnibus’ lema oficial de la Federación Médica Venezolana.*”.

Ahora bien, la disposición transcrita -artículo 74- y la naturaleza jurídica de la *Federación Médica* antes analizada -persona de derecho público- conllevan al análisis del signo cuyo registro se pretende, a la luz del ordinal 2º del artículo 33 de la Ley de Propiedad Industrial, el cual prohíbe adoptar o registrar como marca “*la Bandera, Escudo de Armas u otra insignia de la República, de los Estados o de las Municipalidades y, en general, de cualquier entidad venezolana de carácter público*” (Resaltado de la Sala); para lo cual es necesario visualizar los diseños en conflicto:



Observando las anteriores imágenes aprecia la Sala que el diseño presentado por la sociedad mercantil Blue Cross and Blue Shield Association para su registro, consiste en una figura ovoide de color azul hundida en la parte superior, con un borde blanco en la parte interna y una serpiente blanca enroscada en un tronco también blanco; características que no concuerdan con el emblema de la Federación Médica Venezolana.

Por otra parte, del acto recurrido se aprecia que la Administración negó el registro solicitado, por considerar que el uso del signo denominado “esculapio”, además de crear una supuesta confusión con el escudo de la referida Federación, no le otorga distintividad al diseño de la accionante; frente a lo cual alegan las apoderadas actoras que dicho elemento no se protegería aisladamente pues, al ser una marca compleja, es el conjunto lo que el derecho marcario protege.

Sobre este particular, se pronunció esta Sala en sentencia N° 514 de fecha 3 de abril de 2001 (caso: *The Coca-Cola Company*) en los siguientes términos:

“La jurisprudencia de este Alto Tribunal ha venido delineando criterios interpretativos sobre la Ley de Propiedad Industrial, atendiendo siempre a la causa misma de la institución respectiva que, en materia marcaria, se fundamenta en la necesidad colectiva de que los productos objeto del comercio contengan un signo distintivo exclusivo que sirva para diferenciarlo de otros similares en el mercado, evitando así la confusión o equivocación del público consumidor, a quien asiste el derecho a no ser inducido a error en relación con los productos de su preferencia que coexisten en un mercado de libre competencia

En coincidencia con los postulados doctrinarios en este campo, esta Sala ha sostenido el criterio conforme al cual la marca ‘compleja’ es la integrada por varios elementos nominativos o gráficos y nominativos, que constituyen un conjunto en su totalidad, vale decir, unitario, complejo e indivisible, el cual individualiza la marca como signo diferenciador de productos análogos.

De ahí que, para juzgar la confundibilidad entre marcas, cuando alguna de ellas sea de las denominadas ‘marcas complejas’, deba analizarse la marca en su conjunto y no cada uno de sus elementos por separado, aun cuando algunos de éstos puedan consistir en signos o palabras similares a otras ya registradas que, por su naturaleza, dentro del conjunto, no quedarían protegidas aisladamente, por sí solas, como un derecho exclusivo de uso, puesto que el registro es sobre el conjunto que constituye la marca, y no sobre cada uno de sus elementos por separado (véanse sentencias de la Sala Político-Administrativa de fechas 31 de enero de 1983 y 07 de noviembre de 1995; casos: *NESTLÉ S.A.* y *THE CLOROX COMPANY*, respectivamente)”.

Con vista a la decisión parcialmente transcrita, la Sala aprecia que aunque la figura de la serpiente enroscada generalmente identifique la materia de salud o la medicina, ésta no debe ser considerada individualmente; pues lo que el derecho marcario protege en estos casos es el conjunto y no sus partes. En efecto, el diseño de la sociedad mercantil recurrente constituye una marca compleja y, como tal, la Administración debió considerar sus elementos en conjunto sin individualizarlos o discriminarlos, para así determinar si gozaba o no de distintividad.

Por todas las consideraciones que anteceden y vista la procedencia de las denuncias formuladas -vinculadas a la errónea interpretación de las normas legales aplicables- debe esta Sala declarar con lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto y, en consecuencia, revocar la Resolución N° 108 de fecha 31 de marzo de 1998, publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial N° 423 de fecha 31 de julio de 1998, dictada por el Director General del Ministerio de Industria y Comercio, hoy Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio. Así se declara.

B. *Expropiación. Perención: Improcedencia*

CPCA

5-2-2007

Juez Ponente: Javier Tomás Sánchez Rodríguez

Del estudio de las actas del expediente (folio 38), se evidencia que desde el 21 de enero de 1980, fecha en que la Corte notificó al Abogado Arturo Pérez Benítez, que mediante auto dictado en esa misma fecha, fue designado como “...*Defensor de los ausentes y no comparecientes en la solicitud de expropiación de un inmueble ubicado en la jurisdicción del Distrito Muñoz del estado Apure...*”, hasta la presente fecha, no consta que la Procuraduría General de la República como parte demandante en la presente causa, haya comparecido a impulsar el proceso, transcurriendo un lapso mayor de veinticinco (25) años de inactividad que denota desinterés en la causa.

Con relación a ello, el artículo 19 párrafo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispone lo siguiente:

“...La instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un (1) año, antes de la presentación de los informes. Dicho término empezará a contarse a partir de la fecha en que se haya efectuado el último acto procesal. Transcurrido dicho lapso, el Tribunal Supremo de Justicia deberá declarar consumada la perención de oficio o a instancia de parte, la cual deberá ser notificada a las partes, mediante un cartel publicado en un diario de circulación nacional. Luego de transcurrido un lapso de quince (15) días continuos se declarará la perención de la instancia...”.

Respecto a la interpretación de la norma parcialmente transcrita, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2148 de fecha 14 de septiembre de 2004, sostuvo lo siguiente:

“...La norma que se transcribió persigue que, de oficio, el tribunal sancione procesalmente la inactividad de las partes, sanción que se verifica de pleno derecho una vez que se comprueba el supuesto de hecho que la sustenta, esto es, el transcurso del tiempo. Ahora bien, los confusos términos de la norma jurídica que se transcribió llevaron a esta Sala, mediante decisión N° 1466 de (*sic*) 5 de agosto de 2004, a desaplicarla por ininteligible y, en consecuencia según la observancia supletoria que permite el artículo 19, párrafo 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicar el Código de Procedimiento Civil a los casos en que opere la perención de la instancia en los juicios que se siguen ante el Tribunal Supremo de Justicia. En concreto, es el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil la norma que debe aplicarse en estos casos, el cual establece:

‘Toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento de las partes. La inactividad del Juez después de vista la causa no producirá la perención’...”.

No obstante lo anterior, la presente causa de expropiación interesa al orden público, por lo que este Órgano Jurisdiccional no puede declarar consumada la perención y extinguida la instancia. Así se declara.

En consecuencia, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ordena oficiar a la Procuraduría General de la República, para que en el lapso de ocho (08) días de despacho contados a partir de la notificación de la presente decisión, informe a este Órgano Jurisdiccional acerca del estado en que se encuentra la expropiación, o para que provea lo que estime necesario para la continuación o no de la presente causa.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Impuestos Nacionales: Impuesto sobre la Renta*

Véase: Página 168 de esta Revista

TSJ-SC (301)

27-2-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

La Sala Constitucional modifica la preposición del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

TSJ-SC (390)

9-3-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Aclaratoria de la sentencia N° 301 de fecha 27-2-2007.

La Sala Constitucional aclara la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, mediante sentencia N° 301 de fecha 27-2-2007.

Decidido lo anterior, pasa la Sala a resolver las aclaratorias solicitadas, para lo cual observa que las mismas se resumen en los aspectos que se exponen a continuación:

a) Los efectos del fallo en el tiempo: aspecto que tanto la sustituta de la Procuradora General de la República como los representantes judiciales del SERVICIO NACIONAL INTEGRADO DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA, y los abogados ADRIANA VIGILANZA GARCÍA y CARLOS VECCHIO DEMARI han solicitado sea aclarado, y al efecto la Sala aprecia lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional es competente para:

“6. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, determinando expresamente sus efectos en el tiempo” (resaltado de este fallo).

En el presente caso, si bien se interpuso un recurso de nulidad contra varios artículos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, no estamos bajo el supuesto de la norma antes transcrita, toda vez que no fue declarada la nulidad de ninguno de los artículos impugnados, sino que como se desprende del número 1 del dispositivo de la sentencia N° 301 se declaró inadmisibile dicho recurso.

Ahora bien, como se desprende del texto de la motiva y del número 2 del dispositivo del fallo N° 301, se interpretó constitucionalmente el sentido y alcance de la proposición contenida en el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, ordenándose su publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, por ser dicha interpretación de carácter vinculante tal y como lo preceptúa el artículo 335 constitucional.

Pero aun cuando es una competencia constitucionalmente atribuida en forma exclusiva a esta Sala, la cual ha sido consagrada legalmente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (ver, artículos 1 y 5.52), el legislador no previó la fijación de los efectos de la interpretación vinculante que haga la Sala en el tiempo, toda vez que lógicamente ella no puede ser mas que aplicada una vez que la sentencia que la contiene sea publicada en la *Gaceta Oficial de la República*.

De allí que, aun cuando la lógica jurídica, no deja dudas acerca de que la interpretación que ha hecho la Sala, en forma vinculante, del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, tiene efectos *ex nunc*, esto es, a partir de la publicación del fallo que la contiene en la *Gaceta Oficial de la República*, lo cual se hizo en la N° 38.635 del 1 de marzo de 2007, tratándose la materia vinculada a dicha interpretación a la tributaria, la cual se rige por períodos fiscales anuales, esta Sala –en aras de la certeza jurídica que debe a los justiciables y a la administración fiscal- aclara el aspecto relacionado a la aplicación en el tiempo de la interpretación efectuada en el fallo N° 301 del 27 de febrero de 2007, señalando expresamente la misma no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el

mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación, de modo que la interpretación efectuada del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta se aplicará, a partir del ejercicio fiscal siguiente, de acuerdo a lo establecido en la normativa del Código Orgánico Tributario vigente y la legislación sobre impuesto sobre la renta, la cual no ha sido modificada. Así se decide.

b) Percepciones accidentales excluidas de la base imponible: aspecto que los representantes judiciales del SERVICIO NACIONAL INTEGRADO DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA han requerido sea aclarado, por cuanto -en su criterio- “[...]esta sentencia podría estimular la elusión fiscal en pro del aumento de beneficios que no poseen carácter salarial, tales como: bonos, dietas, pensiones, obvenciones y demás privilegios afectando directamente los objetivos sociales de la Revolución Bolivariana”. Y que los abogados ADRIANA VIGILANZA GARCÍA y CARLOS VECCHIO DEMARÍ, han solicitado sea aclarado en los numerales 3 y 5 del petitorio de su escrito del 8 de marzo de 2007.

Al respecto, la Sala advierte que en la motiva del fallo que se pide sea aclarado, se dispuso que:

“[...]la norma que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores, puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal) a que se refiere el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones –si no en su totalidad, en buena parte- sólo en el pago de impuestos”.

Encuentra la Sala que la decisión es precisa, clara y positiva, pues efectivamente **lo accidental** se contraponen a **regular y permanente**, por lo que –independientemente- del nombre que pueda dársele a una determinada remuneración, no puede afirmarse, como lo sostiene los representantes judiciales del SENIAT, que dicha interpretación “[...]podría estimular la elusión (sic) fiscal”, en todo caso sería la evasión al pago de los tributos, pues el **quid** para su inclusión o exclusión a los efectos del cálculo de la base imponible obedece a su forma de ocurrir, o de percibirse, sin que pueda existir elusión alguna proveniente del fallo ya que los pagos salariales regulares, no pueden sustituirse con bonos u otro tipo de remuneración.

Resalta la Sala, 1) que esta decisión se refiere al régimen impositivo de los asalariados, esto es, de quienes perciben un salario por la prestación de un servicio; y 2) que los bonos y otras remuneraciones no regulares ni permanentes, no son pechables al no estar incluidas en el salario normal.

Y ello es perfectamente constatable de los comprobantes que se emiten a los trabajadores con indicación de las remuneraciones sean éstas regulares y permanentes (por ejemplo, prima de antigüedad, prima de profesionalización, dietas por mencionar algunas) o accidentales (por ejemplo, bono por productividad).

De allí que resulta redundante explicar con otras palabras o estableciendo denominaciones concretas a las remuneraciones incluidas o excluidas, pues ello depende de la regularidad o en su caso de la eventualidad con que se perciba, para la aplicación de lo estipulado en el fallo N° 301 del 27 de febrero de 2007; fallo que –contrariamente- a lo afirmado en el escrito presentado por el Gerente General de Servicios Jurídicos del SENIAT y por los demás apoderados judiciales de dicho organismo, i) no se aleja de los principios constitucionales, menos aun del referido a la igualdad social; ii) no apunta hacia un retroceso

en la concepción de salario ni propende a la evasión fiscal; y iii) no lesiona la política económica y tributaria del Estado, pues si se hace una lectura detenida de su motiva, se constata que los principios que inspiran a tal decisión, son eminentemente constitucionales (justa distribución de las cargas públicas, capacidad contributiva, entre otros).

En virtud de lo expuesto, la Sala estima improcedente aclarar lo que debe entenderse por beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, así como lo referido a las remuneraciones que califican a salario normal, pues ello está expresamente establecido en el fallo objeto de la presente decisión. Así se decide.

c) En cuanto a la aclaratoria solicitada por los abogados ADRIANA VIGILANZA GARCÍA y CARLOS VECCHIO DEMARI, en el número 4 del petitorio de su escrito, sobre “[...]la vigencia temporal de las normas que no fueron reformadas, pero que se publicaron nuevamente a través de una reforma de ley, debe considerarse a partir de dicha reforma, en lugar de considerarse a partir de dicha norma, en lugar de considerar el momento en que fueron sancionadas originalmente”., advierte la Sala que ello fue objeto de examen y pronunciamiento en el fallo N° 301, y una lectura detenida del mismo, evidencia que el asunto fue debidamente resuelto y que no hay nada que esclarecer al respecto. Por lo que, esta Sala niega dicha solicitud, y así se decide.

Voto disidente del Magistrado Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz disiente de la mayoría respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

La sentencia aclaratoria de la que se discrepa declaró que la interpretación que esta Sala fijó en su fallo N° 301 de 27 de febrero de 2007:

“Encuentra la Sala que la decisión es precisa, clara y positiva, pues efectivamente **lo accidental** se contrapone a **regular y permanente**, por lo que –independientemente- del nombre que pueda dársele a una determinada remuneración, no puede afirmarse, como lo sostiene los representantes judiciales del SENIAT, que dicha interpretación “[...]podría estimular la elusión (sic) fiscal”, en todo caso sería la evasión al pago de los tributos, pues el **quid** para su inclusión o exclusión a los efectos del cálculo de la base imponible obedece a su forma de ocurrir, o de percibirse, sin que pueda existir elusión alguna proveniente del fallo ya que los pagos salariales regulares, no pueden sustituirse con bonos u otro tipo de remuneración.

Resalta la Sala, 1) que esta decisión se refiere al régimen impositivo de los asalariados, esto es, de quienes perciben un salario por la prestación de un servicio; y 2) que los bonos y otras remuneraciones no regulares ni permanentes, no son pechables al no estar incluidas en el salario normal.

Y ello es perfectamente constatable de los comprobantes que se emiten a los trabajadores con indicación de las remuneraciones sean éstas regulares y permanentes (por ejemplo, prima de antigüedad, prima de profesionalización, dietas por mencionar algunas) o accidentales (por ejemplo, bono por productividad).”

En criterio del disidente, la Sala se apartó, en la aclaratoria, de lo que había decidido en la decisión que dijo aclarar, en cuanto a la base imponible para el cálculo del impuesto sobre la renta de los asalariados: el salario normal, el cual define la Ley Orgánica del Trabajo como:

“Artículo 133. / (...)

PARÁGRAFO SEGUNDO.- A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial.” (Subrayado añadido).

Así, cuando la mayoría estableció, vía aclaratoria, que el criterio que determina qué es salario normal es que “*lo accidental se contrapone a regular y permanente*”, olvidó que, de conformidad con el mismo artículo 133 que se citó, “*se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio.*” (Subrayado añadido), vale decir, obvió el elemento fundamental de la definición de salario normal: la conmutatividad, que es la relación de reciprocidad entre la remuneración (causa) y la prestación del servicio (efecto) e, incluso, contravino la exclusión expresa de la norma, en su párrafo segundo, de la prima de antigüedad como parte del salario normal.

En este sentido, lamenta el salvante que se haya dado marcha atrás en la interpretación correcta que se hizo de la Ley Tributaria cuando se determinó que es el salario normal, a que se refiere el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, la base imponible de los asalariados para el cálculo del impuesto sobre la renta, de conformidad con lo que preceptúa el párrafo cuarto de esa disposición normativa que reza:

“PARÁGRAFO CUARTO.- Cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó.”

El retroceso se produjo a través de una errónea fijación acerca de lo que por tal salario debe entenderse, pese a la claridad de la letra de la Ley, que impone la exclusión –y no la inclusión, como erradamente se hizo-, del ámbito de tal concepto, de remuneraciones como la prima de antigüedad, prima de profesionalización que, si bien pueden ser regulares y permanentes, no corresponden al trabajador por la prestación de su servicio.

No es la primera vez que quien disiente debe apartarse de un pronunciamiento aclaratorio que modifica el veredicto sobre el que recae, de modo que resulta pertinente la ratificación de los conceptos que, al respecto, se plasmaron en el voto salvado a la sentencia de esta Sala N° 1056 de 31-05-05, en el sentido de que la Sala está impedida de modificar sus decisiones anteriores con ocasión de una aclaratoria; ello resulta atentatorio contra la seguridad jurídica en cuanto altera la cosa juzgada.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo. Derechos de los administrados: Derecho a la información administrativa*

CSCA

7-2-3007

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: William Uribe Regalado vs. Universidad Central de Venezuela

El derecho a la información administrativa consagrado en el artículo 143 constitucional presupone, necesariamente, la instauración de un procedimiento administrativo de cualquier naturaleza –sancionatorio, autorizatorio, etcétera-, en el cual la Administración emitirá un pronunciamiento decisivo en torno al asunto de que se trate.

.....Así pues, se deduce de los autos que el ciudadano William Uribe Regalado alegó que la negativa por parte de la UCV de permitirle el acceso a los instrumentos que integran su expediente académico, configuran la violación del artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por impedirle informarse sobre el estado de las actuaciones que integran el mismo.

En ese sentido, observa la Corte que del folio 6 al 36 del expediente, ambos inclusive, corre inserta en original, solicitud de inspección ocular signada con el N° S-5383/06, evacuada el 25 de enero de 2004 por el Juzgado Quinto de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de la cual se desprende que en la fecha mencionada, el ciudadano William Uribe Regalado compareció junto con el referido Tribunal ante la sede la Oficina de Control de Estudios de la Escuela de Medicina “Luis Razetti” de la Universidad Central de Venezuela, con la finalidad de dejar constancia de las actuaciones que constaban en su expediente académico, oportunidad en la cual la ciudadana Alida Rivas de García, en su condición de Coordinadora Docente de la citada Oficina, manifestó su negativa de exhibir los documentos cursantes en el referido expediente, aduciendo al efecto, que las únicas personas con competencia para exhibir o permitir el acceso a los expedientes académicos son el Decano o el Director de la citada Escuela de Medicina.

Asimismo, se colige que en el devenir del proceso la representación judicial de la UCV no logró demostrar que esa casa de estudios efectivamente le permitió al accionante el acceso a su expediente académico; por el contrario, encuentra la Corte que en la oportunidad de celebrarse la audiencia constitucional, dicha representación manifestó en esa ocasión que “procedieron a consignar la información solicitada por el accionante”, lo que denota sin duda alguna que la negativa de acceso delatada se produjo de manera continuada, tal y como fue alegado en el escrito libelar. Ello, aunado al hecho que no lograron probar que la UCV se encontraba amparada por alguna causal legítima que le permitiera prohibirle al quejoso realizar la revisión del mismo (*Vgr.* Que la información requerida reviste un carácter confidencial).

Todo lo cual revela que, efectivamente, la Universidad Central de Venezuela le coartó al ciudadano William Uribe Regalado la posibilidad de imponerse de las actas que integran su expediente académico. Así se declara.

De cara a lo anterior, y en lo que respecta al derecho de información oportuna y veraz por parte de la Administración Pública, previsto en el artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que su contenido y alcance fue delimitado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 332 del 14 de marzo de 2001 (caso: *Insaca, C.A.*),

De acuerdo con la jurisprudencia sentada por la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, el postulado sub examine reviste básicamente dos vertientes jurídicas bien diferenciadas, pero que, a su vez, son de carácter concurrentes. La primera, como se ha visto, referida al derecho que tienen los particulares a obtener información cierta, precisa y tempestiva en torno a las actuaciones administrativas adelantadas en los procedimientos administrativos en los cuales tengan interés, y en los que se van a dictar decisiones administrativas definitivas (actos administrativos de carácter definitivo).

Por consiguiente, el derecho bajo estudio presupone, necesariamente, la instauración de un procedimiento administrativo de cualquier naturaleza -sancionatorio, autorizador, etcétera-, en el cual la Administración emitirá un pronunciamiento decisivo en torno al asunto de que se trate; de allí que ésta configura el sujeto pasivo de este derecho, el cual obra en pro de los particulares, por cuanto es la Administración quien posee la obligación de aportar toda la información requerida por el administrado interesado en el procedimiento.

De la mano con el anterior derecho, se encuentra el derecho de los particulares de imponerse -acceder- de las actuaciones llevadas a cabo en el expediente donde se sustancia el procedimiento administrativo de que se trate, a objeto de garantizar sus derechos a la defensa y un debido proceso administrativo, prescritos en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como de ejercer los recursos correspondientes -administrativos o jurisdiccionales- contra la decisión definitiva a ser proferida por la Administración.

Dicho lo anterior, se deduce que en el caso *sub iudice* no se produjo la violación del derecho constitucional contemplado en el artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que si bien existen en autos medios de convicción suficientes en torno a la negativa injustificada de la UCV de permitirle al quejoso el acceso a su expediente académico, no es menos cierto que, como se ha dicho, dicha denegación debe producirse ineludiblemente en el marco de un procedimiento administrativo en el que el denunciante tenga un interés con respecto a la resolución definitiva que la Administración habrá de dictar en torno al asunto que le atañe, situación que no se verifica en la controversia bajo estudio.

En efecto, la petición de tuición constitucional bajo análisis no se produjo por virtud de la negativa de acceso a un expediente administrativo sustanciado por la UCV, en razón de un procedimiento administrativo en el cual ésta fuese a dictar un acto administrativo definitivo en el que el accionante tuviere interés, sino ante la imposibilidad del accionante de imponerse del contenido de las actuaciones que conforman su expediente académico, motivo por el cual, se desecha la alegada infracción del derecho constitucional a la información veraz y oportuna por parte de la Administración Pública, previsto en el artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

2. *Actos Administrativos. Motivación*

TSJ-SPA (56)

24-1-2007

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Plaza's Cadena Corporativa 2030 C.A. vs. SENIAT

...La motivación es la expresión formal de los supuestos de hecho y de derecho del acto, por lo que, resulta indispensable que los actos administrativos de carácter particular estén dotados de motivación, exceptuando solamente a los de simple trámite o aquellos a los cuales una disposición legal los exima de tal requisito. A tal efecto, se debe hacer referencia a los hechos y fundamentos legales del acto, por lo que todo acto administrativo debe contener una relación sucinta donde se deje constancia de los antecedentes de hecho y de derecho que concurren a la formación del acto, facilitando su interpretación y evitando el estado de indefensión a los particulares.

Ahora bien, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, todo acto administrativo deberá contener "...*Expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes...*".

De las consideraciones precedentemente expuestas, se desprende la necesidad de instituir la motivación de los actos como uno de los principios rectores de la actividad administrativa, lo cual permite adecuar su función dentro de los límites que la ley le impone. Tal exigencia consiste, y así lo ha sostenido innumerable jurisprudencia de esta Máxima Instancia, en la necesidad de que los actos que la Administración emita deberán señalar, en cada caso, el fundamento expreso de la determinación de los hechos que dan lugar a la decisión, de manera que el administrado pueda conocer en forma clara y precisa las razones fácticas y jurídicas que originaron tal resolución, permitiéndole oponer las razones que crea pertinentes a fin de ejercer su derecho a la defensa. Serán inmotivados los actos administrativos, en aquellos casos en los cuales los interesados quedan impedidos para conocer los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron las bases o motivos en que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión.

De manera tal que el objetivo de la motivación, es, en primer lugar, permitir a los órganos competentes el control de la legalidad del acto emitido y, en segundo lugar, hacer posible a los administrados el ejercicio del derecho a la defensa.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación. Legitimación activa*

TSJ-SPA (0121)

31-1-2007

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Almacenadota Caraballeda C.A. vs. Ministerio de Transporte y Comunicaciones (hoy Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura).

La Sala analiza la jurisprudencia existente referente al establecimiento en el caso del recurso de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares del requisito de un interés calificado, es decir, interés personal, legítimo y directo.

.....Alega la tercera opositora, que la inadmisibilidad del recurso bajo análisis deviene de la ilegitimación del impugnante en los términos previstos en el ordinal 1 del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con lo estipulado en el artículo 121 *eiusdem*, aplicable *ratione temporis*, por cuanto - a su juicio- el motivo que lleva al recurrente a solicitar la nulidad del acto, es la existencia de problemas eminentemente contractuales.

Esta Sala en sentencia N° 1.084 del 11 de mayo de 2000 (caso: *Colegio de Nutricionistas*), señaló al respecto que cuando el objeto del recurso de nulidad se refiere a un acto administrativo de efectos particulares la legitimación activa exigida es, de acuerdo a los claros términos de los artículos 121 y 124, ordinal 1° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la de un interés legítimo, personal y directo, esto es, que el interés en la legalidad de la actividad administrativa está calificado por el legislador; por ello se requiere que el recurrente, sea el destinatario del acto, o cualquier otro sujeto que, sin ser titular de derechos subjetivos administrativos, se encuentre en una especial situación de hecho ante la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, le hace más sensible que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley. Éstos últimos han sido llamados por la doctrina interesados legítimos.

En el texto de la mencionada sentencia, la Sala conceptualizó la noción de simple interés, estableciéndolo como no calificado por el legislador y que “se refiere a la facultad que tiene cualquier ciudadano de impugnar la actuación administrativa, siempre que ésta le afecte en su esfera jurídica. Este interés simple, pero particularizado, condicionado a que afecte derechos o intereses de quien recurre, es el que se exige para solicitar la nulidad de actos de la Administración de efectos generales”.

Con vista a lo antes expuesto, la Sala arribó a la conclusión de que en el contencioso administrativo la legitimación activa para recurrir de un acto que aparezca ilegal dependerá de la calificación del acto mismo, es decir, si es de efectos generales o de efectos particulares. Siendo requerido en el primero de los casos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el simple interés particularizado, en tanto que, cuando se trata de la impugnación de actos administrativos de efectos particulares, el interés estaba calificado por el legislador, al exigir que el mismo debía ser legítimo, personal y directo, es decir, un interés actual, concreto, que afecte directamente a sus destinatarios, a aquellos que han establecido una relación jurídica con la Administración Pública o a todo aquel a quien la providencia administrativa afecta en su derecho o interés legítimo.

Lo antes expuesto ha sido recientemente previsto por esta Sala en sentencia N° 1895 del 26 de julio de 2006, (caso: *Enrique Mendoza vs. Decreto Presidencial N° 1.969*), al establecer que en el caso de recurso de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares “*se requiere de un interés calificado, es decir, interés personal, legítimo y directo*”.

De modo que todo acto del Poder Público debe ceñirse a los parámetros de la legalidad y constitucionalidad vigentes, so pena de ser revocado por la propia Administración en ejercicio de su poder de autotutela o de ser declarado nulo por las autoridades judiciales competentes, mediante el ejercicio de acciones judiciales provistas por el propio ordenamiento jurídico como instrumentos de colaboración ciudadana para el resguardo y vigilancia de la juridicidad y el logro de la justicia.

Ello implica que cuando la Administración actúe al margen de la ley, en detrimento de intereses indirectos y distintos a los derechos subjetivos de los destinatarios expresos de su actuación, quedan habilitados quienes ostenten esta condición dada por este específico interés, de acuerdo a los razonamientos que acaban de exponerse, los cuales quedan confirmados además, con lo previsto en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia relativo a los extremos subjetivos para recurrir de los actos administrativos de efectos particulares, esto es, el interés personal, legítimo y directo.

2. *El Contencioso Administrativo de Interpretación*

TSJ-SPA (0224)

7-2-2007

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Armando Casal Casal (Interpretación del artículo 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento. *G. O. N° 5.568* de fecha 31-12-2001).

La Sala Político Administrativa confirma su jurisprudencia referente a la posibilidad de interpretar normas en cuyo texto no se establezca expresamente dicha posibilidad, ya sea por su conexidad con otra ley que sí prevea esa posibilidad, o por la importancia del asunto de que se trate.

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca del recurso de interpretación solicitado por el ciudadano Armando Casal Casal, actuando en nombre propio, sobre el alcance e inteligencia del artículo 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento. A tal efecto, se observa:

Como punto previo al fondo del recurso ejercido, pasa la Sala a pronunciarse acerca de la inadmisibilidad alegada por el sustituto de la ciudadana Procuradora General de la República y por el apoderado judicial de la Compañía Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL), en la audiencia oral celebrada con ocasión del acto de informes, en el sentido que esta Sala declare la inadmisibilidad del recurso interpuesto, porque el artículo cuya interpretación se solicita se encuentra contenido en una Ley que no contiene expresamente la posibilidad de ser interpretada.

Sobre el anterior particular, esta Sala, en sentencia N° 708 de fecha 22 de mayo de 2002, con el objeto de preservar la uniformidad de la interpretación de las leyes y la jurisprudencia, estableció una serie de requisitos concurrentes para la admisibilidad del referido recurso, entre los cuales se encuentra, “*Que la interpretación solicitada verse sobre un texto legal, aun cuando el mismo no establezca expresamente la posibilidad de interpretación de sus normas*”.

En esos términos, la jurisprudencia de esta Sala ha venido aceptando pacífica y reiteradamente la posibilidad de interpretar normas en cuyo texto no se establezca expresamente dicha posibilidad, ya sea por su conexidad con otra ley que sí prevea esa posibilidad, o por la importancia del asunto de que se trate.

En el caso de autos, el ciudadano Armando Casal Casal, en su condición de suscriptor residencial y comercial del servicio de agua potable, se le presenta la duda acerca de la facultad que tienen las empresas prestadoras del servicio de agua potable para realizar el cobro por concepto de cargos fijos (artículo 86 de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento) a pesar de la suspensión del servicio, o la ausencia de conexión y medición en los consumos; pues el pago contemplado en dicha norma podría afectar directamente su patrimonio siendo un suscriptor residencial y comercial.

Atendiendo a lo antes expuesto, a pesar de que la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento no prevé la posibilidad de interpretación, estima la Sala que, en el caso de autos se encuentra involucrado el interés de la colectividad, dada la importancia de la materia que dicha Ley desarrolla.

En efecto, el servicio de agua potable y de saneamiento es un servicio público de vital importancia para toda la población, lo que hace necesario que esta Sala se pronunciará respecto a la interpretación solicitada, razón por la cual debe declararse improcedente el alegato de inadmisibilidad formulado por el sustituto de la Procuradora General de la República y por la representación judicial de Hidrocapital.

3. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Tributario*

TSJ-SPA (0301)

7-2-2007

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Daewoo Motor De Venezuela, C.A. vs. Fisco Nacional

La medida preventiva de suspensión de efectos (artículo 263 del Código Orgánico Tributario de 2001), procede únicamente cuando se verifiquen en forma concurrente los supuestos que la justifican, esto es, que la medida sea necesaria a los fines de evitar daños graves o perjuicios irreparables o de difícil reparación derivados de la ejecución inmediata del acto recurrido y que, adicionalmente, resulte presumible que la pretensión procesal principal será favorable al actor, a lo cual se agrega la adecuada ponderación del interés público involucrado.

Visto el contenido de la decisión interlocutoria recurrida, los alegatos invocados en su contra por el Fisco Nacional, observa esta Sala que la controversia planteada queda circunscrita a decidir respecto del presunto vicio de error de interpretación del artículo 263 del Código Orgánico Tributario, en que pudo haber incurrido el a quo al suspender los efectos del acto recurrido.

Constata esta Sala que el sentenciador de instancia, en su fallo interlocutorio, decidió la suspensión de efectos del acto administrativo impugnado por la contribuyente, basado en la interpretación del artículo 263 del vigente Código Orgánico Tributario, lo cual le permitió concluir que a la luz de la señalada norma bastaba el cumplimiento de uno de los requisitos previstos en dicho artículo, para la procedencia de la protección cautelar.

En tal sentido, y a los fines debatidos, estima la Sala pertinente comenzar su análisis partiendo del artículo 263 del Código Orgánico Tributario de 2001, que consagra la posibilidad de que el tribunal suspenda total o parcialmente los efectos de los actos recurridos, en los siguientes términos:

“Artículo 263. La interposición del recurso no suspende los efectos del acto impugnado; sin embargo, a instancia de parte, el tribunal podrá suspender parcial o totalmente los efectos del acto recurrido, en el caso que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho. Contra la decisión que acuerde o niegue la suspensión total o parcial de los efectos del acto, procederá recurso de apelación, el cual será oído en el solo efecto devolutivo.

La suspensión parcial de los efectos del acto recurrido no impide a la Administración Tributaria exigir el pago de la porción no suspendida ni objetada.” (Destacado de la Sala).

De la disposición antes transcrita se observa que la suspensión de los efectos del acto recurrido en materia tributaria no ocurre en forma automática *ope legis* con la simple interposición del recurso contencioso tributario, tal como sucedía bajo la vigencia del Código Orgánico Tributario de 1994; por el contrario, ésta debe tramitarse como una medida cautelar que el órgano jurisdiccional puede decretar a instancia de parte. Asimismo, para que proceda la medida cautelar de suspensión de efectos deben cumplirse los dos enunciados contenidos en la norma, a saber: *“que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho”*.

La interpretación literal del referido artículo permitiría afirmar, en principio, la posibilidad de que los requisitos para decretar dicha medida cautelar tributaria no sean concurrentes. Sin embargo, esta Sala considera necesario advertir que las interpretaciones de los textos normativos deben realizarse con base en una comprensión integral de los mismos, lo cual impone efectuar su interpretación de forma sistemática con respecto a todo el ordenamiento jurídico.

Tomando en consideración tal circunstancia, juzga la Sala necesario citar el criterio establecido en su sentencia N° 00607 de fecha 3 de junio de 2004, Caso: *Deportes El Marques, C.A.*, posteriormente reiterado en numerosos fallos, el cual es del siguiente tenor:

“En el caso sub júdice, tenemos que el citado texto normativo que consagra la procedencia de la suspensión del acto administrativo tributario, consta de dos enunciados: a) que la ejecución del acto pudiera causar graves perjuicios al interesado; b) que la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho.

En tal sentido, debe analizarse si la ‘o’ a la que hace referencia la norma es disyuntiva por interpretación literal o gramatical, para entender que los requisitos de procedencia de la medida cautelar no son concurrentes, o si, por el contrario, la “o” debe ser objeto de una interpretación más amplia de una mera comprensión gramatical.

De seguirse la interpretación literal, podríamos decir que si la “o”, que separa ambos enunciados es disyuntiva, bastaría con que uno solo de los enunciados se verificase para que se diera la consecuencia jurídica de la norma.

*Aplicando lo anterior a dicha disposición legal, tendríamos que admitir que podrían decretarse medidas cautelares con la sola verificación del *fumus boni iuris* o con la sola verificación del *periculum in damni*.*

*En este punto del razonamiento, caben hacerse las siguientes preguntas: ¿el solo *fumus boni iuris* es suficiente para suspender los efectos de un acto administrativo tributario?; y por otra parte ¿la sola verificación del *periculum in damni* es capaz de suspender los efectos del acto administrativo tributario?*

Dentro de este contexto, debe hacerse referencia a que las medidas cautelares de suspensión de efectos del acto administrativo tributario, se dictan cuando ellas sean necesarias para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación causados por la ejecución inmediata del acto administrativo tributario, en cuyo caso, de acordarse, debe ser con fines preventivos y no con fines ejecutivos o de reparación definitiva del daño.

Esta actividad preventiva de las medidas cautelares en el contencioso tributario, a diferencia de otros procesos, no está dirigida a asegurar las consecuencias de la sentencia futura del proceso principal, por el retardo en el mismo, sino que, por el contrario, busca suspender los efectos de un acto administrativo cuya ejecución inmediata pueda causar daños graves, razón por la cual, en este caso, debe hablarse de peligro de daño o periculum in damni según denominación de algún sector de la doctrina. Vale decir, que el peligro aquí no se identifica porque quede ilusoria la ejecución de un futuro fallo, sino por la debida comprobación por parte del juez de que la ejecución inmediata del acto administrativo tributario pueda causar un daño grave e inminente al contribuyente.

En cuanto a la exigencia del fumus boni iuris, es decir, de la probable existencia de un derecho, del cálculo o verosimilitud de que la pretensión principal será favorable al accionante, dicho requisito no puede derivar únicamente de la sola afirmación del accionante, sino que debe acreditarse en el expediente.

Por otra parte, debe aclararse que el acto administrativo tributario cuya suspensión se pide ante el órgano jurisdiccional, se presume dictado con apego a la ley, es decir, que el acto administrativo tributario goza de una presunción de legalidad, al ser dictado por órganos o entes públicos que poseen competencias y atribuciones contempladas en la ley para el ejercicio de la actividad administrativa tributaria.

Es por esta especial razón, que el decretar judicialmente la suspensión del acto administrativo, supone una excepción a los principios de ejecutividad y ejecutoriedad inmediata de los actos administrativos, ambos principios derivados de la referida presunción de legalidad.

Así, tomando en consideración dicha circunstancia, la sola apariencia del buen derecho no es suficiente para suspender el acto administrativo tributario; sino que además la ejecución del acto administrativo debe causar perjuicios al interesado, peligro éste calificado por el legislador como grave. La apariencia del derecho y el peligro inminente de daño grave en los derechos e intereses del interesado sería lo que, en todo caso, justificaría la suspensión de los efectos del acto administrativo tributario.

En cuanto a la posibilidad de acordar la suspensión de los efectos del acto administrativo tributario con la sola verificación del periculum in damni, considera la Sala que tampoco puede aisladamente solicitarse y decretarse, en razón de que carece de sentido que un contribuyente que no tenga la apariencia o credibilidad de la existencia de un buen derecho, pueda alegar que se le está causando un daño grave.

Entonces, al haber quedado evidenciado que ambos enunciados constitutivos del texto legal, a saber, periculum in damni y fumus boni iuris, no se dan en forma completa al analizarse por separado, conforme a lo explicado debe concluirse que ambos forman parte de una unidad, por lo cual no puede hablarse, en este caso, de disyunción en la proposición normativa sino de conjunción, ya que dichos enunciados o las partes que la conforman para ser válidos, esto es, verificarse en la realidad, deben verse en forma conjunta, y no sosteniendo que indistintamente la existencia de que (sic) cada uno, por separado, es capaz de lograr la consecuencia jurídica del texto legal.

Conforme a todo lo expuesto, esta Sala debe realizar una interpretación correctiva de la norma sobre la base de los razonamientos expresados y, en tal sentido, entender de la referida disposición legal que para que el juez contencioso tributario pueda decretar la suspensión de los efectos del acto administrativo, deben siempre satisfacerse, de forma concurrente, los dos requisitos antes señalados, vale decir, periculum in damni y fumus boni iuris; ello con la finalidad de llevar al convencimiento del juzgador la necesidad de que la medida deba decretarse, para garantizar y prevenir el eventual daño grave, el cual pudiera causarse con la ejecución inmediata del acto administrativo tributario...". (Destacados de la Sala).

Conforme con el criterio jurisprudencial del fallo transcrito, estima esta Sala que los dos requisitos contenidos en el artículo 263 del vigente Código Orgánico Tributario, no deben examinarse aisladamente, sino en forma conjunta, esto en virtud de que la existencia de uno sólo de ellos no es capaz de lograr la suspensión de los efectos del acto impugnado, siendo además, que mal podría enervarse un acto revestido de presunción de legalidad si no supone para el solicitante un perjuicio real de difícil o imposible reparación con la sentencia de fondo, o si aquél no ostenta respecto del acto en cuestión una situación jurídica positiva susceptible de protección en sede cautelar.

En tal sentido, la medida preventiva de suspensión de efectos contenida en el precitado artículo 263 del Código Orgánico Tributario de 2001, procede a juicio de esta Sala, únicamente cuando se verifiquen en forma concurrente los supuestos que la justifican, esto es, que la medida sea necesaria a los fines de evitar daños graves o perjuicios irreparables o de difícil reparación derivados de la ejecución inmediata del acto recurrido y que, adicionalmente, resulte presumible que la pretensión procesal principal será favorable al actor, a lo cual se agrega la adecuada ponderación del interés público involucrado. Por tales motivos, debe esta Sala discurrir del fallo del a quo, al acordar la medida solicitada por la simple verificación de la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, debiendo en consecuencia, estimar procedente la denuncia formulada por la representación fiscal en cuanto al vicio de falso supuesto por errónea interpretación de la ley, concretamente del artículo 263 del vigente Código Orgánico Tributario, en concordancia con los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

B. *El Contencioso Administrativo Electoral*

a. *Admisibilidad: Lapso de caducidad*

TSJ-SC (554)

28-3-2007

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Solicitud de revisión de decisión dictada por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Para el cómputo del lapso de caducidad contenido en el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, por días hábiles debe entenderse aquellos en los que la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia acuerde dar despacho, no siendo computables aquellos en los cuales la mencionada Sala decide no despachar, ni los sábados, ni los domingos, ni el Jueves y Viernes Santos, ni los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales, ni los declarados no laborables por otras leyes.

Llegada la oportunidad para decidir, esta Sala observa que el actor solicitó a esta Sala Constitucional el ejercicio de la facultad de revisión, con respecto al fallo dictado por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia el 11 de octubre de 2006, mediante el cual se declaró inadmisibile por extemporáneo el recurso contencioso electoral interpuesto por el ciudadano Carlos Enrique Gómez, contra la convocatoria y proceso de elección de las autoridades del Sindicato de Trabajadores del Calzado, Pielés, Curtiembres, Tenerías, Tiendas, Comercios, Detallistas, Mayoristas de Materiales del Calzado, Carteras, Correas, Marroquinería, Talabartería, Sintéticos, Anexos y sus Similares del Estado Táchira (SINTRACALPT).

Al respecto, la sentencia N° 93 del 6 de febrero de 2001 (caso: “*Corpoturismo*”), señaló que la facultad de revisión es “(...) una potestad estrictamente excepcional, extraordinaria y

discrecional (...), por ello *“(...) en lo que respecta a la admisibilidad de tales solicitudes de revisión extraordinaria esta Sala posee una potestad discrecional de admitir o no admitir el recurso cuando así lo considere”*, así *“(...) la Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión ‘(...) sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales’ (...)*”.

En este sentido, la discrecionalidad que se le atribuye a la facultad de revisión constitucional, no debe entenderse como una nueva instancia y, por lo tanto, el recurso en cuestión se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, así como cuando se contraríen los criterios vinculantes de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, lo que será determinado por la Sala en cada caso, siendo siempre facultativo de ésta su procedencia.

En el presente caso, de la solicitud de revisión se observa que el peticionante denunció que *“(...) el Tribunal Supremo de Justicia (...), despachó hasta el viernes 11 de agosto de 2006, inclusive y reinició sus actividades nuevamente el día lunes 18 de septiembre del año 2006, todo lo cual se infiere que entre el 31 de julio del año 2006, inclusive hasta el día 11 de agosto del año 2006, transcurrió un total de diez (10) días hábiles, de los quince (15) días hábiles para interponer, iniciándose nuevamente a correr los mismos a partir del día lunes 18 de septiembre del año 2006, que vendría siendo el día hábil undécimo (11) de lo que se desprende que el décimo quinto (15) día hábil, para interponer el recurso que fue declarado inadmisibles por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral mediante auto de fecha 11 de octubre del año 2006, luego de haberlo declarado admisible fue el día 22 de septiembre del año 2006, mientras que nuestro representado presentó su recurso contencioso electoral el día 21 de septiembre del año 2006, esto es el día hábil décimo cuarto (14) de los quince (15) días hábiles que se conceden a las partes para ejercer el recurso (...)*”.

Ello así, se advierte que la pretensión del solicitante se circunscribe a la aplicación dada por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, del artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el cual establece lo siguiente:

“(...) Artículo 237. El plazo máximo para interponer el Recurso Contencioso Electoral a que se refiere el artículo anterior, contra los actos o actuaciones del Consejo Nacional Electoral, será de quince (15) días hábiles, contados a partir de:

- 1. La realización del acto;*
- 2. La ocurrencia de los hechos, actuaciones materiales o vías de hecho;*
- 3. El momento en que la decisión ha debido producirse, si se trata de abstenciones u omisiones; o,*
- 4. En el momento de la denegación tácita, conforme a lo previsto en el artículo 231. Parágrafo Único: Si el recurso tiene por objeto la nulidad de la elección de un candidato a la Presidencia de la República, afectado por causales de inelegibilidad, no habrá lapso de caducidad para intentarlo. No así para el caso de las demás elecciones en las cuales deberá agotarse previamente la vía administrativa y, una vez decidida el recurrente deberá efectuar su impugnación en sede jurisdiccional, dentro del lapso legalmente establecido (...)*”.

De lo anterior se desprende claramente que lo que está sometido a la revisión constitucional de esta Sala guarda relación con el lapso de caducidad, el cual es un aspecto de orden público dentro del proceso, dado su contenido ordenador y su vinculación con la seguridad jurídica que tiene que garantizar todo sistema de administración de justicia.

Así, la Sala en sentencia N° 1.167/01, caso: “*Felipe Bravo Amado*”, se pronunció en relación a la caducidad de la acción en los siguientes términos:

“(...) La acción es el derecho de las personas a exigir de los órganos jurisdiccionales, mediante el proceso, la resolución de una controversia o de una petición, independientemente de que obtengan o no sentencia favorable. La acción pone en movimiento a la jurisdicción y una de las formas de su extinción es la sentencia que finaliza definitivamente el proceso. Con el ejercicio del derecho de acción se crea en el Estado, por intermedio del órgano jurisdiccional competente, la obligación de prestar la función jurisdiccional.

La ley muchas veces exige que ese derecho sea ejercido en un determinado lapso, y si no se incoa en dicho tiempo, la acción deviene en inadmisibles y la tutela jurídica del Estado, invocada por el accionante, no tiene lugar, si ella se ejerce después de vencido el plazo.

A ese término fatal se le llama caducidad, y es un plazo en el cual se debe realizar la actividad que la ley previno para el lapso, cual es -en el caso de la acción- interponerla formalmente con la pretensión que mediante ella se hace valer. Si ello no ocurre, la acción caduca y se extingue, al igual que la pretensión que por medio de ella se proponía deducir (...).”

Igualmente, se ha afirmado que la finalidad del lapso de caducidad es la materialización de la seguridad jurídica y el aseguramiento, de esa forma, de que tras el transcurso del lapso que preceptúa la ley, se extinga el derecho de toda persona al ejercicio de la acción que el ordenamiento jurídico le proporcione; ello para evitar que acciones judiciales puedan proponerse indefinidamente en el tiempo, lo cual incidiría negativamente en la tutela de la seguridad jurídica (*Vid.* Sentencias de esta Sala N° 208/00 y 160/01).

Así, la caducidad es un lapso procesal y en relación con el carácter de éste, la Sala Constitucional se ha pronunciado y ha precisado que los lapsos procesales establecidos en las leyes y aplicados jurisdiccionalmente son elementos temporales ordenadores del proceso, esenciales al mismo y de eminente orden público. Al respecto, la Sala sostuvo que:

“(...) No puede esta Sala Constitucional pasar por alto que, como intérprete máxima de la Constitución, está obligada a propugnar lo dispuesto en el artículo 257 eiusdem, en referencia a que: ‘No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales’.

Sin embargo, la decisión apelada -confirmada por esta Sala- no contravino la citada norma constitucional, sino que fue consecuencia de la aplicación fiel, por parte del juez, de una regla procesal que fija un lapso preclusivo para la realización de determinadas actuaciones. Afirmar lo contrario sería aceptar, por ejemplo, que invocando la existencia de una formalidad no esencial se inobserven los lapsos legalmente fijados para interponer una apelación o que también, por ejemplo, con ese mismo criterio, una parte irrespete el tiempo otorgado por el tribunal para realizar su intervención en el marco de una audiencia constitucional. A todo evento, por demás, esta Sala no considera que los lapsos procesales legalmente fijados y jurisdiccionalmente aplicados puedan considerarse ‘formalidades’ per se, sino que éstos son elementos temporales ordenadores del proceso, esenciales al mismo y de eminente orden público, en el sentido de que son garantías del derecho de defensa de las partes que por ellos se guían (debido proceso y seguridad jurídica) (...)” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 208/00).

Ahora bien, en el caso de autos, se observa que el lapso de caducidad para la interposición válida de los recursos contencioso-electorales es de quince días hábiles, según lo preceptúa el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Sobre el cómputo del mencionado lapso de caducidad, la interpretación formulada por el fallo objeto de la solicitud de revisión, se circunscribe a reiterar que “(...) conforme con el criterio de la Sala Electoral, sentado en la sentencia N° 144, del 18-10-01, el lapso de

caducidad del recurso no se interrumpe durante el período de receso judicial (...), pero en el supuesto que dicho lapso fenezca en un día no laborable en la Sala, en aras de garantizar el derecho a la integridad del lapso, el recurso en cuestión deberá presentarse el día de despacho siguiente a la finalización de dicho período (...), en tanto que la mencionada decisión de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia N° 144/01, estableció expresamente el siguiente criterio:

“(...) el lapso de quince (15) días a que se refiere el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es un lapso de caducidad, lo que genera que no pueda ser interrumpido, ni prorrogado, y tal como se señaló anteriormente se computa por días hábiles de la Administración, en tal virtud no se interrumpe durante el período de vacaciones judiciales, comprendido entre los días 15 de agosto y 15 de septiembre de cada año, conforme a lo previsto en el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante, cuando el lapso para la interposición del recurso contencioso electoral fenezca durante el período de vacaciones judiciales, a fin de garantizar al interesado el derecho a la integridad del lapso, el recurso en cuestión podrá presentarse el día de despacho siguiente a la finalización del mismo, conforme a lo previsto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en virtud de la remisión establecida en los artículos 238 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual consagra que ‘...cuando el vencimiento del lapso ocurra en uno de los días exceptuados del cómputo por el artículo 197 [sábados, los domingos, el Jueves y el Viernes santos, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales, los declarados no laborables por otras leyes, ni aquéllos en los cuales el Tribunal disponga no despachar], el acto correspondiente se realizará en el día laborable siguiente (...)” (Resaltado de esta Sala).

Al respecto, la Sala advierte que el análisis de normas que regulan derechos constitucionales como el de acceso a la justicia, no puede formularse olvidando la unidad del sistema normativo y la situación fáctica vinculada al caso concreto, ya que el desconocimiento de tales circunstancias pueden llevar al juez a conclusiones erróneas, en detrimento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y de la coherencia del sistema jurídico en un Estado de Derecho y de Justicia.

Así, la Sala reitera la vinculación de la caducidad con el derecho constitucional de acceso a la justicia, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que *“(...) la caducidad es la excepción, por su incidencia sobre el derecho de acceso a la justicia, que repite esta Sala, no lo viola pero si lo disminuye en cuanto a la obtención de la tutela judicial efectiva que va unido a dicho derecho de acceso, siendo la regla que la acción no esté sujeta a tales restricciones (...)*” (Vid. Sentencia de la Sala N° 1.167/01, caso: “Felipe Bravo Amado”).

De igual forma, es necesario precisar que si bien no es discutible el aserto según el cual el lapso de caducidad transcurre fatalmente y no es susceptible de interrupción o suspensión, el cómputo del mismo responde a las características propias que el legislador le otorgue -Vid. Sentencia de la Sala N° 1.167/01, según la cual *“(...) dada la relación de la caducidad con dicho derecho constitucional de acceso, consagrado en el artículo 26 de la vigente Constitución, la caducidad no puede ser creada contractualmente, ni por voluntad unilateral de los particulares o del Estado, sino sólo por mandato legal (...)*”-.

En tal sentido, se debe atender en cada caso si la norma que regula la institución de la caducidad, se refiere a días **hábiles o continuos**, o bien el alcance de los efectos de la interposición de la demanda al establecer que ante *“(...) las dudas si para evitar la caducidad basta solamente incoar la acción, o si es necesario que ella sea admitida por el tribunal que la recibe, y es criterio de esta Sala que ante el silencio de la ley, basta la interposición en el lapso para ello, siendo la nota del secretario la que da fecha cierta a*

tal actuación, sin requerirse más nada (ni auto de admisión, citación o registro de la demanda), para que se tenga por impedida la caducidad (...)” (Vid. Sentencia de la Sala N° 1.167/01).

Respecto al cómputo del lapso de caducidad, contenido en el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es fundamental determinar la calificación del legislador de **días hábiles**, para lo cual resulta paradigmático el contenido del artículo 187 del Código Orgánico Tributario, el cual dispone: “(...) *El lapso para interponer el Recurso Contencioso Tributario será de veinticinco (25) días hábiles, contados a partir de la notificación del acto que se impugna o del vencimiento del lapso previsto para decidir el Recurso Jerárquico en caso de denegación tácita de éste o de la notificación de la resolución que decidió expresamente el mencionado Recurso (...)*”, el cual se constituye en un lapso vinculado a la actividad judicial y no de la Administración.

En cuanto a la forma de computar dicho lapso, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha reiterado el criterio jurisprudencial “(...) *constante y pacíficamente sostenido por la extinta Corte Suprema de Justicia en las sentencias emanadas de su Sala Político Administrativa de fechas 24-03-87 (Caso: Contraloría General de la República vs. Lagoven); 21-05-87 (Caso: Inversiones Arante, C.A.); 13-06-91 (Caso: ABC Tours, C.A.); 06-04-95 (Caso: Gray Tool Company de Venezuela, C.A.); 12-02-98 (Caso: Ana Inés Goño Bracco); 07-10-99 (Caso: Bechtel American Incorporated); y 18-11-99 (Caso: Brisdgestone Firestone Venezolana, C.A.) (...)*”, según el cual el lapso para interponer el recurso contencioso es de naturaleza procesal y, por tanto, debe computarse según los días hábiles transcurridos ante el órgano que deba conocer del asunto en vía judicial -Cfr. Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 858/07-.

En ese mismo orden, continúa la citada sentencia N° 858/07 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, afirmando que “(...) *De los fallos supra citados puede deducirse una doctrina judicial bastante homogénea para la cuestión en estudio, que se resume en los siguientes puntos: (...) 1.- Que el lapso para interponer el recurso contencioso es de naturaleza procesal y, por tanto, debe computarse según los días hábiles transcurridos ante el órgano que deba conocer del asunto en vía judicial (...). 2.- Que casi todos los lapsos procesales fijados en el Código Orgánico Tributario, se computan por días hábiles, como el lapso para interponer el recurso contencioso tributario; el lapso para apelar del auto de admisión; el lapso para promover y evacuar pruebas y el lapso para apelar de la sentencia definitiva (...). 3.- Que el día hábil es aquel en el cual el Tribunal acuerde dar despacho, no siendo computables aquellos en los cuales el Juez decide no despachar, ni los sábados, ni los domingos, ni el Jueves y Viernes Santos, ni los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales, ni los declarados no laborables por otras leyes (...)*”.

De forma análoga al supuesto planteado anteriormente, esta Sala considera que al calificar el legislador de días hábiles el lapso de caducidad para la interposición del recurso contencioso electoral, el mismo debía computarse según los días hábiles transcurridos ante el órgano competente para conocer del asunto en vía judicial, toda vez que el recurso a ser interpuesto es de naturaleza procesal y no administrativa, para ser computados en días hábiles de la Administración Electoral, con lo que se descarta cualquier cómputo sobre la base del artículo 42 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En efecto, considera la Sala que el presente caso debió analizarse a la luz del principio “*favor actionis*”, y en tal sentido se ha señalado que resulta esencial para el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva el principio *pro actione* que exige una interpretación de las normas que rigen el acceso a los Tribunales del modo más favorable para la acción y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo (modo normal de

finalización de un proceso y de cumplimiento de la tutela judicial), se vea dificultada u obstaculizada con interpretaciones rigoristas o indebidamente restrictivas de aquellas normas procesales.

En el presente caso, se evidencia que al establecer el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que el lapso de caducidad para la interposición del recurso contencioso electoral es de quince días hábiles, el cómputo por días hábiles de la Administración realizado por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, generó un impedimento desproporcionado en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia del solicitante en revisión, que se materializó en el trascurso del referido lapso en días hábiles de la Administración Electoral y no hábiles de la respectiva Sala.

Ello se evidencia del texto de la sentencia objeto de revisión, ya que el Juzgado de Sustanciación de Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, no dio despacho entre los días 15 de agosto de 2006 y 15 de septiembre de 2006, toda vez que la misma señaló que: *“(...) por consiguiente, coincidiendo el último día del lapso de caducidad del presente recurso (18-08-06) con el aludido receso judicial, resultaba plausible la interposición del recurso en el primer día de la Sala siguiente, es decir, el 18 de septiembre de 2006 (...)”*.

Igualmente, se debe reseñar el contenido del Comunicado S/N publicado en la Página Web del Tribunal Supremo de Justicia del 4 de agosto de 2006, mediante el cual la Sala Electoral informó *“(...) al público en general que la Sala Electoral **no dará despacho entre el 14 de agosto y el 15 de septiembre de 2006, ambos inclusive, de conformidad con lo acordado por la Junta Directiva de este Alto Tribunal, no obstante, la Secretaría de la Sala permanecerá abierta para la recepción de los eventuales recursos contencioso electorales y acciones de amparo constitucional que puedan plantearse en el curso de dicho período, en el horario de nueve de la mañana (9:00 a.m.) a dos de la tarde (2:00 p.m.) (...)**”* (Resaltado de la Sala).

En tal sentido, se debe observar que esta Sala Constitucional en sentencia N° 80/01 (caso: *“José Pedro Barnola y otros”*), había establecido de forma general, que *“(...) ante la prohibición absoluta de actuación del Tribunal fuera de días y horas de despachos, conforme lo dispone el Código de Procedimiento Civil, debe entenderse, que por regla general los términos y lapsos a los cuales se refiere dicho artículo, tienen que computarse efectivamente por días consecutivos, en los cuales el Tribunal acuerde dar despacho, no siendo computables a esos fines aquellos en los cuales el Juez decida no despachar, ni los sábados, ni los domingos, ni el Jueves y Viernes Santos, ni los días declarados de fiesta o no laborables por ley, criterio que debe ser aplicado en concatenación con lo dispuesto en los artículos 199 y 200 del Código de Procedimiento (...)”*.

Al respecto, considera la Sala que cuando por disposición legal se contempla un lapso determinado para el ejercicio de una acción judicial, es porque es ése y no otro el término razonable para su ejercicio, por lo cual no puede ser disminuido o extendido, ya que ese es el lapso que el legislador consideró prudente bajo el principio de la razonabilidad del mismo.

Asumir el criterio de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, contenido en la decisión N° 144/01, según el cual *“(...) el lapso de quince (15) días a que se refiere el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es un lapso de caducidad, (...) se computa por días hábiles de la Administración, en tal virtud no se interrumpe durante el período de vacaciones judiciales, comprendido entre los días 15 de agosto y 15 de septiembre de cada año (...). No obstante, cuando el lapso para la interposición del recurso contencioso electoral fenezca durante el período de vacaciones judiciales, a fin de garantizar al interesado el derecho a la integridad del lapso, el recurso en cuestión podrá presentarse el día de despacho siguiente a la finalización del mismo*

(...)”, contraviene la jurisprudencia de esta Sala en referencia a que los lapsos procesales, que legalmente son fijados y jurisdiccionalmente sean aplicados, no son “formalidades” *per se*, sino, por el contrario, que ellos son elementos temporales ordenadores del proceso, esenciales al mismo y de eminente orden público, en el sentido de que son garantías del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes, que por ellos se guían, y cuyo fin es la salvaguarda de la seguridad jurídica.

De ello resulta pues, que esta Sala concluya ha lugar la revisión del fallo del 11 de octubre de 2006, dictado por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, debido a que la misma generó una violación constitucional tutelable mediante la presente solicitud (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 325/05, caso: “*Alcido Pedro Ferreira*”), al limitar injustificadamente el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva del solicitante.

En efecto, respecto al alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, la Sala ha establecido que “(...) *El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaure (...). La conjugación de artículos como el 2, 26 o 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles (...)*” *Vid.* Sentencia de la Sala N° 708/01 (Resaltado de la Sala).

Ahora bien, en resguardo de los derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa, a la igualdad, a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, consagrados en la Carta Magna, esta Sala en aras de garantizar la supremacía y efectividad de normas y principios constitucionales, así como su uniforme interpretación y aplicación, estima necesario precisar el alcance del presente criterio vinculante relativo al artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en los siguientes términos:

(i) El lapso de caducidad regulado en el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, se encuentra vinculado a la actividad judicial y no de la Administración, con lo que se descarta cualquier cómputo sobre la base del artículo 42 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(ii) Dada la naturaleza procesal del lapso de caducidad regulado en el artículo 237 *eiusdem*, el mismo debe computarse según los días hábiles transcurridos ante el órgano que deba conocer del asunto en vía judicial.

(iii) Que por días hábiles a los cuales hace referencia el artículo 237 *eiusdem*, deben entenderse aquellos en los que la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia acuerde dar despacho, no siendo computables aquellos en los cuales la Sala decide no despachar, ni los

sábados, ni los domingos, ni el Jueves y Viernes Santos, ni los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales, ni los declarados no laborables por otras leyes.

(iv) Dada la particularidad de la declaratoria contenida en el presente fallo, la cual está referida al alcance del artículo 237 *eiusdem*, la Sala reitera que aquellos lapsos de naturaleza judicial que se señalan en meses para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, deben computarse por días continuos.

(v) Que durante el “Período de Vacaciones Colectivas” se suspenden los lapsos o términos en los procesos que cursan ante este Tribunal Supremo de Justicia, sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la jurisprudencia que esta Sala Constitucional ha sentado en materia de amparo constitucional, según la cual todo tiempo será hábil para el conocimiento de las demandas de amparo constitucional y se le dará preferencia al trámite de dichas causas sobre cualquier otro asunto.

(vi) Que la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, podrá acordar la recepción de recursos contencioso electorales que puedan plantearse en el curso de dicho “Período de Vacaciones Colectivas”, no obstante dicho lapso no podrá computarse a los efectos de la caducidad a la cual hace referencia el artículo 237 *eiusdem*.

(vii) Que en caso que la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, acuerde la recepción de recursos contencioso electorales en el curso de dicho “Período de Vacaciones Colectivas”, no constituye una carga sino una facultad del justiciable.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, se anula el fallo del 11 de octubre de 2006, dictado por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y, ordena remitir copia de la presente decisión al mencionado Juzgado, a los fines de que dicte un nuevo pronunciamiento, en acatamiento a la doctrina establecida en este fallo (Vid. Sentencias de esta Sala N° 93/01 y 325/05, casos: “*Corpoturismo*” y “*Alcido Pedro Ferreira*”, respectivamente). Así se decide.

C. *El Contencioso Administrativo Funcionarial. Competencia: Cortes de lo Contencioso Administrativo*

CPCA

18-1-2007

Juez Ponente: Aymara G. Vilchez Sevilla

Caso: Carlos Luis Mejías vs. Gobernación del Estado Portuguesa

Corresponde a esta Corte pronunciarse acerca de su competencia para conocer de la consulta del fallo dictado por el Juzgado Superiores lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental en fecha 12 de junio de 2002 y, al respecto observa:

El Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en su artículo 70 establece lo siguiente:

“Toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, debe ser consultada al Tribunal Superior competente”.

En consecuencia, siendo que en la presente causa la parte recurrida es la Gobernación del Estado Portuguesa, el cual se configura sin duda alguna como un Órgano de la Administración Pública Nacional, resulta plenamente aplicable la norma anteriormente transcrita.

En este sentido, el fallo remitido a esta Corte fue dictado por el Juzgado Superiores lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, el cual es competente en primera instancia, para conocer las causas funcionariales que por ante ese Juzgador se ventilen, tal como lo dispone expresamente la disposición transitoria primera de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Esa misma Ley funcional señala en su artículo 110 que:

“Contra las decisiones dictadas por los jueces o juezas superiores con competencia para conocer del recurso contencioso administrativo funcional, podrá interponerse apelación en el término de cinco días de despacho contado a partir de cuando se consigne por escrito la decisión definitiva por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”. (Negrillas de esta Corte).

Así las cosas, resulta claro que el *ad quem* o Tribunal Superior competente para conocer de las apelaciones contra decisiones dictadas por los Juzgados Superiores Contencioso Administrativo son las Cortes de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual resultan consecuentemente competentes para conocer en consulta de las mismas decisiones por ser ésta la Alzada natural de dichos Juzgados. En consecuencia, el Tribunal Superior competente al cual se refiere, en el presente caso, el artículo 70 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, es esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, ello, por estar determinada la competencia de manera expresa por las normas señaladas. Siendo así, esta instancia resulta competente para conocer de la consulta planteada por el a quo. Así se declara.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. Objeto de la Jurisdicción Constitucional

TSJ-SC (61)

23-1-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Juan Pablo Torres Delgado y Enrique Tineo Suquet vs. Decreto N° 000266 del 6-6-2006 emanado del Alcalde del Distrito Metropolitano.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia analiza la delimitación existente entre la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 336.4 de la Constitución, corresponde a esta Sala “(d) *declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta*”, norma cuyo contenido renueva el artículo 5.9 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En el presente caso, la parte actora ha solicitado la nulidad –por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad- de un Decreto del Alcalde Metropolitano, concretamente el N° 000266 del 6 de junio de 2006, por el cual se declaró la afectación de dos lotes de terrenos que comprenden los sectores Caraballo, El Retiro, Los Cujicitos, Los Dos Cerritos, Santa Elena, Cotiza y La Trilla, para la ejecución del Proyecto Desarrollo Endógeno Urbanístico San José del Ávila, acto éste que si bien calificó como dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, de su texto se desprende que aun cuando en el mismo se invoca un artículo de la Constitución, ello *per se* no significa que responda a la ejecución inmediata y directa de una atribución o competencia constitucional.

En tal sentido, esta Sala de manera reiterada ha asentado que la vigente Constitución deslindó claramente, a diferencia del régimen anterior, la jurisdicción constitucional de la

contencioso-administrativa, de manera que sólo se incluye dentro de la primera a los actos que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y dentro de la segunda a todo acto sub-legal, aunque en él se denuncien vicios de inconstitucionalidad.

Así, la jurisdicción constitucional se define según los actos impugnables y, en ese sentido, sólo abarca actos con rango de ley, provengan de la Asamblea Nacional, del Presidente de la República o de órganos deliberantes estatales y municipales, siempre que emanen como aplicación directa e inmediata del texto constitucional. La jurisdicción contencioso-administrativa, en cambio, está concebida para conocer de actos sub-legales, sin importar el vicio que se les impute. En tal virtud, no es la violación de una norma fundamental lo que permite a la jurisdicción constitucional conocer de un acto, como sucedía con anterioridad, sino la jerarquía del mismo. Por ello, un acto sub-legal, así se le imputen variados vicios de inconstitucionalidad, no corresponderá a la jurisdicción constitucional, asignada a esta Sala en el artículo 334 constitucional.

Esta Sala, pues, conoce sólo de la jurisdicción constitucional definida en los términos que se han expuesto. En efecto, el mencionado artículo 334 le ha reservado el conocimiento de las acciones de nulidad intentadas contra *“las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquélla”*. El siguiente hace una enumeración de los casos que son competencia de esta Sala y, en materia de nulidad, sólo prevé la posibilidad de conocer de los recursos intentados contra *“las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional”*, contra *“las Constituciones y leyes estatales”* y *“las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución”*, contra *“los actos con rango de Ley dictados por el Ejecutivo Nacional”* y contra los actos, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, *“dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público”*.

De allí que, en principio, la intención del Constituyente de 1999 fue la de reservar a esta Sala el conocimiento de todos los actos de cualquier órgano del Poder Público -nacional, estatal o municipal-, que sean ejecución directa e inmediata de la Constitución, excluyendo el de las demandas contra actos de rango sub-legal, salvo casos excepcionales, en atención al artículo 5.50 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de que se trate de la pretensión de nulidad de un acto administrativo conjuntamente con la nulidad de la norma legal que le sirve de base, que no es el supuesto de autos.

Ahora bien, la parte actora calificó al Decreto N° 000266 como acto de rango legal, partiendo de la premisa de que en sus considerandos se invocó una disposición constitucional, aparte de algunas legales.

Al respecto, apunta esta Sala que el rango legal de un acto no deriva del hecho de que su autor invoque normas constitucionales como fundamento de su competencia, sino de que efectivamente el acto de que se trate sea ejecución directa e inmediata de la Constitución. Los actos de rango legal pertenecen generalmente a la esfera de los órganos parlamentarios, independientemente del nivel territorial.

El Decreto impugnado a tenor de lo establecido en el artículo 54.4 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, es un acto administrativo de efecto general dictado por el alcalde -en este caso del Alcalde Metropolitano- en ejercicio de poderes típicamente administrativos, razón por la cual los demandantes yerran en la calificación del rango del acto impugnado.

Siendo ello así, esta Sala Constitucional resulta incompetente para conocer del presente recurso. En consecuencia, declina su conocimiento en la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

2. *Poderes de oficio de la Sala Constitucional: Sentencias reformativas de leyes*

TSJ-SC (301)

27-2-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: (Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio) Impugnación de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto N° 307 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, G.O. N° 5.390 Ext. de 22-10-1999.

Cuando no procede la nulidad de una norma por inconstitucional, la Sala puede no limitarse a declarar sin lugar la demanda, sino que al declarar la validez de la norma, puede señalar la interpretación obligatoria que la adapta a la Constitución. (Ver. Sent. 2573 de 16-10-2002)

No obstante el anterior pronunciamiento, de conformidad con el artículo 5, segundo aparte, *in fine* de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en las causas relativas al control concentrado de la constitucionalidad no priva el principio dispositivo, por tratarse de un asunto de orden público, dada la enorme relevancia y el intenso grado de afectación colectiva que caracteriza a los actos normativos. Conforme a ello, este máximo exponente de la Jurisdicción Constitucional está autorizado para apreciar, de oficio, la violación de la Norma Fundamental, no obstante que la parte impugnante no haya advertido tales infracciones, o su técnica recursiva haya sido deficiente.

Por otra parte, siendo la Sala Constitucional el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, y máximo y último intérprete de la Constitución, correspondiéndole velar por su uniforme interpretación y aplicación, tal como lo dispone el artículo 335 constitucional, la Sala tiene el deber de interpretar el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, y por ello, si bien puede declarar inadmisibles una demanda de nulidad, como en el caso de autos, la Sala puede, para cumplir su función tuitiva y garantista de la Constitución, y con miras a evitar interpretaciones erradas, analizar de oficio la norma legal cuya nulidad ha sido solicitada, a fin de señalarle una lectura que la haga congruente con los principios constitucionales, evitando así una errada interpretación por las otras Salas o los otros Tribunales de la República.

Se trata de una facultad de la Sala, derivada de la función que le asigna el artículo 335 constitucional, y del segundo aparte del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que le permite a la Sala no sólo suplir de oficio deficiencias o técnicas del recurrente, sino que al considerar que la nulidad de normas es de orden público, autoriza al Juez -como principio general del derecho- a proceder de oficio en resguardo del orden público (artículo 11 del Código de Procedimiento Civil) y dictar cualquier providencia legal.

De allí, que a juicio de la Sala, cuando no procede la nulidad de una norma por inconstitucional, la Sala puede no limitarse a declarar sin lugar la demanda, sino que al declarar la validez de la norma, puede señalar la interpretación obligatoria que la adapta a la Constitución, tal como lo ha señalado entre otros, en sentencia N° 2573 del 16 de octubre de 2002.

Esta potestad de la Sala, que emerge de su función constitucional, y que en otras oportunidades ha efectuado no decae porque se declare inadmisibile la acción del particular y no sin lugar la solicitud, ya que por protección al orden público, la acción queda viva, impulsada de oficio, máxime cuando lo que la Sala va a efectuar es una interpretación en beneficio de la constitucionalidad de una norma, y por ello la Sala deja viva a la acción y entra a analizar las normas cuestionadas.

En este sentido, es preciso revisar las bases constitucionales que regulan el sistema tributario, con el fin de que -sobre ese marco- sea revisada la ley objeto del presente examen.

Así, dentro del TÍTULO VI (DEL SISTEMA SOCIO-ECONÓMICO), CAPÍTULO II (DEL RÉGIMEN FISCAL Y MONETARIO), se encuentra la Sección Segunda de tal apartado, cuyas disposiciones son del siguiente tenor:

“Artículo 316. El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas publicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población; para ello se sustentará en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos.

Artículo 317. No podrá cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. 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”.

El sistema tributario, como conjunto que regula los instrumentos de política tributaria y las relaciones entre los sujetos que lo conforman (por un lado, los ciudadanos entre quienes se reparte la carga tributaria; por el otro, los entes públicos autorizados para ejercitar tal exacción), está ordenado a lograr los cometidos esenciales enunciados en tales disposiciones: la protección de la economía nacional (que sirve de base a las denominadas finalidades extrafiscales de los tributos) y la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos (que da cuenta de la finalidad redistributiva de la imposición).

La noción de justa distribución de las cargas públicas, se enlaza directamente con el deber constitucional que tienen todos los ciudadanos de contribuir con su sostenimiento, consagrado en el artículo 133 del Texto Fundamental.

De esa sencilla y concentrada conjugación, se extraen los caracteres esenciales de los tributos que, íntimamente vinculados entre sí, sirven de base para materializar la exigencia axiológica de la justicia tributaria: generalidad (todos deben soportar las cargas tributarias), igualdad (al momento de contribuir, se proscribe la discriminación) y capacidad contributiva

(que actúa como gozne entre la generalidad y la igualdad, como herramienta de medición concreta de la aptitud económica -absoluta o relativa- del contribuyente). En síntesis, todos deben pagar tributos, conforme su capacidad.

La compleja noción de capacidad contributiva, lleva dentro de sí varios contenidos. Ella se enlaza directamente con la exigencia de progresividad del sistema tributario: el conjunto de instrumentos de política tributaria debe gravar en menor proporción a los contribuyentes de menores recursos. El sistema será regresivo si, por el contrario, los ciudadanos con menor dotación soportan el mayor peso de las cargas que el Estado impone por la vía impositiva.

La capacidad contributiva, a su vez, se traba con la prohibición constitucional de confiscación, como corolario -en el campo tributario- del derecho fundamental a la propiedad y, en esa medida, límite al ejercicio de las potestades de exacción. Ciertamente es que el tributo puede ser exigido coactivamente por el Estado, pero -dado que la capacidad contributiva es única- el sistema globalmente considerado y, con mayor razón, los tributos que lo conforman, deben procurar una justa incidencia en esa manifestación de riqueza, pero jamás propender a su minimización o aniquilación total.

Del otro lado la relación jurídica tributaria, nuestra Carta Magna elevó a rango constitucional el *principio de eficiencia* del sistema tributario, como parámetro de operatividad administrativa, que apunta a la necesidad de que cada unidad monetaria recaudada se haga al mínimo coste posible, lo que supone la implantación de aquellos tributos de fácil recaudo y control. Este principio, en el esquema descrito, tiene un carácter instrumental, en la medida en que se ordene a la satisfacción de las comentadas finalidades esenciales de la tributación. La optimización de la recaudación, por sí sola, desvinculada de su noble cometido, no rebasa de ser una medida de la *eficacia* de la Administración.

No escapa a esta Sala que el debate en torno a tales límites, resulta harto complejo si se ha de efectuar sobre una base abstracta, pues se corre el riesgo de entorpecer el funcionamiento de políticas fiscales que no compete a los jueces implementar; pero tal análisis deviene en exigencia indispensable de cara a un caso concreto, con márgenes más tangibles, pues a ellos les corresponde asegurar y hacer efectivos -en última instancia- no ya una decisión legislativa, sino un mandato constituyente.

Este es, justamente, el presupuesto legitimador de las consideraciones que esta Sala Constitucional hará de seguidas.

Para referir la importancia del Impuesto sobre la Renta, no sólo en nuestro sistema, sino en la mayoría de los ordenamientos tributarios contemporáneos, basta anunciar la progresividad que informa este gravamen a la renta, como más acabada expresión de la capacidad contributiva y, por ello, al menos en teoría, eficiente instrumento de política tributaria y de redistribución de la riqueza.

Nada impide, sin embargo, que sean gravadas otras manifestaciones de capacidad económica (valor, ventas, consumos, etc.), sobre todo cuando existen diversos entes públicos con potestades tributarias diferenciadas que -armonizadamente y por derecho propio- deben hacer uso de ellas para garantizar la obtención de recursos destinados a la prestación de actividades y servicios que les han sido constitucionalmente encomendadas. Pero precisamente por ello, el gravamen a la renta debe consultar en la forma más aproximada posible la capacidad contributiva de los ciudadanos, pues viene a ser la herramienta tributaria que añade la mayor progresividad al sistema.

Las siguientes notas características de este impuesto, dan cuenta de lo dicho hasta el momento:

(i) *Es impuesto directo*: ya que grava una manifestación inmediata de capacidad contributiva, como es la renta.

(ii) *Es un impuesto de carácter personal*: está referido a la situación de un sujeto concreto y determinado.

(iii) *Es un impuesto subjetivo*: pues atiende las circunstancias personales del obligado. De tal carácter, se siguen, aunque a ellas no están limitadas, un conjunto de aminoraciones de la base imponible y de la cuota tributaria.

(iv) *Es un impuesto de carácter progresivo*: grava escalonadamente los distintos niveles de renta, sin perjuicio de que a determinadas rentas les resulte aplicable una tarifa proporcional.

(v) *Es un impuesto periódico*: se calcula sobre una base temporal concreta o ejercicio económico señalado por la ley que, generalmente, coincide con el año civil.

En nuestro ordenamiento, conviene estudiar la presencia de los señalados caracteres, particularmente, en el gravamen que se efectúa a las personas naturales, con ocasión de los enriquecimientos obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia.

En este sentido, conforme el artículo 7, literal a) de la Ley de Impuesto sobre la Renta, son sujetos de aplicación de la misma -entre otras categorías de contribuyentes- las personas naturales y, según el artículo 8 *eiusdem*, éstas “*pagarán impuesto por sus enriquecimientos netos, con base en la tarifa y demás tipos de gravámenes previstos en el artículo 50 de esta ley, salvo los que obtengan por las actividades a que se refiere el artículo 12*”.

Seguidamente, el artículo 16 de la ley comentada prevé:

“Artículo 16. El ingreso bruto global de los contribuyentes, a que se refiere el artículo 7 de esta Ley, estará constituido por el monto de las ventas de bienes y servicios en general, de los arrendamientos y de cualesquiera otros proventos, regulares o accidentales, tales como los producidos por el trabajo bajo relación de dependencia o por el libre ejercicio de profesiones no mercantiles y los provenientes de regalías o participaciones análogas, salvo lo que en contrario establezca la Ley” (Subrayados de este fallo).

En el caso de los ingresos percibidos con ocasión de la relación de trabajo, el artículo 31 de dicho texto legal define como enriquecimiento neto “*los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obviaciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenida por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia*”. La consideración de tales ingresos como enriquecimiento neto, impide entonces que sobre ese monto se sustraiga costo o deducción alguna.

Para la determinación del ingreso gravable, el artículo 59 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, permite la sustracción de los siguientes desgravámenes:

“1. Lo pagado a los institutos docentes del país, por la educación del contribuyente y de sus descendientes no mayores de veinticinco (25) años. Este límite de edad no se aplicará a los casos de educación especial.

2. Lo pagado por el contribuyente a empresas domiciliadas en el país por concepto de primas de seguro de hospitalización, cirugía y maternidad.

3. Lo pagado por servicios médicos, odontológicos y de hospitalización, prestados en el país al contribuyente y a las personas a su cargo, a que se contrae el artículo 61 de esta Ley.

4. Lo pagado por concepto de cuotas de intereses en los casos de préstamos obtenidos por el contribuyente para la adquisición de su vivienda principal o de lo pagado por concepto de alquiler de la vivienda que le sirve de asiento permanente del hogar. El desgravamen

autorizado no podrá ser superior a mil unidades tributarias (1.000 U.T) por ejercicio en el caso de cuotas de intereses de préstamos obtenidos por el contribuyente para la adquisición de su vivienda principal o de ochocientas unidades tributarias (800 U.T.) por ejercicio en el caso de lo pagado por concepto de alquiler de la vivienda que le sirve de asiento permanente del hogar. [...]”.

Asimismo, el artículo 60 de la estudiada ley señala:

“Artículo 60. Las personas naturales residentes en el país, podrán optar por aplicar un desgravamen único equivalente a setecientos setenta y cuatro unidades tributarias (774 U.T.). En este caso, no serán aplicables los desgravámenes previstos en el artículo anterior”.

La operación matemática derivada de tales parámetros, ya sea sustrayendo de los enriquecimientos netos así estimados los desgravámenes particulares, o en su lugar, el denominado desgravamen único; da lugar a la determinación de la base imponible de este tributo.

En este punto, es preciso recalcar que la noción de base imponible reviste una naturaleza trascendental para constatar la adecuación del tributo a los principios constitucionales que gobiernan la institución. Si el hecho imponible es el presupuesto fáctico de relevancia económica (en cuanto revela un índice de capacidad contributiva) cuya realización -en principio- da lugar al nacimiento de la obligación tributaria; la base imponible es la concreción cuantificada en un determinado sujeto pasivo de aquella manifestación riqueza.

En el caso de las personas naturales cuya fuente de ingresos proviene de una relación laboral, la legislación impositiva tomó una amplísima base: *“los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obviaciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenida por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia”.* Esta noción, guarda correspondencia con lo que la doctrina del derecho laboral define como salario integral, a partir de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, según el cual se *“entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere 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”.*

Frente a la extensa estimación de los enriquecimientos netos de los trabajadores, contrasta la mínima posibilidad a ellos dada para disminuir razonablemente la base sobre la cual habrán de tributar. Ya se vio al transcribir los desgravámenes los escasos conceptos que les resultan aplicables para lograr tal reducción; lo que prácticamente conduce a la utilización de la figura del desgravamen único, no como una opción, sino como la única alternativa legítima.

Criterios de eficiencia han imperado en el diseño de tal tributo. No puede negarse que la estructura del impuesto así considerada facilita la gestión de recaudación y control que posee la Administración Tributaria, puesto que le exime -en la mayoría de los casos- de tener que enfrentar los costos de fiscalización derivados de la implementación de tributo de mayor complejidad.

No obstante, ya se vio, el principio de eficiencia se ordena a un fin superior, por lo que no puede deslastrarse del respeto a la justa distribución de las cargas públicas y, con ello, obviar la capacidad contributiva. Divorciada de estos caracteres, como arriba se expuso, la Administración Tributaria será eficaz, más no eficiente.

Bajo la panorámica abordada, la Sala encuentra que la instrumentación del impuesto sobre la renta que pecha a los asalariados, desdibuja los principales rasgos de este instrumento impositivo, gravando tan extensa base imponible que, en vez de consultar la razonable manifestación de riqueza derivada de la renta, pesa en mayor medida sobre sus ingresos.

El impuesto sobre la renta a los asalariados, entonces, se aleja en demasía de la progresividad propia de esta clase de tributos, sobre todo si se toma en cuenta que aquella fuente de enriquecimiento se encuentra también incidida por una serie de contribuciones parafiscales (Seguro Social, Política Habitacional, INCE). Además, quizás con un impacto mayor, en cuanto consumidor final, el trabajador se ve obligado a soportar el traslado del gravamen al consumo (IVA), que acaso consulta su capacidad contributiva en forma mediata. Estas afirmaciones, ponen en evidencia una elevada presión fiscal claramente regresiva sobre las fuentes de enriquecimiento de los trabajadores asalariados.

Ello no sólo se aparta de la potestad tributaria que acuerda al Poder Nacional el artículo 156.13 de la Constitución, sino que lesiona la protección especial que a este estrato social confiere el artículo 83 del Texto Fundamental, en la medida produce una merma en el valor del salario como instrumento de dignificación de la calidad de vida de la clase trabajadora.

La contrariedad absoluta al texto fundamental, sin embargo, no resulta apreciable de manera franca en las normas objeto del presente estudio. Por ello, la Sala estima necesario referir su doctrina en relación con el rol atribuido al Juez Constitucional (*vid.* SC Nº 952/2003, caso: *Margarita Farías*):

“En tal sentido, resulta necesario destacar que en los sistemas Kelsenianos de Justicia Constitucional, del cual esta Sala forma parte, siempre han partido de la premisa de que su ejercicio se asemeja a lo que la doctrina ha denominado ‘legislador negativo’ (KELSEN), debido a que ejerce la función de eliminar del ordenamiento jurídico, normas que sean claramente contrarias al dispositivo constitucional. Sin embargo, y así ha sido su desarrollo en el derecho comparado, esta actividad no se agota con su exclusión, sino que se han suscitado situaciones en que el texto del articulado genere confusiones que si bien pueden tener un halo de inconstitucionalidad, no llega a ser de una evidencia tal, que pueda afirmar la necesidad de su anulación. Esto ha conllevado a que la jurisdicción constitucional vaya más allá de ejercer sus funciones como ‘legislador negativo’, teniendo que dar una interpretación normativa a los fines de esclarecer, delimitar o delinear el sentido de un determinado artículo con respecto a la Constitución [...].

Estas posiciones han conllevado a que Tribunales Constitucionales tales como el alemán, primeramente, y luego el italiano y el español, tuvieran que desarrollar una modalidad de análisis de leyes para aquellos casos en que se evidencien normas cuya inconstitucionalidad no sea evidente, pero que requieren adaptaciones con el objeto de adecuarlas al orden constitucional vigente. Esto dio por origen la elaboración de sentencias que han recibido el calificativo de interpretativas, por cuanto mediante las mismas lo que se busca lograr es una correcta adecuación del ordenamiento jurídico dictado con anterioridad a la promulgación de una nueva constitución, teoría que se derivó de la circunstancia fáctica de preservar ciertas disposiciones que fueron dictadas con anterioridad a la transición política de regímenes de facto a gobiernos democráticos acaecidos en esos países. Ello conllevó a que en esos casos dichos Tribunales detenten la potestad para revisar si la norma discutida en una solicitud de impugnación se adecua correctamente con los principios de supremacía jerárquica, formal, material, teleológica y axiológica de la Constitución. Si de dicho estudio se observa que la norma cuestionada origina una duda razonable respecto a su constitucionalidad, entonces en esos casos resultaba permisible que la Instancia Constitucional proceda a revisar los términos bajo los cuales fue consagrada dicha normativa, permitiéndose realizar modificatorias en torno a la proposición, bajo la cual esta se formuló, a los fines de aclarar que los elementos que la conforman se presten a plantear posibles inconstitucionales, para así acomodarla al marco de la Constitución.

Esta modalidad de sentencias constituye un instrumento importante en la preservación del ordenamiento jurídico, toda vez que conlleva a que los jueces constitucionales no sólo eliminen normas contrarias a la Constitución que podrían originar lagunas que necesitan de otra regulación que si sea acorde a la norma primaria, sino que les permite en tanto y en cuanto la norma sea subsanable, interpretarla correctamente o reestructurarla (siendo en este caso una decisión cuyos efectos serán ex nunc), siendo en caso de imposible reparación de la norma su consecuente eliminación, toda vez que la interpretación no constituye una suerte de legislación para el juez constitucional [...].

Respecto al ejercicio de la labor interpretativa ejercida por los Tribunales Constitucionales, la doctrina las ha clasificado como 'sentencias interpretativas de rechazo' y 'sentencias interpretativas de acogida' (BISCARETTI DI RUFFIA), ó 'sentencias interpretativas desestimatorias' y 'sentencias interpretativas estimatorias' (PEÑA SOLÍS). En primer orden, se ha entendido como decisiones 'de rechazo' o 'desestimatorias', cuando el tribunal extrae del análisis de la norma o de la interpretación de la proposición normativa que la misma no es contradictoria a la Constitución, siempre y cuando el precepto normativo sea interpretado conforme al análisis que haya asentado el Juez Constitucional en su motivación. Por su parte, en lo relativo a los fallos interpretativos 'estimatorios' o 'de acogida', se ha expuesto que dichos fallos versan sobre aquellas situaciones en las cuales una disposición normativa se presta a múltiples acepciones o análisis que pudiesen ser considerados válidos. Tales supuestos originan que la labor del sentenciador se preste a verificar si cada una de las interpretaciones que conlleva la norma resulta viable respecto al postulado constitucional ante el cual se le cuestiona. Bajo esos supuestos, de verificarse que una o varias de las acepciones derivadas de esa norma resultan inconstitucionales, el juez debe entonces suprimir la interpretación que sea errónea y señalar cuál es el verdadero sentido de la misma. Ello conduce a que esta modalidad de decisiones tengan distintas clasificaciones, toda vez que la sentencia puede conllevar a una supresión de la norma (entendida en sentido intrínseco), o en una adición e inclusive, en una sustitución. En el primer supuesto, la decisión debe acordar que la norma es inconstitucional en aquello 'que no dice', por lo que debe establecer en su motivación el análisis sobre el cual existe el vacío legal. Contrariamente, en aquellas decisiones en que el fallo tenga un carácter supresivo o reductivo, la decisión acuerda la inconstitucionalidad en 'aquello que dice la norma', por lo que restringe el sentido de la misma. Finalmente, en lo concerniente a las sentencias sustitutivas, o las llamadas por un sector de la doctrina como 'manipulativas', el tribunal sustituye una parte del texto, tal como lo indica DI RUFFIA, implica en términos literales la ilegitimidad constitucional y la cambia por otra que esté formulada al mismo nivel de interpretación".

En consideración al criterio esbozado, la Sala es de la opinión que la norma que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores, puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal) a que se refiere el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones –si no en su totalidad, en buena parte– sólo en el pago de impuestos.

Por tal razón, con el objeto de adecuar el régimen impositivo a la renta aplicable a las personas naturales con ocasión de los ingresos devengados a título salarial, con los presupuestos constitucionales sobre los que se funda el sistema tributario; ponderando, por una parte, el apego al principio de justicia tributaria y, por la otra, la preservación del principio de eficiencia presente en tales normas, en los términos bajo los cuales han sido definidos a lo largo de este fallo, esta Sala Constitucional modifica la preposición del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en el siguiente sentido:

“Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los salarios devengados en forma regular y permanente por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta Ley.

A los efectos previstos en este artículo, quedan excluidos del salario las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial” (Subrayados de la nueva redacción).

De esta manera, la Sala ejerciendo su labor de máxima intérprete de la Constitución ajusta la disposición legal antes referida a los postulados constitucionales, la cual además se adecua a la letra y espíritu del párrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, que dispone “cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó”. Así se decide.

3. Acción de inconstitucionalidad

A. Legitimación activa

TSJ-SC (301)

27-2-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: (Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio) Impugnación de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto N° 307 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, G.O. N° 5.390 Ext. de 22-10-1999.

La demanda de nulidad dirigida contra actos normativos requiere de una manifestación de interés, pero que -dada la naturaleza general de tales actos- éste no amerita ser calificado, al punto que puede presumirse auténticamente su existencia.

Fijados los términos de la controversia, pasa esta Sala resolver acerca de las cuestiones preliminares opuestas tanto por la Asamblea Nacional, como por la Procuraduría General de la República, respecto de la presente demanda.

La primera de ellas, opuesta por la representación del Legislativo Nacional, acusó la supuesta falta de legitimación de la parte actora para incoar la demanda de nulidad objeto de estos autos. En torno a este punto, el noveno aparte del artículo 21 del texto orgánico que rige las funciones de este Máximo Juzgado dispone lo siguiente:

Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal, o que tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar un acto administrativo de efectos particulares, puede demandar la nulidad del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad. El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes las leyes les atribuyen tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general. (Subrayados de este fallo).

Por su parte, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, disponía sobre este particular que:

“Artículo 112. Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley.

[...]

Artículo 121. La nulidad de actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate.

El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la Ley atribuya tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general”.

Las transcripciones efectuadas revelan que, materialmente, la norma que regula en la actualidad las exigencias de legitimación en las demandas de nulidad de actos normativos nacionales, estatales o municipales, así como las intentadas contra actos administrativos de efectos particulares, no es sino una reproducción refundida de su inmediato antecedente legislativo, por lo que cabe sostener razonablemente que a ésta resulta aplicable la interpretación que tanto la extinta Corte, como esta Sala (con algunas precisiones derivadas del nuevo esquema constitucional) han dado a la misma, conformando quizás uno de los criterios jurisprudenciales más consolidados en el marco del derecho procesal constitucional.

Nótese desde ya, que la primera de las normas citadas exige la afectación de un “derecho o interés” para impugnar la nulidad de actos normativos, pero no califica la intensidad de ese interés, como sí lo hace respecto de las demandas de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, al exigir que éste sea “personal, legítimo y directo”. Sobre este punto, aún en vigor la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala – mediante sentencia N° 497/2003, caso: *Ramón Alfredo Aguilar y otros*- sostuvo lo siguiente:

“El llamado recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad, también conocido como acción popular, se encuentra previsto en los artículos 336, numeral 1, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, siendo su objeto la solicitud de nulidad de alguna disposición de rango legal, esto es, de ejecución directa e inmediata de la Constitución que a juicio del recurrente colide con alguna disposición del Texto Fundamental, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico.

Para el ejercicio de dicha vía de impugnación, no obstante que el referido artículo 112 exige que el o los recurrentes hayan sido afectados en sus derechos o intereses por el acto impugnado, la jurisprudencia constitucional de la antigua Corte Suprema de Justicia, al igual que la de este Tribunal Supremo de Justicia, ha indicado que basta ostentar un interés simple, que es el que tiene toda persona, natural o jurídica, que habite o resida en el territorio de la República en ‘la defensa objetiva de la majestad de la Constitución y su supremacía’ (ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, del 30 de junio de 1982, Gaceta Forense, N° 116, Vol. I, pp. 5 a 7); de allí que cualquier persona del pueblo (actio popularis), estando debidamente asistida para ello, está legitimada para interponer el recurso de nulidad contra cualquier acto de ejecución directa e inmediata de la Constitución que, a su juicio, sea contraria al sentido, propósito y razón de una o varias disposiciones del Texto Fundamental”.

Esta ha sido, de algún modo, la tradicional opinión en nuestro sistema: la legitimación para intentar demandas contra actos normativos es tan amplia, que puede llegar a denominarse como una acción popular. No obstante, la misma doctrina de la Sala ha dejado ver que no se trata de que en estas demandas no se exija siquiera un mínimo interés, tal y

como lo sostuvo en sentencia N° 2167/2004 (caso: *Cámara Venezolana de Laboratorios y otros*), con ánimo de dar una mayor precisión al alcance de tales exigencias de interés procesal, señalando que:

“En lo referido a la legitimación, esta Sala ha declarado en otras ocasiones (por ejemplo, fallo N° 37 del 27 de enero de 2004; caso ‘Flora Higuera’ y núm. 1448 del 3 de junio de 2003) que en realidad nuestra legislación procesal no prevé una acción popular, en el sentido de estar reconocida a todos, pero sí una muy similar, debido a que difícilmente faltará entre la población el simple interés que la ley exige para demandar. Por ello, la Sala ha preferido llamarla acción cuasi popular.

En una acción de esa naturaleza cuasi popular prácticamente pierde sentido la referencia al interés propio del accionante. Bastará exponer la razón para impugnar la norma para que el tribunal -esta Sala, de ser un acto de rango legal- entre a analizar la procedencia del recurso. La inadmisión, de darse, se producirá normalmente a causa de la evidencia de que el demandante carece del más mínimo interés, toda vez que las acciones judiciales deben tener una justificación que no sea la meramente teórica. Por tanto, no es al actor a quien en realidad toca demostrar su interés, el cual puede fácilmente presumirse; corresponde desvirtuarlo a quien se opone a la demanda, o al juez, si es que lo verificase de oficio.

De esta manera, la amplitud de la legitimación reconocida en la legislación venezolana -para el caso de la impugnación de actos normativos- hace que se presuma el interés del actor, a menos que de los autos se desprenda su carencia, caso en que el juez debe rechazarla.

Esa amplísima legitimación obedece a la necesidad -no aceptada por otros sistemas jurídicos- de que toda persona que pudiera ser sujeto de la aplicación -incluso indirecta- de una norma, tenga capacidad para debatir en juicio su validez. La acción de nulidad, por ello, tiene entre nosotros un carácter de abstracción: no se requiere un caso concreto, sino apenas la posibilidad -ni siquiera probabilidad- de su existencia” (subrayados de este fallo).

Efectuadas las anteriores consideraciones, se advierte que la representación en juicio de la Asamblea Nacional afirmó llanamente que los demandantes carecían de legitimación para intentar la presente demanda. Sin embargo, como base de su aserto, se limitó a referir que tanto la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como la vigente que regula las funciones de este Alto Juzgado, exigían textualmente la afectación de un interés o de un derecho para instar la jurisdicción constitucional, a la vez que recordó que *“el sentido literal es el punto de partida de la interpretación, pero el mismo tiempo establece los límites de la actividad interpretativa. Una interpretación que ya no radica en la esfera del posible sentido literal, no es interpretación sino modificación del sentido”*.

De lo afirmado hasta ahora, pareciera que -indirectamente- dicha representación pretende cuestionar la doctrina que ha sido sostenida por este Máximo Juzgado en torno al tema tratado. Deja entrever que, a su juicio, la anotada posición jurisprudencial ha alterado el contenido de la norma, fijando una interpretación contra *legem*. Pero no aportó siquiera mínimos argumentos que permitan, de algún modo, un reestudio de la cuestión, lo que constituye una esencial exigencia a quien pretenda instar a un órgano judicial a la modificación de un criterio de tan sólida trayectoria.

Baste entonces reafirmar, como se señaló en las sentencias *supra* transcritas, que -ciertamente- la demanda de nulidad dirigida contra actos normativos requiere de una manifestación de interés, pero que -dada la naturaleza general de tales actos- éste no amerita ser calificado, al punto que puede presumirse auténticamente su existencia. Tal declaración, de más está decirlo, en modo alguno rebasa el “correcto sentido” de la norma comentada, sino que -por el contrario- completa su contenido, desde una perspectiva cónsona con un Estado de Derecho y de Justicia como el que postula el artículo 2 de la Carta Magna, que apuntala el derecho de acción como mecanismo de control ciudadano de las potestades normativas de los Poderes Públicos.

Ello así, como la Asamblea Nacional no desvirtuó la presunción de interés de los actores, esta Sala desecha los argumentos por ella esgrimidos en este sentido. Así se declara.

TSJ-SC (339)

1-3-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 1, 2, 3, 6, 9, 10, 12, 15, 19, 20, 21, 25 y 26 y la Disposición Transitoria Única de la Ley de los Consejos Comunales, publicada en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.806 de 10-4-2006.

La Sala declara inadmisibile una solicitud de nulidad de normas propuesta por una persona arrogándose el carácter de Alcalde, por no constar en actas el carácter que ostenta.

En sentencia número 1077 del 22 del septiembre de 2000 (Caso: *Servio Tulio León*), esta Sala dejó sentado, lo siguiente:

“El artículo 26 de la vigente Constitución establece con carácter constitucional, el derecho de acceso a la justicia, lo cual se logra mediante la acción.

Con el ejercicio de la acción, las personas tratan de hacer valer sus derechos o intereses. Se trata de derechos subjetivos e intereses jurídicos, requiriendo el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, norma que rige el proceso en general, que dichos intereses sean actuales.

Todo derecho subjetivo que se hace valer mediante la acción involucra un interés jurídico, el cual consiste en el interés sustancial en la obtención de un bien, que, como expresa el Profesor Calamandrei (Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código. EJEA, Buenos Aires, 1973, Tomo I, p. 269), constituye el núcleo del derecho subjetivo.

Todo derecho subjetivo que se hace valer mediante la acción involucra un interés jurídico, el cual consiste en el interés sustancial en la obtención de un bien, que, como expresa el Profesor Calamandrei (Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código. EJEA, Buenos Aires, 1973, Tomo I, p. 269), constituye el núcleo del derecho subjetivo.

Pero puede existir interés jurídico que no corresponda a ningún derecho subjetivo actual, sino a necesidades eventuales, a precaver situaciones, y ello da origen a demandas como la de retardo perjudicial por temor fundado a que desaparezcan las pruebas (artículo 813 del Código de Procedimiento Civil); o a la tercera coadyuvante prevista en el ordinal 3° del artículo 370 del mismo código; o a la apelación del tercero, en cuanto se vea afectado por una decisión judicial (artículo 297 eiusdem), e incluso la que originaba la llamada acción de jactancia prevista en el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil de 1916. Se trata de defender hacia el futuro situaciones jurídicas, sin solicitud de declaración de derechos a favor de quien ostenta el interés, el cual es también actual en el sentido que se hace necesaria de inmediato la actuación.

Este interés jurídico, que es diferente al interés procesal, entendido éste como la circunstancia que hace indispensable poner en práctica la garantía jurisdiccional (Calamandrei ob. cit. p. 269), es el que fundamenta el llamado recurso de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley (numeral 6 del artículo 266 del vigente Constitución). Se trata de un interés jurídico, que no persigue la obtención de un bien que constituye el núcleo del derecho subjetivo, sino otro tipo de bien, en este caso el que se fije el contenido o alcance de un texto legal, lo cual, como interés, coincide con el que tiene alguien, de que no se ejecute en su contra un fallo que nace en un proceso donde originalmente no es parte, y donde la decisión que se dicte no declara la existencia de un derecho a su favor, sino de otro, viéndose favorecido por tal declaratoria. En la acción de interpretación constitucional, se está en presencia de un interés legítimo destinado a obtener certeza sobre el sentido y alcance de una disposición constitucional.

El interés jurídico, como afectación o menoscabo de una situación jurídica propia, a veces coincide con la que afecta a todos los ciudadanos, y cuando se trata de la defensa del interés general (interés público, interés social, interés del menor, etc.), que se considera menoscabado o lesionado, tratándose de la búsqueda de un provecho general, existe en cabeza de quien solicita la conveniencia colectiva. El interés constitucional (como interés legitimador) es de esta categoría de intereses generales, por lo que los fallos que se dicten aprovechan a toda la colectividad.

Para acceder a la justicia, se requiere que el accionante tenga interés jurídico y que su pretensión esté fundada en derecho y por tanto no se encuentre prohibida por la ley, o no sea contraria a derecho. 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 juridicidad.

Cuando se interpreta el contenido y alcance de un texto legal, el juzgador no declara derecho alguno a favor del actor, sino que, si declara con lugar la demanda, interpreta el derecho. En este último caso debe existir un interés jurídico del actor de obtener la mera declaración, no en el sentido tradicional para oponérsela a alguien (demandado), sino en el sentido que el contenido y alcance del derecho existente sea precisado, lo que es una forma de actualizar las normas constitucionales, si esa fuera la interpretación solicitada.

Luego, quien solicita el llamado recurso de interpretación de ley, propone una demanda mero declarativa, que la ley venezolana no ha regulado en plenitud, y que se funda en un interés jurídico del accionante.

Por otra parte, existe en nuestro ordenamiento la acción popular de inconstitucionalidad, donde cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley. Este tipo de acciones populares es excepcional”.

Es por ello que esta Sala ha sostenido de manera reiterada, que el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad no requiere de mayores exigencias en la legitimación, razón por la cual cualquier persona, natural o jurídica, posee la legitimación para ejercerla.

Ahora bien, esta Sala aprecia que la presente solicitud de nulidad contra las normas contenidas en los artículos 1, 2, 3, 6, 9, 10, 12, 15, 19, 20, 21, 25 y 26 y la Disposición Transitoria Única de la Ley de los Consejos Comunales, fue propuesta por el ciudadano JOSÉ ESTEBAN DÍAZ ZAVALA, motivo por el cual -en principio- posee la legitimación para ejercerla; no obstante, dicha pretensión la ejerció arrogándose el carácter de “Alcalde del Municipio Buchivacoa del Estado Falcón según se desprende de copia certificada del acta de fecha 3 de noviembre de 2004, la cual acompaña a la presente solicitud (sic)”. Carácter este que no consta en actas que lo ostente, toda vez que se limitó a consignar el escrito contentivo de la acción interpuesta, sin acompañar el mismo de la copia certificada señalada.

Al respecto, el artículo 19.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala que “(...) Se declarará inadmisble la demanda, solicitud o recurso cuando así lo disponga la ley; o si el conocimiento de la acción o recurso compete a otro tribunal; o si fuere evidente la caducidad o prescripción de la acción o recurso intentado; o cuando se acumulen acciones o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles; o cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción o recursos es admisible; o cuando no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; o si contiene conceptos ofensivos o

irrespetuosos; o es de tal modo ininteligible que resulte imposible su tramitación; o cuando sea manifiesta la falta de representación o legitimidad que se atribuya al demandante, recurrente o accionante; o en la cosa juzgada (...)" (Negrillas de la Sala).

Con base en lo anterior, aprecia esta Sala que, en el presente caso, se configura la causal de inadmisibilidad contenida en el citado artículo 19.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia -referida a la falta de legitimidad-, razón por la cual la presente solicitud de nulidad debe ser declarada inadmisibile. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

...gistrado Pedro Rafael Rondón Haaz disiente de la mayoría respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

La sentencia de la que se discrepa declaró la falta de legitimación del demandante porque no demostró la cualidad de Alcalde del Municipio Buchivacoa del Estado Falcón que invocó.

En criterio de quien discrepa, no correspondía la declaratoria de inadmisibilidad de demanda de autos por falta de legitimación de la parte actora, por cuanto, si bien es cierto que el ciudadano José Esteban Díaz Zavala no consignó a los autos documento que lo acredite como Alcalde del Municipio Buchivacoa del Estado Falcón, carácter con que dijo actuar, no es menos cierto que la legitimación para el ejercicio de este tipo de demanda, continente de una pretensión de nulidad por inconstitucionalidad, corresponde a cualquier persona natural o jurídica, de conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la jurisprudencia pacífica e inveterada tanto de la antigua Corte Suprema de Justicia como de este Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional.

En consecuencia, la invocación de una determinada cualidad y la falta de su acreditación son irrelevantes para la calificación de la legitimación activa para el ejercicio de demandas como la que encabeza estas actuaciones, de modo que tal omisión no es óbice legítimo para la inadmisibilidad de la pretensión.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

B. *Objeto: Leyes derogadas*

TSJ-SC (301)

27-2-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Caso: (Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio) Impugnación de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto N° 307 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, G.O. N° 5.390 Ext. de 22-10-1999.

La derogación de las normas impugnadas en un juicio de nulidad -en principio- extingue el interés procesal, salvo dos casos excepcionales. El primero que ellas se incorporen al nuevo texto normativo, que sí esté vigente; y el segundo cuando, aun sin ese traslado, las disposiciones cuestionadas preserven sus efectos en el tiempo, en relación directa con la parte demandante.

Toca ahora analizar lo referente a la acusada carencia de objeto y la consecuente pérdida de interés procesal, derivadas de la derogación de las normas impugnadas.

Al decreto impugnado en esta causa, le sucedió una reforma por la vía de un nuevo decreto-ley (Decreto N° 1.544 con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta, *G.O.* N° 5.557 Extraordinario, de 13-11-2001) que entraría en vigencia el 1° de enero de 2002, conforme lo previsto en su artículo 150.

Luego, pocos más de un mes después, la misma Asamblea Nacional dictó la Ley N° 70, titulada Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta (*G.O.* N° 5.566 Extraordinario, de 28.12.01), en cuyo artículo 199 estableció que “[e]sta ley entrará en vigencia a partir de su publicación en *Gaceta Oficial* y se aplicará a los ejercicios que se inicien durante su vigencia”. Cabe acotar, siguiendo lo dispuesto en el tercer aparte del artículo 11 del Código Orgánico Tributario, y dada la naturaleza del gravamen a la renta como un tributo que se liquida anualmente (principio de anualidad), la alteración de la regulación derivada de esta última reforma legislativa, resultaría aplicable al ejercicio fiscal que tuvo inicio el 1° de enero de 2002.

Finalmente, una nueva reforma fue sancionada por la Asamblea Nacional (*G.O.* N° 38.529, de 25-09-06) y es éste último texto normativo el que se encuentra actualmente en vigor.

Acerca de los efectos procesales derivados de la derogación de normas que han sido cuestionadas en sede constitucional, esta Sala ha dejado establecido lo siguiente (*cf.* SC N° 1982/2003, caso: *Daniel Buvat*):

“La jurisprudencia de esta Sala admite que, en dos casos, persiste el interés en declarar la inconstitucionalidad de un texto derogado: 1) cuando la norma impugnada se trasladó a un nuevo texto, que sí esté vigente; y 2) cuando, aun sin ese traslado, la disposición recurrida mantiene sus efectos en el tiempo.

Así, en principio no es necesario pronunciarse sobre un recurso dirigido contra un texto legal derogado, pues ya el mismo ha desaparecido del ordenamiento jurídico, con lo que la decisión judicial sería innecesaria. Sólo en los dos casos mencionados existe necesidad del fallo: en el primero, porque en realidad la norma impugnada se eliminó, pero lo dispuesto en ella aún integra el ordenamiento; en el segundo, porque es necesario analizar si es procedente declarar el vicio de la norma –no su anulación, que sería inútil- cuando el demandante ha planteado una situación en la que subsiste un interés concreto en relación con el pronunciamiento.

El primer supuesto es sencillo; no así el segundo, el cual requiere cierta precisión, y al respecto observa la Sala:

Si se parte de la idea de que todo texto legal produce efectos –o al menos es esa su vocación- siempre habría efectos que considerar, aunque la Sala desconozca cuáles puedan ser exactamente. De entenderse así, en realidad no habría posibilidad de rechazar recursos contra leyes derogadas, cuando lo cierto es que el principio general es el contrario. Por ello, dado que los dos supuestos que ha reconocido la jurisprudencia son excepcionales y su interpretación ha de ser restrictiva, lo correcto es entender que no es cualquier efecto jurídico el que justifica la resolución de las demandas dirigidas contra leyes que perdieron su vigencia durante el juicio.

Para esta Sala, tales efectos deben tener relación con el propio demandante, que es quien debe tener interés en la declaratoria. Si bien la impugnación de una norma está autorizada por el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia a todo aquel que alegue y demuestre un simple interés en el caso, de manera cercana a una acción popular, ese simple interés no es suficiente para obtener sentencia de fondo en los casos en que el objeto del recurso ha fenecido.

Ha sido este el criterio sostenido por esta Sala, en casos análogos, en los que la Ley ha desaparecido del ordenamiento jurídico, desde su sentencia del 8 de junio de 2000, posteriormente ratificado en sentencias N° 1.396/2000 del 21 de noviembre y 2.256/2001 del 11 de noviembre, entre otras [...].

En el caso de autos, el accionante estaba legitimado para solicitar la anulación de la ordenanza, pero sus denuncias demuestran que carece de un interés concreto que justifique que esta Sala se pronuncie sobre la validez de ese texto, una vez sustituido por otro. La declaratoria de esta Sala sería absolutamente abstracta, sin relación con el actor.

Advierte la Sala que la abstracción en el control concentrado de constitucionalidad es una característica del sistema, marcadamente objetivo. Ahora bien, ello corresponde a la concepción venezolana del recurso por inconstitucionalidad de leyes, pero sólo es predicable respecto de los casos en que la norma esté vigente, toda vez que la generalidad y abstracción de las normas hacen que cualquier otra persona pueda en un futuro estar sometida a ella. En cambio, si la disposición ya no existe, de nada valen pronunciamientos que no guarden relación directa con el demandante, lo cual es un aspecto que debe analizar la Sala en cada caso concreto”.

En relación con la pérdida sobrevenida de interés en la presente causa, las partes actuantes han planteado diversas tesis. La accionante, señaló que su interés persistía, a pesar de que el propio Presidente de la República, en ejercicio de una nueva habilitación legislativa, había dictado un Decreto Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta (G.O. N° 5.557 Extraordinario, de 13-11-2001), puesto que las normas acá impugnadas no habían sido modificadas en tal reforma y, por tanto, según su entender, los cargos efectuados en contra del primer decreto referido persistían.

Por su parte, la Asamblea Nacional sostuvo en ese entonces que, al haber dictado el propio Poder Legislativo una nueva Ley de Impuesto sobre la Renta, a ella no resultaban imputables los vicios denunciados en esta causa y, por tanto, ella carece de objeto.

Y, sobre este punto, la Procuraduría General de la República alegó que al haber modificado la Asamblea Nacional los artículos 67 y 74 del instrumento normativo que le precedió, “*fundamentalmente en cuanto al establecimiento del gravamen a los dividendos como ingreso bruto global*”, el objeto de la presente demanda se había extinguido.

Con miras a resolver el asunto, recuérdese que, atendiendo la doctrina cita *ut supra*, la derogación de las normas impugnadas en un juicio de nulidad -en principio- extingue el interés procesal, salvo dos casos excepcionales: (i) que ellas se incorporen al nuevo texto normativo, que sí esté vigente; y (ii) cuando, aun sin ese traslado, las disposiciones cuestionadas preserven sus efectos en el tiempo, en relación directa con la parte demandante.

Corresponde entonces determinar si el caso bajo estudio encuadra en alguno de los supuestos que preservarían el interés procesal.

A tal fin, la Sala estima necesario acotar que según se deduce del libelo, el objeto de la presente demanda se circunscribe a obtener la anulación de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto N° 307 con Rango y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta. El título o causa sobre el cual los accionantes fundaron tal pretensión, deriva de la denuncia de no acatamiento por parte del Ejecutivo Nacional de los límites que le impuso el extinto Congreso de la República para legislar en materia de impuesto sobre la renta; usurpando las atribuciones propias del Poder Legislativo y, con ello, violando el principio de legalidad tributaria. Entonces, preciso es reiterarlo, el presente juicio no tiene por finalidad determinar la correspondencia constitucional de un gravamen a los dividendos (Impuesto a las Ganancias de Capital), sino -ateniéndose estrictamente a lo alegado por la actora- a la forma en que éstos fueron regulados por el Presidente de la República, presuntamente, excediendo los límites derivados de la correspondiente ley autorizatoria.

Con tal premisa como base, y en contra de lo señalado por la actora, la circunstancia de que las normas impugnadas hayan permanecido en el decreto-legislativo que le sucedió, resta relevancia a un pronunciamiento de fondo en este juicio, atendiendo a las denuncias acá formuladas, puesto que ese nuevo acto normativo dictado por el Ejecutivo, tuvo como causa una habilitación del Legislativo distinta de la que sirvió de base al primero y cuyos términos no son objeto del presente debate. Por tanto, al último de tales decretos no pueden trasladársele las denuncias efectuadas en contra del primero, menos aún después de que la Asamblea Nacional como cuerpo legislador dictó diversas reformas a ese texto normativo. Así las cosas, para los efectos de este proceso, ni siquiera si las normas impugnadas hubiesen sido reproducidas en las leyes que le siguieron, podría esta Sala entrar a analizar el contenido de las mismas (*vid.*, en este sentido, SC N° 2495/2006, caso: *Estado Carabobo*), a menos que le fueran aplicables a las normas reproducidas los argumentos que fundaban originalmente la demanda de nulidad, lo que no es el caso de autos.

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que el hecho de que este segundo decreto no entrase a modificar lo relativo al gravamen a los dividendos, no puede conducir a afirmar que tal regulación se imputa originaria al primer acto normativo que la previó. Como técnica de normación, el Legislador (ya sea la Asamblea Nacional o el Poder Ejecutivo, en ejercicio de tal función, previa autorización parlamentaria) ha optado en múltiples oportunidades por la figura de la reforma parcial y, en este sentido, modifica puntualmente un determinado cuerpo legal, para adaptarlo a las realidades propias de la dinámica social. Tratándose de un operador jurídico calificado, por la naturaleza propia de las funciones que le compete acometer, posee una visión de conjunto, sistemática, en cada área de regulación, lo que conduce a presumir que ha hecho suyos aquellos elementos que no fueron alterados con ocasión de la reforma. Esto es, el nuevo texto normativo derivado de la reforma, no sólo introduce las innovaciones deducidas inmediatamente de ésta, sino que viene a ratificar el contenido del resto de las disposiciones que no sufrieron alteración alguna, confirmando -entonces- su pleno vigor normativo.

Desde esta perspectiva, encuentra perfecto sentido el artículo 5 de la Ley de Publicaciones Oficiales, conforme el cual “[l]a Ley que sufra una reforma parcial deberá publicarse íntegramente con las modificaciones que hubiere sufrido, las cuales se insertarán en su texto suprimiendo los artículos reformados de manera de conservar su unidad. Esta publicación deberá estar precedida por la de la ley que hace la reforma”. Al amparo de estas consideraciones, la afirmación de la parte accionante según la cual, como las normas acá impugnadas no sufrieron modificación alguna (al menos en el Decreto-Ley de 2001) tuvieron su origen en el Decreto de 1999, lo que justificaría su análisis en esta oportunidad, debe ser desechada.

Ahora, sólo resta verificar si las normas impugnadas preservan sus efectos de modo que amerite un pronunciamiento de fondo de la Sala. En este sentido, más allá de las denuncias abstractas planteadas por la parte actora, no surge de sus afirmaciones que de preservar sus efectos, los fundamentos de la nulidad pudieran ser aplicables en la actualidad, por lo que si bien -como antes se analizó- ella detentó inicialmente suficiente legitimación para intentar la demanda de autos, de forma sobrevenida perdió interés en el presente proceso, por las razones que se han expuesto y, en tal virtud, debe declararse inadmisibile la acción que dio lugar a esta causa. Así se decide.

C. *Sentencia: Aclaratorias*

TSJ-SC (390)

9-3-2007

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Aclaratoria de la sentencia N° 301 de fecha 27-2-2007.

En una interpretación que tiene efectos *erga omnes*, de naturaleza esencialmente objetiva, cualquier persona y no necesariamente las partes, puede requerir una ampliación, corrección material o bien aclaratoria del fallo. Igualmente, en materias donde el fallo surte efectos *erga omnes*, por una razón de orden público constitucional, atinente al derecho de quienes reciben los efectos perjudiciales del fallo, como reflejos de la decisión, tales posibles perjudicados pueden solicitar aclaratorias a fin de que su situación sea más precisa.

La figura procesal de la aclaratoria está prevista en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, que es del tenor siguiente:

“Artículo 252: Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.

Sin embargo, el Tribunal podrá, a solicitud de parte, aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente”. (Resaltado de la Sala).

De la norma jurídica antes transcrita, se establece el derecho que tienen las partes de solicitar aclaratoria cuando consideren que existan puntos dudosos, o para salvar omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, o pedir ampliación, siempre y cuando dicha aclaratoria o ampliación sea solicitada en el día de la publicación o en el siguiente de la sentencia definitiva o de la interlocutoria sujeta a apelación.

En primer lugar, esta Sala observa que las aclaratorias presentadas en escritos del 6 de marzo de 2007 y el 8 del mismo año, fueron formuladas en tiempo oportuno, toda vez que la decisión objeto de las mismas fue dictada fuera del lapso de ley, toda vez que fue publicada el 27 de febrero de 2007, cuando se había dicho “Vistos” el 2 de mayo de 2006.

2.- En segundo lugar, esta Sala advierte que las reglas del Código de Procedimiento Civil rigen como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante el Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por ello la aclaratoria solicitada se examinará a la luz de dicha norma, pero teniendo en consideración que la legitimación en este caso no está limitada a **las partes** como se indica expresamente en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse lo decidido en autos de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad, acción de carácter objetivo para la cual se requiere un interés simple y no calificado, y aun cuando fue declarado inadmisibles ese recurso, la sentencia dictada contiene un pronunciamiento de la Sala, referido a la interpretación constitucional del alcance y sentido del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta; interpretación que tiene efectos *erga omnes*, y es de naturaleza esencialmente objetiva, por lo que puede ser cualquier persona y no necesariamente las partes, la que requiera una ampliación, corrección material o bien aclaratoria de dicho fallo.

Igualmente, la Sala considera que en estas materias donde el fallo surte efectos *erga omnes*, por una razón de orden público constitucional, atinente al derecho de quienes reciben los efectos perjudiciales del fallo, como reflejos de la decisión, tales posibles perjudicados pueden solicitar aclaratorias a fin de que su situación sea más precisa.

4. *Acción de Amparo Constitucional*A. *Declinatoria de competencia*

TSJ-SC (195)

12-2-2007

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Fertilizantes Nitrogenados de Venezuela, C.E.C., (Fertinitro) vs. Municipio Simón Bolívar del Estado Anzoátegui.

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la presente revisión, en atención a que el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental, desaplicó, por control difuso de la constitucionalidad, el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil y, con tal propósito, observa lo siguiente:

Contra la decisión proferida por el referido Juzgado Superior no cabe recurso alguno puesto que fue dictada en el transcurso de un procedimiento de amparo, en el que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala, no ha lugar a incidencias procesales, salvo la resolución de los conflictos de competencia a que se refiere el artículo 12 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por tanto, se trata de una sentencia definitivamente firme, lo que permite a este Máximo Tribunal dilucidar si dicho pronunciamiento es contrario o no a la uniforme interpretación y aplicación de normas y principios constitucionales.

Igualmente, se hace notar que en el caso en que un tribunal ejerza, tratándose de una sentencia definitivamente firme, el control difuso de la constitucionalidad, tiene el deber de remitir a esta Sala Constitucional, copia certificada de dicha decisión. Esa obligación se encuentra señalada en la sentencia N° 1.998, del 22 de julio de 2003, (caso: *Bernabé García*), la cual fue ratificada en la sentencia N° 3126, 15 de diciembre de 2004 (caso: *Ana Victoria Uribe Flores*), ambas dictadas por esta Sala, siendo la última publicada una vez que entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En el caso *sub júdice*, el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental, desaplicó el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que tal aplicación produciría una lesión al derecho de acceso a la justicia que establece el artículo 26 de la Constitución República Bolivariana de Venezuela, y remitió copia certificada de dicha decisión y demás actas del expediente a esta Sala Constitucional.

Ahora bien, observa esta Sala que en sentencia N° 2124/2006, del 30.11, caso: *Súper Octanos C.A.* se decidió un caso similar al de autos, en los siguientes términos:

“El artículo 70 del Código de Procedimiento Civil dispone:

‘Cuando la sentencia declare la incompetencia del Juez que previno, por razón de la materia o por el territorio en los casos indicados en el artículo 47, si el Juez o Tribunal que haya de suplirle se considerare a su vez incompetente, solicitará la regulación de competencia.’

Estima la Sala, que el juez erró al desaplicar el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, ya que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales prevé la posibilidad de declarar la declinatoria de competencia cuando el juez no se considere competente, por lo que, siendo el Código de Procedimiento Civil supletorio de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ha debido el juez que solicitó la revisión aplicar esta última, y no como lo hizo, desaplicando el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, lo cual no era necesario en este caso.

En efecto, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece en su artículo 7, lo siguiente:

‘Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de primera instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurriere el hecho acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo. En caso de duda, se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia.

Si un juez se considerare incompetente, remitirá las actuaciones inmediatamente al que tenga competencia’. (Subrayado propio)

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en sentencias del 20 de enero de 2000 (casos: Emery Mata Millán y Domingo Ramírez Monja), esta Sala determina que en el caso en concreto, tal como lo ha señalado el juez solicitante, el conocimiento de dicho amparo correspondería al Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial de la Región Oriental, pero no como producto de la desaplicación hecha por el juez remitente, sino por aplicación directa del artículo antes mencionado.

Cabe destacar al respecto que, en el caso de autos, tampoco se produjo ningún conflicto, toda vez que lo ocurrido fue la declinatoria de competencia de tres Tribunales, mas no el conflicto (positivo o negativo) entre alguno de ellos, por lo que tampoco resultaba aplicable la norma contenida en el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil sino, como se señaló precedentemente, la prevista en el artículo 7, primer aparte de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En consecuencia, la Sala anula la sentencia dictada el 9 de agosto de 2006 por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental, que desaplicó el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil”.

Visto que los supuestos que determinaron la decisión transcrita *supra* son los mismos que se plantearon en el presente caso, esta Sala acoge dicho criterio para la resolución de esta revisión constitucional, y en consecuencia, anula la sentencia dictada el 9 de agosto de 2006 por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental, que desaplicó el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil y ordena al Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial de la Región Oriental, decidir la acción de amparo interpuesta por Fertilizantes Nitrogenados de Venezuela, C.E.C., (FERTINITRO) contra el Municipio Simón Bolívar del Estado Anzoátegui. Así se decide.

Por último, la Sala hace un llamado de atención a los jueces de los Tribunales Superior de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial de la Región Oriental y Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental, para que en futuras causas considere la pertinencia de aplicar la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales con preferencia a cualquier otra en las acciones de amparo.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

...gistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto del fallo que antecede, con fundamento en los siguientes razonamientos:

La sentencia que precede anuló la decisión que dictó el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental, el 9 de agosto de 2006, mediante la cual desaplicó, al caso concreto, el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, la Sala ordenó al Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial de la Región Oriental el conocimiento y decisión de la demanda de amparo que dio origen a la sentencia anulada.

Para el arribo a ese pronunciamiento, la mayoría consideró que no es cierto, como afirmó el Juez que emitió el acto decisorio que fue anulado, que se haya verificado un “conflicto negativo” de competencia y que, por tanto, no debió aplicarse el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil, sino el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Ahora bien, este disidente observa que de la propia narrativa del veredicto se desprende que sí hubo dos tribunales que se declararon incompetentes: por un lado, el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nororiental y el Juzgado Superior Primero de lo Contencioso Tributario de Caracas, y por otro el, por lo que este último sí estaba en el deber de aplicar –o desaplicar- el artículo 70 Código de Procedimiento Civil.

Asimismo, importa destacar que no se comparte el punto de vista de la mayoría sentenciadora en el sentido de que, como existe el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no es aplicable el 70 del Código de Procedimiento Civil a la materia de amparo, pues el supuesto de hecho de este último -”conflicto negativo de competencia”- no está regulado en aquella ley especial y, por ende, debe proceder la aplicación del precepto que citó últimamente a la materia de amparo, conforme al artículo 49 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En consecuencia, este voto salvante es del criterio de que la Sala debió analizar si fue correcta o no la desaplicación de la norma, desaplicación que no parecía desacertada en el caso de asunto, pues en aras del derecho al acceso a la justicia y al derecho a la tutela judicial eficaz, la solicitud de regulación de competencia podía retrasar gravemente el juicio de amparo en el cual ya dos tribunales habían declarado su incompetencia, sobre todo si se toma en cuenta, además, que había cesado ya la causa de imposibilidad de que el juez competente conociera de la causa, pues según consta en la narrativa del fallo, para el momento de la decisión las labores de ese Juzgado ya se habían reanudado.

En consecuencia, este voto salvante considera que la Sala debió confirmar la sentencia objeto de revisión.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

B. *Abandono de trámite*

CPCA

20-2-2007

Juez Ponente: Javier Tomás Sánchez Rodríguez

Caso: Oswaldo Álvarez Paz vs. Oficina Central de Estadística e Informática de la Presidencia de la República.

La Corte reitera la jurisprudencia existente referente al abandono de trámite en la Acción de Amparo Constitucional (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Sentencia N° 982 de fecha 6 de junio de 2001, caso: José Vicente Arenas Cáceres).

C. *Inadmisibilidad: existencia de medios judiciales ordinarios*

CSCA

5-2-2007

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Concejo Municipal del Municipio Las Mercedes del Llano del Estado Guarico vs. Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Central Maracay, Estado Aragua.

Confirmando una vez mas la jurisprudencia existente en los casos en que se interponga la acción de amparo constitucional contra una decisión de carácter interlocutoria emitida por algún órgano jurisdiccional (Ergo: el decreto de una medida cautelar de suspensión de efectos), sin que antes el actor hubiere agotado el medio ordinario de impugnación preestablecido en la ley, dicha acción resulta inadmisibile a tenor de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, salvo el supuesto en que éste justifique los motivos por los cuales no se agotó la vía ordinaria, en cuyo caso el Tribunal que conozca del amparo decidirá si tales motivos son suficientes o no para dar cabida la iniciación del dicho procedimiento.

IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. Régimen de los Funcionarios Públicos: Contratados.

TSJ-SPA (0016)

10-1-2007

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Freddy Rafael González Rodríguez vs. Junta Parroquial Cecilio Acosta del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda.

Se excluye del régimen de la función pública a los contratados, al puntualizarse con especial énfasis que “...el contrato no es vía de ingreso a la Administración Pública...” (art. 39 Ley del Estatuto de la Función Pública), debiendo entenderse por ello, que no es un medio para adquirir la condición de funcionario público

En el presente caso, el accionante interpuso demanda por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales contra la Junta Parroquial “Cecilio Acosta” del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda, con ocasión de la relación de trabajo que inició con el referido Municipio desde el 5 de enero de 2004, hasta el 15 de abril del mismo año, en condición de contratado como Supervisor de Cuadrillas.

Esta Sala observa que a los efectos de precisar cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer del caso de autos, es necesario determinar la naturaleza jurídica de la relación laboral que existía entre la parte recurrida y el actor en el presente juicio, para salvaguardar el principio constitucional del juez natural previsto al efecto como una garantía a favor de los justiciables.

En este sentido, el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone:

*“Artículo 146. Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, **los contratados y contratadas**, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la ley.*

El ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. El ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión o retiro será de acuerdo con su desempeño”. (Resaltado de la Sala).

Igualmente, los artículos 38 y 39 de la Ley del Estatuto de la Función Pública establecen:

“Artículo 38. El régimen aplicable al personal contratado será aquel previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral”.

“Artículo 39. En ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública”.

De las normas transcritas se evidencia que de manera expresa se excluye del régimen de la función pública a los contratados, al puntualizarse con especial énfasis que *“...el contrato no es vía de ingreso a la Administración Pública...”*, debiendo entenderse por ello, que no es un medio para adquirir la condición de funcionario público.

De manera que circunscribiéndonos al caso de autos, se constató que el propio actor tanto en el escrito libelar como posteriormente en su ampliación, afirmó haber prestado sus servicios para la Junta Parroquial *“Cecilio Acosta”* del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda bajo el régimen de un contrato verbal, por lo que resulta indiscutible que no adquirió el carácter de funcionario público de carrera.

En consecuencia, al no encontrarse el accionante amparado por el régimen estatutario aplicable a los funcionarios públicos consagrado en la Ley del Estatuto de la Función Pública, en virtud de haberse desempeñado bajo el régimen de contratado en el mencionado Municipio, le resultan aplicables las disposiciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo.

Conforme a lo antes expuesto, y por cuanto su relación laboral se inició y culminó bajo las normas de un contrato de trabajo; supuesto que de conformidad con las normas antes transcritas queda excluido de la aplicación del régimen de los funcionarios de carrera administrativa, y dado que se constata del escrito libelar que el accionante lo que pretende es el pago de sus prestaciones sociales y otros beneficios laborales, en virtud de haber prestado sus servicios en la *“Junta Parroquial Cecilio Acosta”* del Municipio Guaicaipuro (Los Teques) del Estado Miranda, esta Sala conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, declara que corresponde a los tribunales con competencia laboral de la circunscripción judicial del Estado Miranda, específicamente al Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de esa Circunscripción Judicial, la competencia para conocer del caso de autos. Así se decide.

Comentarios Jurisprudenciales

EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA COMO LEGISLADOR POSITIVO DE OFICIO EN MATERIA TRIBUTARIA

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Adjunct Professor, Columbia Law School, New York*

Resumen: *Se analiza la sentencia N° 301 de fecha 27-02 de 2007, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual, después de declarar inadmisibile una acción popular de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, procedido, de oficio, a “reformular” sin debate procesal alguno al respecto, un artículo de dicha Ley que ni siquiera había sido de los impugnados. En este caso, la Sala Constitucional, como Jurisdicción Constitucional, actúo como “legislador positivo” de oficio, práctica que es totalmente desconocida en el derecho comparado.*

La Jurisdicción Constitucional en Venezuela, impunemente, ya ha asumido la función de “legislador positivo”, es decir, de legislador por iniciativa propia, o sea, dicta leyes de oficio, así se trate de leyes de reforma de otras leyes.

Hans Kelsen, creador de la concepción contemporánea de la Jurisdicción Constitucional, cuando en 1928 hablaba algo tímidamente del juez constitucional como “legislador negativo”, es decir, de su poder de eliminar leyes del ordenamiento jurídico cuando las anulaba con los mismos efectos derogatorios como si se tratase de una ley sancionada por el Parlamento¹; sin duda, ante el espectáculo que está dando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, podría haber estado a punto de retractarse de su invento, al menos como fórmula jurídica a ser aplicada por jueces como los que lamentablemente integran la Sala Constitucional venezolana.

Esta Sala Constitucional, en efecto, mediante sentencia N° 301 de 27 de febrero de 2007², (Caso: *Adriana Vigilancia y Carlos A. Vecchio*), luego de declarar inadmisibile una acción popular de inconstitucionalidad que había sido intentada seis años antes, en 2001, por dos destacados abogados tributaristas, Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio, contra los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999³; en lugar de archivar el expediente, pasó seguidamente en el mismo texto de la sentencia de inadmisibilidat, **de oficio** y sin debate procesal alguno, **a reformar** un artículo de la mencionada Ley, el artículo 31, que ni siquiera había sido de los impugnados.

-
1. Véase Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et l'étranger*, París, 1928, p. 250.
 2. Expediente N° 01-2862. Véase en *Gaceta Oficial* N° 38.635 de fecha 01-03-2007
 3. Decreto Ley N° 307, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.390 Extraordinario, de 22-10-1999.

La sentencia no sólo provocó la airada reacción de la Asamblea Nacional que acusó a la Sala de usurpación de la función legislativa, sino que puso en evidencia una vez más las inconstitucionales interpretaciones que en los últimos años ha venido haciendo impunemente la Sala Constitucional en Venezuela. El problema, por supuesto, es que el órgano llamado a garantizar la supremacía constitucional y a controlar las usurpaciones de funciones entre los órganos del Estado, es la propia Sala Constitucional, y a ella nadie la controla. Por eso la pregunta *Quis custodiet ipsos custodes?* sigue sin respuesta en Venezuela⁴.

I. EL RECHAZO DE LA ASAMBLEA NACIONAL A LA USURPACIÓN DE FUNCIONES LEGISLATIVAS POR PARTE DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

La Asamblea Nacional de Venezuela, en efecto, en fecha 22 de marzo de 2007, adoptó un Acuerdo, en el cual dispuso:

PRIMERO: Rechazar de la manera más categórica, por considerarlo inconstitucional, violatorio de derechos sociales y colectivos, y de la ética social, el numeral 2 del dispositivo de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 01-2862, de fecha 27 de febrero de 2007 y publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 38.635 de fecha 01 de marzo de 2007, así como la motivación con que sustentó y, en consecuencia, sin ningún efecto jurídico.

SEGUNDO: Exhortar al pueblo venezolano y en especial a los contribuyentes, así como al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat) a continuar el proceso de declaración y recaudación del impuesto sobre la renta tal como lo establece nuestra legislación.

TERCERO: conformar una comisión a los efectos de investigar y determinar las responsabilidades a que hubiere lugar.⁵

Tal como lo reseñó la prensa de Caracas del 23 de marzo de 2007⁶, dicho Acuerdo había sido adoptado, por unanimidad, a propuesta del segundo vicepresidente del Parlamento, diputado Roberto Hernández, rechazando la “usurpación de poderes” por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, “a raíz de la modificación del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta” que habría sido realizada por la Sala Constitucional en la sentencia citada en el mismo, considerando que dicha decisión había lesionado la función del Poder Legislativo.

El debate ante la Asamblea Nacional debió haber sido muy vehemente, pues conforme lo informaron los medios de comunicación, el Acuerdo aprobado habría sido precedido de otro que se habría aprobado previamente con un texto más fuerte y directo, en el cual no sólo se denunciaba la inconstitucionalidad en que había incurrido la sentencia de la sala Constitucional, sino que se la declaraba nula, y se incitaba a la desobediencia tributaria⁷.

4. Véase Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*”, en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional*, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489; y en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27.

5. Véase en *Globovisión*, 22-03-2007

6. Véase *El Universal*, Caracas 23-03-2007, p. 1-1; *El Nacional*, 23-03-2007, p. 4, Sección política

7. Así lo ratificó posteriormente el mismo diputado Roberto Hernández, Presidente de la Comisión parlamentaria designada para investigar las implicaciones de la usurpación de funciones por parte del Tribunal Supremo: “lo que ha acordado la AN es pedirle a los organismos oficiales, en primer lugar **al Seniat y, a todos los ciudadanos que no acate la parte de la sentencia que es inconstitucional por usurpación de funciones**. Independientemente de que el TSJ rectifique

Esa primera versión del Acuerdo según informaron los medios de comunicación, tenía el siguiente texto:

PRIMERO: Considerar nulo el numeral 2, del dispositivo de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia NRO. 01-2862, de fecha 27 de febrero de 2007 y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 38.635 de fecha 01 de marzo de 2007, así como la motivación con que sustentó y, en consecuencia, sin ningún efecto jurídico.

SEGUNDO: Exhortar al pueblo venezolano y en especial a los contribuyentes, así como al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat) a no aplicar el numeral 2 de la parte dispositiva del referido fallo. Por considerarlo acto violatorio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

TERCERO: conformar una comisión a los efectos de investigar y determinar las responsabilidades a que hubiere lugar⁸.

El Acuerdo de la Asamblea Nacional, además de declarar inconstitucional a la sentencia de la Sala Constitucional, dispuso la conformación de una Comisión parlamentaria que se debía encargar de investigar una serie de denuncias que presentaron los diputados de la Asamblea sobre presuntas irregularidades en dicha Sala Constitucional. En el debate de la Asamblea, además, según informó en la prensa, se exhortaba al Poder Moral para que realizara las averiguaciones correspondientes, a fin de “determinar las responsabilidades de los magistrados y estudiar la destitución de éstos”⁹.

Entre las motivaciones del Acuerdo, estuvo la consideración de la competencia de la Asamblea para legislar, así como para supuestamente “ejercer la contraloría política y ética” sobre el Tribunal Supremo de Justicia; afirmando sobre la sentencia dictada por la Sala Constitucional que la misma:

“excede las funciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia e invade competencias privativas de la Asamblea Nacional, cuando al interpretar el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, modifica sustancialmente el contenido del mismo, sus alcances y consecuencias jurídicas, aun cuando la nulidad del referido artículo no había sido denunciada y, declarándolo así expresamente en el numeral 2 de la decisión”.

En cuanto al debate en la Asamblea, tal como se reseñó en la prensa, se destacaron los planteamientos del diputado Hernández, segundo vicepresidente de la Asamblea, en el sentido de que “la modificación de leyes es facultad exclusiva del Parlamento, y no de ningún tribunal de la República, ni de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo”. Destacó que conforme a la Constitución “es la Asamblea Nacional la facultada para elaborar y sancionar leyes”, por lo que “no puede la Sala Constitucional modificar todo un artículo de nuestra

decimos *que no se acate la decisión*, porque cuando uno se encuentra frente a un acto que viola la Constitución uno aplica la Constitución y no aplica el acto. Incluso la Constitución expresamente se lo ordena a los jueces, que cuando hay incompatibilidad entre la Constitución y una Ley ellos aplican la Constitución y no la Ley. Si eso ocurre con una Ley uno se puede imaginar lo que ocurre con una sentencia, porque al fin y al cabo la Ley está por encima de la sentencia.” Véase en *El Universal*, Caracas 24-03-2007, p. 1-1.

8. Véase en *Globovisión*, 22-03-2006

9. Posteriormente, el mismo diputado Roberto Hernández, Presidente de la Comisión parlamentaria designada para investigar las implicaciones de la usurpación de funciones por parte del Tribunal Supremo afirmó que dicha Comisión tenía por objeto: “Determinar las responsabilidades de todo tipo que pueda haber. El informe se pasa al Poder Moral que es el que califica el hecho, de grave o no. Si lo califica como grave lo regresa a la AN y la AN decide la destitución o no (de magistrados). El martes nos instalaremos para la primera sesión”. Véase en *El Universal*, Caracas 24-03-2007, p. 1-1

legislación ordinaria”, denunciando que el Tribunal Supremo había sustituido “completamente el artículo 31 de la referida Ley por otro distinto”. Agregó además, el diputado, que la referida modificación conllevaba “perjuicios económicos para el Fisco Nacional”, pues implicaba que dejaría de percibir tributos importantes.

Otro diputado, quien era a la sazón profesor de derecho administrativo de una de las Universidades de Caracas, (Carlos Escarrá), rechazó la sentencia y la calificó como “profundamente injusta e inconstitucional”, mediante la cual la Sala Constitucional abusó de su poder como juez constitucional, diciendo:

“El problema no es la potestad normativa ni si decidió más allá. El problema es qué decidió. Es el abuso de todo esto (...) Ellos han cambiando todo un conjunto de leyes, no de ahora, tienen 7 años en eso. Esos han sido los mismos magistrados que han creado un conjunto de tribus en el ámbito laboral, en el de menores y adolescentes y en el ámbito penal para favorecer determinados intereses”.

El diputado-profesor anunció en el debate que exhortarían a la Sala Constitucional “a revocar esa sentencia por contrario imperio”, pues de lo contrario el Poder Legislativo volvería a insertar el artículo 31 en la Ley de Impuesto sobre la Renta.

Sin embargo, no es la primera vez que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha reformado leyes¹⁰. Lo ha hecho en años recientes cuando reformó globalmente la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988 para regular un nuevo procedimiento judicial¹¹ y establecer nuevas normas en materia de competencias de los tribunales en la materia¹²; y lo hizo cuando reformó las disposiciones de la Ley Orgánica del

-
10. Contrariamente a lo afirmado por el Diputado Roberto Hernández, Presidente de la Comisión parlamentaria designada para investigar las implicaciones de la usurpación de funciones por parte del Tribunal Supremo, cuando afirmó que la Sala Constitucional “es la única vez que se ha hecho una modificación en los últimos 8 años. La facultad de legislar es privativa del Poder Legislativo y en este caso concreto la Sala Constitucional ha reformado un artículo de la Ley de ISLR. Ellos no están facultados para eso. ... Cuando el TSJ anula el artículo de una Ley por considerarlo inconstitucional está dentro de sus facultades, lo nuevo aquí es que hicieron algo que no estaba dentro de sus facultades que fue reformar un artículo. ... El cuestionamiento es que el TSJ está usurpando facultades que no le corresponden. ... Aquí decimos que la sentencia no es facultad de la Sala Constitucional, es facultad exclusiva nuestra. Los tribunales no pueden reformar artículos en la Ley y lo han hecho, cambiaron los términos esenciales.” Véase en *El Universal*, caracas 24-03-2007, p. 1-1
 11. Véase sentencia N° 7 de 1° de febrero de 2000 (Caso: *José A. Mejía y otros*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 349 ss. Sobre esto véase, Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, “El procedimiento de Amparo Constitucional, según la sentencia N° 7 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 01 de febrero de 2000. Caso *José Amando Mejía Betancourt y José Sánchez Villavicencio*, en *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 8, Caracas, 2003, pp. 139 a 176; María Elena Toro Dupouy, “El procedimiento de amparo en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Años 2000–2002)”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6, enero–diciembre–2002, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 241 a 256; María Elena Toro Dupouy, “El amparo contra decisiones judiciales en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. El Amparo sobrevenido”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7, enero–junio 2003, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 207 a 222. Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Orgánica de Amparo en Venezuela mediante sentencias interpretativas”, trabajo elaborado para el *Libro Homenaje al Profesor Héctor Fix- Zamudio*, UNAM México, 2007 (en prensa)
 12. Véase sentencia N° 1 de 20 de enero de 2000 dictada con motivo de decidir la admisibilidad de una acción de amparo (Caso: *Emery Mata Millán vs. Ministro del Interior y Justicia y otros*), en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000. Posteriormente, la misma Sala Constitucional fue dictando nuevas “normas” reguladoras de la competencia

Tribunal Supremo de Justicia de 2004 para establecer nuevas normas en materia de procedimiento en los juicios de nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y en los juicios contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos¹³; sin embargo, es la primera vez que el legislador de verdad, la Asamblea Nacional, reacciona, y de qué manera, denunciando la usurpación de la función legislativa por parte de la Sala Constitucional, pues ahora se trata de una sentencia mediante la cual la Sala Constitucional “reformó” el texto de un artículo de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999, es decir, asumió *de oficio* la función legislativa positiva, sin ningún pudor.

En la sentencia, además, a los efectos de decidir, la Sala trató como puntos previos a su decisión de legislar, otros dos aspectos relativos al control de la constitucionalidad de las leyes que deben destacarse previamente, por el interés que tienen en materia de justicia constitucional, sobre la legitimación activa en la acción popular de inconstitucionalidad y a la posibilidad de impugnación por inconstitucionalidad y de la declaratoria de nulidad de leyes ya derogadas.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD

Durante el juicio de nulidad que se siguió ante la sala Constitucional con motivo de la acción popular ejercida, los representantes de la Asamblea Nacional opusieron la falta de legitimación de los recurrentes para intentar la demanda de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley de impuesto sobre la Renta, argumento que desechó la Sala al considerar que conforme “al noveno aparte del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia” de 2004, la acción popular puede interponerse en Venezuela por “toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses”; norma que recoge lo que disponía el artículo 112 de la derogada la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976.

Conforme a estas normas, la Sala consideró el tema de la legitimación activa en materia de control de constitucionalidad de las leyes¹⁴ como uno de “los criterios jurisprudenciales

judicial en materia de amparo, en la N° 1555 de 8 de diciembre de 2000 (Caso: *Yoslina Chamchamire B. vs. Instituto Universitario Politécnico Santiago Mariño*), en *Revista de Derecho Público*, N° 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 304 y ss.; y en la sentencia N° 26 de de 25 de enero de 2001 (Caso: *José C.C. y otros vs. Comisión Legislativa Transitoria, Estado Portuguesa*), en *Revista de Derecho Público*, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001. Sobre esto véase en general, Antonio Cánova González, “La Sala Constitucional y su competencia en los procesos de amparo”, en *Estudios de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Volumen I, Imprenta Nacional, Caracas, 2001, pp. 157-176; Luis Martínez Hernández, “Nuevo régimen de acción de amparo con motivo de sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 209-265; Rafael Badell Madrid, “El amparo constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia”, *Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 4, Caracas, 2002, pp. 87 a 129.

13. Véase por ejemplo, la sentencia N° 1645 del 19 de agosto de 2004 (Caso: *Gregorio Pérez Vargas, Impugnación de la Constitución Federal del Estado Falcón*), en *Revista de Derecho Público*, N° 99-100, Editorial Jurídica Venezolana, caracas 2004, pp. 254 y ss. Véase Alejandra Figueiras Robisco, “La nueva jurisprudencia sobre las competencias judiciales y el procedimiento en el orden contencioso administrativo. Estado (provisionalísimo) de la cuestión”, en *Revista de Derecho Público*, N° 99-100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, pp. 11-24

14. Véase sobre el tema Allan R. Brewer-Carías, “La legitimación activa ante la Justicia Constitucional en Venezuela” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Ponencias venezolanas para el XVI Congreso Internacional de Derecho Comparado, (Brisbane-*

más consolidados en el marco del derecho procesal constitucional”, en el sentido de que el interés para ejercer la acción popular en Venezuela no es un interés calificado, sino que, conforme lo decidió la Sala en sentencia N° 497/2003 (Caso *Ramón Alfredo Aguilar y otros*):

Para el ejercicio de dicha vía de impugnación, no obstante que el referido artículo 112 exige que el o los recurrentes hayan sido afectados en sus derechos o intereses por el acto impugnado, la jurisprudencia constitucional de la antigua Corte Suprema de Justicia, al igual que la de este Tribunal Supremo de Justicia, ha indicado que basta ostentar un interés simple, que es el que tiene toda persona, natural o jurídica, que habite o resida en el territorio de la República en “la defensa objetiva de la majestad de la Constitución y su supremacía” (ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, del 30 de junio de 1982, Gaceta Forense, n° 116, Vol. I, pp. 5 a 7); de allí que cualquier persona del pueblo (*actio popularis*), estando debidamente asistida para ello, está legitimada para interponer el recurso de nulidad contra cualquier acto de ejecución directa e inmediata de la Constitución que, a su juicio, sea contraria al sentido, propósito y razón de una o varias disposiciones del Texto Fundamental.

No obstante la amplitud de la doctrina de la popularidad de la acción, debe advertirse que la Sala ha venido estableciendo “que no se trata de que en estas demandas no se exija siquiera un mínimo interés”, tal y como lo sostuvo en sentencia N° 2167/2004 (Caso *Cámara Venezolana de Laboratorios y otros*), en la cual “con ánimo de dar una mayor precisión al alcance de tales exigencias de interés procesal”, señaló que:

“En lo referido a la legitimación, esta Sala ha declarado en otras ocasiones (por ejemplo, fallo núm. 37 del 27 de enero de 2004; caso ‘*Flora Higuera*’ y núm. 1448 del 3 de junio de 2003) que en realidad nuestra legislación procesal no prevé una acción popular, en el sentido de estar reconocida a todos, pero sí una muy similar, debido a que difícilmente faltará entre la población el simple interés que la ley exige para demandar. Por ello, la Sala ha preferido llamarla acción cuasi popular.

En una acción de esa naturaleza cuasi popular prácticamente pierde sentido la referencia al interés propio del accionante. Bastará exponer la razón para impugnar la norma para que el tribunal -esta Sala, de ser un acto de rango legal- entre a analizar la procedencia del recurso. La inadmisión, de darse, se producirá normalmente a causa de la evidencia de que el demandante carece del más mínimo interés, toda vez que las acciones judiciales deben tener una justificación que no sea la meramente teórica. Por tanto, no es al actor a quien en realidad toca demostrar su interés, el cual puede fácilmente presumirse; corresponde desvirtuarlo a quien se opone a la demanda, o al juez, si es que lo verificase de oficio.

De esta manera, la amplitud de la legitimación reconocida en la legislación venezolana -para el caso de la impugnación de actos normativos- hace que se presuma el interés del actor, a menos que de los autos se desprenda su carencia, caso en que el juez debe rechazarla.

Esa amplísima legitimación obedece a la necesidad -no aceptada por otros sistemas jurídicos- de que toda persona que pudiera ser sujeto de la aplicación -incluso indirecta- de una norma, tenga capacidad para debatir en juicio su validez. La acción de nulidad, por ello, tiene entre nosotros un carácter de abstracción: no se requiere un caso concreto, sino apenas la posibilidad -ni siquiera probabilidad- de su existencia”.

Australia), N° 139, Año LXVIV, Enero-Junio 2002, Caracas 2002, pp.229-276; “Standing to raise constitutional issues in Venezuela” en Richard S. Kay (Ed), *Standing to raise constitutional issues: comparative perspectives, XVIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Académie Internationale de Droit Comparé, Brisbane 2002*, Bruylant, Bruxelles 2005, pp. 67-92; “La qualité pour agir devant la juridiction constitutionnelle du Venezuela”, en *Mouvement du droit public. Mélanges en l’honneur de Franck Moderne*, Dalloz, París 2004, pp. 763-780; “Principios sobre la legitimación requerida para activar la justicia constitucional en Venezuela”, en *Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Homenaje al Dr. Rodolfo Piza E.* (diciembre 2002), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sala Constitucional República de Costa Rica, Instituto de Derecho Constitucional Costarricense, San José, Costa Rica, s/f., pp. 67-137.

En todo caso, a pesar de esta doctrina –de la cual rechazamos la utilización simplista del calificativo *quasi*, generalmente utilizado cuando no se sabe que es lo que se está diciendo-, la representación de la Asamblea Nacional la cuestionó, sugiriendo que la anotada posición jurisprudencial “ha alterado el contenido de la norma, fijando una interpretación *contra legem*”, pero sin mayores argumentos. Frente a ello, la Sala Constitucional se limitó a señalar que la demanda de nulidad dirigida contra una Ley “requiere de una manifestación de interés, pero que -dada la naturaleza general de tales actos- éste no amerita ser calificado, al punto que puede presumirse auténticamente su existencia”, afirmación con la cual según la Sala, se completa el contenido de la norma “desde una perspectiva cónsona con un Estado de Derecho y de Justicia” que “apuntala el derecho de acción como mecanismo de control ciudadano de las potestades normativas de los Poderes Públicos”. Con base en estos argumentos, la Sala consideró que los recurrentes tenían la legitimación activa requerida para accionar.

III. LA CUESTIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS LEYES DEROGADAS Y LA DECISIÓN SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN

La segunda cuestión procesal que se planteó en el juicio fue sobre la carencia de objeto y la consecuente pérdida de interés procesal de los recurrentes, derivadas de la derogación de las normas impugnadas. En efecto, el Decreto Ley de Impuesto sobre la Renta de 1999 cuyas normas habían sido impugnadas con la acción popular intentada había sido reformado por otro Decreto Ley N° 1.544 de 2001¹⁵. Luego, algo más de un mes después, la Asamblea Nacional dictó la Ley N° 70, de reforma parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta.¹⁶ Posteriormente otra reforma fue sancionada por la Asamblea Nacional¹⁷ y fue ese último texto normativo el que se encontraba en vigencia al dictarse la sentencia-reforma de la Sala.

El tema de la impugnación de leyes derogadas mediante el recurso de inconstitucionalidad tiene gran importancia, particularmente en relación con el tema de los efectos de las sentencias anulatorias de la Jurisdicción Constitucional, de manera que si estas solo tienen efectos *ex nunc, pro futuro*, como es la regla, la tesis tradicional es que las leyes ya derogadas, que cesaron de producir efectos, no pueden ser objeto de impugnación.¹⁸ En estos casos, en principio el juez constitucional no tendría que pronunciarse sobre un texto legal derogado, porque habiendo desaparecido del ordenamiento jurídico, la decisión judicial carecería de objeto y sería innecesaria. Sin embargo, este incuestionable principio puede tener excepciones, precisamente en los casos en los cuales las leyes derogadas en alguna forma continúan produciendo algún efecto.

En esta materia, la Sala Constitucional, ha establecido en sentencia N° 1982/2003 (Caso *Daniel Buvat*), que el interés en declarar la inconstitucionalidad de un texto derogado persiste en dos casos excepcionales, y por tanto, de interpretación restrictiva: primero, cuando la norma impugnada se la ha trasladado a un nuevo texto, que sí está vigente; y segundo, aun sin ese traslado, cuando la disposición recurrida mantiene sus efectos en el tiempo. Particularmente en relación con este segundo supuesto, la Sala en la misma sentencia señaló que por supuesto, “no es cualquier efecto jurídico el que justifica la resolución de las demandas dirigidas contra leyes que perdieron su vigencia durante el juicio”, sino que dichos

15. Publicado en *Gaceta Oficial* N° 5.557 Extraordinario, de 13-11-2001

16. *Gaceta Oficial* N° 5.566 Extraordinario, de 28-12-2001

17. *Gaceta Oficial* N° 38.529 de 25-09-2006

18. Véase sobre el tema Allan R. Brewer-Carías, “La decisión en materia de control de constitucionalidad en el derecho venezolano”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 66 (Ponencias Venezolanas al XII Congreso Internacional de Derecho Comparado), Universidad Central de Venezuela, Caracas 1987, pp. 135-170.

“efectos deben tener relación con el propio demandante, que es quien debe tener interés en la declaratoria”, por lo que en este caso, el simple interés de la acción popular “no es suficiente para obtener sentencia de fondo en los casos en que el objeto del recurso ha fenecido”.

Este criterio fue sostenido por la Sala Constitucional en casos análogos que también se citan en la sentencia N° 301 que comentamos, en los que la Ley impugnada había desaparecido del ordenamiento jurídico, desde su sentencia del 8 de junio de 2000, posteriormente ratificado en sentencias N° 1.396/2000 del 21 de noviembre y 2.256/2001 del 11 de noviembre, entre otras, fijando el criterio de que si bien “la abstracción en el control concentrado de constitucionalidad es una característica del sistema [que se] corresponde a la concepción venezolana del recurso por inconstitucionalidad de leyes”, ello, sin embargo:

“sólo es predicable respecto de los casos en que la norma esté vigente, toda vez que la generalidad y abstracción de las normas hacen que cualquier otra persona pueda en un futuro estar sometida a ella. En cambio, si la disposición ya no existe, de nada valen pronunciamientos que no guarden relación directa con el demandante, lo cual es un aspecto que debe analizar la Sala en cada caso concreto”.

En el caso concreto, y en contra de los argumentos de los representantes de la Asamblea Nacional y del Procurador General de la República, los recurrentes sostuvieron que su interés en el juicio persistía a pesar de las reformas sucesivas de las normas de la Ley de Impuesto sobre la Renta, puesto que las normas impugnadas no habían sido modificadas en tales reformas y, por tanto, las denuncias de inconstitucionalidad efectuadas contra el primer Decreto ley persistían.

La Sala Constitucional, para resolver la controversia, precisó que la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 del Decreto ley N° 307 de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, se basó en la denuncia de que el Ejecutivo Nacional no habría acatado, al dictar el decreto ley, los límites que le había impuesto el Congreso al dictar la Ley habilitante o de delegación legislativa (artículo 203 de la Constitución) “para legislar en materia de impuesto sobre la renta; usurpando las atribuciones propias del Poder Legislativo y, con ello, violando el principio de legalidad tributaria”. Es decir, precisó la Sala que el juicio de nulidad no tenía:

“por finalidad determinar la correspondencia constitucional de un gravamen a los dividendos (Impuesto a las Ganancias de Capital), sino -ateniéndose estrictamente a lo alegado por la actora- a la forma en que éstos fueron regulados por el Presidente de la República, presuntamente, excediendo los límites derivados de la correspondiente ley autorizatoria”.

De ello, concluyó la Sala Constitucional, que:

Con tal premisa como base, y en contra de lo señalado por la actora, la circunstancia de que las normas impugnadas hayan permanecido en el decreto-legislativo que le sucedió, resta relevancia a un pronunciamiento de fondo en este juicio, atendiendo a las denuncias acá formuladas, puesto que ese nuevo acto normativo dictado por el Ejecutivo, tuvo como *causa* una habilitación del Legislativo distinta de la que sirvió de base al primero y cuyos términos no son objeto del presente debate. Por tanto, al último de tales decretos no pueden trasladársele las denuncias efectuadas en contra del primero, menos aún después de que la Asamblea Nacional como cuerpo legislador dictó diversas reformas a ese texto normativo. Así las cosas, para los efectos de este proceso, ni siquiera si las normas impugnadas hubiesen sido reproducidas en las leyes que le siguieron, podría esta Sala entrar a analizar el contenido de las mismas (*vid.*, en este sentido, SC N° 2495/2006, Caso: *Estado Carabobo*), a menos que le fueran aplicables a las normas reproducidas los argumentos que fundaban originalmente la demanda de nulidad, lo que no es el caso de autos.

Con base en lo anterior, era evidente que, como lo dijo la Sala, “la afirmación de la parte accionante según la cual, como las normas acá impugnadas no sufrieron modificación

alguna (al menos en el Decreto-Ley de 2001) tuvieron su origen en el Decreto de 1999, lo que justificaría su análisis en esta oportunidad, *debe ser desechada*".

Pero sin embargo, ello no ocurrió así, y la Sala *de oficio*, consideró que era necesario verificar "si las normas impugnadas preservan sus efectos de modo que amerite un pronunciamiento de fondo de la Sala". Recuérdese, sin embargo, que la propia Sala reconoció que no se le había requerido en el libelo de la acción popular pronunciamiento alguno de fondo sobre el tema tributario, pues las denuncias de inconstitucionalidad formuladas se referían a vicios de forma en la emisión del decreto ley sin sujetarse a los límites de la ley habilitante. Y fue por ello por lo que la Sala concluyó señalando que:

"más allá de las denuncias abstractas planteadas por la parte actora, no surge de sus afirmaciones que de preservar sus efectos, los fundamentos de la nulidad pudieran ser aplicables en la actualidad, por lo que si bien -como antes se analizó- ella detentó inicialmente suficiente legitimación para intentar la demanda de autos, de forma sobrevenida perdió interés en el presente proceso, por las razones que se han expuesto y, en tal virtud, debe declararse inadmisibile la acción que dio lugar a esta causa. Así se decide.

Es decir, la Sala **declaró inadmisibile la acción popular**, diciendo además que nada tenía que "decir respecto del resto de las denuncias planteadas". Con la inadmisibilidada de la acción, concluía el juicio, Sin embargo, ello tampoco fue así, y la Sala entonces pasó a legislar, de oficio, sobre materias que ni siquiera habían sido objeto de debate procesal, cuidándose de que los propios órganos del Estado con interés en el tema, como el SENIAT y la Asamblea Nacional conocieran de sus intenciones legislativas.

IV. LA SALA CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO DE OFICIO EN MATERIA TRIBUTARIA

En efecto, no obstante el pronunciamiento de declarar inadmisibile la acción intentada, la Sala Constitucional invocó el texto del artículo 5, segundo aparte, *in fine* de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, argumentando que "en las causas relativas al control concentrado de la constitucionalidad no priva el principio dispositivo, por tratarse de un asunto de orden público, dada la enorme relevancia y el intenso grado de afectación colectiva que caracteriza a los actos normativos", concluyendo que:

"Conforme a ello, este máximo exponente de la Jurisdicción Constitucional está autorizado para apreciar, de oficio, la violación de la Norma Fundamental, no obstante que la parte impugnante no haya advertido tales infracciones, o su técnica recursiva haya sido deficiente".

El artículo de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo citado por la Sala, en realidad, dispone que:

5. P3. De conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, **la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad, en cuyo caso no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público.** Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se publicará en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, y en la *Gaceta Oficial del Estado o Municipio* según corresponda.

De esta norma resulta indubitable que lo que se permite a la Sala es poder *suplir de oficio las deficiencias del recurrente sobre las disposiciones denunciadas*, pero de ello la Sala dedujo impropriamente sus supuestos poderes, no sólo *para conocer de oficio* de un

juicio de interpretación abstracta de la Ley sin que mediara un juicio de nulidad¹⁹, ya que el juicio de inconstitucionalidad que se había intentado había sido declarado inadmisibile; sino, además, para *establecer de oficio nuevos argumentos respecto de normas distintas* a las que habían sido originalmente impugnadas, interpretarlas y modificarla como si fuera el Legislador. Y todo ello **de oficio**, es decir, a iniciativa propia. Como se ha dicho, los artículos que fueron denunciados como inconstitucionales en la acción popular fueron los artículos 67, 68, 69, 72, 74 y 79 de la ley, y el artículo que la Sala reformó en su sentencia fue el artículo 31 de la misma Ley, que ni siquiera se había mencionado en el debate procesal.

Para justificar este desprecio absoluto al principio dispositivo, a la separación de poderes y a las previsiones constitucionales sobre ejercicio de la función de legislar, la Sala se basó en las siguientes consideraciones:

Por otra parte, siendo la Sala Constitucional el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, y máximo y último intérprete de la Constitución, correspondiéndole velar por su uniforme interpretación y aplicación, tal como lo dispone el artículo 335 constitucional, la Sala tiene el deber de interpretar el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, y por ello, *si bien puede declarar inadmisibile una demanda de nulidad, como en el caso de autos, la Sala puede, para cumplir su función tuitiva y garantista de la Constitución, y con miras a evitar interpretaciones erradas, analizar de oficio la norma legal cuya nulidad ha sido solicitada, a fin de señalarle una lectura que la haga congruente con los principios constitucionales*, evitando así una errada interpretación por las otras Salas o los otros Tribunales de la República.

Se trata de una facultad de la Sala, derivada de la función que le asigna el artículo 335 constitucional, y del segundo aparte del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que le permite a la Sala no sólo suplir de oficio deficiencias o técnicas del recurrente, sino que al considerar que la nulidad de normas es de orden público, autoriza al Juez -como principio general del derecho- a proceder de oficio en resguardo del orden público (artículo 11 del Código de Procedimiento Civil) y dictar cualquier providencia legal.

De allí, que a juicio de la Sala, cuando no procede la nulidad de una norma por inconstitucional, la Sala puede no limitarse a declarar sin lugar la demanda, sino que al declarar la validez de la norma, puede señalar la interpretación obligatoria que la adapta a la Constitución, tal como lo ha señalado entre otros, en sentencia N° 2573 del 16 de octubre de 2002.

Esta potestad de la Sala, que emerge de su función constitucional, y que en otras oportunidades ha efectuado no decae porque se declare inadmisibile la acción del particular y no sin lugar la solicitud, ya que por protección al orden público, la acción queda viva, impulsada de oficio, máxime cuando lo que la Sala va a efectuar es una interpretación en beneficio de la constitucionalidad de una norma, y por ello la Sala deja viva a la acción y entra a analizar las normas cuestionadas.

Y con fundamento en estas potestades que la Sala se auto atribuyó, pasó entonces a revisar las bases constitucionales que regulan el sistema tributario venezolano, “con el fin de que -sobre ese marco- sea revisada la ley objeto del presente examen”, por supuesto, en su conjunto y en los artículos que quiso la Sala o alguno de sus magistrados, sin relación alguna con los artículos de la Ley que habían sido denunciados como inconstitucionales, e independientemente del debate procesal realizado en el juicio que concluía por inadmisibilid de la acción.

19. Véase el cuestionamiento sobre esos poderes de oficio véase, Allan R. Brewer-Carías, “Régimen y alcance de la actuación de oficio en materia de Justicia Constitucional en Venezuela”, en la *Revista Jurídica*. Universidad Arturo Michelena, Centro de Investigaciones Jurídicas Dr. Aníbal Rueda, N° 4, San Diego, 2006, pp. 13-39

Revisó así la Sala, en su sentencia, conforme a su propio criterio y sin que nadie se lo hubiera requerido, las escasas normas de los artículos 133, 316 y 317 de la Constitución que regulan el sistema tributario²⁰, y de las cuales la Sala extrajo:

“los caracteres esenciales de los tributos que, íntimamente vinculados entre sí, sirven de base para materializar la exigencia axiológica de la justicia tributaria: *generalidad* (todos deben soportar las cargas tributarias), *igualdad* (al momento de contribuir, se proscribiera la discriminación) y *capacidad contributiva* (que actúa como gozne entre la generalidad y la igualdad, como herramienta de medición concreta de la aptitud económica -absoluta o relativa- del contribuyente). En síntesis, todos deben pagar tributos, conforme su capacidad”.

Pasó luego la Sala a analizar la “compleja noción de capacidad contributiva”, que encuentra su límite en la prohibición de la confiscación, enlazada directamente con la exigencia de progresividad del sistema tributario, considerando que “el conjunto de instrumentos de política tributaria debe gravar en menor proporción a los contribuyentes de menores recursos. El sistema será regresivo si, por el contrario, los ciudadanos con menor dotación soportan el mayor peso de las cargas que el Estado impone por la vía impositiva”.

La Sala pasó de seguidas a referirse, en particular, a la importancia del Impuesto sobre la Renta, para lo cual consideró “basta anunciar la progresividad que informa este gravamen a la renta, como más acabada expresión de la capacidad contributiva y, por ello, al menos en teoría, eficiente instrumento de política tributaria y de redistribución de la riqueza”, deduciendo las siguientes notas características de este impuesto:”

(i) *Es impuesto directo*: ya que grava una manifestación inmediata de capacidad contributiva, como es la renta.

(ii) *Es un impuesto de carácter personal*: está referido a la situación de un sujeto concreto y determinado.

(iii) *Es un impuesto subjetivo*: pues atiende las circunstancias personales del obligado. De tal carácter, se siguen, aunque a ellas no están limitadas, un conjunto de aminoraciones de la base imponible y de la cuota tributaria.

(iv) *Es un impuesto de carácter progresivo*: grava escalonadamente los distintos niveles de renta, sin perjuicio de que a determinadas rentas les resulte aplicable una tarifa proporcional.

(v) *Es un impuesto periódico*: se calcula sobre una base temporal concreta o ejercicio económico señalado por la ley que, generalmente, coincide con el año civil.

Partiendo de estos principios pasó entonces la Sala en su sentencia a “estudiar la presencia de los señalados caracteres, particularmente, en el gravamen que se efectúa a las personas naturales, con ocasión de los enriquecimientos obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia”. Destacó cómo conforme el artículo 7, literal a) de la Ley de Impuesto sobre la Renta, las personas naturales son sujetos de aplicación de la misma, para lo cual deben pagar impuestos sobre sus enriquecimientos netos (artículo 8). A los efectos de determinarlos, el artículo 16 se refiere a los ingresos brutos constituidos, entre otros, por “los proventos producidos por el trabajo bajo relación de dependencia”; y sobre este tema en particular, es decir, “el caso de los ingresos percibidos con ocasión de la relación de trabajo”, la Sala Constitucional entonces, por primera vez en su sentencia, hizo referencia al artículo 31 de la Ley que define como enriquecimiento neto “los

20. Sobre esas normas 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.52 y ss.

sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obvenções y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenida por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia”. A juicio de la Sala, “la consideración de tales ingresos como enriquecimiento neto, impide entonces que sobre ese monto se sustraiga costo o deducción alguna”.

Luego analizó la Sala el tema de las sustracciones de desgravámenes autorizados por el artículo 59 y en el artículo 60 (sobre desgravamen único) de la Ley para la determinación del ingreso gravable, indicando que “La operación matemática derivada de tales parámetros, ya sea sustrayendo de los enriquecimientos netos así estimados los desgravámenes particulares, o en su lugar, el denominado *desgravamen único*; da lugar a la determinación de la base imponible de este tributo”.

De acuerdo con el hilo de la sentencia, la Sala, en este punto, destacó la noción de base imponible que reviste una naturaleza trascendental para constatar la adecuación del tributo a los principios constitucionales que gobiernan la institución, indicando que “en el caso de las personas naturales cuya fuente de ingresos proviene de una relación laboral, la legislación impositiva tomó una amplísima base: “los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obvenções y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenida por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia”, noción que la Sala consideró “que guarda correspondencia con lo que la doctrina del derecho laboral define como *salario integral*, a partir de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, según el cual se “entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere 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”.

El tema central de este análisis fue la consideración que hizo la Sala en el sentido de que “frente a la extensa estimación de los enriquecimientos netos de los trabajadores, contrasta la mínima posibilidad a ellos dada para disminuir razonablemente la base sobre la cual habrán de tributar”, considerando respecto de los desgravámenes, que contienen “escasos conceptos que les resultan aplicables para lograr tal reducción; lo que prácticamente conduce a la utilización de la figura del desgravamen único, no como una opción, sino como la única alternativa legítima.”

Y así concluyó la Sala su tesis, encontrando, sin que nadie se lo hubiera pedido, que “la instrumentación del impuesto sobre la renta que pecha a los asalariados, *desdibuja los principales rasgos de este instrumento impositivo, gravando tan extensa base imponible que, en vez de consultar la razonable manifestación de riqueza derivada de la renta, pesa en mayor medida sobre sus ingresos*”; concluyendo con que:

El impuesto sobre la renta a los asalariados, entonces, se aleja en demasía de la progresividad propia de esta clase de tributos, sobre todo si se toma en cuenta que aquella fuente de enriquecimiento se encuentra también incida por una serie de contribuciones parafiscales (Seguro Social, Política Habitacional, INCE). Además, quizás con un impacto mayor, en cuanto consumidor final, el trabajador se ve obligado a soportar el traslado del gravamen al consumo (IVA), que acaso consulta su capacidad contributiva en forma mediata. Estas afirmaciones, ponen en evidencia una elevada presión fiscal claramente regresiva sobre las fuentes de enriquecimiento de los trabajadores asalariados.

Ello no sólo se aparta de la potestad tributaria que acuerda al Poder Nacional el artículo 156.13 de la Constitución, sino que lesiona la protección especial que a este estrato social confiere el artículo 83 del Texto Fundamental, en la medida produce una merma en el valor del salario como instrumento de dignificación de la calidad de vida de la clase trabajadora.

Pero, la Sala Constitucional, después del anterior análisis y conclusión, reconoció que “La contrariedad absoluta al texto fundamental, sin embargo, no resulta apreciable de manera franca en las normas objeto del presente estudio”, por lo que entonces decidió referirse a su propia doctrina “en relación con el rol atribuido al Juez Constitucional” que estableció en la sentencia N° 952/2003 (Caso: *Margarita Farías*), para pretender fundamentar sus poderes de legislador positivo de oficio y pasar a reformar una ley. En dicha sentencia, la Sala, en efecto, había sentado el siguiente criterio:

En tal sentido, resulta necesario destacar que en los sistemas Kelsenianos de Justicia Constitucional, del cual esta Sala forma parte, siempre han partido de la premisa de que su ejercicio se asemeja a lo que la doctrina ha denominado “legislador negativo” (KELSEN), debido a que ejerce la función de eliminar del ordenamiento jurídico, normas que sean claramente contrarias al dispositivo constitucional. Sin embargo, y así ha sido su desarrollo en el derecho comparado, esta actividad no se agota con su exclusión, sino que se han suscitado situaciones en que el texto del articulado genere confusiones que si bien pueden tener un halo de inconstitucionalidad, no llega a ser de una evidencia tal, que pueda afirmar la necesidad de su anulación. Esto ha conllevado a que la jurisdicción constitucional vaya más allá de ejercer sus funciones como “legislador negativo”, teniendo que dar una interpretación normativa a los fines de esclarecer, delimitar o delinear el sentido de un determinado artículo con respecto a la Constitución [...].

Estas posiciones han conllevado a que Tribunales Constitucionales tales como el alemán, primeramente, y luego el italiano y el español, tuvieran que desarrollar una modalidad de análisis de leyes para aquellos casos en que se evidencien normas cuya inconstitucionalidad no sea evidente, pero que requieren adaptaciones con el objeto de adecuarlas al orden constitucional vigente. Esto dio por origen la elaboración de sentencias que han recibido el calificativo de interpretativas, por cuanto mediante las mismas lo que se busca lograr es una correcta adecuación del ordenamiento jurídico dictado con anterioridad a la promulgación de una nueva constitución, teoría que se derivó de la circunstancia fáctica de preservar ciertas disposiciones que fueron dictadas con anterioridad a la transición política de regímenes de facto a gobiernos democráticos acaecidos en esos países. Ello conllevó a que en esos casos dichos Tribunales detenten la potestad para revisar si la norma discutida en una solicitud de impugnación se adecua correctamente con los principios de supremacía jerárquica, formal, material, teleológica y axiológica de la Constitución. Si de dicho estudio se observa que la norma cuestionada origina una duda razonable respecto a su constitucionalidad, entonces en esos casos resultaba permisible que la Instancia Constitucional proceda a revisar los términos bajo los cuales fue consagrada dicha normativa, permitiéndose realizar modificatorias en torno a la proposición, bajo la cual esta se formuló, a los fines de aclarar que los elementos que la conforman se presten a plantear posibles inconstitucionales, para así acomodarla al marco de la Constitución.

Esta modalidad de sentencias constituye un instrumento importante en la preservación del ordenamiento jurídico, toda vez que conlleva a que los jueces constitucionales no sólo eliminen normas contrarias a la Constitución que podrían originar lagunas que necesitan de otra regulación que si sea acorde a la norma primaria, sino que les permite en tanto y en cuanto la norma sea subsanable, interpretarla correctamente o reestructurarla (siendo en este caso una decisión cuyos efectos serán *ex nunc*), siendo en caso de imposible reparación de la norma su consecuente eliminación, toda vez que la interpretación no constituye una suerte de legislación para el juez constitucional [...].

Respecto al ejercicio de la labor interpretativa ejercida por los Tribunales Constitucionales, la doctrina las ha clasificado como “sentencias interpretativas de rechazo” y “sentencias interpretativas de acogida” (BISCARETTI DI RUFFIA), ó “sentencias interpretativas desestimatorias” y “sentencias interpretativas estimatorias” (PEÑA SOLÍS). En primer orden, se ha entendido como decisiones “de rechazo” o “desestimatorias”, cuando el tribunal extrae del análisis de la norma o de la interpretación de la proposición normativa que la misma no es contradictoria a la Constitución, siempre y cuando el precepto normativo sea interpretado conforme al análisis que haya asentado el Juez Constitucional en su motivación. Por su parte, en lo relativo a los fallos interpretativos “estimatorios” o “de acogida”, se ha expuesto que dichos fallos versan sobre aquellas situaciones en las cuales una disposición

normativa se presta a múltiples acepciones o análisis que pudiesen ser considerados válidos. Tales supuestos originan que la labor del sentenciador se preste a verificar si cada una de las interpretaciones que conlleva la norma resulta viable respecto al postulado constitucional ante el cual se le cuestiona. Bajo esos supuestos, de verificarse que una o varias de las acepciones derivadas de esa norma resultan inconstituciones, el juez debe entonces suprimir la interpretación que sea errónea y señalar cuál es el verdadero sentido de la misma. Ello conduce a que esta modalidad de decisiones tengan distintas clasificaciones, toda vez que la sentencia puede conllevar a una supresión de la norma (entendida en sentido intrínseco), o en una adición e inclusive, en una sustitución. En el primer supuesto, la decisión debe acordar que la norma es inconstitucional en aquello “que no dice”, por lo que debe establecer en su motivación el análisis sobre el cual existe el vacío legal. Contrariamente, en aquellas decisiones en que el fallo tenga un carácter supresivo o reductivo, la decisión acuerda la inconstitucionalidad en “aquello que dice la norma”, por lo que restringe el sentido de la misma. Finalmente, en lo concerniente a las sentencias sustitutivas, o las llamadas por un sector de la doctrina como “manipulativas”, el tribunal sustituye una parte del texto, tal como lo indica DI RUFFIA, implica en términos literales la ilegitimidad constitucional y la cambia por otra que esté formulada al mismo nivel de interpretación.

Esta doctrina, sin embargo, a lo que podría conducir es a la interpretación de una norma tachada de inconstitucionalidad *secundum constitutione*, a los efectos de no eliminarla del ordenamiento jurídico mediante su anulación, y dejarla vigente pero para ser aplicada conforme a una interpretación acorde con el texto fundamental. Pero derivar de esta doctrina la pretendida potestad legislativa genérica de la Sala Constitucional, para modificar incluso *de oficio* normas legales que no han sido impugnadas de inconstitucionalidad, no tiene asidero alguno ni en Venezuela ni en el derecho comparado.

Sin embargo, supuestamente tomando en consideración el criterio jurisprudencial antes esbozado, la Sala consideró que en su “**opinión**” la norma del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores,

“puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (*salario normal*) a que se refiere el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones –si no en su totalidad, en buena parte– sólo en el pago de impuestos.

El mencionado artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta tal como había sido sancionado por la Asamblea Nacional, tenía el siguiente texto:

Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los sueldos, salarios, emolumentos, dietas, pensiones, obervaciones y demás remuneraciones similares, distintas de los viáticos, obtenidos por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta ley.

Fue precisamente en relación con esta norma que la Sala formuló su “opinión” sobre el tema de las remuneraciones que deberían ser gravables respecto de quienes prestan servicios personales bajo relación de dependencia, y esa “opinión” la convirtió en ley, “con el objeto de adecuar el régimen impositivo a la renta aplicable a las personas naturales con ocasión de los ingresos devengados a título salarial, con los presupuestos constitucionales sobre los que se funda el sistema tributario”; supuestamente “ponderando, por una parte, el apego al principio de justicia tributaria y, por la otra, la preservación del principio de eficiencia presente en tales normas, en los términos bajo los cuales han sido definidos a lo largo de este

fallo”, a cuyo efecto y con carácter vinculante de acuerdo con el artículo 335 constitucional, la “Sala Constitucional **modifica la preposición del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta**”, la cual entonces quedó con el siguiente nuevo texto o texto reformado:

“Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los salarios devengados en forma regular y permanente por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta Ley.

A los efectos previstos en este artículo, quedan excluidos del salario las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial (Subrayados de la nueva redacción).”

En esta forma, la Sala, supuestamente “ejerciendo su labor de máxima intérprete de la Constitución” *ajustó*, o más bien **reformó** una disposición de la Ley de Impuesto sobre la Renta para supuestamente ajustarla “a los postulados constitucionales”, considerando además que se adecuaba al texto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, reformando así, la norma, como si fuera el mismo Legislador. Es decir, asumió pura y simplemente la labor de legislador positivo, y de oficio, lo cual es absolutamente inconstitucional.

V. LA ACLARATORIA SOBRE LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA SENTENCIA-REFORMA DE LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Dictada la sentencia que reformó, con efectos vinculantes y *erga omnes*, el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, los recurrentes originales en el recurso que fue declarado inadmisibles y además, los representantes del Procurador General de la República y los representantes del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), solicitaron diversas aclaratorias a la Sala, particularmente en relación con los efectos temporales de la sentencia reformativa, dado sus efectos *erga omnes*, lo que era importante precisar dado que no se trataba de una sentencia anulatoria de una norma legal, sino de una sentencia “reformativa” de una Ley.

En atención a las solicitudes de aclaratoria, la Sala Constitucional, en sentencia N° 390 de 9 de marzo de 2007²¹, estableció la aclaratoria solicitada exclusivamente sobre los efectos del fallo en el tiempo. A tal efecto, reconoció que si bien en el caso concreto se había interpuesto una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, la Sala la declaró inadmisible y por tanto, no declaró la nulidad de los artículos impugnados, pasando en cambio, de oficio, a interpretar constitucionalmente el sentido y alcance de la proposición contenida en el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, disponiendo entonces la reforma a la Ley, en forma vinculante.

Tratándose de una reforma de Ley, la Sala estimó que “lógicamente ella no puede ser mas que aplicada una vez que la sentencia que la contiene sea publicada en la *Gaceta Oficial* de la República”, por lo que concluyó señalando que “la interpretación que ha hecho la Sala, en forma vinculante, del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, tiene efectos *ex nunc*, esto es, a partir de la publicación del fallo que la contiene en la *Gaceta Oficial de la República*, lo cual se hizo en la N° 38.635 del 1 de marzo de 2007”.

Ahora bien, tratándose la materia de una reforma de una ley tributaria como la de impuesto sobre la renta que se rige por períodos fiscales anuales, la Sala “en aras de la certeza jurídica que debe a los justiciables y a la administración fiscal” *acclaró* en su sentencia

21. Expediente N° 01-2862.

que la reforma legal efectuada en el fallo N° 301 del 27 de febrero de 2007, “no es aplicable al período fiscal correspondiente al año 2006 pues el mismo se inició antes de que se hiciera tal interpretación”, siendo sólo aplicable, “a partir del ejercicio fiscal siguiente, de acuerdo a lo establecido en la normativa del Código Orgánico Tributario vigente y la legislación sobre impuesto sobre la renta, la cual no ha sido modificada”.

Los solicitantes también requirieron de la Sala aclaratorias a la sentencia inicial referidas a “percepciones accidentales excluidas de la base imponible”, sobre lo cual el representante del SENIAT alegó que la sentencia de la Sala (es decir, la reforma a la Ley), “podría estimular la elusión fiscal en pro del aumento de beneficios que no poseen carácter salarial, tales como: bonos, dietas, pensiones, obvenciones y demás privilegios afectando directamente los objetivos sociales de la Revolución Bolivariana”.

Este requerimiento fue desechado por la Sala, argumentando que en la motiva de la sentencia-reforma se había dicho con precisión que a los efectos de calcular el “*enriquecimiento neto de los trabajadores, éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal)*”... “*excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental*”, por lo que “independientemente del nombre que pueda dársele a una determinada remuneración, no puede afirmarse, como lo sostiene los representantes judiciales del SENIAT, que dicha interpretación “*podría estimular la elusión (sic) fiscal*”, aclarando que debería ser “evasión al pago de los tributos”, “pues el **quid** para su inclusión o exclusión a los efectos del cálculo de la base imponible obedece a su forma de ocurrir, o de percibirse, sin que pueda existir elusión alguna proveniente del fallo ya que los pagos salariales regulares, no pueden sustituirse con bonos u otro tipo de remuneración”. Concluyó la Sala en este aspecto resaltando:

“1) que esta decisión se refiere al régimen impositivo de los asalariados, esto es, de quienes perciben un salario por la prestación de un servicio; y 2) que los bonos y otras remuneraciones no regulares ni permanentes, no son pechables al no estar incluidas en el salario normal”.

Finalmente la Sala defendió su fallo, indicando que el mismo:

- “i) no se aleja de los principios constitucionales, menos aun del referido a la igualdad social;
- ii) no apunta hacia un retroceso en la concepción de salario ni propende a la evasión fiscal; y
- iii) no lesiona la política económica y tributaria del Estado, pues si se hace una lectura detenida de su motiva, se constata que los principios que inspiran a tal decisión, son eminentemente constitucionales (justa distribución de las cargas públicas, capacidad contributiva, entre otros).”

VI. APRECIACIÓN FINAL

La sentencia N° 301 de 27 de febrero de 2007, (Caso: *Adriana Vigilanza y Carlos A. Vecchio*) que bien podría identificarse como Caso: *Sentencia-reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta*, es una sentencia más, de carácter inconstitucional emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, viciada de usurpación de funciones, por la asunción de la función legislativa que corresponde a la Asamblea Nacional conforme al procedimiento constitucionalmente prescrito para la formación de las leyes; y, además, viciada de inconstitucionalidad por violación de la garantía del debido proceso que es inviolable en toda actuación judicial.

En efecto, como es bien sabido, corresponde en forma exclusiva a la Asamblea Nacional, legislar en las materias de la competencia nacional (artículo 187,1, Constitución), entre las que está la materia de impuesto sobre la renta (artículo 156,12, Constitución); competencia que, además, sólo puede ejercerse conforme a un procedimiento de formación de las leyes precisamente establecido en los artículos 204 y siguientes de la misma Constitución. Las leyes, entonces, son los actos sancionados por la Asamblea Nacional como

cuerpo legislativo (artículo 202, Constitución) y las mismas sólo pueden ser reformadas o derogadas por otras leyes (artículo 218, Constitución). Todas esas normas de la Constitución fueron violadas por la Sala Constitucional al “sancionar” una reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, como la contenida en la sentencia N° 301 de 27 de febrero de 2007, antes comentada; y además, al “sancionar” dicha reforma de una ley impositiva, sin que se hubieran cumplido con la obligación constitucional que se le impone al legislador ordinario, la Asamblea Nacional, de realizar siempre una consulta popular y en esta materia impositiva, en especial al SENIAT como órgano del Estado especializado, tal como lo impone el artículo 211 de la Constitución. La asunción de la competencia de legislar por la Sala Constitucional sin cumplir con esta obligación, pone en evidencia un fraude a la Constitución, pues se ha pretendido legislar por otro órgano distinto a la Asamblea Nacional para evadir la obligación constitucional de consulta.

Y es que la sentencia-reforma de la Sala Constitucional es un ejemplo de reforma legislativa secreta, sancionada con sigilo, sin que nadie distinto a los magistrados-legisladores se enteraran del procedimiento y de su intención. Por ello, la sentencia de la Sala Constitucional, además, es violatoria de la garantía constitucional del debido proceso legal establecida en el artículo 49 de la Constitución, y que la propia Sala en múltiples sentencias ha considerado como absoluto e inviolable.

La Sala, en un proceso judicial de un juicio de nulidad de unos artículos de la Ley de Impuesto sobre la Renta, que conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia exige un debate contradictorio entre partes, como las que participaron en el proceso, es decir, por una parte los accionantes denunciando la inconstitucionalidad de unas normas de la Ley, y por la otra, los representantes de la Asamblea Nacional, de la Procuraduría General de la República y del propio SENIAT; resolvió declarar inadmisibile la acción, y entonces proceder a legislar en la oscuridad del Palacio de Justicia, sólo tenuemente iluminado por el bello vitral que en él se exhibe, sin que nadie se enterara, en sigilo, a espaldas de las partes del proceso, de la colectividad de contribuyentes en general, y de toda otra persona que hubiera podido tener interés y que la Sala estaba obligada a convocar.

Los vicios en los que ha incurrido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en esta sentencia-reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta, constituyen la negación de las bases del Estado democrático de derecho, atentando en forma inexcusable contra la majestad y prestigio de dicho Tribunal y de la Jurisdicción Constitucional que, al contrario, debería ser la garantía última de aquél.

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

- Acción de Amparo. 187
 - Abandono de trámite. 189
 - Declinatoria de competencia. 187
 - Inadmisibilidad: existencia de medios judiciales ordinarios. 189
- Acción de Inconstitucionalidad. 177
 - Legitimación activa. 177
 - Objeto: Leyes Derogadas. 182
 - Sentencia: Aclaratoria. 185
- Actos Administrativos. Motivación. 154
- Administración Pública Nacional: Fuerza Armada Nacional. 119

-C-

- Conflictos de Competencia. 128
- Contencioso Administrativo. 155
- Contencioso Administrativo. Legitimación activa. 155
- Contencioso Administrativo de Interpretación. 156
- Contencioso Administrativo Electoral. 160
 - Admisibilidad: Lapso de caducidad. 160
- Contencioso Administrativo Especial. 157
- Contencioso Administrativo Funcionario. Competencia. Cortes de lo Contencioso Administrativo. 167
- Contencioso Administrativo Tributario. 157
- Cortes de lo Contencioso Administrativo. 167

-D-

- Derecho de los administrados. Derecho a la información administrativa. 152
- Derechos Individuales. 100
 - Derecho de acceder a las informaciones sobre la propia persona. 107
 - Libertad personal. Inviolabilidad. 100
 - Excepciones: Flagrancia. 100
- Derechos Políticos. 110
- Derechos Políticos. Derecho a la participación política. Referendos: proceso de recolección de firmas. 110

-E-

- Expropiación. Perención: Improcedencia. 147

-F-

- Funcionarios Públicos. 190.
- Funcionarios Públicos Contratados. Régimen. 190

-G-

- Garantías Constitucionales. 94
- Garantía de acceso a la justicia. 94
 - Protección de derechos e intereses colectivos o difusos. 94
- Garantía de igualdad ante la Ley. 97

-I-

- Impuesto sobre la Renta. 148
- Impuestos Nacionales. 148
- Inhibición. 126

-J-

- Jueces. Régimen. Inhibición. 126
- Jurisdicción Constitucional. Objeto. 168

-L-

- Leyes orgánicas. 86

-M-

- Marcas Comerciales. 142

-O-

- Ordenamiento Jurídico. 86

-P-

- Poder Ejecutivo. 119
- Poder Judicial. 119
 - Administración de justicia: Notoriedad judicial. 122
 - Gobierno y Administración: Órganos. 123

Poder Nacional. Competencias. Coordinación tributaria. 117
Poder Público Nacional. Régimen. 117
Procedimiento Administrativo. Derecho de los administrados. 152
Procedimiento Administrativo. 152
Propiedad. 142
- Propiedad Industrial: Marcas Comerciales. 142

-R-

Referendos: Proceso de recolección de firmas. 110

-S-

Sala Constitucional. Poderes de Oficio: Sentencias reformativas de leyes. 167
Sentencia. Aclaratoria. 185
Sentencias reformativas de leyes. 167
Servicios Públicos. Régimen. 130
Servicios Públicos. Servicio de agua potable y de saneamiento. 135

-T-

Tribunal Supremo de Justicia. 128
Tribunal Supremo de Justicia. Sala Plena. Competencia. 128

