

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

COMITÉ ASESOR

Germán **ACEDO PAYAREZ**, Asdrúbal **AGUIAR**, José Guillermo **ANDUEZA**, Ana Elvira **ARAÚJO GARCÍA**, José **ARAÚJO JUÁREZ**, Alfredo **ARISMENDI A.**, Carlos **AYALA CORAO**, Eloisa **AVELLANEDA**, Rafael **BADELL MADRID**, Alberto **BAUMEISTER TOLEDO**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Mary **BOVEDA**, Gustavo **BRICEÑO**, Humberto **BRICEÑO**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Juan **D'STEFANO**, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Henrique **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henrique **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Gonzalo **PEREZ 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**, Nelson **SOCORRO**, Gustavo **URDANETA**

CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos **CASSAGNE**, Julio R. **COMADIRA**, Alberto R. **DALLA VIA**, Agustín **GORDILLO**, Antonio María **HERNÁNDEZ**, Néstor Pedro **SAGÜES (Argentina)**, José Mario **SERRATE PAZ (Bolivia)**, Romeo Felipe **BACELLAR FILHO**, Celso Antonio **BANDEIRA DE MELLO**, Marcelo **FIGUEIREDO (Brasil)**, Sandra **MORELLI**, Libardo **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, Jaime Orlando **SANTOFIMIO**, Consuelo **SARRIA**, Jaime **VIDAL PERDOMO (Colombia)**, Humberto **NOGUEIRA ALCALÁ**, Rolando **PANTOJA BAUZÁ (Chile)**, Rubén **HERNÁNDEZ VALLE**, Aldo **MILANO**, Enrique **ROJAS FRANCO (Costa Rica)**, Joffre **CAMPAGNA**, Javier **ROBALINO ORELLANA (Ecuador)**, Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO**, Lorenzo **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER**, Luciano **PAREJO ALFONSO**, Jaime **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ**, Santiago **GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ (España)**, Hugo H. **CALDERÓN MORALES**, Jorge Mario **GARCÍA LA GUARDIA (Guatemala)**, Héctor M. **CERRATO**, Edmundo **ORELLANA (Honduras)**, Miguel **CARBONELL**, Jorge **FERNÁNDEZ RUÍZ**, Eduardo **FERRER MAC-GREGOR**, Diego **VALADES (México)**, Carlos Alberto **VÁSQUEZ (Panamá)**, Luis Enrique **CHASE PLATE (Paraguay)**, Jorge **DANOS ORDÓNEZ**, 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: fevj@cantv.net

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

© 1980, EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

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

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.

revista
de
derecho
publico

Nº 101

Enero - Marzo 2005

Director Fundador: Allan R. Brewer-Carías
Editorial Jurídica Venezolana

SUMARIO

ESTUDIOS

Artículos

- Control judicial de las omisiones legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional*, por Daniela **UROS MAGGI** 7
- Constitución y el Medio Ambiente. Algunos principios aplicables a la materia y ciertos temas relacionados*, por Marcelo **FIGUEREDE** 27
- Los derechos fundamentales en el Estado Social y el Derecho Administrativo Constitucional*, por Jaime **RODRÍGUEZ-ARANA** 43

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el primer trimestre de 2005*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 57

DOCTRINA

Doctrina Administrativa

- Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia dictadas durante el primer trimestre de 2005*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 69

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): primer trimestre de 2005</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Marianna VILLEGAS SALAZAR	83
---	----

Comentario Jurisprudencial

<i>Consideraciones sobre el “Hecho Comunicacional” como especie del “Hecho Notorio” en la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo</i> , por Allan R. BREWER-CARÍAS	225
---	-----

ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	235
--	-----

ESTUDIOS

Artículos

*Control judicial de las omisiones legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional**

Daniela Urosa Maggi*
Abogado

Resumen: *El presente estudio analiza los aspectos fundamentales –sustantivos y procesales– de un tema incluido por la propia Constitución de 1999 en el sistema de la justicia constitucional, como lo es el control judicial de las omisiones legislativas, análisis que tiene como marco de referencia el alcance de esta materia en los sistemas comparados de justicia constitucional y los estudios de nuestra doctrina constitucionalista sobre el tema, pero que se centra especialmente en el desarrollo que la jurisprudencia constitucional venezolana le ha dado recientemente a este control por omisión.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL CONTROL DE LAS OMISSIONES LEGISLATIVAS
- II. LA INACTIVIDAD LEGISLATIVA OBJETO DE LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN
 1. *Determinación formal de la inactividad objeto de control: las inactividades verificadas en el ejercicio de funciones de ejecución directa de la Constitución.*
 2. *Determinación material de la inactividad objeto de control: la ausencia de ejercicio de la potestad legislativa.*
 3. *Requisitos de la inactividad controlable.*
 4. *Alcance de la inactividad controlable.*
- III. ASPECTOS PROCESALES FUNDAMENTALES DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN
 1. *Procedimiento a seguir.*
 2. *Legitimación procesal.*
 3. *Pretensiones deducibles.*
 4. *Contenido de la sentencia.*
 5. *Ejecución de la sentencia.*
- IV. REFLEXIÓN FINAL

INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad que informa la actuación de los Poderes Públicos se erige, en nuestro ordenamiento jurídico, como pilar fundamental del Estado de Derecho. Principio que recoge la Constitución de 1999 en su artículo 137 y conforme al cual toda actuación de los órganos del Poder Público requiere, para considerarse como legítimamente ejercida, la existencia de base jurídica previa y suficiente que la sustente y condicione. Pero las consecuen-

* Texto de la ponencia presentada en las IV Jornadas de Derecho Público, dedicadas al Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila, Caracas, mayo de 2004, con actualización de la jurisprudencia hasta marzo de 2005.

* Abogado Summa cum laude, Universidad Católica Andrés Bello (1997). Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid (2001). Doctora en Derecho, sobresaliente cum laude por unanimidad, Universidad Complutense de Madrid, (2002). Profesora de Instituciones de Derecho Público III: Procedimiento administrativo y Contencioso Administrativo, Universidad Monteávila.

cias del principio de legalidad van más allá de ese enunciado de la vinculación positiva y formal: el Poder Público se ejerce a través de potestades, las cuales son, en los términos de Giannini y Santi Romano, un verdadero poder-deber que no solo puede ejercerse, sino que, además, *debe* ser ejercido en interés ajeno al propio beneficio de su titular y, en definitiva, en aras del interés general¹.

En consecuencia, no solo por exceso sino también por defecto de actuación los órganos del Poder Público -incluidos evidentemente los del Poder Legislativo- pueden incurrir en contrariedad a Derecho y ante esa situación debe actuar el órgano jurisdiccional como garantía de la observancia del ordenamiento constitucional y, también, del respeto de las situaciones jurídico-subjetivas de los particulares.

El control jurisdiccional de las omisiones del Poder Ejecutivo -Administración Pública- y del Poder Judicial, es asunto aceptado de manera pacífica -aunque con ciertas restricciones- en nuestro ordenamiento jurídico y, en general, en el Derecho comparado. No así el control jurisdiccional de la inactividad del Poder Legislativo, tema polémico y de restringida aceptación, pero recientemente incluido en nuestro Texto Fundamental en el marco de la justicia constitucional. El mayor impulso que se ha dado al control de las pasividades del legislador ha sido el valor normativo de la Constitución, en el sentido de que si ésta no es sólo un conjunto de principios generales sino que es verdadera norma jurídica vinculante, y por ende directamente aplicable y exigible, la ausencia de desenvolvimiento debido de la norma constitucional por causa de la inacción del legislador es, siguiendo a Bidart Campos, forzosamente enjuiciable².

El control de las omisiones legislativas corresponde, lo decíamos ya, a la justicia constitucional; y es que ciertamente, si a la jurisdicción constitucional compete, conforme al artículo 334 de la Constitución de 1999, el control de los actos del Poder Público *dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de Ley*, es evidente que también le corresponderá controlar la ausencia de tales actos o actuaciones. De allí que podemos definir a las ‘omisiones legislativas’ como *el incumplimiento por omisión de las potestades que los órganos del Poder Público –en especial los del Poder Legislativo- deben cumplir en ejecución directa e inmediata de la Constitución*.

Con fundamento en tales consideraciones podemos entonces delimitar el tema de nuestro estudio: el *control judicial de las omisiones legislativas*, cuestión a la que, de manera imprecisa, se le denomina en ocasiones como el *control de la inconstitucionalidad por omisión*, aun cuando ésta es una expresión que se orienta más hacia el motivo de impugnación -razones de inconstitucionalidad- que al rango del acto -o en este caso omisión- cuyo control se pretende.

De manera que analizaremos algunos de los aspectos *fundamentales del control de las omisiones legislativas en el Derecho Procesal Constitucional Venezolano*: comenzando por sus fundamentos constitucionales y legales, ha de analizarse cuál es el ámbito de esas inactividades que pueden ser materia de control y, en definitiva, cuáles son los aspectos procesales de una de las vías jurisdiccionales que permite controlar estas pasividades: la “demanda de inconstitucionalidad por omisión”.

Análisis que tiene como marco de referencia el alcance de esta materia en los sistemas comparados de justicia constitucional, y los escasos pero importantes estudios que sobre este tema ha venido realizando nuestra doctrina constitucionalista, todo lo cual nos

1. La postura de esta doctrina italiana puede verse en Rondón de Sansó, Hildegard, *Teoría general de la actividad administrativa*, segunda edición, Caracas, 1995, pp. 43 y ss.

2. Bidart Campos, Germán J., “Algunas Reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, A.A.V.V. *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 3 y ss.

permite centrarnos en el desarrollo que la jurisprudencia constitucional venezolana le ha dado recientemente a este control por omisión, ante la ausencia de una Ley Orgánica que regule a la Jurisdicción Constitucional en Venezuela.

I. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

El artículo 336, numeral 7 de la Constitución de 1999 establece que es atribución de la Sala Constitucional “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”.

Se trata de una atribución ciertamente innovadora que incorporó el Texto Fundamental de 1999, que no consigue antecedente en nuestra historia constitucional. Sí tiene como precedente el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional que se elaboró en el seno de la Comisión Redactora designada por la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia bajo la Coordinación del Magistrado Dr. Humberto J. La Roche. En ese Anteproyecto se incluía, en términos casi idénticos a los señalados, la facultad de la Sala Constitucional de controlar las omisiones legislativas.

En todo caso, nótese que tal innovación existe en tanto se contempla ahora el control de las pasividades legislativas a través de una demanda de naturaleza condenatoria, pero desde décadas atrás existen en nuestro ordenamiento otros modos de control jurisdiccional de las omisiones legislativas; concretamente, la acción de amparo constitucional, cuando una inactividad legislativa viole o amenace de violación cualquier derecho fundamental. Y asimismo, a través de las demandas patrimoniales contra los entes públicos, en concreto, cuando en virtud de una omisión legislativa se causaren daños y perjuicios susceptibles de reparación económica. De manera pues, que ya era posible, aunque limitada e infrecuente, la tutela de derechos frente a las omisiones legislativas.

Por su parte, la reciente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³, también estableció dentro de las competencias de la Sala Constitucional, el control de las omisiones legislativas. Incluso, puede afirmarse que esta Ley amplió sustancialmente el radio de control de las inactividades legislativas, tal como analizaremos de seguidas. En concreto, son los numerales 12 y 13 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia los que recogen estas competencias de la Sala Constitucional, de la manera siguiente:

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

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

3. Publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.942, de 20 de mayo de 2004.

II. LA INACTIVIDAD LEGISLATIVA OBJETO DE LA PRETENSIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

1. *Determinación formal de la inactividad objeto de control: las inactividades verificadas en el ejercicio de funciones de ejecución directa de la Constitución*

Uno de los aspectos cardinales en el tema que hoy nos ocupa es el de la determinación de las inactividades legislativas sometidas a este control jurisdiccional, esto es, *cuáles son las omisiones que pueden ser objeto de la pretensión de declaratoria de inconstitucionalidad por omisión y consecuente condena a actuación legislativa.*

Siendo una facultad propia de la jurisdicción constitucional, debemos partir de un criterio formal: *ha de tratarse del control de inactividades verificadas en el ejercicio de funciones de ejecución directa e inmediata de la Constitución.* Recuérdese que a la jurisdicción constitucional compete el control concentrado de las actuaciones –y ausencia de actuaciones– realizadas en ejecución directa e inmediata del Texto Constitucional, criterio de distinción que se remonta a las decisiones de la Sala Político-Administrativa, de 14 de septiembre de 1993 y de la Sala Plena de la entonces Corte Supremo de Justicia de 25 de enero de 1994 (caso *CAP*), y que posteriormente asumió la Constitución de 1999 en su artículo 334, abandonando así la postura que establecía que el ámbito de competencias de la jurisdicción constitucional se determinaba según los motivos de impugnación –en este caso motivos de inconstitucionalidad– que se alegaren en contra de los actos del Poder Público.

Por tanto, lo decíamos ya, no es del todo preciso hablar del “*control de inconstitucionalidad por omisión*”, sino del “*control jurisdiccional de las omisiones legislativas*” o, con mayor rigor, del “*control jurisdiccional de las omisiones relativas al ejercicio de potestades en ejecución directa e inmediata de la Constitución*”, es decir, de actos de rango legal. Precisamente por ello, la jurisprudencia ha señalado que *no es procedente*, a través del control de la demanda de inconstitucionalidad por omisión, *la exigencia del cumplimiento de actos dictados por el propio órgano legislativo*, esto es, del cumplimiento o desarrollo de actos o preceptos distintos a la norma constitucional. Concretamente, en sentencia de la Sala Constitucional de 12 de junio de 2003 (caso *Carlos Alberto Guevara*) se declaró la inadmisibilidad de la demanda porque lo que se pretendía era que la Asamblea Nacional ejecutara un acto emanado de ella misma⁴. Por esa misma razón, aquellas inactividades del Poder Legislativo que se verifican ante *la ausencia de ejercicio de las potestades administrativas que a éste correspondan*, por ejemplo, las omisiones verificadas en el seno de las relaciones jurídicas con sus funcionarios, también estarán excluidas del “*control de inconstitucionalidad por omisión*”, caso en el cual, siguiendo un criterio funcional o material, es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para su control, con independencia, insistimos, de que sean omisiones orgánicamente legislativas.

La nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en sus normas antes transcritas, ha sido coherente con la línea delimitadora de las competencias del juez constitucional, en el sentido de que se trate de potestades en ejecución directa de la Constitución, pues considera como “*omisiones legislativas*” controlables aquellas “*omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución...*”, lo que excede, con mucho de las obliga-

4. En ese caso concreto se pretendía de la Sala Constitucional “*...designar al Quinto integrante de la Directiva del Consejo Nacional Electoral de manera provisional, tal como fue acordado y decidido por la Asamblea Nacional en el Acto Legislativo contenido en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 37.579 de fecha 27 de noviembre de 2002...*”. No obstante, tratándose del incumplimiento de un acto dictado por la propia Asamblea Nacional, y no de la inexecución de un precepto constitucional, la Sala declaró la inadmisibilidad de la demanda.

ciones derivadas del ejercicio de la función legislativa *stricto sensu*. Así lo ha reconocido también la jurisprudencia de la Sala Constitucional, en reciente sentencia de 2 de marzo de 2005 (caso *PROVEA II*), al afirmar que bajo el imperio de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia “*el control de la constitucionalidad por omisión, en el marco de la jurisdicción constitucional venezolana, no se limita al control de las omisiones formalmente legislativas, sino a la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución*”.

2. *Determinación material de la inactividad objeto de control: la ausencia de ejercicio de potestades legislativas (lato sensu)*

El artículo 336, numeral 7 de la Constitución, antes referido, sólo hace referencia al control por omisión del ejercicio de la función legislativa en sentido estricto, que sería el control de la inactividad del legislador “*cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución*”. No obstante, la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia expandió objetiva y subjetivamente ese ámbito de control, al incluir, además, el control por omisión del incumplimiento “*obligaciones o deberes directamente establecidos en la Constitución*” que competan a “*cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional*”.

Con fundamento en tales premisas, pueden determinarse cuáles son las potestades cuya falta de ejercicio da lugar a este control de inconstitucionalidad por omisión.

A. *Ausencia de ejercicio de la función legislativa*

Las pasividades legislativas –utilizando el término en su sentido más amplio– abarcan (i) en primer lugar, aquellas que implican una ausencia de ejercicio de la *función legislativa*. Caso típico es la falta de discusión, sanción y promulgación de una determinada Ley, sea que se trate de una omisión *total o parcial* según analizaremos de seguidas. Asimismo, los artículos 336, numeral 7 de la Constitución y 5, numeral 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, prevén la posibilidad de controlar no sólo la mora del legislador nacional, sino también de los legisladores estatales y municipales, esto es, de la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos y los Concejos Municipales.

B. *Ausencia de ejercicio de la función legislativa del Ejecutivo Nacional*

En segundo lugar, las omisiones legislativas no se limitan a la falta de sanción y promulgación, por parte de los órganos legislativos, de leyes en sentido formal. En efecto, también sería una inactividad legislativa la *ausencia de ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de sus competencias extraordinarias de naturaleza legislativa*, específicamente cuando debe dictar un decreto ley o un decreto legislativo, en los términos y bajo las condiciones que exige la Constitución. Se trata, así, de la ausencia de un acto de rango legal en ejercicio de la función legislativa.

C. *Ausencia de ejercicio de la función de control*

En tercer lugar, también constituirían inactividades legislativas cualquier incumplimiento del resto de las potestades del poder legislativo, fundamentalmente la *función de control* que al mismo corresponde respecto de los demás órganos del Poder Público. Caso paradigmático de nuestro acontecer político es la falta de nombramiento, por parte de la Asamblea Nacional, de los Rectores del Consejo Nacional Electoral, facultad que la Asamblea Nacional ejerce en virtud de sus potestades de fiscalización, no propiamente de legislación, en ejecución directa de la Constitución. Otro ejemplo que arroja la jurisprudencia en este sentido, es el caso admitido en sentencia de 20 de noviembre de 2002 (caso *Felipe Muji-*

ca y otros) en el cual se alegó la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional de no haber controlado, mediante Ley aprobatoria, la entrada en vigencia de un Convenio Internacional⁵.

D. Ausencia de ejercicio de la función de gobierno

En cuarto lugar, cabría analizar la procedencia del control constitucional de las inactividades que se verifican ante la falta de ejercicio de la *función de gobierno*. Función propia de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo, evidentemente ajena a la potestad legislativa, pero que por su naturaleza y rango está sujeta a la justicia constitucional. Asunto distinto es la procedencia y operatividad de ese control, si se toma en cuenta que, de ordinario, el ejercicio de la función de gobierno no es obligatorio y que además se encuentra dotado de amplios parámetros de discrecionalidad que llevan a plantear si existe o no una verdadera obligación que haya de cumplirse en el marco de esa función.

3. Requisitos de la inactividad controlable

En relación con los requisitos que ha de cumplir la inactividad legislativa para que resulte admisible su control jurisdiccional, debemos analizar cómo nuestra jurisprudencia ha ido delineando tales exigencias. En concreto, mediante la sentencia de 9 de julio de 2002 (caso *Alfonso Alborno* y *Gloria de Vicentini*), el cual es el primer pronunciamiento de la Sala Constitucional sobre esta materia, se estableció que “*el presupuesto de hecho necesario será la abstención, inercia o inactividad del órgano legislativo, en cumplir, dentro de un plazo razonable, o dentro de un plazo predeterminado, una obligación o encargo concreto a él atribuido por la norma fundamental, de manera que se imposibilite la ejecución de las disposiciones o garantías contenidas en ella*”. De allí que podemos desglosar la exigencia de varios supuestos:

A. Carácter concreto de la obligación incumplida

En primer lugar, ha de tratarse del incumplimiento de una *obligación concreta*. En este sentido, el autor español Francisco Fernández Segado enseña que para que sean controlables, las omisiones legislativas deben ser concretas en cuanto a su *contenido y oportunidad*, pues de lo contrario existiría un incumplimiento del órgano legislativo, pero éste no sería exigible jurisdiccionalmente, pues se configuraría como un “deber abstracto de legislación”. En cuanto a su contenido, el carácter concreto de la obligación implica que debe estar establecida expresamente o al menos desprenderse suficientemente del Texto Constitucional la obligación del órgano legislativo de dictar una determinada Ley que regule una materia en concreto.

Pongamos un ejemplo en nuestro Derecho: el artículo 18 de la Constitución dispone que “Una ley especial establecerá la unidad político-territorial de la ciudad de Caracas que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda. Dicha ley establecerá su organización, gobierno, administración, competencia y recursos, para alcanzar el desarrollo armónico e integral de la ciudad. En todo caso, la ley garantizará el carácter democrático y participativo de su gobierno”. De tal ejemplo se desprende claramente la existencia de una obligación legislativa concreta en su contenido, pues el legislador no podría regular libremente el régimen jurídico de la ciudad de Caracas, sino que ha de contemplar determinada unidad político territorial y su organización, gobierno, administración, competencia y recursos garantizando además el carácter democrático y participativo de su gobierno.

5. Tal demanda resultó posteriormente declarada inadmisibile por inepta acumulación de pretensiones, mediante sentencia de 24 de agosto de 2004, que analizaremos de seguidas.

De otra parte, la obligación legislativa *-debe cumplirse en un plazo predeterminado o razonable-*. Así, y en cuanto a su oportunidad, podemos hablar de varios niveles de concreción de la obligación jurídica: (i) en primer lugar, la *máxima concreción* existirá cuando la propia Constitución establece que en un plazo específico deberá dictarse determinada Ley, sin reducto alguno de discrecionalidad u opcionalidad del legislador en cuanto al momento del ejercicio de su función. Es el supuesto típico que se deriva de las Disposiciones transitorias de nuestra Constitución de 1999 y que ha dado lugar a la mayoría de las demandas de inconstitucionalidad por omisión planteadas desde el año 2000 hasta hoy. Por ejemplo, cuando la Disposición transitoria tercera establece que *“La Asamblea Nacional, dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación aprobará: (1°) Una reforma parcial del Código Penal para incluir el delito de desaparición forzada de personas, previsto en el artículo 45 de esta Constitución (...)”*.

Es también ejemplo en este sentido el caso decidido en sentencia de la Sala Constitucional de 15 de junio de 2004 (caso *FENATRIADE*), en el que se declaró la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional *“al no haber dictado dentro del año siguiente a su instalación la ley de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo contentiva del nuevo régimen del derecho a prestaciones sociales”*, inactividad que se constató de manera objetiva al verificar el transcurso del tiempo (un año) expresamente exigido por la Disposición transitoria cuarta, numeral 3 de la Constitución⁶.

(ii) En segundo lugar, el *nivel medio* de concreción será aquel en el cual la norma constitucional constriñe al legislador a dictar una determinada Ley, pero no establece plazo cierto para su cumplimiento –tal como sucede en el ejemplo que exponíamos antes en relación con la ley especial del Distrito Capital-. En estos casos, existe una obligación legislativa concreta pero dotada de cierta discrecionalidad respecto al cuándo u oportunidad de su cumplimiento, ante lo cual, creemos que la procedencia del control jurisdiccional exigirá la aplicación de *técnicas de reducción de esa discrecionalidad*, determinando así *cuál es el plazo de tiempo –razonable-* en el cual el legislador debió actuar para que la norma constitucional resultara operativa.

Es precisamente este el supuesto que se planteó en el caso resuelto por la Sala Constitucional mediante sentencia de 2 de marzo de 2005 (caso *PROVEA II*), antes citado. En esa oportunidad se estableció que *“no todas las obligaciones legislativas tienen un plazo expresamente establecido para su cumplimiento, caso en el cual estaríamos ante el máximo nivel de concreción respecto del cuándo de la obligación. En muchos casos, en ausencia de un plazo específico, será el arbitrio del juez el que determinará, a través del criterio de razonabilidad y racionalidad, si la inercia legislativa se ha excedido o no del tiempo razonable que amerita el cumplimiento del precepto constitucional del que se trate”*, y con fundamento en ese criterio, dicha Sala analizó si la inercia de la Asamblea Nacional al no dictar la Ley del Régimen Prestacional de Empleo, a más de año y medio de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, constituye o no una omisión legislativa reprochable, tomando en cuenta que dicha Ley Orgánica no previó un plazo determinado para que se dictaran las leyes de los regímenes prestacionales especiales. En este sentido, concluyó la sentencia que, efectivamente, *“se ha prolongado en exceso el tiempo que razonablemente*

6. Dicha norma transitoria del Texto Constitucional establece que *“Cuarta. Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará: (...) Mediante la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, un nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales reconocido en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado, estableciendo un lapso para su prescripción de diez años. (...)”*.

ameritaría la aprobación y promulgación de tales leyes, fundamentalmente, y para lo que en este caso se refiere, de la Ley del Régimen Prestacional de Empleo, que es la que, en la actualidad, carece de régimen transitorio para la prestación de dicho beneficio”.

(iii) En tercer lugar, el nivel último de concreción sería aquel en el cual el constituyente deja a la libertad del Legislador la escogencia del cómo y el cuándo del desarrollo de algún principio constitucional. Por ejemplo, cuando en su único aparte el artículo 111 constitucional prevé que “La ley establecerá incentivos y estímulos a las personas, instituciones y comunidades que promuevan a los y las atletas y desarrollen o financien planes, programas y actividades deportivas en el país”. Tal ejemplo se refiere, como lo define Marcos Gómez Puente, a una “ley graciable” o como apunta Fernández Segado, a un *deber abstracto o genérico* que difícilmente puede exigirse de manera imperativa por una razón simple: porque no hay incumplimiento u omisión alguna, salvo que, acotamos nosotros, la naturaleza de la norma constitucional que deba desarrollar esa Ley sea de tal entidad –principalmente por estar referida a la operatividad y desarrollo de derechos fundamentales- que pierde importancia el factor oportunidad y se impone su exigibilidad judicial. Sin embargo, tal determinación procederá en cada caso concreto.

B. *Carácter expreso o implícito de la obligación incumplida*

La obligación cuyo cumplimiento habrá de controlarse puede estar expresa o implícitamente prevista en la Constitución. Los ejemplos anteriores nos sirven también para ilustrar cuándo existe una obligación legislativa expresa en la Constitución. Pensemos entonces en una obligación implícita del legislador. Cuando el artículo 90 constitucional contempla en su único aparte que “Los trabajadores y trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas”, es evidente que la operatividad de ese derecho al descanso laboral exige de una norma legal que lo concrete y que establezca en qué condiciones materiales y económicas ha de ejercerse, aun cuando la Constitución no exhorte *expresamente* al legislador a que lo regule. Ciertamente, a mayor exigencia expresa del constituyente mayor será la concreción de la obligación y, en la misma medida, más fácil resultará la declaración judicial de inconstitucionalidad de la omisión con la consecuente orden de cumplimiento.

C. *Necesidad de la actuación legislativa como garantía del cumplimiento de la Constitución*

Por último, *la obligación legislativa ha de ser necesaria para el cumplimiento o ejecución de preceptos constitucionales*, pues según la letra del artículo 336 numeral 7 de la Constitución, la inconstitucionalidad se declarará cuando el legislador “haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución”. Según decíamos con anterioridad, la justificación primaria del control de las pasividades legislativas es que éstas traigan como consecuencia directa la ineficacia de un precepto constitucional ante la ausencia de su desarrollo legislativo.

Caso paradigmático en este sentido, y así lo pone de relieve la doctrina, es el de la falta de desarrollo por parte del legislador de las normas que reconocen preceptos de naturaleza socioeconómica, los cuales requieren de cierto desarrollo legislativo que los concrete en prestaciones determinadas para ser exigibles por sus titulares⁷.

7. Al respecto *vid.* Fernández Segado, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en A.A.V.V. *Inconstitucionalidad por omisión*, cit., pp. 7 y ss. En Venezuela, el problema de si es posible derivar directamente de la Constitución la existencia y exigencia de obligaciones de contenido prestacional, como contrapartida de los referidos derechos fundamentales ha sido analizada por Linares Benzo, Gustavo, “Derechos prestacionales y separación de poderes”, A.A.V.V. *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, pp. 413 y ss.

4. Alcance de la inactividad controlable

En cuanto su alcance, la doctrina constitucionalista –siguiendo al autor alemán Wesselsue clasificar las omisiones legislativas en absolutas y relativas⁸, conceptos que se han trasladado a nuestro Derecho como omisiones legislativas *totales o parciales*.

El primer caso –inactividad total- se refiere a la ausencia absoluta de legislación, esto es, cuando falta totalmente la sanción y promulgación de determinada ley, y el segundo –inactividad parcial- se refiere a la insuficiencia de la legislación, es decir, que habiéndose dictado la ley, ésta posee una regulación incompleta o deficiente, e incluso, la doctrina extranjera ha llegado a considerar (Víctor Bazán) que existe omisión parcial cuando el legislador no reforma una ley preconstitucional o de vieja data para adecuarla al marco constitucional vigente⁹.

Un ejemplo de inactividad parcial es el que refleja la sentencia de la Sala Constitucional de 2 de marzo de 2005 (caso *PROVEA II*), en la cual se estimó una demanda de inconstitucionalidad por omisión porque al dictar la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, la Asamblea Nacional reguló de manera incompleta el Régimen Prestacional de Empleo, dejando sin base legal la contribución especial de paro forzoso y causando serias lesiones a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Asimismo, es importante destacar que resulta irrelevante el hecho de que se trate de una *obligación legislativa de medios o de resultados*. Así, ha señalado nuestra jurisprudencia constitucional (sentencia de 4 de agosto de 2003, caso *CNE*, y que se reiteró en la sentencia de 6 de noviembre de 2003, caso *Ley Orgánica del Poder Municipal*) que “*La omisión del nombramiento, es un hecho objetivo, que se constata por el sólo transcurso del tiempo...*”, incluso, ha sido irrelevante para la jurisprudencia si ya comenzó o no a realizarse la actuación, “*siendo lo importante que lo prevenido en la Constitución, no ha culminado*”, por lo que, con independencia de que se constate que el órgano legislativo hizo todo lo posible para la aprobación de una Ley, la demanda ha de estimarse si se comprueba objetivamente el incumplimiento.

III. ASPECTOS PROCESALES FUNDAMENTALES DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Determinado el alcance de las inactividades controlables, debemos ahora referirnos a los aspectos procesales fundamentales de este control jurisdiccional. La tutela judicial frente a las omisiones legislativas resulta posible a través de distintas vías procesales, todas pertenecientes, evidentemente, al Derecho Procesal Constitucional.

En primer lugar, tal como ha precisado Jesús María Casal, los distintos medios procesales constitucionales –fundamentalmente el recurso de nulidad, el recurso de revisión de sentencias firmes y la solicitud de interpretación constitucional- tienen alcance suficiente para proteger la Constitución frente a las omisiones legislativas. Además, y según señalábamos con anterioridad, tal protección es posible a través de la acción de amparo constitucional. En segundo lugar, y en adición a estos medios constitucionales, nuestra jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad de controlarlas a través de una suerte de “*control difuso por omisión*” en el curso de cualquier demanda que se intente ante la Sala Constitucional.

8. Escudero León, Margarita, “Declaratoria Judicial de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, A.A.V.V. *Bases y Principios del Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, San Cristóbal, 2001, p. 210.

9. Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, A.A.V.V. *Inconstitucionalidad por omisión, cit.*, p. 64.

En efecto, mediante sentencia de 6 de noviembre de 2003 (caso *Ley Orgánica del Poder Municipal*) la Sala Constitucional estableció que “*así como existe un control difuso, que permite a los jueces apartarse del texto expreso de una ley, incluso de oficio, si colidiese con una norma contenida en la Constitución, la Sala Constitucional –y solo ella– puede declarar la inconstitucionalidad de una omisión del órgano que ejerza el poder legislativo, siempre que lo haga en el curso de un proceso*”. De manera que la Sala Constitucional consideró que puede, de oficio, declarar e incluso corregir la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en el curso de un proceso principal cuyo objeto sea distinto al del control de tal omisión. Más que de un control difuso se trataría, en nuestro criterio, de un control incidental que, en definitiva, pondría fin a la situación de inactividad del legislador.

En tercer lugar, el control de las omisiones legislativas es posible a través de una demanda autónoma cuyo objeto es la declaratoria y consecuente condena al cumplimiento de la obligación constitucional que tiene el legislador, medio procesal que nuestra jurisprudencia ha denominado “*demanda de inconstitucionalidad por omisión*”, que es, precisamente, el objeto de este estudio. Así, a partir de la sentencia de 9 de julio de 2002 (caso *Alfonso Albornoz y Gloria de Vicentini*) la Sala Constitucional entendió que del artículo 336, numeral 7 de la Constitución de 1999 se deriva la existencia de una “*acción o demanda de inconstitucionalidad por omisión*” cuyo objeto es “*la inconstitucionalidad, no de un acto, sino de la conducta negativa, de la inercia o inactividad en que haya incurrido algún órgano del poder legislativo al no adecuar su conducta, en absoluto o parcialmente, al cumplimiento de una obligación suya de dictar una norma o una medida indispensable (lo que implica la eficacia limitada del precepto constitucional) para garantizar el cumplimiento de la Constitución*”¹⁰.

Ahora bien, siendo que no se ha dictado aún la Ley que ha de regular a la jurisdicción constitucional, tal demanda de inconstitucionalidad por omisión no cuenta con regulación procesal alguna, pues la norma constitucional que la regula se limitó a contemplar tal atribución de control de la Sala Constitucional. Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia tampoco estableció procedimiento especial alguno en este sentido¹¹. En consecuencia, ha sido la jurisprudencia la que ha venido estableciendo el procedimiento a seguir. En concreto, en la referida decisión de 9 de julio de 2002, la cual fue reiterada en sentencia de 19 de agosto de 2002 (caso *William Ojeda*), la Sala Constitucional estableció que mientras no se dicte la Ley reguladora de la jurisdicción constitucional, a ella corresponde determinar *todos* los aspectos procesales de dicha demanda, ello en ejercicio de la “*jurisdicción normativa*” que, no sin pocos cuestionamientos, se ha atribuido la Sala Constitucional, y que consiste en que la misma, mientras no se dicten las leyes que desarrollan un determinado precepto constitucional –en este caso el 336, numeral 7 de la Constitución–, regulará normativa y provisionalmente la materia, dando así vigencia inmediata a la norma constitucional¹².

1. Procedimiento a seguir

En relación con la tramitación procedimental, la jurisprudencia constitucional ha señalado que debe aplicarse en estos casos el procedimiento de nulidad de actos de efectos generales que establecían los artículos 112 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Su-

10. Postura reiterada pacíficamente por la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Entre otras muchas, en sentencia de 15 de junio de 2004 (caso *FENATRIADE*).

11. Dejando a salvo las disposiciones generales que establecen los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en relación con las acciones y recursos que se planteen ante el Tribunal Supremo de Justicia.

12. Sobre el tema de la jurisdicción normativa *vid.* entre otras muchas, la sentencia de la Sala Constitucional de 22 de agosto de 2001 (caso *Asodeviprilara*). Asimismo, *vid.* las críticas que a esta potestad que se atribuyó la Sala Constitucional realiza Pesci-Feltri, Mario, “La jurisdicción normativa y los artículos 335 y 336 de la Constitución”, en A.A.V.V. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, p. 1029 y ss.

prema de Justicia y ahora el artículo 21 de la Ley Orgánica que rige al Tribunal Supremo de Justicia, incluidas las causales de inadmisibilidad que al respecto contemplaba el artículo 84 de dicha Ley derogada y ahora el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En este sentido se pronuncian también, entre otras, las sentencias de 19 de agosto de 2002, caso *William Ojeda*; de 6 de noviembre de 2002, caso *Ricardo Antela* y de 15 de julio de 2003, caso *Noe Peña*.

2. Legitimación procesal

La regulación pretoriana ha determinado también la legitimación procesal. Así, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido que “*La acción de inconstitucionalidad de la omisión del órgano legislativo podría considerarse como una subespecie, de reciente creación, de la acción popular de inconstitucionalidad, atendiendo a lo cual, considera esta Sala, que en el presente caso debe aplicarse el criterio antes referido*”, es decir, que cualquier sujeto de derecho con capacidad procesal posee legitimación activa para intentar esta acción de inconstitucionalidad por omisión.

El tratamiento de la demanda como acción popular parece cónsono con la tendencia que en materia de legitimación ha imperado en nuestra justicia constitucional; no obstante, no ha sido así en el Derecho Comparado. Tanto en la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974 –primer precedente constitucional en la materia-, en la Constitución de Portugal de 1976, y su posterior reforma de 1982 y en la Constitución Brasil de 1988, la legitimación procesal ha estado sumamente restringida, de hecho, es una legitimación *ex lege* que se prevé únicamente a favor de determinados órganos del Poder Público, estando así vedada la posibilidad de accionar de los particulares, incluso de los que a título personal se vean lesionados en su esfera jurídico-subjetiva.

Tampoco el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional al que antes nos referíamos lo regulaba como una acción popular, sino que exigía que el demandante ostentara un interés jurídicamente relevante frente a la omisión legislativa, postura que, además, ha asumido parte de la doctrina venezolana, entre otros, Margarita Escudero León¹³. No obstante, compartimos la opinión que ha expuesto Jesús María Casal, para quien no existe “*razón alguna por la cual las posibilidades de acceso al control de las omisiones del legislador deban ser distintas a las del control de los actos legislativos*”, pues en definitiva, podrían considerarse dos caras de una misma moneda.

3. Pretensiones deducibles

Aspecto cardinal que impone el estudio del control jurisdiccional de las omisiones legislativas es el de las pretensiones que pueden hacerse valer por esta vía, es decir, qué es lo que puede pedirse del juez constitucional a través de una demanda de inconstitucionalidad por omisión: si la misma se limita a la declaratoria de esa inconstitucionalidad, lo que implica un exhorto o consejo al legislador para que la subsane, o si además puede pedirse al juez constitucional que ordene e incluso condene al cumplimiento de la conducta debida. De ello dependerá que se trate de una pretensión declarativa o condenatoria.

La redacción de la norma constitucional nos aclara que no se trata de una pretensión mero declarativa, sino que abarca también una orden o condena que han de cumplirse en un plazo determinado y siguiendo ciertos lineamientos, por lo que es una orden que va más allá de una simple recomendación entre poderes públicos. Solución distinta a la que han aportado otros sistemas de justicia constitucional, por ejemplo los de Portugal y Brasil, que solo admiten la pretensión de *declaratoria* de inconstitucionalidad de una determinada inactividad

13. Escudero León, Margarita, “Declaratoria Judicial de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, A.A.V.V. *Bases y Principios del Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, *cit.*, pp. 195 y ss.

legislativa, lo que implicaría, a lo sumo, un exhorto o recomendación al legislador. Además, el tema de la pretensión nos lleva forzosamente a analizar si a través de la demanda de inconstitucionalidad por omisión pueden plantearse pretensiones subjetivas, esto es, dirigidas a proteger y restablecer las lesiones que se hubieren causado a determinado sujeto, y que van más allá del control objetivo de inconstitucionalidad. Concretamente, se trataría de pretensiones cautelares, indemnizatorias y de restablecimiento de las situaciones subjetivas lesionadas por la omisión.

En nuestra opinión, el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, el cual se trata incluso como una acción popular, es un control objetivo difícilmente individualizable en un determinado sujeto. Por tanto, en principio, las pretensiones indemnizatorias o de restablecimiento individual, son ajenas a este control por omisión. No obstante, y en aplicación de los lineamientos generales que en este sentido se siguen en el marco de la justicia constitucional, habrá que determinar en cada caso si proceden o no tales peticiones, según existan sujetos subjetiva y especialmente lesionados frente a la omisión legislativa.

De otra parte, en este tema de las pretensiones deducibles, ha de tenerse en cuenta el criterio de la jurisprudencia de la Sala Constitucional en el sentido de que no es posible, por inepta, la acumulación de la pretensión de inconstitucionalidad por omisión con la pretensión de nulidad, cuando ambas se refieran a una misma actuación legislativa, lo que deriva en la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda. Es el caso de la sentencia de dicha Sala de 24 de agosto de 2004 (caso *Felipe Mujica y Leopoldo Puchi*) en el cual se demandó la nulidad del Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela, suscrito en octubre de 2000, “*por no haber sido aprobado por la Asamblea Nacional mediante Ley Especial o porque no fue debidamente autorizado*”, y asimismo se planteó como pretensión “*se declare la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional, al no efectuar el control indispensable para garantizar el cumplimiento de la Constitución*”.

Ante tal situación, la Sala declaró la inadmisibilidad de la demanda por “inepta acumulación de acciones” (*rectius*: pretensiones) porque “*son excluyentes entre sí, en virtud de que las resultas de una para con la otra, no se ajustan a la obligación que tiene el dispositivo de un fallo de resolver en un solo sentido; aparte de que dichas acciones no se pueden ventilar en un solo proceso, porque la consecuencia jurídica llevaría por direcciones distintas un mismo asunto, y se crearía una inseguridad jurídica respecto a la resolución del mismo a, saber, el citado Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela, suscrito el 30 de octubre de 2000*”.

4. Contenido de la sentencia

Pero los aspectos procesales que, sin duda alguna, revisten mayor importancia en este campo son los relativos al contenido y la ejecución de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la inactividad del poder legislativo.

En relación con el contenido de la decisión, ha de señalarse que su límite primario es el común al de cualquier sentencia judicial: el *principio de congruencia declarativa*, requisito formal que exige la *adecuación entre la pretensión y la sentencia*, evitando así una lesión al principio del contradictorio y al derecho a la defensa. En consecuencia, si lo que puede pretenderse a través de esta demanda es la declaratoria de inconstitucionalidad de la pasividad y además la condena al cumplimiento de determinada actuación, la sentencia definitiva deberá restringirse a esas dos peticiones.

Ahora bien, y en cuanto a los límites materiales de la decisión: *¿puede el juez además de ordenar al órgano legislativo que proceda a subsanar la omisión, establecer cuál ha de ser el contenido de esa actuación debida?*. En otros términos, *¿puede el juez sustituirse en el*

cómo y el cuándo del cumplimiento del órgano legislativo sin incurrir en violación del principio de separación de poderes?, y en esa medida ¿cuál es entonces el límite de la sustitución judicial declarativa?

La respuesta preliminar a estas interrogantes nos la aporta la propia norma constitucional, pues el artículo 336 numeral 7 otorga a la Sala Constitucional competencia para controlar las omisiones del legislador y para “establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”. Ahora bien, establecer los lineamientos no puede implicar una absoluta sustitución judicial en relación con el contenido de la actuación del legislador. Y no puede implicarlo pues existen aspectos cuya concreción, por su propia naturaleza, corresponden al arbitrio del legislador quien determinará el alcance del contenido de la norma a ser dictada, siendo sus únicos límites el marco constitucional y el bloque de la legalidad. De allí precisamente que el artículo 5, numeral 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia especifique que se trata de “los lineamientos generales esenciales para su corrección, sin que ello implique usurpación de funciones de otro órgano del Poder Público, o extralimitación de atribuciones”, de manera que el legislador exige medida del Juez constitucional al establecer tales indicaciones al órgano condenado por omisión.

En abundancia, creemos que el juez constitucional no podría señalar cuál es el contenido específico de la ley que ha de dictarse pues la obligación legislativa no incluye que la ley tenga un contenido específico, sino únicamente que la misma se promulgue y que respete unos lineamientos constitucionales mínimos. Por tanto, si el juez constitucional determinara completamente el contenido de la ley que ha de dictarse, violaría el principio de separación de poderes, pues invadiría el reducto de discrecionalidad que corresponde al legislador en relación con el contenido de la Ley a dictar. Violación del principio de separación de poderes que, cabe aclarar, no implica una negación por nuestra parte de la posibilidad misma de controlar las omisiones legislativas, es decir, que la invasión de un poder sobre otro no derivaría, en modo alguno, del hecho en sí de que el juez controle las omisiones del legislador; por el contrario, tal invasión se produciría si ese control fuera más allá de la determinación y condena de las pasividades legislativas y se adentrara incluso en el contenido y términos de la ley a dictarse, pues se insiste, tales aspectos, propios del arbitrio legislativo, no son parte de la obligación incumplida¹⁴.

Asimismo, ha de señalarse que la jurisdicción normativa que para otros asuntos la Sala Constitucional ha entendido puede ejercer conforme a los artículos 335 y 336 de la Constitución de 1999, y a la cual nos referíamos anteriormente, no puede, en modo alguno, facultarla para que se sustituya en el contenido de la Ley a ser dictada, más allá de los solos “lineamientos para su corrección”. En este sentido, y tal como ha señalado Mario Pesci-Feltri, “... ‘Fijar los lineamientos de la corrección’ significa señalar cuáles son los principios constitucionales que el órgano debe tomar en cuenta para dictar las normas o medidas indispensables que garantizan la aplicación de la Constitución, pero, en ningún caso, bajo pretexto alguno, puede la Sala substituirse al órgano competente para dictar las normas jurídicas correspondientes”¹⁵.

El criterio mantenido por nuestra jurisprudencia constitucional se ha inclinado por esta postura de restricción de los lineamientos que la sentencia puede establecer al órgano del Poder Público condenado. Así, en las pocas decisiones de la jurisprudencia en las que se ha declarado la inconstitucionalidad de una omisión (sentencias de 4 de agosto de 2003, de 6 de

14. *Vid.* En este sentido las consideraciones de Casal H., Jesús María, “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, A.A.V.V. *Bases y Principios del Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, *cit.*, pp. 382 y ss.

15. Pesci-Feltri, Mario, “La jurisdicción normativa y los artículos 335 y 336 de la Constitución”, *cit.*, p. 1042.

noviembre de 2003, de 15 de junio de 2004 y de 2 de marzo de 2005), la Sala Constitucional se ha limitado a declarar la inconstitucionalidad de la mora legislativa y a ordenar el cumplimiento de la obligación en un plazo determinado por la propia sentencia; asimismo, ha establecido como “lineamientos generales de la corrección” la referencia a las normas constitucionales que el legislador debe observar¹⁶.

Especialmente relevante en este sentido es la decisión de 15 de junio de 2004 (caso *FENATRIADE*), en la que la Sala Constitucional se refirió expresamente al alcance que han de tener tales *lineamientos* generales:

“Detectada la existencia de la omisión inconstitucional del Poder Legislativo Nacional (...)debe esta Sala corregir dicha inconstitucionalidad legislativa, a través del establecimiento de los lineamientos correctivos necesarios para evitar que tal conducta negativa del Órgano Legislativo Nacional se mantenga, en perjuicio de la eficacia de la Constitución y del goce y disfrute efectivo por los trabajadores del derecho protegido por el artículo 92 constitucional, *lineamientos que en modo alguno pueden consistir en la indicación expresa de principios, normas o criterios técnicos compatibles con la Constitución vigente que deben ser obligatoriamente acogidos por el legislador nacional, no sólo porque dicha indicación con pretensión vinculante constituiría un desconocimiento del principio de técnica fundamental que es el principio de división en ramas del Poder Público -que atiende tanto a la necesidad de distribuir el Poder para evitar la arbitrariedad como a la atribución de funciones a órganos especializados por materias en el acto o actividad a desarrollar- al disminuir la libertad de opciones políticas y económicas que puede considerar la Asamblea Nacional al momento de establecer conforme a la Constitución el nuevo régimen del derecho a prestaciones sociales, sino también porque el mismo podría implicar un pronunciamiento previo acerca del tipo de régimen legal especial que resultaría compatible con la Constitución vigente, afectando con ello la imparcialidad de la Sala al momento de ejercer el control a posteriori de la legislación laboral que sea aprobada en definitiva, de ser requerido dicho control*” (Destacado nuestro).

De manera que, en lo que se refiere al contenido de la sentencia de inconstitucionalidad por omisión, la Sala no ha ejercido su jurisdicción normativa, sino que se ha limitado a señalar los lineamientos generales al legislador.

Por último, las sentencias mediante las cuales se declare la inconstitucionalidad de una determinada omisión legislativa tendrán efectos *erga omnes*. Así se estableció en decisión de 28 de agosto de 2004 (caso *Democracia Renovadora*) en la cual se demandó la inconstitucionalidad de una omisión de la Asamblea Nacional que ya había sido resuelta y condenada por la Sala y por tanto se declaró inadmisibile la demanda pues aquella decisión tuvo alcance *erga omnes* y carácter de cosa juzgada material.

5. Ejecución de la sentencia

Para finalizar, hemos de referirnos al punto nodal del control procesal de las inactividades legislativas: la ejecución y efectivo cumplimiento de la sentencia.

En el Derecho procesal es principio general que hasta tanto no se ejecute lo ordenado en la sentencia de condena, no se verá satisfecha la pretensión procesal, pues ella apareja una actuación posterior –de hacer, no hacer o dar- por parte del condenado. El tema es, ciertamente, de primer orden, pues la ausencia de garantía de la ejecución del fallo equivaldría,

16. En la referida sentencia de 6 de noviembre de 2003 la Sala Constitucional estableció: se “*declara la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional, por no haber dictado, dentro del plazo fijado por el constituyente de 1999, una ley sobre régimen municipal y, en consecuencia, ORDENA a la Asamblea Nacional que, dentro de un plazo máximo de tres (3) meses a partir de la notificación que se le haga del presente fallo, prepare, discuta y sancione una ley sobre régimen municipal que se adapte a las previsiones del Capítulo IV del IV de la Constitución*”.

como ha afirmado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, a “...convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en meras declaraciones de intenciones...”¹⁷.

El principio de separación de poderes que, dijimos ya, surge como límite fundamental al contenido y alcance de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la omisión, se traslada también como límite al momento de la ejecución del fallo.

No puede ejecutarse nada más allá de los términos precisos del contenido del fallo, por lo que si el contenido de éste es limitado también lo ha de ser su ejecución. Es éste el principio de congruencia ejecutiva que postula la teoría general del proceso.

Ante la falta de ejecución voluntaria de cualquier sentencia de condena, el modo idóneo y natural para su ejecución forzosa es la *sustitución ejecutiva*, mediante la cual el juez procede –por sí mismo o a través de medios de colaboración- a la realización de la actuación debida, en lugar –y a costas- del sujeto condenado que no ha cumplido sus obligaciones. Ahora bien, la procedencia de esta ejecución por sustitución dependerá de la naturaleza y contenido de la prestación o actuación objeto de la condena a ejecutar. En el caso que nos ocupa –la inactividad legislativa- la obligación se refiere siempre a una actuación de hacer: la sanción y promulgación de una Ley, el ejercicio de una actuación de control, la designación de determinadas autoridades, entre otras, que se cumplen a través de actos jurídicos concretos y formales.

Pero ya antes decíamos que si bien la obligación legislativa puede ser concreta en el cuándo –oportunidad- de su cumplimiento, en el cómo –o modo- de cumplimiento es eminentemente discrecional, pues el órgano legislativo es el único con legitimidad para determinar el contenido de la ley que va a dictar. Se trata pues, aplicando *mutatis mutandis* la terminología *ius civilista* a estas lides constitucionales, de obligaciones personalísimas, que son aquellas en las que *la cualidad personal del deudor se hubiese tenido en cuenta al establecer la obligación y, en consecuencia, para su satisfacción al acreedor no le resulte indiferente la persona que la realice*, es decir, no es fungible o sustituible la actuación del deudor por la de un tercero o por la del propio juez.

Evidentemente, puede que para el demandante sea indiferente si la ley que ha de sancionarse es dictada por el órgano legislativo o por el juez, pero no así para la legalidad y la distribución constitucional del Poder Público, y de allí que es el Poder Legislativo –como representante directo de la soberanía popular- el que debe cumplir con la potestad legislativa y el que cuenta no sólo con los medios jurídicos, sino además con los medios técnicos y materiales para ello.

Por tanto, sostenemos que en caso de mora legislativa frente a la orden de ejecución voluntaria que dicte el juez constitucional, no será posible, en modo alguno, la ejecución forzosa de manera sustitutiva, es decir, que *no podrá el juez sustituirse plenamente en el Poder legislativo y dictar por sí mismo la Ley ordenada*, y no podrá hacerlo, se insiste, porque la sentencia de condena debió limitarse a establecer *ciertos señalamientos*, lo que no abarca el contenido absoluto y preciso de esa obligación y en consecuencia, la ejecución habrá de limitarse al contenido de esa sentencia marco o, si se quiere, genérica.

La imposibilidad del juez de sustituirse en la función legislativa, ha sido también la postura de nuestra jurisprudencia constitucional en sus más recientes decisiones. En concreto, mediante sentencia de 31 de mayo de 2004 (caso *Ley Orgánica del Poder Municipal II*) la Sala Constitucional constató la falta de cumplimiento voluntario, por parte de la Asamblea

17. Sentencia de 5 de abril de 2001 (Art. 3030).

Nacional, de la sentencia de 6 de noviembre de 2003, antes referida, que declaraba la inconstitucionalidad de la omisión de dicho órgano legislativo al no dictar oportunamente la Ley que regule el régimen municipal, y en consecuencia otorgaba un plazo de 3 meses para que la Asamblea Nacional procediera a dar fin a su inactividad. Ante la falta de oportuna ejecución voluntaria de dicho fallo, la comentada sentencia de 31 de mayo de 2004 planteó el tema de cuál es el alcance de las potestades del juez constitucional en fase de ejecución, en el marco de las demandas de inconstitucionalidad por omisión, y en ese sentido la Sala Constitucional concluyó que:

“La omisión en la sanción de textos legales presenta una complejidad especial para la jurisdicción constitucional, pues difícilmente puede la Sala suplirla en su totalidad. La Sala está facultada para proporcionar soluciones a aspectos concretos, incluso por medio de la adopción de reglas generales que ocupen temporalmente el lugar de las normas ausentes, pero no para corregir por completo la inactividad del legislador y dictar las normas que se requieran.

Un caso como el de autos lo pone de manifiesto: *la Sala está en incapacidad –jurídica y técnicamente- para preparar todo el conjunto de disposiciones que deben regir la materia municipal venezolana. Es constitucionalmente imposible incluso para esta Sala, pese a su amplia competencia constitucional, transformarse en legislador y proporcionar a la colectividad las normas que exige. De hacerlo, desatendería su misión y trastocaría su naturaleza. Si es posible, en cambio, a fin de solucionar casos concretos, que la Sala indique ciertas reglas que regirán para ese caso, con el único propósito de dar solución a controversias concretas. (...)*

Ha dejado claramente establecido la Sala que no puede dictar (por sí misma) una sentencia que sustituya la ley sobre régimen municipal, pero que sí puede resolver el caso concreto adoptando las reglas que sean necesarias. En este caso, no es posible permitir que la inactividad del legislador se convierta en impedimento para el ejercicio de los poderes que constitucionalmente tienen atribuidos los otros órganos estatales” (Destacado nuestro).

De manera que la Sala Constitucional –al menos cuando se trata del control de las omisiones en el ejercicio de la función propiamente legislativa- ha asumido la postura que sostiene la doctrina en general: la imposibilidad fáctica y jurídica de la plena sustitución del juez en fase de ejecución de las sentencias que ordenen el dictado de una ley, esto es, la imposibilidad de que el juez constitucional se sustituya en el legislador y dicte, él mismo, la Ley.

Ante tal imposibilidad, la única vía posible de ejecución forzosa es *la ejecución indirecta no sustitutiva* a través de la imposición de medidas coercitivas de cumplimiento, las cuales son aquellas que actúan sobre la voluntad del ejecutado, persuadiéndolo para que realice la prestación a la que está obligado. En concreto, creemos que en el caso de las omisiones legislativas lo que procedería es la imposición de multas pecuniarias o “*astreintes*”, comunes en el proceso civil y en ciertos casos en el Derecho procesal administrativo comparado¹⁸. Multas coercitivas y reiteradas a las autoridades u órganos obligados, dirigidas a lograr la efectividad de lo mandado, esto es, dirigidas a persuadirlos para que den cumplimiento en especie a la conducta ordenada. Evidentemente, se trata de medidas que tienen una eficacia bastante limitada, pues se restringen a ser medidas amistosas o indirectas, de persuasión, por lo que la ejecución definitiva sigue dependiendo del condenado reticente y no del juez.

En nuestro ordenamiento jurídico la imposición de tales sanciones es parcialmente procedente, de conformidad con la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así, el artículo 23, numeral 2 de dicha Ley establece: “*El Tribunal Supremo de Justicia san-*

18. Sobre el alcance de la figura del *astreinte* en Francia, *vid.* también Chapus, René, *Droit administratif général*, Tomo I, 14ª edición, Montchrestien, París, 2000, pp. 804 y ss. En Alemania *vid.* González-Varas Ibáñez, Santiago, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 318 y ss. y Sommerman, Karl Peter, “La Justicia Administrativa Alemana”, en *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 113-114.

*cionará con multa que oscilará entre el equivalente de mil unidades tributarias (1.000 U.T.) a tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.), a los funcionarios de los órganos del Poder Público que, estando obligados a hacerlo, no acataren sus órdenes ni le suministraren oportunamente las informaciones, datos o expedientes que solicitare de ellos, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar*¹⁹.

Sin perjuicio del elevado monto de la sanción, se trata de medidas de coerción insuficientes, desde que no se trata de la imposición de multas reiteradas dirigidas a lograr el cumplimiento voluntario, sino que se traducen en una única sanción a fin de castigar el incumplimiento. De manera que es tarea pendiente de la futura Ley reguladora de la jurisdicción constitucional la previsión de medios idóneos para lograr la ejecución forzosa –no sustitutiva– del fallo que condene al ejercicio de potestades legislativas o de rango de ley.

Asimismo, y tal como se ha previsto en algunos ejemplos del Derecho Comparado, el juez constitucional podría, en vía de ejecución forzosa, tomar ciertas medidas *puntuales* que de manera si se quiere tangencial, solventen *provisionalmente* la falta de efectividad de la norma constitucional causada por la pasividad legislativa²⁰. Conviene entonces analizar si ello también es posible en el marco de la justicia constitucional venezolana.

La doctrina se ha pronunciado favorablemente en este sentido. Así, señala Casal H. que en ausencia de ejecución voluntaria de la sentencia que ordene el ejercicio de la función legislativa, la Sala Constitucional podría “*establecer criterios jurídicos para la inmediata aplicación judicial de la norma constitucional afectada por el silencio legislativo, cuando el silencio legislativo conspira de alguna forma contra su plena eficacia y la naturaleza de la norma constitucional lo permita*”, no obstante, advierte el autor que “*estos criterios sólo serían aceptables cuando se originen en métodos jurídicos de interpretación e integración, por lo que la Sala Constitucional no estaría autorizada para legislar con carácter provisional*”²¹.

La posibilidad de dictar medidas provisionales y concretas frente al incumplimiento del órgano legislativo, también ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia, concretamente, en la referida decisión de 31 de mayo de 2004, antes comentada. Ante la falta de ejecución voluntaria, aparte de las vías indirectas no sustitutivas (multas) antes referidas y de la responsabilidad patrimonial del funcionario, lo que el juez constitucional podría, según nuestra jurisprudencia, es tomar ciertas medidas que “*resuelvan el caso concreto adoptando las reglas que sean necesarias*”. A manera de ejemplo, en la mencionada sentencia se estableció como medida provisional que “*mientras la Asamblea Nacional dicte la ley que en este proceso se le ha exigido, los Estados están en la posibilidad de dividir su territorio, siempre que lo hagan con base en los requisitos previstos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y con el régimen referendario establecido en la Constitución, a propósito de la participación ciudadana en las materias de interés*”.

19. Sobre la virtualidad de estas medidas, a la luz de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como modo de ejecución de las sentencias de hacer, *vid.* Brewer-Carías, Allan, “Contencioso Administrativo”, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1997, p. 303.

20. Nos referimos así a la Constitución de la Provincia de Río Negro (Argentina), en la que se faculta al juez que conozca de demandas de inconstitucionalidad por omisión para que, en caso de incumplimiento de la sentencia que ordene legislar, *integre el orden normativo en el caso concreto*, a través de medidas específicas, pudiendo además acordar una indemnización a favor del sujeto lesionado por la inactividad legislativa.

21. Casal H., Jesús María, “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, A.A.V.V. *Bases y Principios del Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, *cit.*, p. 455. *Vid.* también las consideraciones de Escudero León, Margarita, “Declaratoria Judicial de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, A.A.V.V. *Bases y Principios del Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo II, *cit.*, pp. 223 y ss.

Otro reciente ejemplo en este sentido lo constituye la sentencia de 2 de marzo de 2005, antes comentada, en la cual la Sala Constitucional declaró la omisión legislativa de la Asamblea Nacional al no haber dictado, dentro de un plazo razonable, la ley especial que regule el Régimen Prestacional de Empleo. En esa oportunidad se acordó además, y hasta tanto la Asamblea Nacional solviente la omisión legislativa, la siguiente medida provisional:

“...en atención a la gravedad de la situación jurídica que se plantea como consecuencia de la omisión legislativa que se declara en esta decisión, en atención a la urgencia que reviste su reparación, y con el fin, además, de evitar un indeseado incumplimiento de las obligaciones internacionales que ha asumido la República, en los términos que antes se expusieron, la Sala acuerda, de conformidad con el artículo 19, párrafo 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, medida cautelar innominada **mediante la cual se suspenden los efectos del artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, se declara la ultra actividad del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, que fue publicado en la Gaceta Oficial n° 5392 Extraordinario, de 22 de octubre de 1999**, y, por ende, cautelarmente vigente a partir de este pronunciamiento y hasta cuando la Asamblea Nacional ponga fin a la situación de mora legislativa en los términos de este fallo”.

Asimismo, apuntó la Sala en esa decisión que la medida preventiva acordada “no obsta para que, en caso de un eventual incumplimiento de este veredicto en fase de ejecución voluntaria, esta Sala complemente tal cautela con las medidas provisionales y correctivas que sean necesarias para evitar mayores perjuicios al orden público constitucional y al sistema de seguridad social venezolano”, no sin dejar de advertir que “Lo anterior se dispone con estricto apego a los límites del juez constitucional, en los supuestos de ejecución forzosa de fallos de control de omisiones legislativas, tal como se expuso en la sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 2004 (caso *Ley Orgánica del Poder Municipal*)”, antes citada.

De manera que para evitar mayores perjuicios al efectivo ejercicio del derecho fundamental a la seguridad social, y para solventar provisionalmente el vacío legislativo en materia de régimen prestacional de empleo, la Sala Constitucional optó por la suspensión provisional del artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, que contiene la Disposición Derogatoria del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, lo que implicó de suyo la reposición de la vigencia de dicho texto normativo derogado para que rijan interinamente el beneficio del paro forzoso –ahora régimen prestacional de empleo–, hasta que cese la mora legislativa.

Nótese que en ese reciente precedente, la Sala Constitucional fundamentó la medida provisional en el artículo 19, párrafo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que le permite acordar medidas innominadas *en todo estado y grado del proceso* para asegurar la eficacia del fallo definitivo, medidas que pueden acordarse incluso en fase de ejecución.

La procedencia de medidas provisionales hasta tanto el órgano condenado a legislar cumpla su obligación, ha sido también el criterio sostenido por el juez constitucional venezolano respecto del control de otras modalidades de omisiones del Poder Legislativo. En concreto, ante el incumplimiento voluntario de la decisión de la Sala Constitucional de 4 de agosto de 2003 (caso *Consejo Nacional Electoral*), antes referida, mediante la cual se declaró la omisión de la Asamblea Nacional por “*la falta de nombramiento de todos los rectores electorales y sus suplentes*”, dicha Sala, en decisión de 25 de agosto de 2004, procedió a sustituirse en el órgano legislativo y a nombrar “*provisionalmente*” los referidos funcionarios públicos.

Según ya señalábamos, la inactividad de la Asamblea Nacional tenía, en este caso, naturaleza distinta a la ausencia del ejercicio de la potestad propiamente legislativa, pues se trataba del nombramiento de los rectores de un órgano del Poder Público, como lo es el Consejo Nacional Electoral, lo que, *prima facie*, salva al menos la imposibilidad fáctica que subyace en el caso de que el juez pretenda dictar una Ley.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Para finalizar, una última y breve reflexión acerca de la operatividad práctica de esta demanda autónoma de inconstitucionalidad por omisión. Un estudio de campo de nuestra jurisprudencia constitucional nos lleva a observar que sólo se han decidido en la definitiva cuatro de las demandas de inconstitucionalidad por omisión que se han intentado desde la vigencia de la Constitución de 1999, mientras que el resto de éstas continúan sustanciándose o pendientes de decisión, algunas incluso desde el año 2002. Es evidente que la tramitación procedimental que se ha otorgado a estas demandas no es cónsona con el principio de efectividad de la tutela judicial, como tampoco lo es, en muchos de los casos respecto de los juicios de nulidad de leyes. Por lo general, el control judicial de las inactividades requiere un mínimo de celeridad, más aún si lo que se busca con la definitiva es que se subsane la omisión.

Esta situación de ineficacia procedimental no resulta un problema teórico, por el contrario, en la práctica es fundamental, pues como ha señalado Casal H., la reciente vigencia del Texto Constitucional de 1999 plantea el *“problema de la adaptación de la legislación anterior a los nuevos dictados constitucionales y la manera de dar operatividad al nuevo Texto hasta que el legislador actúe”*²².

Queda pendiente, entonces, por parte del legislador nacional el deber de dictar la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional –deber que, paradójicamente, ha sido omitido–, la cual habrá de ordenar los medios de control de las pasividades legislativas y habrá de regular de manera óptima el tratamiento procesal de esta materia.

22. Casal H., Jesús María, “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, A.A.V.V. *Bases y Principios del Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I, *cit.*, p. 370.

Constitución y el Medio Ambiente. Algunos principios aplicables a la materia y ciertos temas relacionados

Marcelo Figueiredo¹

Pontificia de la Universidad Católica de São Paulo-Brasil

Resumen: *Se analiza la relación entre la Constitución y la tutela del medio ambiente, con especial énfasis en los antagonismos presentes en la promoción del desarrollo sustentable. Tomando como referencia el ordenamiento jurídico brasileiro, se sistematizan los principios constitucionales de protección del medio ambiente, así como la necesidad de conciliar las prerrogativas de las autoridades ambientales con los derechos de los operadores económicos y con el derecho de propiedad privada.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL MEDIO AMBIENTE Y SUS PRINCIPIOS
- III. LAS PRERROGATIVAS DE LAS AUTORIDADES AMBIENTALES Y LOS DERECHOS DE LOS EMPRENDEDORES
- IV. LA NECESIDAD DE LA PONDERACIÓN DE VALORES. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DERECHO DE PROPIEDAD CON FUNCIÓN SOCIAL
- V. UN CASO PORTUGUÉS. LA CONTRIBUCIÓN DE CANOTILHO

I. INTRODUCCIÓN

El tema del *desarrollo y ecología* viene presentando cada vez más interés en todo el mundo. En el pasado, se imaginaba que los conceptos de medio ambiente y desarrollo eran antagónicos. Con el tiempo, incontables movimientos internacionales, que terminaron por reflejarse en también, incontables Conferencias, terminaron por fijar la noción del *desarrollo sostenido*.

Es verdad que el concepto tiene diferente repercusión para países desarrollados y en desarrollo o subdesarrollados.

Para los primeros, el concepto, de hecho, parece más importante que para los segundos. Eso ocurre porque los países desarrollados a lo largo de los siglos, sólo pudieron elevar el nivel de vida de sus poblaciones, provocando un grado de contaminación global que hace que la adopción ahora, por parte de los países en desarrollo, de una política semejante tornaría al mundo casi inhabitable.

1. Figueiredo, Marcelo es abogado y consultor jurídico en São Paulo-Brasil. Es profesor por concurso de los cursos de graduación y posgraduación, dictando cátedra de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo - Brasil. El autor es profesor, doctor y libre docente por la misma Universidad. Texto originalmente preparado para servir como guión de análisis para la intervención en el 6º Panel del 2º Congreso Brasileño de Derecho Ambiental promovido por el Instituto Nacional de Derecho Público, en São Paulo, Brasil en mayo de 2004.

La única conclusión lógica posible sería la unión de todas las Naciones en torno a un objetivo común -la defensa, la preservación y el adecuado manejo- del medio ambiente.

Además, no es por otra razón que el denominado “*Protocolo de Kyoto*” promete mejorar el clima del planeta en la próxima década. Para ello, determina que los países desarrollados reduzcan la emisión de gases causadores del efecto estufa (GHC).

El tratado establece una reducción de esos gases del orden del 5% con relación a las emisiones en 1990. Los países tendrían hasta 2008 para implementar estos proyectos, y hasta 2012 para comprobar la reducción. Para ese efecto, fueron creados mecanismos de flexibilización a través de los cuales los países ricos pueden promover la reducción fuera de su territorio. Esta alternativa pasó a ser conocida como Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL), siendo la negociación de *créditos de carbono* su forma transaccional.

La negociación de créditos de carbono ya comienza, de forma aún incipiente -debido a la falta de reglamentación más clara- a beneficiar algunas empresas en Brasil. Son empresas emisoras de contaminación, como es el caso *v.g.* de sectores como el de la siderurgia, del papel y celulosa, del saneamiento básico, de limpieza y deposición de residuos sólidos y tantos otros.

Parece raro, bajo determinado punto de vista, que sean creados mecanismos de *negociación*, como es el caso del denominado “crédito de carbono”. Tales mecanismos no estarían de un modo indirecto “favoreciendo” o “eximiendo” a aquellos que contaminan el medio ambiente² a través de medios compensatorios? No es ésta, sin embargo, la lógica del mecanismo.

Se parte de la evidencia según la cual, es imposible que el Hombre, en la actual etapa de la civilización, deje de producir y consumir. Y esas actividades de producción y de consumo ocurren *en el* medio ambiente. No sería así, ni siquiera es posible desarrollar actividades económicas de producción y comercialización sin algún tipo de interferencia ambiental.

Si ésta es la lógica *inexorable* de la convivencia contemporánea, entonces es necesario encontrar los mejores caminos para convivir en la misma. Se menciona, en esa medida, al “*consumo sostenible*”, tema íntimamente vinculado a la producción y al consumo, y por lo tanto, al orden económico.

Por fin, también se deberá destacar la existencia de incontables frentes o perspectivas que el Estado³ aún posee para velar por el medio ambiente en sus más variados segmentos⁴. Así, el tema permite incontables abordajes, tales como, por ejemplo, la responsabilidad ambiental, el estudio del principio del contaminador pagador, las responsabilidades civiles, penales y administrativas de los agentes contaminadores, y tantos otros.

2. Se debe recordar el artículo 225 de la Constitución Federal, y, el Principio 15 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro, denominada ECO/92, firmada en junio de 1992, por diversos Estados, incluso Brasil. En ambos dispositivos, en la Constitución y en la Declaración, encontramos el principio de la precaución, según el cual “el principio debe ser ampliamente observado por los Estados, de acuerdo con sus capacidades. Cuando haya amenaza de daños serios o irreversibles, la ausencia de absoluta certeza científica no se deberá utilizar como razón para aplazar medidas eficaces y económicamente viables para prevenir la degradación”.

3. Naturalmente en dos órbitas, la interna y la internacional.

4. La Ley Federal n° 6.938/81, en su artículo 3°, I, define al medio ambiente del siguiente modo: “...El conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, abriga y rige la vida en todas sus formas”.

Sin embargo, somos obligados, en ese momento, a recortar un aspecto determinado y explotarlo. Exactamente el de las *prerrogativas de las autoridades ambientales y el derecho de los emprendedores*.

Debemos elogiar la iniciativa de los organizadores de ese Congreso de proponer la discusión de ese tema.

Veo en el mismo a importantes aspectos que, generalmente, hacen a un lado la autoridad administrativa ambiental con todos los poderes que le son atribuidos por la ordenación jurídica, a hacer a las exigencias que son establecidas por incontables leyes, decretos, resoluciones etc. Por otro lado, tenemos la figura del emprendedor, del empresario, que también tiene un plexo de derechos (algunos de estatura constitucional) que le aseguran el derecho a emprender, a desarrollar actividades económicas, derechos que deben ser fomentados y respetados.

Por otra parte, tenemos la necesidad de preservar el medio ambiente. Pero éstos dos movimientos no se deben ver como antagónicos. Es interesante registrar que los problemas ambientales se vuelven menores a medida en que crece la renta "*per capita*" y los países tienen acceso a tecnologías que reducen, por ejemplo, la emisión de contaminantes. Es una demostración de que es perfectamente posible el deseado *desarrollo sostenido*, que, en esa medida, no es una utopía.

Ése delicado equilibrio, merece ser explotado en un panel como ése. Pero antes de entrar propiamente en esa materia específica, debemos observar algunas consideraciones acerca de los principios que la informan.

II. EL MEDIO AMBIENTE Y SUS PRINCIPIOS

Nos parece que para desarrollar bien el tema propuesto, se hace necesario partir de la visión constitucional de la materia.

Será por medio del análisis de la Constitución, que podremos descubrir cuáles son los principios aplicables a la materia objeto de nuestro estudio.

Desde luego, recuerde que la Constitución brasileña de 1988 fue la primera a tratar deliberadamente de la cuestión ambiental. Como enseña José Afonso da Silva⁵, "la misma asumió un capítulo específico sobre el medio ambiente, inserto en el título del "Orden Social" (Capítulo VI del Título VIII). Pero la cuestión subyace en todo su texto, correlacionada con los temas fundamentales del orden constitucional".

Por otra parte, la doctrina enuncia cuáles son los principios jurídicos constitucionales aplicables a la protección ambiental o relacionados directamente al tema en foco⁶.

Se debe destacar, además, que el Departamento de capacidad en materia ambiental, según José Afonso da Silva, sigue los mismos principios que la Constitución adoptó para la distribución de la capacidad en general entre las entidades federativas. La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios tienen capacidad para la protección ambiental. Encontramos capacidad material exclusiva, capacidad material común, capacidad legislativa exclusiva y capacidad legislativa competidora⁷.

5. *Derecho Ambiental Constitucional*, 4ª Edición, Malheiros Editores, SP, 2002, p. 46.

6. Ferraz, Sérgio en memorable conferencia acerca de las relaciones internacionales y el derecho ambiental, realizada en el 2º Congreso Brasileño de Derecho Ambiental, promovido el 7-05-2004 por el INDIP, en São Paulo, enunció la existencia de por lo menos cinco principios cardinales dominantes en el tema del medio ambiente. Son ellos: 1) Principio de la soberanía bajo recursos naturales; 2) Principio del derecho al desarrollo; 3) Principio de la Precaución; 4) Principio del Contaminador-Pagador; 5) Principio de la Responsabilidad Estatal. En consonancia con las anotaciones que hicimos en la conferencia del ilustre profesor.

7. *Ob. cit.*, p. 75.

Como decíamos, hay quien identifique incontables principios ambientales ya en el texto constitucional, expresos o implícitos.

Aunque no haya acuerdo en la materia -si todos ellos- serían de hecho principios⁸ Por ahora, sólo vamos a enumerarlos sin entrar en esa discusión si todos ellos serían principios constitucionales o no.

1. Principio del derecho humano fundamental: Se parte del raciocinio según el cual el derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado es un derecho humano fundamental, en la medida en que de él depende la calidad de vida del bien jurídico en foco -la vida humana⁹-.

La afirmación de que el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado es un *derecho humano fundamental*, para nosotros, debe ser vista con una cierta cautela. Primero tendríamos que definir en qué sentido estamos empleando ambas expresiones “medio ambiente” y “derechos humanos”, para después verificar si protección constitucional de esa categoría.

No cabe la menor duda que el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado es, evidentemente, un derecho *relacionado* directamente a la vida y a su ejercicio pleno. Además, eso está expresado en el artículo 225 de la Constitución Federal. Otra cuestión es saber cuál es la categoría de ese derecho en la Constitución. Nos parece que es derecho difuso (categoría) de protección a la naturaleza humana. Y así, en un sentido muy amplio -derecho humano-. No es, *per se*, derecho individual o colectivo, aunque pueda ser protegido por personas organizadas en forma individual o colectiva.

Ya en el aspecto internacional, no queda duda que se trata de un derecho fundamental, concebido y protegido como tal por incontables Declaraciones Ambientales y también por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Se debe registrar además que, para aquellos que adoptan la tesis del carácter constitucional de los derechos enunciados en los tratados internacionales, muchos de los derechos ambientales estarían elevados al nivel de norma constitucional. Pero no entraremos en esa discusión.

Basta indicar, para los efectos de ese trabajo, que actualmente se concibe el derecho al medio ambiente equilibrado como un derecho íntimamente relacionado al derecho a la vida y así, forzosamente digno de protección *similar* a aquélla. Decimos *similar*, porque, para nosotros, ningún derecho puede tener protección más elevada, más intensa que el derecho a la vida. Todos le son consecuentes en cierto sentido.

2. Principio de la supremacía del interés público en la protección del medio ambiente con relación a los intereses privados. Tampoco aquí hay novedad. Se trata del viejo principio del Derecho Público -especialmente administrativo¹⁰- aplicado a la cuestión ambiental, al tema en foco.

8. Los monografistas del tema invocan el principio de la prevención (o de la precaución) como uno de los más importantes principios fundamentales del derecho ambiental- presente incluso en la Declaración de Estocolmo y reafirmado en la Declaración de Río en su Principio 15, el principio de la cooperación, o de la información y de la participación de los ciudadanos, también contenido en la Declaración de Río en su Principio 10. Se trata del acceso a la información y la participación, viejos conocidos del derecho constitucional, también en el ejercicio de la función administrativa ambiental. Se desea también el acceso y la participación del individuo y de los grupos en los diversos tipos de procedimientos administrativos y judiciales, que es la inclinación contemporánea de la teoría general del proceso. Ver Prieur, Michel *Droit de l' Environnement*, 3ª Edición, Dalloz, 1996.

9. En ese sentido, Derani, Cristiane “Medio Ambiente Ecológicamente Equilibrado: Direito Fundamental e Princípio da Atividade Econômica”, in *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*, Organizado por Guilherme José P. de Figueiredo, Ed. Max Limonad, SP, 1988.

10. Además no podría ser diferente, ya que la autoridad administrativa está siempre subordinada al

Integralmente aplicables a las lecciones de Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹ acerca de la materia:

“...Significa que el Poder Público se encuentra en situación de autoridad, de mando, con relación a los particulares, como indispensable condición para administrar los intereses públicos puestos en confrontación. Comprende, ante su desigualdad, la posibilidad en favor de la Administración, de *constituir los privados en obligaciones por medio de acto unilateral* de aquélla. Implica, por otra parte, muchas veces, el derecho de *modificar, también unilateralmente*, las relaciones ya establecidas.

Aquí, sin embargo, es necesario realizar una importante acotación. Estos caracteres, que sin duda informan la actuación administrativa, de ningún modo podrían permitir la suposición que la Administración Pública, amparada por la supremacía del interés público sobre el interés privado, puede expresar tales prerrogativas con la misma autonomía y libertad con que los particulares ejercitan sus derechos. Ocurre que la Administración ejerce *función*: la función administrativa. Existe función cuando alguien está invertido en el *deber* de satisfacer dichas finalidades en pro del *interés de otros*, necesitando, para ello, manejar los poderes requeridos para suplirlas. Luego, tales poderes son *instrumentales* al alcance de las finalidades mencionadas. Sin ellos, el sujeto invertido en la función no tendría como desobligarse del *deber* puesto a su cargo. Donde, quien los titulariza maneja, en realidad, “deberes-poderes”, en el “*interés ajeno*”.

Aplicada la lección a la realidad ambiental constitucional, es posible decir que la autoridad pública debe cuidar, velar, curar y defender el bien ambiental, bien de la colectividad, de la sociedad, de la comunidad.

Aunque no haya un único régimen jurídico incidente sobre el medio ambiente y sobre los bienes ambientales, se puede afirmar que el medio ambiente es un bien de uso común del pueblo, sujeto al goce y disfrute colectivo para las generaciones presentes y futuras. Como bien observa Álvaro Luiz Valery Mirra¹²:

“... Se puede afirmar con absoluta seguridad que el régimen protector del medio ambiente adoptado en Brasil, además de dirigirse a los bienes que en su dimensión ecológica no pertenecen a nadie con exclusividad, o pertenecen a todos en forma indistinta e indivisible, incide igualmente sobre todos los elementos corpóreos configuradores de su substrato material, cualquiera que sea su titularidad, y con relación a todas las actividades o prácticas que de alguna forma están relacionadas con el medio ambiente y con los bienes ambientales, para orientarlos y condicionarlos unas y otras- a la preservación de la calidad ambiental propicia a la vida”.

Como corolario del principio enunciado, algunos autores ven además la existencia de dos principios, a saber: el principio de la indisponibilidad del interés público en la protección del medio ambiente y el principio de la obligatoriedad de la intervención estatal. Nos parece, sin embargo, que ambos, si no llegan a ganar fueros de autonomía, se pueden considerar como frutos lógicos del primero.

3. Principio de la indisponibilidad del interés público en la protección del medio ambiente. Por intermedio de ese principio se produce la indicación del deber del Estado y de los particulares de no sólo preservar el medio ambiente, sino de comprender su característica de indisponibilidad.

interés público, poco importando si la misma está velando por valores ambientales o protegiendo otros valores como la salud pública, la vida, la seguridad etc.

11. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª Edición, Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 62.

12. *Ação Civil Pública e a Reparação do dano ao Meio Ambiente*, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 48

4. Principio de la obligatoriedad de la intervención estatal. Se trata de principio operativo para la garantía de la protección constitucional mencionada (art. 225 de la CF), sin la cual el medio ambiente quedaría totalmente fragilizado.

Parece indudable que del ángulo de la eficacia, ese principio es lo “más importante” en el sentido de concretar la protección ambiental mencionada. Es decir, a través de la amplia gama de medidas enunciadas en la Constitución en los incisos I a VII y sus párrafos es que efectivamente se podrá dar el primer paso hacia la defensa del medio ambiente pretendida. Pero eso no es todo.

Los mandos solamente se integran con la edición de la legislación ordinaria, segundo paso hacia la protección pretendida, y así sucesivamente¹³. También aquí está incorporada la protección internacional¹⁴.

Es evidente que aquí el nudo gordo de la cuestión ambiental, así como del resto de todas las demás exigirá la acción positiva del Estado. El complejo sistema de protección ambiental se desdobra en incontables acciones, principios y políticas que van desde la edición de leyes específicas hasta los instrumentos de gestión más concreta a todos pretenden otorgar eficacia a la norma constitucional¹⁵.

5. Principio de la prevención o precaución. Además, hay autores que vislumbran su existencia, a pesar de estar ausente la previsión explícita en la norma constitucional, pero implícita en el mismo art. 225, art. 225, § 1º, III, 225, § 6º.

Por su intermedio, se deben utilizar *todos los* instrumentos jurídicos aptos para la defensa y preservación del medio ambiente¹⁶.

6. Principio del desarrollo sostenido. Por su intermedio se desea preservar los recursos naturales, de tal modo que su explotación atienda a la necesidad presente sin agotarlos ni comprometerlos para las generaciones futuras¹⁷.

Como bien destaca Édis Milaré¹⁸, el “*desarrollo sostenido*” es el que defiende un crecimiento económico cualitativo, única forma de “mejorar la calidad de vida humana dentro de los límites de la capacidad de soporte de los ecosistemas”.

7. Hay además quienes identifican la existencia de otros principios como a) el principio de la protección de la biodiversidad, b) el principio de la defensa del medio ambiente, c) el principio de la responsabilización por el daño ambiental, y tantos otros.

Entendemos que es importante registrar cierta confusión doctrinaria, visualizando principios constitucionales donde ellos no existen, o aún, mezclando conceptos o principios de Derecho constitucional con principios de Derecho ambiental e incluso, en algunos casos con derechos y deberes ambientales, algunos -no todos- de naturaleza constitucional.

13. Ver las Leyes 9.985/2000, 8.974/1995, 8.974/1995, 7.802/1989, 8.974/1995, 9795/1999 y 7.754/1989, todas ellas buscando integrar los mandos de los incisos I a VII, del art. 225 de la CF. Para una visión más amplia ver Mirra, Álvaro, Principios fundamentales del derecho ambiental, Revista de Derecho Ambiental, RT, 02/96.

14. Ver la Declaración de Estocolmo.

15. Para profundizar la temática, ver José Afonso, *Derecho Ambiental, Ob. cit.*

16. Ver Leme Machado, Paulo Affonso, *Derecho Ambiental Brasileño*, 6ª Edición, Malheiros Editores, p. 506.

17. Ver “Direito Ambiental Brasileiro”, de Sebastião Valdir Gomes, Ed. Síntese, 1999, Cristiane Derrani, *Direito Ambiental Econômico*, São Paulo, Max Limonad, 1997. Ver además, especialmente el artículo de André Luiz Borges Netto, “A defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 11, Ed. RT.

18. “Tutela Jurisdicional do Ambiente”, *Revista do Advogado*, 37, AASP-92.

Tiene razón Marcelo Abeja Rodrigues¹⁹, cuando alude a *principios del Derecho ambiental* que no siempre coinciden con los *principios constitucionales*. En otras palabras, no todos los *principios del Derecho ambiental* son principios constitucionales, aunque podemos encontrar algunos principios del Derecho ambiental en el texto constitucional.

Afirma el autor mencionado:

“Cuando se habla de principios del derecho ambiental, debemos tener la exacta noción de lo que se está exponiendo. Es que, mientras sean identificables los principios del derecho del ambiente en el art. 225 de la CF/88, es cierto que absolutamente todo cuanto se relaciona al medio ambiente está vinculado al derecho a la vida, motivo por el cual hay una superposición natural, sino topológica por lo menos teleológica, del objeto de tutela del ambiente con relación a las demás ciencias.

Entendemos como principios directores del derecho ambiental los siguientes: *Ubicuidad, desarrollo sostenible; contaminador-pagador y participación*. Desde estos principios mayores podríamos hablar de sub principios, que serían: Precaución, prevención, corrección de la contaminación en la fuente, intervención estatal, función social de la propiedad, solidaridad, globalidad, educación ambiental e información ambiental, multidisciplinaridad etc²⁰.

III. LAS PRERROGATIVAS DE LAS AUTORIDADES AMBIENTALES Y LOS DERECHOS DE LOS EMPRENDEDORES

Ahora ya provistos con un instrumental teórico, podemos avanzar un poco más, para la propuesta específica de ese artículo, de ese panel.

Nadie duda de la existencia del deber de no degradar el medio ambiente, pero también hay que reconocer, del mismo modo, la existencia del “*derecho al desarrollo*” como consecuencia lógica e inevitable del ejercicio de los principios de la actividad económica.

Esa temática es extremadamente rica y con discusiones que van del Derecho constitucional y del Derecho administrativo, al derecho de emprender, a la misma actividad empresarial. Veamos cada uno de ellos.

En el aspecto constitucional se deben recordar, desde luego, *los principios (todos ellos)* generales de la actividad económica (Capítulo I), que componen el orden económico y financiero (Título VII) de la Constitución Federal.

En realidad, no hay razón para destacar ése o aquel principio como instrumental teórico de análisis del tema. Dice la Constitución que el objetivo mayor, es exactamente asegurar a todos una existencia digna. Eso por intermedio de la justicia social, observados los principios de la:

- a) Soberanía;
- b) propiedad privada;
- c) función social de la propiedad;

19. *Instituições de Direito Ambiental*, Editora Max Limonad, São Paulo, 2002, p. 133.

20. Y nosotros aducimos, hay algunos principios directores del Derecho ambiental que tienen estatus constitucional, o si queremos, en un raciocinio inverso. Hay principios constitucionales de mayor latitud y apertura que condicionan el “sub-sistema” director ambiental, como es el caso de la función social de la propiedad (ambiental), del deber de protección del medio ambiente- que para algunos es principio del desarrollo sostenido, todos principios constitucionales que deben condicionar a la acción de la autoridad ambiental, el legislador, y el Estado juez. Ver los artículos 225, “caput”, párrafos 2º y 3º, 225, párrafo primeiro, IV, art. 186, II, todos configurados como principios constitucionales del derecho ambiental o como sus instrumentos de ejecución).

- d) Libre competencia;
- e) defensa del consumidor;
- f) defensa del medio ambiente;
- g) reducción de las desigualdades regionales y sociales;
- h) busca del pleno empleo;
- i) tratamiento favorecido para las empresas de pequeña envergadura.

No se habla, por lo tanto, de realizar la libre iniciativa dejando de lado al medio ambiente. Ambos principios deben convivir en armonía. No hay por qué buscar frenar la generación de riquezas, la producción y el consumo.

Además, ni siquiera habría condiciones de pensar en esas hipótesis, ya que el régimen de libre competencia (art. 170, IV), y de la libre iniciativa (art. 1º, IV, de la CF), deben estar coordinados con la defensa del medio ambiente (art. 170, VI, 225).

De hecho, todos los principios del orden económico deben ser respetados en la explotación de la actividad económica. No podría ser diferente, ya que no hay cómo convivir sin el sector productivo- que cada vez está más conciente de la importancia del medio ambiente- y también como demandante de nuevas tecnologías, exigiendo sistemas eficaces de gestión y producción.

En síntesis, el modelo que propicia el crecimiento, la expansión de empleos de calidad, la productividad, debe ser esencialmente productivo, activo, competitivo y al mismo tiempo, permitir la mejoría de la calidad de vida de la población.

La preservación del medio ambiente *limita* la actividad económica y también *condiciona* su ejercicio. Evidentemente, el agente económico, público o privado debe observar el mando constitucional para que lo antes posible sea asegurado un ambiente saludable, íntegro y compatible con el ejercicio de las actividades económicas.

Con razón, Guilherme Amorim Campos da Silva²¹ cuando trae a colación Amartya Sen:

“Los fines y los medios del desarrollo requieren análisis y examen minuciosos para una comprensión más plena del proceso de desarrollo; es sin duda inadecuado adoptar como nuestro objetivo básico solamente la maximización de la renta o de la riqueza, que es, como observó Aristóteles “meramente útil y en provecho de alguna otra cosa”. Por la misma razón, el crecimiento económico no puede ser considerado sensatamente un fin en sí mismo. El desarrollo tiene de estar relacionado especialmente con la mejora de la vida que tenemos y de las libertades que disfrutamos. Expandir las libertades que tenemos razón para valorar no solo torna nuestra vida más rica y más libre, sino también permite que seamos seres sociales más completos, poniendo en práctica nuestras voliciones, interactuando con el mundo en que vivimos e influenciando ese mundo”...

Por ese prisma, el texto del art. 174 de la Constitución Federal puede ser visualizado de la siguiente forma: 1. Presentación de un derecho fundamental -derecho al desarrollo nacional planeado; 2. La descripción de un deber del Estado- el de promover el desarrollo económico nacional, con calidad de vida de cada ciudadano”.

Parece claro que el Estado tendrá el deber en la actuación empresarial, mediante la edición de normas jurídicas generales y abstractas (legalidad) para promover el ya enunciado desarrollo sostenido.

21. *Direito ao Desenvolvimento*, Editora Método, São Paulo, 2004, p. 66.

Debemos recordar, en ese paso, nuevamente, la lección de Celso Antônio Bandeira de Mello²², para quien la *intervención del Estado en el dominio económico*, o en el orden económico, puede ocurrir de tres modos; “a saber, (a) darse a través de su “poder de policía”, esto es, mediante leyes y actos administrativos expedidos para ejecutarlas, como “agente normativo y regulador de la actividad económica”, caso en el cual ejercerá funciones de “fiscalización” y en que la “planificación” que concebir será meramente “indicativa para el sector privado” y “determinante para el sector público”, todo según lo prevé el art. 174, estimulándola con favores fiscales; o (c) él mismo, en casos excepcionales, como luego se dirá, actuará empresarialmente en el sector, mediante personas que creaba para esa finalidad”.

Pues es exactamente aquí que los conflictos entre las autoridades ambientales y los emprendedores privados pueden ocurrir. Los emprendedores, evidentemente, por fuerza de la naturaleza de sus actividades forcean en el sentido de emprender, construir, edificar, fabricar, producir, en una palabra, generar riqueza. En ese movimiento, se hace necesario, por otro lado, la disciplina del Estado que regula y fiscaliza la aplicación de las normas ambientales.

No es por otra razón que la misma Constitución Federal prevé la posibilidad de eventuales pérdidas al medio ambiente al exigir: a) “un estudio previo de impacto ambiental de las actividades potencialmente causadoras de degradación (art. 225, IV); b) control de la producción, comercialización y empleo de técnicas, métodos y sustancias que impliquen riesgo para el medio ambiente (art.225, V); c) el deber de recuperación del medio ambiente degradado por la explotación de recursos minerales (art. 225, § 2º); d) responsabilidad penal, civil y administrativa de las personas físicas o jurídicas, responsables por conductas lesivas al medio ambiente (art. 225, § 3º, art. 173, § 5º); e) la fiscalización del ejercicio de la actividad económica (art. 174).

Hay toda una lógica constitucional en los dispositivos mencionados. Obviamente que el daño ambiental no es el deseo de ninguna norma, especialmente de la Constitución. Por ello, existen normas y principios que indican la dirección de acciones preventivas.

La planificación ambiental es de extrema importancia y debe ser de responsabilidad de todos, especialmente del Poder Público (Federal, Estadual o Municipal)²³.

Además, es necesario que el Estado haga actuar su poder de policía, y el Ministerio Público fiscalice igualmente al Estado e incluso que la sociedad civil organizada sea una asociada en la administración de los conflictos ambientales.

También aquí aparecen grandes conflictos. En la aplicación de penalidades, de sanciones es necesario que el Administrador Público respete las garantías constitucionales de la ciudadanía, respete el “*debido proceso legal*”, respete, en una palabra, la legalidad.

Al ser penalizado con una sanción ambiental es derecho del emprendedor cuestionar si la misma deriva de la ley. Es sabido y consabido que “nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de ley” (art. 5º, II de la CF).

Es muy común, la existencia de normas de protección ambiental de origen infra-legal, tales como, reglamentos, decretos, resoluciones, porterías, decenas de exigencias normativas.

22. “Curso”, *Ob. cit.*, p. 632.

23. En ese sentido opera por ejemplo, la zonificación ambiental, instrumento que debe estar previsto en el plan director la educación ambiental (art. 225, VI de la CF); una política tributaria que pueda orientar las actividades al objetivo de la preservación ambiental y, por otra parte, el licenciamiento ambiental (en el sentido amplio, y del cual forman parte, el EIA, el RIMA, el RAIAS y la Licencia propiamente dicha), como el más importante procedimiento administrativo de control del Poder Público para controlar las acciones y proyectos incidentes en el medio ambiente.

No es raro que en ese enmarañado de normas ambientales, encontremos normas inválidas, ya sea porque no posean fundamento o amparo en la ley, o en virtud de la imposibilidad de disciplinar a la material por un acto infra-legal, o incluso situaciones donde los “reglamentos”, extrapolan la fiel ejecución de las leyes.

Del mismo modo, como decíamos, es fundamental comprender que la Administración Ambiental debe garantizar a los administrados, a los emprendedores, en fin, a todos los que participan del procedimiento administrativo, la amplia defensa, el contradictorio, con “los medios y recursos inherentes a la misma” (art. 5º, LV da CF), tanto en situaciones de prevención, de reparación (acciones reparadoras), como en casos de represión a daños ambientales²⁴.

En ese diapasón, también parece importante recordar el principio de la información, el principio de la participación, como instrumentos imprescindibles para otorgar validez a todos los procedimientos ambientales.

IV. LA NECESIDAD DE LA PONDERACIÓN DE VALORES LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DERECHO DE PROPIEDAD CON FUNCIÓN SOCIAL

A pesar de la existencia de un verdadero acuerdo social- mundial- acerca de la necesidad de la preservación de la naturaleza, de la flora, de la fauna, en fin, de los ecosistemas, el Derecho aún no incorporó totalmente los límites posibles de la intervención del Hombre en ese escenario. Es decir, en el aspecto de la apropiación y manejo de esos recursos naturales surgen incontables dificultades jurídicas, ya sea en virtud de la ausencia de un marco legal claro -en ciertas situaciones- o por la razón opuesta- por una gama de normas jurídicas de diversos niveles del Estado.

Es cierto que la continuada intervención desordenada del Hombre en la flora y en la fauna y el crecimiento urbano desordenado han generado la necesidad del Estado de intervenir y regular, cada vez más, el uso de esos recursos ambientales, y al regularlos, surgen incontables dudas, involucrando, por ejemplo, el derecho de propiedad.

En ese aspecto, se inserta la temática de las limitaciones impuestas a los particulares para atender a intereses de la colectividad, especialmente a las restricciones a que los mismos están sometidos, teniendo como contrapartida la preservación de áreas urbanas de interés ambiental o ecológico.

La doctrina brasileña, inspirada por la francesa, siempre sostuvo que ante estas hipótesis, en gran medida, estaríamos ante *limitaciones administrativas*. Y las limitaciones administrativas siempre se caracterizaron como una intervención del Estado que condiciona los derechos de dominio del propietario, independientemente de cualquier indemnización²⁵.

O incluso, siguiendo el derecho francés, conforme señala el Profesor Caio Tácito²⁶:

24. Se debe recordar la inmensa gama de acciones de que dispone el Estado para actuar en ese sentido. El control represivo ocurre, por ejemplo, a través de penalidades, actos punitivos, multas, pérdida de incentivos y beneficios fiscales, suspensión y reducción de actividades, y otras como embargos de obras, interdicción de actividades y el cierre del establecimiento, medidas genéricas del poder de policía. Generalmente se realiza el control preventivo a través de actos administrativos discrecionales y vinculados, como las autorizaciones, la licencia, los permisos y las concesiones. En los casos de actividades con potencial agresivo a la salud pública, existe la necesidad del EIA-RIMA.

25. En ese sentido, inter-plures, cotejar Diógenes Gasparini, *Curso de Direito Administrativo*, 11ª Edición, Saraiva, p. 423.

26. *Temas de Direito Público* (Estudos e Pareceres), 2º Volumen, Ed. Renovar, Rio, 1997, p. 1733.

“Las servidumbres administrativas presuponen la subsistencia del derecho de propiedad, al cual sólo imponen limitaciones. Si por lo tanto, el acto lleva a la indisponibilidad del bien, se genera, para el administrador, la carga de adquirir o desapropiar la propiedad alcanzada”.

Surge sin embargo, hace algún tiempo, la idea según la cual el Derecho ambiental urbano puede representar, para atender al interés de la colectividad, igualmente restricciones al particular, pero restricciones que tendrían que ser soportadas teniendo en vista la preservación de dichas áreas urbanas de interés ambiental o ecológico²⁷.

La autora mencionada sostiene, además, con fundamento en la función social (ambiental) de la propiedad, la ausencia del deber de indemnizar áreas urbanas de preservación permanente.

Trae además el magisterio de Paulo Affonso Leme Machado, para quien “las áreas de preservación permanente limitan constitucionalmente el derecho de la propiedad, recordándose siempre la función ambiental de la propiedad (art. 170, VI, CF). Así, no hay necesidad de desapropiar el área de preservación permanente, pues la misma no impide totalmente el ejercicio del derecho de propiedad. Es un cargo social la restricción de ser conservado ése o aquél bien (por ejemplo: Una duna, una marisma etc.), Limitándose, por ejemplo, el derecho de construir. Pero otros derechos (por ejemplo, el de cosechar los frutos) persisten.

Por otro lado, ante la generalidad de la limitación al derecho de propiedad, la misma no es indemnizable, siendo, por lo tanto, gratuita²⁸.

No queda duda que el derecho de propiedad hoy ya nace jurídicamente trazado y marcado por su *función social*. Su ejercicio, solo es concebible marcado por ese principio. Todavía, y en el mismo diapasón, al no ser posible siquiera concebir el derecho de propiedad como en el liberalismo clásico; sin embargo, ese principio de ningún modo tiene la capacidad de disminuir o ni siquiera anular a otro, que es exactamente la plena indemnizabilidad del daño (justa indemnización)²⁹.

La cuestión se vuelve más sensible todavía cuando empezamos a analizar otras condicionantes que pueden incidir sobre la problemática. De hecho, no se deben confundir las hipótesis que dan causa a la desapropiación (directa o “indirecta”), de la presencia e institución de limitación administrativa.

Con total procedencia la lección de José Carlos de Moraes Salles³⁰ al afirmar:

“Ya se ve, por lo tanto, que la limitación administrativa se distingue, claramente, de lo que se convencionó llamar desapropiación indirecta o, incluso, apoderación o desapoderación administrativa. Ésta, como se sabe, se trata de acto ilícito del Poder Público, que, en vez de utilizar el instituto constitucional de la desapropiación, mediante el debido proceso legal, ocupa unilateralmente el bien de propiedad privada, sin pagar la justa y previa indemniza-

27. Nesse sentido, inter-plures, se otorga “O Direito Ambiental Urbano como Excludente do Dever de Indenizar do Estado”, de Jacqueline Maria O Do Couto e Silva, IN *10 Anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*, obra organizada y editada por Antonio Herman Benjamín en 2002.

28. Apud, Jacqueline, *Ob. cit.*, p. 428

29. Es evidente que la justa indemnización no se concibe sólo en los casos de desapropiación (directa o indirecta), pero siempre que haya daño, compresión o restricción específica al derecho de propiedad. Ya el ejercicio regular de la actividad de protección ambiental aunque limitando el espacio urbano se puede caracterizar por una limitación de carácter general, no configura, por sí solo el derecho a la indemnización. Es posible tomar los casos rutinarios de la legislación de zonificación, restricciones al derecho de construir, protección de manantiales, de bosques, etc.

30. “Desapropiación en áreas forestales: Aspectos doctrinarios contemporáneos”, LEX 239.

ción de que habla la Constitución Federal (art. 5º, inciso XXIV) y sin el consentimiento del propietario. Transfiere, pues, a este último las costas de la desapropiación, obligándolo a ir a juicio para exigir la indemnización debida. Se invierten, por lo tanto las posiciones: El expropiante, que debería ser el autor de la acción expropiatoria, pasa a ser reo de la acción indemnizatoria; el expropiado, que debería ser reo de la expropiatoria, pasa a ser autor de la indemnizatoria”.

Existe además la necesidad de saber, según el mismo autor mencionado, si en las acciones que tienen como objeto la indemnización resultante de un posible vaciamiento o compresión al contenido económico de la propiedad, generado por las mencionadas restricciones legales y constitucionales impuestas al propietario en lo referente a las áreas de preservación permanente, tienen el carácter de desapropiación indirecta o derivan, simplemente, de pérdidas causadas por la imposición de limitaciones administrativas.

La cuestión no es tan simple como parece, y aparentemente han recibido tratamiento mayoritario de la jurisprudencia, que prefiere en muchos casos, vislumbrar la hipótesis de desapropiación indirecta³¹.

Nos parece que el criterio que acepta ampliamente el carácter indemnizatorio en las limitaciones administrativas a la propiedad, desde que impida, comprima o reduzca el ejercicio del derecho de propiedad (es decir, con función social), es el mejor. Es evidente que existen limitaciones (de carácter general), no indemnizables como han demostrado ampliamente la doctrina y los Tribunales.

Por fin quisiera observar que esa cuestión- de la protección del medio ambiente y el derecho de propiedad y temas relacionados, es un tema que ha preocupado a todo el mundo.

V. UN CASO PORTUGUÉS -LA CONTRIBUCIÓN DE CANOTILHO-

En Portugal, J.J. Gomes Canotilho³² nos ofrece un excelente opúsculo sobre el tema, que se inicia con comentarios a la decisión judicial de determinada acción movida por el Ministerio Público portugués en vista de propietarios de área rural que pretenden prohibirles ejercer en determinada área, de su propiedad, el cultivo de determinado grano -arroz- en virtud del daño ecológico de toda la región -según alega-.

El área serviría también de abrigo de garzas, de aves acuáticas migratorias y especies raras, refugio de nutrias, animales en extinción en el continente europeo. De ese modo, la “deseccación” del terreno, aunque sea por períodos limitados, afectaría irremediamente el equilibrio ecológico de la zona, deteriorando el “*habitat*” de algunas de las poblaciones del biotipo y provocando su desaparición.

También en ese interesante caso, se articularon en juicio las siguientes tesis centrales³³:

1. Entre la protección del ambiente (interés público) y la propiedad (intereses meramente privados), deberá prevalecer el primero que es superior. Entre el primero y el segundo, los reos deben soportar la mera limitación al derecho de propiedad, no obstante el eventual derecho a la indemnización;
2. En el choque de derechos con dignidad constitucional, la natural superioridad del interés público sobre el interés privado debería resolver la cuestión;

31. Es el caso de reservas forestales y de la prohibición de corte raso de vegetación.

32. *Protecção do Ambiente e Direito de Propriedade* (Crítica de Jurisprudência Ambiental), Coimbra Editora, 1995.

33. Se recoge, de la obra mencionada de Canotilho, lo que, desde nuestro punto de vista (y no de ese autor) son los argumentos centrales. No hay, aquí, cualquier juicio de procedencia o secuencia en la relación presentada.

3. El derecho del ambiente, que tiene a ver con los derechos o intereses difusos, debe ser encarado en su globalidad, como un todo armónico, donde la protección de la fauna y de la flora tiene que ver también con los intereses vitales del Hombre, no siendo posibles compartimentaciones artificiales en este dominio;

4. El constitucionalmente consagrado derecho al ambiente siempre deberá ser analizado en dos vertientes muy diferentes: El equilibrio ecológico de efecto inmediato en la vida humana y el equilibrio ecológico relativo a la fauna y a la flora. Obviamente que son dos vertientes distintas por su misma naturaleza- siendo la segunda vinculada a la primera, que asume, por ello, un peso mucho mayor.

Ya en los comentarios a esa decisión, Canotilho, en la misma obra, anota:

1. Con relación a la cuestión del “privilegio agrario”:

- a) El uso de los suelos para fines económicos y agrarios debe estar sujeto, como cualquiera otro uso, a las prescripciones normativas referentes a la protección de la naturaleza, al equilibrio ecológico, a la preservación de la vida salvaje y de los biotipos y nichos tróficos indispensables a esta preservación;
- b) El uso agrícola de los suelos no se debe equiparar, sin embargo, a los demás usos- industriales, urbanos- especialmente cuando ese uso no implica transformaciones cualitativas de los métodos de explotación habitualmente utilizados;
- c) Consecuentemente, existe una ínfula *-juris tantum-* de conformidad del uso agrícola de los suelos con los preceptos ambientales de protección del equilibrio ecológico cuando ese uso obedece a las prácticas habituales y corresponde a una adecuada ordenación económica y territorial.

Y más adelante, dice el profesor lusitano:

...Se desconoce si en el caso concreto se procedió a la evaluación del impacto ambiental, limitándose el Auto a referir estudios.... Por otro lado, la exigencia de estudios de impacto ambiental implican la indispensabilidad de la prueba, en cada caso concreto, de la existencia de una intervención perturbadora de *habitats* naturales y de especies.....

Al admitirse que la prohibición de la desecación de terrenos para el cultivo de arroz constituía, *in casu*, una medida indispensable para la preservación de especies salvajes y de biotipos naturales especialmente protegidos, se coloca el problema de saber si la privación del uso del suelos, o, si se prefiere, su limitación, constituye o no una *mera limitación de la propiedad* sin cualquier relevancia indemnizatoria, o, si, por el contrario, existe aquí una *imposición autoritaria de naturaleza ablatoria* (casi-expropiadora) merecedora de compensación. La primera orientación indicará inequívocamente la idea de una *función ecológica* del derecho de propiedad, siendo irrelevante saber si esta función es hoy una función autónoma o si es aún reconducible a la clásica *función social de la propiedad*. La idea de restricciones a la propiedad derivadas de la *situación específica* de ésta (*Situationsgebundenheit des Grundeigentums*, de que habla la doctrina germánica) lleva a una parte de la doctrina y de la jurisprudencia a sostener la falta de dignidad indemnizatoria de “vinculaciones sociales inmanentes” justificadas por la protección de la naturaleza. Ésta es, también, la línea argumentativa central de todos los Autos transcritos anteriormente...

La pregunta que se debería hacer era, por lo tanto, ésta: ¿La prohibición de la desecación de terrenos se refería a un área de la Quinta do Taipal que nunca había sido explotada, permaneciendo, en la práctica, como cenagal o zona húmeda, o a suelos que ya anteriormente habían sido afectados al cultivo del arroz a través del método de la desecación? Como fácilmente se intuye, la idea de vinculación social resultante de la función ecológica de la propiedad tiene alguna razonabilidad en el primer caso pero ya asumió contornos marcadamente ablatorios en el segundo.

La doctrina y la jurisprudencia prefieren métodos concretos de equilibrio de derechos e interés (*ad hoc balancing*), en la doctrina y jurisprudencia norteamericana. Con efecto, *a priori* y en abstracto, es jurídicamente incorrecto decir que el derecho al ambiente “pesa”, “vale más” o es “más fuerte” que el derecho de propiedad o el derecho de iniciativa privada.

Nos parece también metódicamente frágil -y de eso se dio cuenta la declaración de voto constante del segundo fallo del Tribunal de Relación- la distinción entre *derechos subjetivos públicos* y *derechos subjetivos privados* para, dentro de la lógica de jerarquía de derechos que se acaba de criticar, se concluye por la superioridad o prioridad de los primeros sobre los últimos. Salvo el debido respeto, el problema colocado en estos términos está claramente mal colocado. En un primer momento, el Auto parece indicar un choque de los dos derechos fundamentales cuya titularidad solo puede ser, en primera línea, la de individuos o personas colectivas privadas: El derecho al ambiente, por un lado, y el derecho de propiedad por otro. *En ambos casos se trata de derechos fundamentales constitucionales de naturaleza económica, social y cultural, garantizados con el mismo título y la misma “fuerza” por la Constitución de la República de 1976.* Esto es reconocido expresamente por el mismo Auto....

En este fin de milenio parece indiscutible que las exigencias de protección del ambiente natural o construido (“protección de la naturaleza”, “protección del patrimonio cultural”), vienen a colocar (o “recolocar”) dos problemas de particular importancia: (1) El de las relaciones recíprocas entre la garantía institucional de la “propiedad” y del derecho fundamental de la propiedad, por un lado, y el de la protección del ambiente por otro; (2) el de la conformación jurídica de estas relaciones por parte del legislador y por los tribunales.

La primera idea a ser realizada es la del refuerzo de la vinculación social de la propiedad por motivos ecológicos³⁴. Esta tendencia se dibuja con nitidez desde los fines de los años sesenta. La intensificación de los vínculos incidentes sobre la propiedad obliga, sin embargo, a nuevos esfuerzos dogmáticos en el sentido de saber en qué casos debe soportar el propietario “medidas de autorización de compresión ecológica” sin cualquier derecho a “compensaciones patrimoniales”. Es en este contexto que se sitúa la reciente fórmula de la juspublicística alemana: “Determinación del contenido de la propiedad con el correspondiente deber de indemnización”.

El concepto de “delimitación del contenido con el deber compensación” busca también resolver otro complejo de cuestiones relacionadas con la indeseable dilatación del concepto de *expropiación generadora de indemnización*. Como se sabe, la doctrina busca sugerir algunos criterios para solucionar el problema. Recordemos las teorías más conocidas: “Teoría del sacrificio especial”, “teoría de la gravedad de la lesión”. Todas esas construcciones teóricas están en la base de la conocida “teoría del sacrificio” y de la responsabilidad del Estado por actos lícitos.

El concepto de “delimitación del contenido con el deber de compensación” busca también responder a otro complejo de cuestiones relacionadas con la indeseable dilatación del concepto de *expropiación*. Con el objeto de salvaguardar el deber de compensación, la doctrina pasó a recurrir a la idea de “intervención expropiatoria” o “casi expropiatoria” para dar amparo indemnizatorio a “compresiones de la propiedad” no reconducibles, en rigor a la figura de la “expropiación”. El concepto de “casi –expropiación” o de “ablación casi-expropiativa” colocaba, en verdad, este incontornable dilema: o la intervención “casi expropiativa” es una “expropiación material” sin observación del *due process* expropiatorio y, en ese caso, tenemos un acto inconstitucional o ilegal (que, como tal, puede ser impugnado), o la intervención era diferente de la expropiación, pero constituía, de cualquier modo, una compresión económicamente significativa del derecho de propiedad y, por consecuencia, impositiva de un sacrificio digno de resarcimiento.

34. Tal como también viene ocurriendo en Brasil.

La presión generada por el “movimiento ecológico” ha llevado a considerar las medidas de garantía y preservación de la naturaleza (“definición legislativa de la reserva ecológica”, “delimitación de zonas protegidas”, “prohibición de uso agrícola de los suelos”, “prohibición de pesticidas”) como medidas concretizadoras de la vinculación social de la propiedad, teniendo en cuenta la situación y condicionalismo de los bienes inmobiliarios (“dependencia de la situación”).... En estas aguas parecen navegar los dos Autos de la Relación de Coimbra.

Para evitar las consecuencias perturbadoras que la “causa ecológica” puede venir a tener en la ordenación constitucional de los bienes, algunas legislaciones recientes tienen preceptos explícitos en lo que se refiere al deber de indemnización en caso de ingerencias o intervenciones de los poderes públicos impositivos de cambios o alteraciones en la conformación y uso de los suelos que signifiquen restricciones significativas en cuanto a la explotación y economía de los mismos.

Decir, en un caso concreto, si la intervención autoritativa en cuanto a la “prohibición de alteración del uso de los suelos” implica indemnización en el caso de impacto significativo en la economía agraria de los particulares, o verificar, teniendo en cuenta la “vinculación a la situación ambiental de la propiedad”, si existe una delimitación-restrictiva generadora de compensación o sólo una delimitación de un vínculo ecológico en relevancia indemnizatoria, son tareas ineludibles del balanceo (o ponderación) de intereses operado por las instancias jurisdiccionales”.

Las lecciones doctrinarias traídas a colación son, además de extremadamente claras, totalmente aplicables a la realidad brasileña. En el momento en que hay radicalizaciones en la tema del medio ambiente, es útil ponderar que no hay valor constitucional aislado. Ningún principio, o norma constitucional, es estrella solitaria en esa inmensa constelación que es el sistema jurídico.

Pero la lección transcrita en nada aleja la evidencia y la solidez de que la función social ambiental deba ser reconocida como una importante conquista de la ciudadanía a conformar e imantar el instituto de la propiedad, tal como concebido en el siglo XXI.

También es reconfortante saber que los problemas por los que pasamos no son únicos.

Otras Naciones y pueblos también tienen, felizmente, mucho a aportar para el intercambio de experiencias, algo que es siempre saludable en la ciencia jurídica. Jamás para simplemente adoptar o adherir, ésa o aquella solución sin demorada ponderación, pero para, en lo posible, respetándose integralmente la realidad y la cultura nacional, servirse de lo que es común a todos, incluso porque, en materia ambiental, no hay fronteras físicas (Sérgio Ferraz), pero lo que debe presidir su conocimiento es el compromiso para las presentes y futuras generaciones -la preservación del medio ambiente- como única forma posible de alcanzar en lo posible, una sana calidad de vida humana.

Los derechos fundamentales en el Estado Social y el Derecho Administrativo Constitucional

*Jaime Rodríguez-Arana
Catedrático de Derecho Administrativo
Presidente de la Sección Española del
Instituto Internacional de Ciencias*

Resumen: *Se analiza, en el presente estudio, el rol que desempeñan los derechos fundamentales en el Estado social, desde la perspectiva del Derecho Administrativo. De esa manera, se concluye en la necesidad de dar un nuevo rumbo al Derecho Administrativo, el cual debe girar, no ya sobre la prerrogativa o privilegio administrativo, sino sobre los derechos fundamentales que se erigen, además de en presupuestos de su actividad, en el punto final de su itinerario.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL
- III. EL INTERÉS GENERAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- IV. ESTADO-SOCIEDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL
- V. REFLEXIÓN FINAL

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales constituyen la esencia misma del régimen constitucional¹ y acompañan, lógicamente, a la definición del artículo 1.1. de nuestra Constitución del “Estado social y democrático de Derecho”.

La combinación o, mejor, la interrelación entre derechos fundamentales y Estado social de Derecho permite, a mi juicio, avanzar algunas consideraciones sobre la operatividad de un nuevo Derecho Administrativo que, obviamente, trae su causa de los parámetros y principios constitucionales, pues como sentenciaría el juez Werner el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado.

La Constitución de 1978 ha producido evidentes impactos sobre los pilares de nuestro Derecho Administrativo² llegando, en mi opinión, al establecimiento de un Derecho Administrativo Constitucional presidido precisamente por una necesaria interpretación del interés general en armonía con los valores constitucionales.

1. STC 34/1986 de 21 de febrero.

2. *Ad. exemplum*, Vid. R. Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1986, pp. 30 y ss; F. Garrido Falla, *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo*, Madrid, 1982, y, también el prólogo al vol. I del *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1985; L. Morell Ocaña, “El Criterium de la Administración Pública y el Derecho Administrativo Contemporáneo”, *REDA*, n° 29; P. Escribano Collado, Crisis de los conceptos de Administración Pública y de Derecho Administrativo, *REDA*, n° 37, L. Parejo Alfonso, *El Concepto del Derecho Administrativo*, Caracas, 1984.

El artículo 103 de la Constitución española comienza señalando que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”. Es decir, esos intereses generales que vienen definidos por la efectividad de los derechos fundamentales en el Estado social constituyen la razón de ser de la Administración Pública.

El Derecho Administrativo Constitucional³, aunque pueda resultar en principio algo sorprendente, está llamado a garantizar los derechos fundamentales. Es más, como intentaré demostrar, es lógico que así sea puesto que el propio interés general se dirige hacia la efectividad de los derechos fundamentales. Además, la definición del Estado social en clave dinámica se opone al intento del Estado por apropiarse de la sociedad, de forma y manera que la nueva funcionalidad del Derecho Administrativo Constitucional debe buscarse en el necesario reforzamiento y promoción de los derechos fundamentales en el marco de una acción combinada Estado-Sociedad.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL

Los derechos fundamentales han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. Las normas que los regulan, unidas a las que definen el sistema económico y a las que articulan el modelo de Estado constituyen, sin duda, la parte de la Constitución de la que se deduce el modelo constitucional de Sociedad⁴.

En su origen, los derechos fundamentales se concebían como auténticos límites frente al poder político. Es decir, “imponían un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado”⁵. Esta dimensión de los derechos fundamentales era la lógica consecuencia del establecimiento de los postulados del Estado liberal de Derecho “en el que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana en su estricta dimensión individual”⁶. Por eso el Derecho Público al regular los diferentes intereses colectivos debía contar siempre con un ámbito vedado a su actuación.

Sin embargo, el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social ha traído consigo una nueva dimensión del papel y de la funcionalidad de los derechos fundamentales. Nueva orientación que encuentra su apoyo en la superación de la férrea y anacrónica entre Estado y Sociedad. Ya no son, los derechos fundamentales solamente meras barreras a la acción de los Poderes públicos. Más bien, se configuran como “un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los Poderes Públicos”⁷. En otras palabras, el Derecho Público del Estado Social debe orientarse hacia su realización efectiva. Este punto de vista explica por sí sólo el profundo impacto que están sufriendo las instituciones del Derecho Administrativo como consecuencia de la adecuada interpretación que deba hacerse de los intereses generales en cada caso. Interpretación que está, como veremos, profundamente conectada a la efectividad de los derechos fundamentales como tarea suprema del Estado Social en general, y de la Administración pública en particular.

En el Estado liberal, por otra parte, los derechos fundamentales se concebían, ya se ha comentado, a partir de la idea de garantizar un ámbito personal frente al Estado. Sin embargo, progresivamente ha ido cobrando fuerza la opinión, ya consolidada en la jurisprudencia constitucional alemana y española, de la incidencia de los derechos fundamentales, no sólo frente

3. Las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional son verdaderamente estrechas. Sirvan de testimonio las célebres frases de Mayer: “El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece” o de Werner: “El Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado”.

4. A. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1986, p. 19.

5. E. García De Enterría, “La significación de las libertades para el Derecho Administrativo”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1981, p. 116.

6. E. Pérez Luño, *Op. cit.* p. 20.

7. E. Pérez Luño, *Op. cit.* p. 21.

a los Poderes Públicos, sino, también, en el marco del Derecho Privado y de las relaciones jurídicas privadas⁸. Por eso, como señala Pérez Luño, la “Drittwirkung” hace necesaria la actuación de los poderes públicos encaminada, como señala el artículo 9.2 CE, a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y a “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”⁹. Es decir, la Administración cumple su función constitucional en la medida que facilite y promueva el ejercicio libre y solidario de los derechos fundamentales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

Otro elemento, de carácter general, que ayuda a una comprensión de los derechos fundamentales en el Estado Social se encuentra en la aparición de los denominados “derechos económicos y sociales”. En principio podría parecer que con esta denominación se trata de diluir el valor de la libertad en detrimento del elemento igualdad. Pienso que estos derechos tienen una función que se encuentra al servicio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad. Así, el polémico binomio libertad-igualdad no se encuentra en franca oposición. Se complementa, eso sí, al servicio del pleno desarrollo de la subjetividad humana. Es más, me atrevería a afirmar que para que la libertad sea real, debe ser esencialmente solidaria.

Nuestro Tribunal Constitucional ha precisado con claridad el alcance y la trascendencia de los derechos fundamentales como elementos “clave” del Ordenamiento jurídico.

Así, por sólo citar algunos de sus pronunciamientos más importantes, resulta que constituyen “la escena misma del régimen constitucional”¹⁰, “son de aplicación directa, sin que sea necesaria para su efectividad un desarrollo legislativo”¹¹, “son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”¹² o, también, como ha señalado solemnemente la sentencia de 14 de julio de 1981: “La Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto”.

Afirmaciones, todas ellas, que responden, desde un punto de vista objetivo, a erigir a los derechos fundamentales como elementos esenciales sobre los que debe apoyarse el Ordenamiento jurídico en su conjunto¹³. Subjetivamente, tienden a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social¹⁴.

8. Esta corriente doctrinal se la conoce por la expresión alemana “Drittwirkung der Grundrechte”. Recientemente ha aparecido una monografía en nuestro país de J. García Torres y A. Jiménez Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986, a la que nos remitimos “*in totum*”.

9. E. Pérez Luño, *Op. cit.* p. 23.

10. STC de 21 de febrero de 1986.

11. STC de 17 de mayo de 1983.

12. STC de 11 de abril de 1985.

13. La STC de 14 de julio de 1981 señala en este sentido que los derechos fundamentales “son elementos esenciales de un Ordenamiento objetivo de la Comunidad Nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”.

14. E. Pérez Luño, *Op. cit.* p. 22. En este sentido donde una perspectiva subjetiva, la citada STC de 14 de julio de 1981: “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un “status” jurídico o la libertad de un ámbito de la existencia.

Los derechos fundamentales, desde la óptica subjetiva, ponen de manifiesto que “el mantenimiento de la libertad se erige en fin del mismo Estado”¹⁵. Lo cual, además de evitar las interferencias del Derecho Público en este sentido demanda una actitud positiva del legislador que “haga posible la realización de dicho fin y asegure en la práctica su efectividad”¹⁶. Principio de efectividad que es una de las auténticas manifestaciones de la “*vis expansiva*” de la interpretación de los derechos fundamentales y que se encuentra reconocido en el art. 9.2 de nuestra Constitución:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

El Derecho Público, por tanto, encuentra su razón de ser constitucional en la promoción de los derechos fundamentales ya que como señala también el artículo 10.1 CE “la dignidad de la persona”¹⁷, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En otras palabras “el artículo 9.2 de la Constitución es un precepto que compromete la acción de los Poderes Públicos”¹⁸, lo cual explica que, como señala García de Enterría, la operatividad de los derechos fundamentales se dirija hacia la organización de prestaciones positivas del Estado a favor del ciudadano “que hagan permanentemente posibles su existencia, su libre desarrollo y el mantenimiento de su papel central en el sistema”¹⁹.

Desde esta perspectiva, Doehring ha podido afirmar que la cláusula del Estado Social en la Ley Fundamental Alemana equivale al establecimiento de “la oportunidad del libre desarrollo del ciudadano en la Sociedad”²⁰. En nuestro país, el citado artículo 10.1 CE señala también con claridad que la paz social se fundamenta en el libre desarrollo de la personalidad. Ello equivale, a mi juicio, a afirmar que el Estado Social debe tener muy presente en su actividad que se promueva el desarrollo de la persona en libertad en la sociedad.

Normalmente se ha conectado la idea del Estado Social a la tarea de ayudas sociales. Sin embargo, como señala Doehring este sistema de ayudas sociales “no descansa en una configuración del Estado o de la Sociedad, sino precisamente en su fracaso”²¹ y se deduce de la misma pertenencia del individuo al Estado”²².

15. E. García de Enterría, *loc. cit.* p. 118.

16. E. García de Enterría, *loc. cit.* p. 118, sigue diciendo que “al lado de la obligación tradicional de no hacer, la estructura técnica de la libertad grava hoy al Estado con obligaciones accesorias de hacer (BRAUD) para hacer eficaz esa libertad que la sola abstención ya no asegura en una sociedad menesterosa y escasamente autosuficiente.

17. Sobre el papel de la dignidad de la persona en relación a los derechos fundamentales, *vid.* el libro de J. González Pérez, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, especialmente pp. 96 y ss.

18. STC de 31 de marzo de 1986. Además, sobre este precepto constitucional ya existe una abundante jurisprudencia del TC: STC de 13 de febrero de 1981, de 16 de marzo de 1981, de 8 de abril de 1981, de 2 de julio de 1981, de 25 de enero de 1983, de 27 de junio de 1985... *vid.* también la STC de 27 de junio de 1984 (A. 4646) sobre la función promocional de los Poderes Públicos.

19. García de Enterría, E., *loc. cit.* p. 119. También, *vid.* L. Parejo Alfonso, *El Concepto de Derecho Administrativo*, Caracas, 1984, p. 210, 213 y 226.

20. Sozialstaat Rechtsstaat und Freinheitlich-Demokratische Grundordnung, en *Die Politische Meinung*; traducción de J. Puente Egido, en *El Estado Social*, varios, Madrid, 1987, p. 157.

21. *Op. cit.* p. 158.

22. *Vid.* Geck, W.K. *Diplomatischer Schutz*, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd., I, 1960, p. 381 o K. Doehring, *Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes*, 1959, p. 46.

No es, por tanto, la nota esencial al Estado Social, sino un deber ya proclamado con mucha anterioridad²³.

El artículo 10.1 CE concibe el libre desarrollo de la personalidad como uno de los fundamentos del orden político y de la “paz social”. Por tanto, el Estado Social debe posibilitar a cada persona adoptar decisiones individuales en un contexto solidario. Se trata, pues, de garantizar la “igualdad de oportunidades”²⁴: igualdad de todos los españoles ante la Ley con garantía de los mismos derechos fundamentales, lo cual puede conseguirse a través de la participación de los ciudadanos, con los mismos derechos fundamentales, en el control inmediato del funcionamiento del sistema político al servicio del interés general.

Así, a través de esa participación social en la responsabilidad y en la toma de decisiones, el hombre puede llegar a realizarse como personalidad propia y, esto es decisivo, esa realización personal solidaria le permite desempeñar mejor su papel en la Sociedad. La conclusión aparece clara: cuánto más se potencien las facultades particulares y propias de cada persona desde la solidaridad así la Sociedad se beneficiará de ello en mayor o menor medida. A todo ello no debe ser ajeno, lógicamente, el legislador ni la Administración, tal y como se deduce de lo dispuesto en el artículo 53.3 de nuestra Constitución.

La tarea de previsión social, de ayuda social que debe realizar el Estado social pienso que no se consigue exclusivamente a través de la promoción de la “igualdad”. La experiencia de los países colectivistas así lo evidencia²⁵. El Estado de bienestar estático confirma el fracaso de construir las expresiones de la política subvencional en principio y fin de sí mismas. En cambio, desde la perspectiva estática, estas ayudas son puntos de partida o presupuestos para el ejercicio de la libertad solidaria por los ciudadanos.

El Estado debe, en primer lugar, fomentar el pleno desarrollo personal solidario de los ciudadanos. A esa finalidad debe ir encaminada la ayuda estatal. Por eso, pienso que es acertado el diagnóstico de Doehring: “el desarrollo de la persona en libertad es la base del Estado Social”²⁶. De ahí que el deber del Estado para prevenir la necesidad individual sea una consecuencia del entendimiento, aquí propuesto, del Estado Social porque “el valor de la libertad se capta cuando ha sido perdida”²⁷ y ante situaciones de esta índole el Estado debe actuar para asegurar la propia libertad personal.

Es decir, invertir en libertad desde el Estado facilita la consecución del Estado Social. Cuanta mayor dosis de pleno desarrollo personal consiga el Estado, mayor armonía social, siempre desde la perspectiva del concepto de la libertad solidaria.

También es útil la referencia a la igualdad como prohibición de la arbitrariedad tal y como señala la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán²⁸ pues, según Doehring, trae consecuencias para el concepto de libertad ya que ésta existirá “en cuanto su ejercicio no

23 . Como señala Doehring (*Op. cit.* p. 159) respecto a la Ley Fundamental de Bonn, la noción de Estado Social no se reduce a la “mera igualdad” sino a la realización de la igualdad de oportunidades, que prevalece sobre la mera igualdad. Para este autor la igualdad de oportunidades no supone necesariamente la igualdad de oportunidades retributivas sino que dicha igualdad se haya vinculada a la libertad: “la oportunidad del propio desarrollo en la libertad lleva necesariamente a la posibilidad de una decisión personal que permita elegir individualmente los valores que realicen esa vida personal...” (p. 166).

24. Doehring, *Op. cit.* p. 160.

25. Doehring, *Op. cit.* p. 161.

26. Doehring, *Op. cit.* p. 161.

27. BVERFG v. 23-10-1951, BVERFG v. 16-6-1959, BVERFG v. 23-3-1971, BVERFG v. 12-3-1975, BVERFG 39, 169 (196).

28. Doehring, *Op. cit.* p. 165.

conduzca a la arbitrariedad²⁹. Por eso, la igualdad como elemento del “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1 CE) debe entenderse dentro de la libertad. Lo que significa el derecho de los ciudadanos a ser libres del mismo modo³⁰.

Es decir, posibilitar el “libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás” del mismo modo para todos los españoles³¹. Y, esa tarea, supone una tendencia hacia la que irreversiblemente debe adecuarse el interés general y, por ello, el Derecho Público en su conjunto.

De otra parte, la existencia de límites “sociales” en el ejercicio de los derechos fundamentales ayuda a entender su operatividad en el Estado Social. La vinculación de los derechos fundamentales y libertades públicas a los intereses generales precisamente garantiza su existencia³².

Así, por ejemplo, la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 señala que:

“Los derechos ejercitados bajo la presión de la posible eventual limitación, abstractamente existente, no se hacen valer con la misma libertad con la que se utilizan aquellos otros en los que tal previsión no existe. Sin embargo, creemos que esta observación no es decisiva. Los derechos continúan ejercitándose libremente. La libertad no resulta coartada por el hecho de que eventuales medidas correctoras puedan ponerse en práctica, como no deja de haber realidad donde hay margen de riesgo³³”.

Ello porque “existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales³⁴. Estos límites operan, como señalaba antes, además de como elementos constitutivos del mismo derecho, como elementos de robustecimiento. Entre otras razones porque los intereses generales se encuentren orientados precisamente hacia la consecución y hacia el efectivo ejercicio de la libertad personal de todos los ciudadanos en Sociedad³⁵”.

Ahora bien, ni los derechos fundamentales o libertades públicas ni sus límites son absolutos. El principio constitucional de libertad y sus limitaciones precisamente se constituyen en “medios” para alcanzar el orden político y la paz social:

“...los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menor que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja una restricción. Antes

29. Pienso que así debe entenderse el artículo 9.2 CE en su referencia a la “libertad e igualdad del individuo”.

30. Como señala Doehring, *Op. cit.* p. 166, “el fin último de las Democracias Liberales Occidentales que debe ser garantizado por el Estado es “la libertad igual”, es decir, una situación en la que cada uno disponga del mismo grado de libertad.

31. Al decir de Doehring, *Op. cit.* p. 140 “Si el derecho de propiedad no estuviera limitado en su función social, no existiría como tal o lo sería sólo entendido en su globalidad; esto es, como una propiedad del Estado o de la colectividad, en el sentido de los países comunistas”.

32. *Vid.* también sobre el tema, las STC de 29 de enero de 1982 o la de 17 de febrero de 1984.

33. STC de 17 de febrero de 1984.

34. Así por ejemplo, D. Mronz, *Körperschaften und Zwagsmitgliedschaft*, 1933, p. 61.

35. Como señala Doehring, *Op. cit.* p. 137 “únicamente cuando existen tales limitaciones es realizable la libertad individual, esto es, sin ellas dicha libertad no existiría...” o (p. 141): “Puesto que la libertad sin límites se destruye así misma, la limitación a la libertad a la libertad es un elemento integrante de esa misma libertad”.

al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y la paz social” (sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986).

La afirmación de que los límites a las libertades individuales poseen, una elevada dosis de reforzamiento de las libertades pienso que se ilustra, por vía de ejemplo, con las siguientes palabras de Doebling:

“... la garantía institucional en favor de los centros de enseñanza superior beneficia al desarrollo y fomento de la libertad científica individual. El elemento colectivo del quehacer científico común, cual es por ejemplo, el de la investigación y docencia, no es un fin en sí mismo. Los profesores universitarios enseñan a personas y no a colectivos, y son estos individuos los que reciben el beneficio directo de ellos, sólo de modo indirecto resultarán beneficiados los colectivos que éstos constituyen y cuya calidad aumenta o disminuye en función de la de los miembros que los componen. El instituto del derecho de asociación sirve al desarrollo del individuo en armonía con los fines de la asociación ya que el ejercicio de la libertad de esa persona no sería posible sin la existencia de dicha colectividad...”³⁶.

“... el derecho de reunión pacífica permite al individuo hacer valer un voto y con ello dar cauce a la expresión de su opinión, ya que sin esa reunión el individuo no sería escuchado y su opinión carecería de eficacia (...). La institución de la propiedad solamente puede realizarse a través de su función social, que por eso mismo tiene un efecto constitutivo, (...) se diría que el límite fijado por el Derecho Urbanístico en las distancias es el que confiere el derecho a edificar. Si no existiere tal “limitación social” ciertamente el dueño del solar sería libre en su disposición, pero únicamente libre en el primer dispositivo, nada más”³⁷.

En resumen: las limitaciones por motivos sociales o, de interés público si se quiere, potencian todavía más el conjunto de las libertades públicas. De ahí que el sentido de lo que deba entenderse por interés público o general en el Estado Social venga determinado, en última instancia, por una decisión firme del legislador o de la Administración en el sentido de fomentar la “libertad igual”, o libertad solidaria, de los ciudadanos de Sociedad, o lo que es lo mismo, según el artículo 10.1 CE buscar “el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás”.

III. EL INTERÉS GENERAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales “constituyen la esencia misma del régimen constitucional”³⁸, y son “elementos esenciales de un Ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica.

Por ello “dan sus contenidos básicos a dicho Ordenamiento, en nuestro caso al del Estado Social y Democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal (...), son un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente (...), establecen una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna”³⁹.

Los derechos fundamentales, por tanto, se constituyen en pieza clave del sistema constitucional. De ahí que la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 1984 señale con contundencia “el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales”⁴⁰.

36. Doebling, *Op. cit.*, p. 142-143.

37. Doebling, *Op. cit.* p. 144-145.

38. STC de 21 de febrero de 1986.

39. STC de 14 de julio de 1981.

40. En este sentido, García De Enterría, *loc. cit.*, p. 122: “Hoy, el interés público primario es, justamente, el respeto y el servicio de los derechos fundamentales, cuyo libre y pacífico ejercicio es el fundamento mismo del Orden Público (artículo 1 LOP, y aún del orden político entero: el artículo 10.1 de

No se trata de una consideración aislada de nuestro Alto Tribunal. Todo lo contrario. Afortunadamente, la afirmación de que el propio interés general se orienta hacia la protección y reforzamiento de los derechos fundamentales puede decirse que se encuentra perfectamente consolidada en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986, con cita de la de 14 de julio de 1981, señaló:

“... los derechos fundamentales resultan ser elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, reiterando el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales”⁴¹.

Igualmente, la sentencia de 13 de febrero de 1985 estableció que el respeto a los derechos fundamentales consagrados por la Constitución constituye “un componente esencial del Orden público”.

En definitiva, la tarea de protección y promoción de los derechos fundamentales debe ser asumida por el Estado hasta el punto de constituir una de sus principales funciones:

“Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política...”⁴².

Por tanto, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, el Derecho Administrativo Constitucional encuentra en la protección y consolidación de los derechos fundamentales la esencia de su tarea de “servir” con objetividad a los intereses generales” (art. 103 CE).

Se trata, pues, de que el propio Derecho Administrativo Constitucional se oriente hacia la consecución efectiva de la “libertad en igualdad”. Al menos, una aproximación a la “vis expansiva” de los derechos fundamentales en el Estado Social así lo demanda.

El concepto de interés público, o si se quiere interés general, que se suele utilizar como fórmula para limitar derechos fundamentales, en última instancia debe garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.

Pensemos, por ejemplo, en el instituto expropiatorio: la expropiación de un determinado local para instalar un servicio público se dirige hacia el beneficio de los ciudadanos en general⁴³. Si no fuera así, o si se beneficiaran “determinadas personas” de esa expropiación nos encontraríamos con una clara desnaturalización del sentido del interés general en el Estado Social de Derecho.

Es decir, el interés público, el respeto al interés general, es el que permite instaurar el principio de libertad. Por tanto, como señala la sentencia del Tribunal de 12 de diciembre de 1986:

“Tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto se derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 101.1 de la Constitución “como fundamento del orden político y de la paz social”.

la Constitución) y no el objetivo a eliminar para una transpersonalización de éste. La articulación de las libertades públicas individuales con el interés general deberá buscarse en el sistema constitucional mismo y en las Leyes Orgánicas que lo desarrollen (artículo 81.1), y no en ninguna apreciación subjetiva de los funcionarios.

41. En el mismo sentido, la STC de 16 de octubre de 1984.

42. STC de 11 de abril de 1985.

43. *Vid. Doehring, Op. cit.* p. 146.

De ahí que, como sigue diciendo esta misma sentencia:

“resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras (derechos fundamentales) y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción”.

Por ello, al ser los límites a los derechos fundamentales sus principales presupuestos constitutivos, los derechos y libertades fundamentales junto a sus límites se reconducen hacia la eficacia y potenciación de los primeros:

“Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser integrados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”⁴⁴.

Ahora bien, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, el Estado Social de Derecho impide que la propia Administración pública monopolice la asunción del interés general:

“La configuración del Estado como Social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad”⁴⁵

IV. ESTADO-SOCIEDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL

La sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de febrero de 1984, a los efectos que interesan ahora, dispone:

“La interpenetración entre Estado y Sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de Entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante, si bien los grados de intensidad de esta ordenación y de intervención del Estado pueden ser diferentes”⁴⁶.

Todas estas entidades sociales constitucionales tienen asignadas tareas importantes en cuanto a la determinación del interés público, lo cual pone de manifiesto, como señala la propia sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de febrero de 1984, que el interés general ya no se encuentra bajo la titularidad exclusiva de la Administración Pública⁴⁷.

Entonces, esos intereses públicos gestionados por dichas entidades de carácter social también deben orientarse hacia el pleno desarrollo de la “libertad igual”, o libertad solidaria, de sus respectivos miembros.

44. STC de 12 de diciembre de 1986.

45. STC de 7 de febrero de 1984.

46. Así, la sentencia citada hace una enumeración de dichas Entidades de carácter social cuyas actividades ofrecen un interés público relevante: “formaciones sociales con relevancia constitucional (partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales); entes de base asociativa representativas de intereses profesionales y económicos, (entes asociativos o fundacionales), de carácter social y con relevancia pública... entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o interés general”.

47. *Vid.* Meilan Gil, Prólogo al libro de J. Rodríguez-Arana, *La suspensión del acto administrativo*, Madrid, 1986, pp. 28 y ss.

De esta forma, la dinámica de la propia sociedad, en última instancia debida a decisiones personales de sus individuos, se dirige progresivamente hacia una instauración efectiva de los derechos fundamentales en el Estado Social. Ello también demuestra la insuficiencia de la operatividad del propio Estado cuya actividad cobra así un importante carácter de subsidiariedad.

En el fondo, no se trata más que de negar la identidad entre Estado y Sociedad⁴⁸ y, por el contrario, afirmar el importante contenido liberalizador⁴⁹ de una sociedad que se organice hacia la búsqueda del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo en el marco de la solidaridad.

Al Estado no le queda más remedio en el marco del Estado Social, que observar “activamente” el progresivo crecimiento de entes sociales que buscan según la orientación aquí propuesta, la consecución de su respectivo interés público. En la medida que el Estado, no sólo legitime, sino “potencie” la recta orientación de dichas entidades hacia el interés público, estará fomentando el desarrollo de los derechos fundamentales como valores del Estado Social.

En definitiva, el Derecho Administrativo Constitucional o, si se quiere el Derecho Público Constitucional, se encuentra condicionado por el Estado Social. Este, ha quebrado el dogma de la titularidad exclusiva del interés general en manos de la Administración del Estado como señala la doctrina del Tribunal Constitucional. Como consecuencia, y en la medida en que se ponga el acento en la prioridad temporal de los intereses colectivos como elementos determinantes del Derecho Administrativo Constitucional, el Derecho Administrativo en el marco del Estado Social ha adquirido un nuevo compromiso que le diferencia de su operatividad en épocas pasadas. Ahora debe orientarse hacia el pleno desarrollo de los derechos fundamentales en un contexto solidario.

Consecuencia que, según lo aquí expuesto, permite deducirse de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 cuando señala:

“De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, así cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”⁵⁰.

48. La identidad entre Estado y Sociedad arranca, entre otros autores, de Hegel. Así, Barker, E. en *Political Thought in England: 1848-1912*, 1942, p. 66 hace notar, criticando la teoría neohegeliana de F. H. Bradley que en el pensamiento de Hegel la “Sociedad” queda absorbida por el Estado. Además, *vid.*, sobre la operatividad de la identidad entre Estado-Sociedad en los Estados totalitarios: E.W. Böckenförde, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im Demokratischen Sozialstaat der Gegenwart*, ein Festschrift für W. Hefermehl, 1972, p. 17 o R. Stüber, *Die Stadt als soziale und politische Gemeinschaft im entwickelten gesellschaftlichen System des Sozialismus, Staat und Recht*, 1968, pp. 1342 y ss.

49. F. Forsthoff, *Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verrordnung*, en *Der Staat*, Bd. 2, 1963, pp. 392 y ss. señala que los derechos fundamentales entendidos al margen de su sometimiento incondicional al Estado “llevan a una completa remodelación de nuestro Orden jurídico tradicional” y “eliminan el dualismo Estado-Sociedad”.

50. En este sentido, Hesse, K. *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik*, Aeuگز 1978, p. 437 y ss: los derechos fundamentales “determinan, de modo positivo, en cuanto que directrices y factores de incitación, los deberes del Estado y su defensa”. En el mismo sentido U. Scheuner, *Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat*, DÖV, 1971, p. 505.

V. REFLEXIÓN FINAL

La sentencia que acabo de transcribir ofrece dos importantes consideraciones respecto a la operatividad del Derecho Administrativo Constitucional.

Primera: los derechos fundamentales, como fin del orden jurídico y de la paz social (art. 10.1 CE) deben ser asumidos, como elementos centrales del sistema constitucional, por el legislador y la Administración. Esa asunción se ordenará en mayor o menor medida hacia el Estado Social en cuanto obtengan mayores cotas de una libertad que sea ejercitada en las mismas condiciones por los ciudadanos en Sociedad.

Segunda: esa asunción de los derechos fundamentados, además de ser “impulso y línea directiva” que organice el sistema del Derecho Administrativo Constitucional, introduce un elemento quizás sorprendente. El Derecho Administrativo debe “contribuir a la efectividad de tales derechos (...) aún cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”.

Es decir, como “los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico como de cada una de las ramas que la integran”⁵¹, el Derecho Administrativo se encuentra condicionado, en cuanto a su enmarque constitucional, por los derechos fundamentales hasta el punto de que la actividad administrativa en su conjunto debe plantearse, como primer y único fin, hacia la realización efectiva de los derechos fundamentales.

Por otra parte, ya hemos avanzado nuestra opinión sobre el significado de los derechos fundamentados en el Estado Social. Por tanto, el ejercicio de la libertad, principio que se encuentra en la entraña de las libertades fundamentales, ha de ser garantizado en las mismas condiciones a todos los ciudadanos por el mismo Estado.

Este es en mi opinión, el sentido de la operatividad del Estado Social. En modo alguno se produce como tantas veces se argumenta⁵², una oposición libertad-igualdad. Todo lo contrario, en la medida en que el Estado “tolere” o en su caso potencie, el libre desarrollo de la personalidad en igualdad de condiciones hacia una mayor dignidad de la persona, resulta que la combinación libertad-igualdad aparece en relación de complementariedad. La igualdad al servicio de la libertad para la consecución de mayor dignidad personal, o, sería lo mismo, mayor desarrollo de la personalidad en libertad⁵³.

Además, el interés general entendido como concepto inmediatamente relacionado con la realización de los derechos fundamentales y como elemento que permite un poderoso protagonismo de los entes sociales como organizaciones al servicio de intereses generales, invita a un cambio de rumbo en la marcha del Derecho Administrativo. Ni más ni menos que ampliar notablemente el ámbito de operatividad de un Derecho Administrativo que debe girar, no ya sobre la prerrogativa o privilegio administrativo, sino sobre los derechos fundamentales que se erigen, además de en presupuestos de su actividad, en el punto final de su itinerario.

51. STC 53/1985, de 11 de abril.

52. *Vid.* Leibholz, G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 1959, pp. 17 y ss. o ZACHER, H. F., *Freiheitliche Demokratie*, 1969, pp. 111 y ss.

53. En este sentido, Heck, B. en el prólogo al ensayo de Doehring citado en este trabajo: “De esencia de la dignidad del hombre es que cada uno tome en su propia mano su libertad y adopte en consecuencia una conducta personal. En correspondencia con esa libertad, que presupone la dignidad personal del hombre, está la justicia como valor fundamental en la libre ordenación de la Sociedad y del Estado, y en ella está insita la igualdad en tanto que presupuesto de la justicia en las oportunidades. El concepto de la igualdad es útil y justo allí donde apunta a la eliminación de los condicionamientos causante de desigualdad cuando éstos no sean necesarios ni aceptables, allí donde haya que remediar las injusticias de nuestro orden social en libertad” (p. 112).

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

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

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar
Abogado

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Administración Pública Nacional*. A. Administración Central. a. Presidencia de la República. b. Vicepresidencia de la República. c. Organización Ministerial. a'. Ministerio de Relaciones Exteriores. b'. Ministerio de Educación Superior. c'. Ministerio de Industrias Básicas y Minerías.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Financiero: Administración Financiera*. 2. *Sistema de Persona: Personal al servicio del Ministerio de Educación y Deportes*. 3. *Sistema de Contratación Pública: Suministros*. 4. *Sistema Impositivo. Impuestos: Impuesto al Valor Agregado*.

III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Derechos Individuales: Régimen de la Libertad Individual*. 2. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Tratados, Acuerdos y Convenios. a. Tratados Bilaterales. b. Tratados Multilaterales. B. Integración Latinoamericana a. Comunidad Andina de Naciones. b. Asociación Latinoamericana de Integración.

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen Cambiario: Administración de Divisas*. 2. *Régimen de las Instituciones Financieras: Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*. 3. *Régimen del Mercado de Capitales*. 4. *Régimen de Energía y Petróleo: Venta de Combustibles destinados a la Exportación*. 5. *Régimen del Desarrollo Agropecuario*. A. Financiamiento Agrícola. B. Tierras con Vocación Agrícola. C. Vocación de Uso de la Tierra Rural.

V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de Protección de Niños y Adolescentes*. 2. *Educación: Educación Inicial*. 3. *Política Habitacional*.

VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables: Zonas Protectoras y de Reserva*. 2. *Régimen de las Comunicaciones*. A. Registro de Productores Nacionales Independientes. B. Prestación de los Servicios de Radio y Televisión. C. Difusión de Obras Musicales. D. Emisión de Publicidad, Propaganda y Promociones. E. Telecomunicaciones: Registro de Organizaciones de Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones. 3. *Régimen del Transporte y Tránsito*. A. Transporte y Tráfico Marítimo. a. Consejo Nacional de los Espacios Acuáticos e Insulares. b. Industria Naval.

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Administración Pública Nacional

A. Administración Central

Decreto n° 3.464 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central. *G.O.* n° 38.124 de 10-2-2005

a. Presidencia de la República

Decreto n° 3.534 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento Orgánico de la Presidencia de la República. *G.O.* n° 38.152 de 22-3-2005.

b. Vicepresidencia de la República

Decreto n° 3.533 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico de la Vicepresidencia de la República. *G.O.* n° 38.152 de 22-3-2005.

c. Organización Ministerial

a'. Ministerio de Relaciones Exteriores

Decreto n° 3.402 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento Orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores. *G.O.* n° 38.099 de 4-1-2005.

b'. Ministerio de Educación Superior

Decreto n° 3.444 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento Orgánico del Ministerio de Educación Superior. *G.O.* n° 38.116 de 27-1-2005. (Véase n° 5.758 de Extraordinario de esa misma fecha).

c'. Ministerio de Industrias Básicas y Minerías

Decreto n° 3.547 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio de Industrias Básicas y Minería. *G.O.* n° 38.155 de 30-3-2005.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. Sistema Financiero: Administración Financiera

Decreto n° 3.435 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento n° 2 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema de Crédito Público. *G.O.* n° 38.117 de 28-1-2005.

2. Sistema de Personal: Personal al servicio del Ministerio de Educación y Deportes

Resolución n° 05-0140 del Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación, por la cual se dicta el Reglamento General de Créditos del Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación. *G.O.* n° 38.135 de 25-2-2005.

3. Sistema de Contratación Pública: Suministros

Resolución del Ministerio de la Defensa mediante la cual dicta el Reglamento para la Adquisición de Bienes, Prestación de Servicios de Carácter Comercial y Ejecución de Obras con Destino a las Fuerzas Armadas Nacionales. *G.O.* n° 38.151 de 21-3-2005. (Véase *G.O.* n° 5.764 Extraordinario de esa misma fecha).

4. Sistema Impositivo. Impuestos: Impuesto al Valor Agregado

Decreto n° 3.396 de la Presidencia de la República, mediante el cual se exoneran del pago del Impuesto al Valor Agregado, las importaciones definitivas que realice el Ministerio del Interior y Justicia, de los bienes muebles corporales destinados a los Programas de “Adquisición de Vehículos para Seguridad y Convivencia Ciudadana” y “Adquisición de Vehículos para la Dotación y Equipamiento del Sistema Carcelario”. *G.O.* n° 38.099 de 4-1-2005. (Se reimprime por error material del ente emisor).

III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. Derechos Individuales: Régimen de la Libertad Individual

Ley de Reforma Parcial del Código Penal. *G.O.* n° 38.148 de 16-3-2005. (Véase *G.O.* n° 5.763 Extraordinario de esa misma fecha).

2. Política de Relaciones Exteriores

A. Tratados, Acuerdos y Convenios

a. Tratados Bilaterales

Ley Aprobatoria del “Convenio Bilateral sobre Seguridad Social entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Chile”. *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005 (Véase *G.O.* n° 5.754 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Acuerdo Básico de Amistad y Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de San Vicente y las Granadinas. *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005. (Véase *G.O.* n° 5.754 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Convenio de Reconocimiento Mutuo en Materia de Metrología entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Cuba. *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005. (Véase *G.O.* n° 5.754 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre los Gobiernos de la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán. *G.O.* n° 38.137 de 1-3-2005. (Véase *G.O.* n° 5.762 Extraordinario de la misma fecha).

Resolución n° 406 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Cooperación en el Sector Energético. *G.O.* n° 38.104 de 11-1-2005.

Resolución n° 047 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Addendum n° 3 al Convenio Integral de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina. *G.O.* n° 38.125 de 11-1-2005.

Resolución n° 059 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo sobre permiso de sobrevuelo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Reino de los Países Bajos. *G.O.* n° 38.139 de 3-3-2005.

Resolución n° 060, por la cual se ordena publicar el texto del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China, sobre el Crédito Preferencial otorgado por China a Venezuela. *G.O.* n° 38.139 de 3-3-2005.

Resolución n° 061 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Addendum n° 4 al Convenio Integral de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina. *G.O.* n° 38.139 de 3-3-2005.

Resolución n° 061-A del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina Relativo a la Nueva Televisión del Sur-TELESUR. *G.O.* n° 38.139 de 3-3-2005.

Resolución n° 033 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Convenio de Cooperación Económica y Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China para la Donación de 10 Millones de Yuanes Renminbi. *G.O.* n° 38.119 de 1-2-2005.

Resolución n° 079 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Popular China sobre Facilitación de los Trámites de Visados para los Ciudadanos Amparados por los Acuerdos de Cooperación entre ambos países. *G.O.* n° 38.151 de 21-3-2005.

Resolución n° 080 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo de Cooperación para la Donación de Diez Millones de Yuanes Renminbi entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China. *G.O.* n° 38.151 de 21-3-2005.

b. *Tratados Multilaterales*

Ley Aprobatoria del Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente de Mar de 1978, en su forma enmendada de 1995 (STCW 78/95), hecho en la ciudad de Londres, el 7 de julio de 1995. *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005. (Véase *G.O.* n° 5.752 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria de las “Actas adoptadas en el marco del XXII Congreso de la Unión Postal Universal, suscritas en la ciudad de Beijing, China, en el mes de septiembre de 1999”. *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005 (Véase *G.O.* n° 5.753 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. (Véase *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005. *G.O.* n° 5.754 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria de la “Convención Interamericana sobre Transparencia en las Adquisiciones de Armas Convencionales”. *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005. (Véase *G.O.* n° 5.754 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Convenio Constitutivo de la Organización Internacional de Telecomunicaciones Móviles por Satélite (INMARSAT), y del Acuerdo de Explotación de la Organización Internacional de Telecomunicaciones Móviles por Satélite (INMARSAT). *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005. (Véase *G.O.* n° 5.754 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996). *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005. (Véase *G.O.* n° 5.754 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria de las Enmiendas a la Constitución y al Convenio Constitutivo de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005. (Véase *G.O.* n° 5.754 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del “Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes”. *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005. (Véase *G.O.* n° 5.754 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos. *G.O.* n° 38.101 de 6-1-2005. (Véase *G.O.* n° 5.746 Extraordinario de 22-12-2004). (Esta Ley fue omitida en el Sumario de la *G.O.* Extraordinaria n° 5.746, el cual fue corregido por error de Imprenta).

B. *Integración Latinoamericana*

a. *Comunidad Andina de Naciones*

Ley Aprobatoria del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y del Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino Sobre Elecciones Directas y Universales de sus Representantes. *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005. (Véase *G.O.* n° 5.754 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Convenio Sede entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la Universidad Andina Simón Bolívar. *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005. (Véase *G.O.* n° 5.754 Extraordinario de esa misma fecha).

b. *Asociación Latinoamericana de Integración*

Resolución n° 397 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Protocolo Adicional del Acuerdo de Complementación Económica n° 39, entre las Repúblicas de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina y la República Federativa del Brasil, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.103 de 10-1-2005.

Resolución n° 398 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Protocolo Adicional del Acuerdo de Complementación Económica n° 48, entre las Repúblicas de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina y la República Argentina, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.103 de 10-1-2005.

Resolución n° 399 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto de Protocolo Adicional del Acuerdo Comercial n° 13, Sector de la Industria Fonográfica entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.103 de 10-1-2005.

Resolución n° 400 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto de Protocolo Adicional del Acuerdo Comercial n° 5, Sector de la Industria Química entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.103 de 10-1-2005.

Resolución n° 401 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto de Protocolo Adicional del Acuerdo de Alcance Parcial de Renegociación n° 25, celebrado entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.103 de 10-1-2005.

Resolución n° 031 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Protocolo Adicional del Acuerdo de Alcance Parcial de Renegociación n° 21, y el Acta de Rectificación, celebrado entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Paraguay, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.114 de 25-1-2005.

Resolución n° 030 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Protocolo Adicional del Acuerdo de Complementación Económica n° 39, celebrado entre las Repúblicas de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina y la República Federativa del Brasil, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.115 de 26-1-2005.

Resolución n° 045 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto de Protocolo Adicional del Acuerdo de Alcance Parcial de Renegociación n° 21 entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Paraguay (Protocolo de Adecuación) en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.125 de 11-1-2005.

Resolución n° 081 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Protocolo Adicional del Acuerdo Comercial n° 13, Sector de la Industria Fonográfica, celebrado entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.151 de 21-3-2005.

Resolución n° 082 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Protocolo Adicional del Acuerdo Comercial n° 5, Sector de la Industria Química, celebrado entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.151 de 21-3-2005.

Resolución n° 083 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Vigésimo Primer Protocolo Adicional del Acuerdo de Alcance Parcial de Renegociación n° 21, celebrado entre la República Bolivariana de Venezuela y la República del Paraguay, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.151 de 21-3-2005.

Resolución n° 084 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Vigésimo Sexto Protocolo Adicional del Acuerdo de Alcance Parcial de Renegociación n° 25 celebrado entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.151 de 21-3-2005.

Resolución n° 085 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Protocolo Adicional del Acuerdo de Complementación Económica n° 39, celebrado entre las Repúblicas de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina y la República Federativa del Brasil, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.151 de 21-3-2005.

Resolución n° 086 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Protocolo Adicional del Acuerdo de Complementación Económica n° 48, celebrado entre las Repúblicas de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina y la República Argentina, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). *G.O.* n° 38.151 de 21-3-2005.

Decreto n° 3.340 de la Presidencia de la República, mediante el cual se adopta el Acuerdo de Complementación Económica n° 59, suscrito entre los Gobiernos de la República de Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR, y los Gobiernos de la República de Colombia, de la República del Ecuador y de la República Bolivariana de Venezuela, Países Miembros de la Comunidad Andina. *G.O.* n° 38.100 de 5-1-2005

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. Régimen Cambiario: Administración de Divisas

Providencia n° 069 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), que reforma la Providencia n° 064, mediante la cual se establecen los Requisitos, Controles y Trámites para la Adquisición de Divisas destinadas al pago de consumos en el exterior. *G.O.* n° 38.141 de 7-3-2005.

Providencia n° 066 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), mediante la cual se establecen los Requisitos, Controles y Trámite para la Autorización de Adquisición de Divisas Correspondientes a las Importaciones. *G.O.* n° 38.114 de 25-1-2005. (Se reimprime por error material del ente emisor)

Providencia n° 071 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), que reforma la Providencia n° 070, mediante la cual se establecen los Requisitos, Controles y Trámite para la Administración de Divisas Correspondiente a las Exportaciones. *G.O.* n° 38.156 de 31-3-2005.

2. Régimen de las Instituciones Financieras: Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras

Resolución n° 050.05 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se modifica el Manual de Contabilidad para Bancos, Otras Instituciones Financieras y Entidades de Ahorro y Préstamo. *G.O.* n° 38.141 de 7-3-2005.

Resolución n° 05-03-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dicta el Reglamento del Sistema de Cámara de Compensación Electrónica de Cheques. *G.O.* n° 38.151 de 21-3-2005.

3. Régimen del Mercado de Capitales

Resolución n° 32-2005 de la Comisión Nacional de Valores, por la cual se reforma las Normas Relativas a las Auditorías Externas. *G.O.* n° 38.149 de 17 de marzo de 2005.

4. Régimen de Energía y Petróleo: Venta de Combustibles destinados a la Exportación

Resolución n° 150 del Ministerio de Energía y Petróleo, por la cual se dictan las Normas para Regular la Actividad de Venta de Combustibles destinados a la Exportación desde las Plantas de Distribución ubicadas en el Territorio Nacional, hacia los Departamentos de la Goajira y del Norte de Santander de la República de Colombia. *G.O.* n° 38.140 de 4-3-2005.

Resolución n° 152 del Ministerio de Energía y Petróleo, por la cual se dictan las Normas para Regular la Actividad de Venta de Combustibles destinados a la Exportación desde las Plantas de Distribución ubicadas en el Territorio Nacional, hacia el Departamento de La Goajira de la República de Colombia, a través del Régimen previsto para los Programas de Abastecimiento Fronterizo consolidado con las Cooperativas Indígenas. *G.O.* n° 38.140 de 4-3-2005.

5. Régimen del Desarrollo Agropecuario

A. Financiamiento Agrícola

Resolución Conjunta n° DM/033 y DM/1.605 de los Ministerios de Finanzas y de Agricultura y Tierras, por la cual se fija en doce coma cincuenta por ciento (12,50%) el porcentaje mínimo sobre la cartera de créditos que deben destinar al financiamiento agrícola cada Banco Comercial y Universal medida al cierre de los meses que en ella se señalan. *G.O.* n° 38.118 de 31-1-2005.

B. *Tierras con Vocación Agrícola*

Decreto n° 3.408 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Decreto sobre Reorganización de la Tenencia y Uso de las Tierras con Vocación Agrícola. *G.O.* n° 38.103 de 10-1-2005.

C. *Vocación de Uso de la Tierra Rural*

Decreto n° 3.463 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario para la Determinación de la Vocación de Uso de la Tierra Rural. *G.O.* n° 38.126 de 14-2-2005.

V. **DESARROLLO SOCIAL**

1. *Régimen de Protección de Niños y Adolescentes*

Decisión del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente por la cual se dicta el Instructivo para el Proceso de Registro de Defensorías del Niño y del Adolescente ante los Consejos Municipales de Derechos. *G.O.* n° 38.125 de 11-2-2005.

2. *Educación: Educación Inicial*

Resolución n° 01 Ministerio de Educación y Deportes, por la cual se dictan las Normas para la Autorización de Funcionamiento de los Centros de Educación Inicial. *G.O.* n° 38.108 de 17-1-2005. (Reformada según *G.O.* n° 38.160 de 6-4-2005).

3. *Política Habitacional*

Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda. *G.O.* n° 38.098 de 3-1-2005.

Resolución n° 005 del Ministerio de Estado para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se dispone que la tasa de interés social máxima a que se refiere la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda es de once enteros coma treinta y seis centésimas por ciento (11,36%). *G.O.* n° 38.117 de 28-1-2005.

Resolución n° 006 del Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI), por la cual se indica a las instituciones y acreedores hipotecarios la obligación de efectuar las modificaciones correspondientes en los contratos de seguro vigentes, en los términos que en ella se señalan. *G.O.* n° 38.138 de 2-3-2005.

Resolución n° 012 del Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI), por la cual se fija en un diez por ciento (10%) el porcentaje mínimo sobre la cartera bruta de crédito que, con carácter obligatorio, deben colocar los bancos, instituciones financieras y cualquier otro ente autorizado por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras en el otorgamiento de créditos hipotecarios en las condiciones establecidas en la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda. *G.O.* n° 38.140 de 4-3-2005

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

1. *Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables: Zonas Protectoras y de Reserva*

Decreto n° 3.413 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso del Área de Protección y Recuperación Ambiental del Estado Vargas (Eje Arrecife-Los Caracas). *G.O.* n° 38.116 de 27-1-2005. (Véase *G.O.* n° 5.758 Extraordinario de esa misma fecha).

2. Régimen de las Comunicaciones

A. Registro de Productores Nacionales Independientes

Resolución n° 009 del Ministerio de Comunicación e Información, por la cual se abre el Registro de Productores Nacionales Independientes, y se dicta la presente Resolución para Regular el Otorgamiento de las Certificaciones, Renovaciones y las Revocatorias a los Productores Nacionales Independientes. *G.O.* n° 38.126 de 14-2-2005.

B. Prestación de los Servicios de Radio y Televisión

Providencia n° 003 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan las Normas Técnicas Sobre las Condiciones de Prestación de los Servicios de Radio y Televisión. *G.O.* n° 38.153 de 28-3-2005.

C. Difusión de Obras Musicales

Providencia n° 001 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan las Normas Sobre la Difusión de Obras Musicales en los Servicios de Radio y Televisión. *G.O.* n° 38.153 de 28-3-2005.

D. Emisión de Publicidad, Propaganda y Promociones

Providencia n° 002 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan las Normas Técnicas Sobre la Publicidad, Propaganda y Promociones en los Servicios de Radio y Televisión. *G.O.* n° 38.153 de 28-3-2005. (Reformada según *G.O.* n° 38.160 de 6-4-2005).

E. Telecomunicaciones: Registro de Organizaciones de Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones

Providencia n° 533 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan las Normas para el Registro de Organizaciones de Usuarios y Usuarías de los Servicios de Telecomunicaciones. *G.O.* n° 38.110 de 19-1-2005.

3. Régimen del Transporte y Tránsito

A. Transporte y Tráfico Marítimo

a. Consejo Nacional de los Espacios Acuáticos e Insulares

Decreto n° 3.410 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento del Consejo Nacional de los Espacios Acuáticos e Insulares. *G.O.* n° 38.116 de 27-1-2005.

b. Industria Naval

Decreto n° 3.434 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento de la Industria Naval. *G.O.* n° 38.116 de 27-1-2005. (Véase n° 5.758 Extraordinario de esa misma fecha).

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Doctrina Administrativa

*Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Primer Trimestre Año 2005**

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

SUMARIO

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Conceptos claves de la libre competencia.* A. Concepto y funciones de la libre competencia. B. Naturaleza y funciones de la SPPLC. C. Las prohibiciones de la SPPLC. 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 bilaterales* A. Principios generales de las prácticas bilaterales 2. *Prácticas exclusionarias.* A. Principios generales de las prácticas exclusionarias. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de las prácticas exclusionarias. 3. *Boicot.* A. Principios generales del boicot. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de boicot. 4. *Acuerdos entre competidores.* A. Principios generales de los acuerdos entre competidores. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de acuerdos entre competidores. 5. *El abuso de la posición de dominio.* A. Principios generales del abuso de la posición de dominio. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de abuso de la posición de dominio.

* Abreviaturas utilizadas: LPPLC: Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. SPPLC: Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. El texto de las Resoluciones ha sido tomado de la página www.procompetencia.gov.ve. La presente recopilación abarca las Resoluciones dictadas por la SPPLC durante el primer trimestre del año 2005, y que han sido publicadas hasta el 29 de marzo de ese año en su página web (www.procompetencia.gov.ve). Durante el año 2004 no han sido publicadas, en ese portal, otras decisiones distintas a las que fueron incorporadas en la anterior recopilación.

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Conceptos claves de la libre competencia*

A. *Concepto y funciones de la libre competencia*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)¹
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Concepto de libre competencia

La definición de “libre competencia”, implica la ausencia de obstáculos que impidan la entrada de nuevos agentes al mercado o provoque la salida de aquellos que compiten y dedican su esfuerzo a actividades productivas. Adicionalmente, dentro del libre proceso empresarial existen formas de asociación y cooperación que refuerzan el principio de la libre competencia, no obstante cuando las empresas que participan en un mercado no actúan de forma independiente en la toma de sus decisiones se generan distorsiones en el mercado, derivadas básicamente de la supresión de la rivalidad empresarial, base del proceso competitivo y se estimula el comportamiento monopolista, contrario al principio de libre competencia.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Libre competencia y rivalidad empresarial

En este sentido, es necesario recordar el principio de libre competencia garantizado por la constitución y protegido la Ley de Competencia, ya que es la rivalidad empresarial derivada de este principio la que en esencia propicia las acciones de los distintos agentes económicos que participan en un mercado.

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.
Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05

Concepto de monopolio espacial

En el presente caso, un concepto importante por su constante aplicación en la actividad comercial por las agencias antimonopolio es el de monopolio espacial. Por lo general se postula que cada centro comercial dispone de una zona de atracción de clientes, que viene dada por el conjunto de ubicaciones geográficas desde las que los clientes se encontrarían dispuestos a desplazarse a ese establecimiento para efectuar sus adquisiciones. En esos casos el concepto de zona de atracción se adapta al concepto de curvas isócronas, que son las que unen todos aquellos puntos en los que el tiempo de desplazamiento al establecimiento comercial en cuestión es igual.

B. *Naturaleza y funciones de la SPPLC*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Funciones de la SPPLC

El análisis del presente punto previo, obedece a señalar la atribución que como policía económica tiene esta Superintendencia a su cargo en la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia. Asimismo, la exposición de motivos de la

1. Respecto del concepto de libre competencia en la doctrina de la SPPLC, *vid.* la Resolución n° SPPLC/0041-2004, Caso *Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero*, Compañía Anónima y otros, de 06-07-04, para el último semestre de 2004, incluido en la anterior recopilación.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que el Estado se obliga a tomar las medidas necesarias para combatir toda práctica que afecte la libre formación de precios, sea ella originada en la morfología del mercado, como los monopolios, o el abuso de posición dominante. En este sentido, artículo 29 numeral 2 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, establece como atribución de la Superintendencia Realizar las investigaciones necesarias para verificar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia e instruir los expedientes relativos a dichas prácticas.

C. Las prohibiciones de la SPPLC

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.
Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05

Concepto de prácticas exclusivas y verticales

Ahora bien, las prácticas de exclusión es una conductas que implican intentos de sacar del mercado y/o establecer barreras de entrada con la finalidad de que no entren competidores en un mercado determinado, de manera que su por su propia naturaleza son de carácter horizontal. Las prácticas verticales son aquellas que se realizan entre proveedores y clientes por ejemplo a través de la discriminación.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Sentido de las prohibiciones *per se*.

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

(...)

La base que sustenta la evaluación *per se* de un acuerdo entre competidores de precios u otras condiciones de comercialización, es la teoría económica que indica que un acuerdo en estas variables esenciales de la dinámica del mercado, inexorablemente conducen a efectos dañinos sobre los consumidores y sobre la sociedad, equiparables a la “pérdida de eficiencia irrecuperable” resultante del comportamiento monopolístico.

De acuerdo a la doctrina, la eficiencia en los mercados se debe a los esfuerzos de las firmas para ganar o perder clientes a través fundamentalmente de la reducción de precios o la mejora de la calidad de sus productos. El principio básico que subyace a la prohibición de los acuerdos entre competidores es que “la reducción en el número de competidores, restringe la competencia y por ende supone un estímulo al comportamiento monopolista, (Zulmarí Artigas y Navarro Efrén, “Los Acuerdos Horizontales”, *Revista de Derecho* n° 57 UCAB).

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

La presunción de efectos anticompetitivos de las prácticas prohibidas por la LPPLC

Sin embargo, siguiendo la doctrina de este organismo en anteriores decisiones (vg. Resoluciones de esta Superintendencia (*sic*): SPPLC n° 0002-93 de fechas 17-5-93 del caso “*Premezcladoras*”; SPPLC n° 00028-93 de fecha 15-11-93; del caso “*Oxígeno*” y SPPLC n° 0030-94 de fecha 8-7-94 del caso “*Aerolíneas*”), las prácticas a que se refieren los artículos 6° al 13 de la Ley, son en sí mismas restrictivas de la competencia, sin necesidad de comprobar sus efectos dentro del mercado. Esto es así, ya que son conductas que siempre conllevan en su ejecución un efecto nocivo sobre la competencia, es decir, ese efecto nocivo siempre acompaña a la práctica. De esto se deriva que, aun cuando exista un acuerdo para ejecutar alguna de esas conductas, y éste no se materialice en hechos concretos, se puede sancionar la existencia misma del acuerdo, ya que lleva implícito el daño a la competencia.

2. *El mercado relevante*

A. *Concepto de mercado relevante*²

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.

Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05

Concepto de mercado relevante

En el análisis de competencia, los mercados relevantes son definidos en referencia a las fuentes de competencia actual o potencial que puedan contener el ejercicio del poder de mercado. 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. Se consideran dos dimensiones del mercado relevante: el mercado producto y el mercado geográfico. Estas dos dimensiones no son independientes y ambas contribuyen a la delimitación del mercado relevante.

B. *Definición de mercado producto*

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.

Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05

Concepto del mercado producto

La determinación del mercado producto resulta de los análisis de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta y de la demanda, la misma 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.

C. *Definición de mercado geográfico*

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.

Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05

Concepto del mercado geográfico

La definición del mercado geográfico es la segunda dimensión necesaria para identificar el mercado relevante. En particular se busca determinar el ámbito espacial dentro del cual compiten los productos en términos de precio, disponibilidad, calidad y otros parámetros de competencia.

2. En este sentido, y dentro del primer trimestre del año 2005, véase la Resolución: n° SPPLC/0007-2005, Caso *Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V, C. A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)*, de 24-02-05.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Prácticas bilaterales*³

A. *Principios generales de las prácticas bilaterales*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Restricciones a la competencia de origen concertado

En este sentido, se puede calificar como una fuente de las medidas limitativas de la competencia a “los acuerdos” y a “las decisiones y recomendaciones colectivas”, como elementos correctores y para dar mayor seguridad y consistencia a la prohibición también las prácticas concertadas y las prácticas concientemente paralelas, materialización de todas las limitaciones concertadas de la competencia de origen incierto y dudoso, o de difícil encaje en los conceptos de acuerdo, decisión o recomendación colectiva. En general, para referirnos a las distintas fuentes de las limitaciones de la competencia de origen concertado, hablaremos indistintamente, de medidas, conductas o acuerdos limitativos de la competencia, como concepto amplio que engloba acuerdos en sentido amplio, conductas conscientemente paralelas, etc.; esto es, todo concierto de voluntades capaz de producir efectos dañinos sobre la competencia, con independencia de que constituyan o no auténticos contratos en sentido técnico-jurídico.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Distinción entre los acuerdos y las prácticas concertadas

La doctrina de la Superintendencia Procompetencia establece una distinción entre los acuerdos y las prácticas concertadas, mencionando que aún cuando en el primer caso solamente se requiere el intercambio de consentimientos, en el segundo además se requiere de una ejecución material. Ahora bien, algunos autores hacen a su vez la distinción entre el término acuerdos y cárteles, refiriéndose a las primeras como cualquier acuerdo, práctica concertada y recomendación colectiva y a los segundos como únicamente los acuerdos entre competidores que restringen la competencia Artigas, Zulmari y Navarro Efrén, “Acuerdos Horizontales”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 57, Universidad Católica Andrés Bello, 2002, p. 151.

2. *Prácticas exclusionarias*

A. *Principios generales de las prácticas exclusionarias*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)⁴
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Concepto de prácticas exclusionarias

-
3. En la Recopilación anterior ubicamos, en una sección aparte, la doctrina de la SPPLC que, en abstracto, analizaba las *prácticas bilaterales*, metodología que reiteramos en esta Recopilación.
4. Sobre el concepto de prácticas exclusionarias, *vid.* las Resoluciones: n° SPPLC/0036-2004 Caso *Marine Supply, C.A. vs. Terminales Maracaibo C. A., Intership-ping, C.A.*, de 04-06-04, y n° SPPLC/0041-2004, Caso *Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros*, de 06-07-04, además de las otras decisiones incluidas en la anterior Recopilación.

El supuesto de hecho contemplado por la norma citada lo constituye la realización de aquellas conductas o actuaciones que efectúan uno o varios agentes económicos con la finalidad de impedir total o parcialmente la permanencia o el acceso de agentes económicos al mercado. Este tipo de actuación implica un debilitamiento del grado de competencia prevaleciente en el mercado en cuestión, que no tendría lugar como resultado natural de la dinámica del mismo, por lo que se considera que se reduce de forma innecesaria el grado de competencia.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)⁵
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Consecuencias de las prácticas exclusionarias

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. Las probabilidades de alcanzar dicho objetivo se encuentran directamente relacionadas con la capacidad de la empresa que lleva a cabo la práctica de obstaculizar efectivamente la permanencia o la entrada del agente, y, al mismo tiempo, con la capacidad de los competidores efectivos o potenciales de contrarrestar dicha acción.

B. Condiciones de procedencia de la prohibición de prácticas exclusionarias

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)⁶
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias

La prohibición de realización de prácticas exclusionarias a la luz de lo establecido en la Ley para Promover y Proteger 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. Ellas comprenden no sólo la capacidad de la empresa presuntamente infractora para afectar actual o potencialmente el mercado, sino también la condición objetiva de que la práctica presuntamente anticompetitiva dificulte la permanencia de agentes económicos en el mercado o impida la entrada de nuevos agentes económicos sin que medien razones de eficiencia económica que justifiquen la exclusión.

3. *Boicot*⁷

A. Principios generales del boicot

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Concepto de boicot

-
5. En idéntico sentido, *vid.* la Resolución: n° SPPLC/0041-2004, Caso *Pro-Competencia vs. Marcelo Rivero, Compañía Anónima y otros*, de 06-07-04
 6. Véanse sobre este aspecto las Resoluciones n° SPPLC/0013-2004, Caso *Almacenadora Caraballeda, C. A. vs. Almacenadora Broperca, C. A y otros* de 03-03-04; n° SPPLC/0036-2004 Caso *Marine Supply, C. A. vs. Terminales Maracaibo C.A., Intership-ping, C. A.*, de 04-06-04 y n° SPPLC/0042-2004, Caso *Proactiva vs. Grupo Cotécnica*, de 14-07-04, además de las otras decisiones incluidas en la anterior Recopilación.
 7. En general, sobre esta práctica, *vid.* Resolución: n° SPPLC/0031-2004, Caso *Optilaser, C.A. vs. Emi Music Venezuela y otros*, de 19-05-04.

De su lectura se extrae que la norma contiene la prohibición de una práctica conocida en la doctrina económica y en el lenguaje coloquial como “boicoteo”. El *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, por Guillermo Cabanellas, define el boicoteo como la Anulación de toda relación comercial o social, impuesta a una persona, industria o comercio, para obligarle a ceder o transigir. Sin embargo, hay que mencionar que en la legislación protectora de la competencia, tanto la venezolana como la comparada (vg. Ley de Defensa de la Competencia Alemana) las prohibiciones de boicoteo exigen una serie de elementos adicionales a la definición dada para considerar que a través de aquella práctica se está causando un perjuicio a la competencia.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Tipos de boicot

En este sentido, hay que mencionar primero cuándo esa anulación de las relaciones comerciales con el objeto de obligar a otro a transigir, se manifiesta como una restricción a la competencia. Pueden distinguirse entonces, tres supuestos de boicoteo en sentido amplio, a saber:

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

Los anteriores casos constituyen en el lenguaje usual formas de manifestarse un boicoteo, pero es sólo el último de ellos el que se refiere específicamente a la práctica prohibida en la defensa de la competencia. Es decir, los dos primeros casos se refieren a formas específicas de limitación o restricción de la competencia, como son los acuerdos horizontales y el abuso de la posición de dominio. Entonces, en el campo de la competencia, el boicoteo se refiere en específico al tercero de los supuestos planteados, es decir, la actuación dañosa ejecutada por un tercero, a instigación de otro, a fin de lograr un beneficio que este último pretende obtener con el daño. En conclusión, cuando el boicoteo es ejecutado por un grupo de competidores, esto es castigado como acuerdo horizontal; en el caso de ser producto de una posición dominante, a través de la prohibición de abusar de ella; y cuando es ejecutado a través de un tercero incitado, es prohibido como un boicoteo en sí mismo, es decir, en sentido estricto.

Es el último de los sentidos explicados donde se inscribe el artículo 7° de la Ley que se comenta, el cual prohíbe aquellas actuaciones que restrinjan la competencia “a incitar a terceros sujetos a esta Ley” a no ejecutar una serie de conductas que causarían un grave perjuicio al afectado por ellas.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Las dos manifestaciones del boicot: unilateral y concertado

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

B. Condiciones de procedencia de la prohibición de boicot

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Partes involucradas en el boicot

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

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Distintas prácticas derivadas del boicot

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

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

El daño potencial al mercado derivado del boicot

Es por lo anterior que en los casos en los cuales se tome la decisión de boicotear a un agente, a través de la incitación a un tercero a limitar sus relaciones comerciales con aquel, no es necesario que tal conducta se ejecute, pues es suficientemente nocivo la existencia misma del acuerdo, ya que, además del temor fundado de su posibilidad de ejecución, trae en sí mismo el perjudicial efecto de constituir un interferencia indebida en las relaciones comerciales, precisamente lo que la Ley pretende evitar.

(...)

El Legislador ha dispuesto que toda concertación de voluntades cualquiera sea su tipo, acuerdo, decisión o recomendación colectiva que tengan por objeto la comisión de prácticas señaladas en el mencionado artículo, son prohibidas aún cuando no llegasen a materializarse

sus efectos en el mercado. Esta Superintendencia ha entendido en este caso que la Ley proscribe la fuente de la cual emanan las restricciones, esto es, los acuerdos o decisiones, sin entrar a considerar sus actos materiales, se puede decir que el Legislador en este artículo ha asumido una posición preventiva más que represiva.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

La regla *per se* y el boicot.

Con respecto a la práctica prevista en el artículo 7° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la misma está sujeta a una prohibición de las llamadas “*per se*” bajo el Derecho Estadounidense. El término “*per se*” es utilizado por los norteamericanos para señalar cuando una determinada práctica es prohibida sin necesidad de constatar los efectos que en el mercado origine la misma, es decir, de antemano se asume su perjudicialidad y su ineficiencia considerándose entonces prohibida desde el mismo momento en que la práctica se verifique. En el caso *Klor's Inc. vs. Broadway - Hales Stores, Inc* 1959, (Cabanelas, Guillermo (H.), *Derecho Antimonopólico y de defensa de la Competencia*, p. 519) se señala:

Los boicoteos realizados por un grupo, o sea las negativas concertadas de comerciantes a tratar con otros comerciantes, han sido incluidas en la categoría de prácticas prohibidas (*per se*) desde hace mucho tiempo

Esto es así, ya que, como se comentaba, la existencia misma de un acuerdo de boicotear, sin necesidad que se lleve a efecto, trae en sí mismo el germen del daño y la afectación a la competencia, como bien se reconoce de la interpretación del artículo que lo prohíbe (artículo 7°).

4. *Acuerdos entre competidores*

A. *Principios generales de los acuerdos entre competidores*

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

La *ratio* de la prohibición contenida en el artículo 10 de la LPPLC

Claramente el artículo 10 prohíbe toda medida limitativa de la competencia que adopte la forma de “acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o practica concertada o conscientemente paralelas, que tengan por objeto produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional”. El presente artículo no prohíbe toda limitación de la competencia, sino tan solo aquella que deriva de la acción común de dos o más empresas.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

La *ratio* de la prohibición contenida en el artículo 10.1 de la LPPLC

El ordinal 1° puntualiza algunas variables que pudieran ser empleadas para suprimir la rivalidad entre competidores: precios y otras condiciones de comercialización o de servicios. Con el propósito de captar nuevos clientes o mantener a los clientes actuales los agentes económicos se valen de los precios y otras condiciones tales como promociones, bonificaciones, descuento por volúmenes, días de crédito o porcentajes de descuento por pronto pago. De esta manera, el resultado básico de la competencia es tender a la reducción del nivel de precios directa o indirectamente en el mercado, ya que mientras más bajo sea el precio cobrado por un

producto mayor será su nivel de demanda, por lo que aquellas empresas que deseen atraer un mayor número de compradores que sus competidores deben fijar precios más bajos que éstos, lo cual sólo será posible si las estrategias emprendidas por éstas generan resultados eficientes que se traducen en reducciones de costos, y que son en última instancia trasladados a los precios.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Objeto de los acuerdos sobre precios y/o condiciones de comercialización

En virtud de lo expuesto, se evidencia que cualquiera de los tipos de conductas entre competidores para la fijación de precios y otras condiciones de comercialización no se agotan con la fijación o el establecimiento de un precio, tasa o margen común para los clientes de aquellas empresas que forman parte del acuerdo, sino que dicho tipo de conductas también pueden consistir en fórmulas o reglas comunes cuyo objetivo último sea establecer mecanismos para la determinación directa o indirecta de precios y otras condiciones de comercialización. Esto incluye aquellos acuerdos en los cuales se fije el momento en el que debe ocurrir un incremento de precios y la proporción o porcentaje del mismo.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Concepto de acuerdos entre competidores para repartir mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento

Para la comprensión de este dispositivo es importante acotar que si los competidores acuerdan repartirse clientes, podrían obtener con ello posiciones monopólicas. Esto obedece a que una de las decisiones fundamentales que deben tomar los agentes económicos es donde vender o prestar sus productos o servicios, y donde comprar sus insumos, lo que determinará cuál es el mercado que corresponde a cada competidor y cuál es la demanda que debe satisfacer. Por ello, si un grupo de competidores decide repartirse concertadamente los mercados, tanto de los clientes a quienes van a vender o prestar sus productos o servicios como de sus proveedores de insumos, estarán dentro del supuesto del ordinal que se comenta.

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

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)

Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05

Condiciones de ilicitud de los acuerdos entre competidores

Como fue señalado anteriormente la Superintendencia en reiteradas oportunidades ha indicado que existen tres condiciones necesarias que conllevan a la configuración de una violación del artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia:

- a. que la conducta sea producto del concierto de voluntades que produzca una acción conjunta,
- b. que su comisión se atribuya a agentes económicos competidores y
- c. el objeto de dicha conducta debe estar previsto en los ordinales del artículo 10 de la mencionada ley.

Caso: Corporación Televen, C.A. vs. R.C.T.V., C.A. y Corporación Venezolana de Televisión, C.A. (VENEVISIÓN)
 Resolución: n° SPPLC/0007-2005 24-02-05
Condiciones de ilicitud de los acuerdos entre competidores para fijar precios

Tradicionalmente, el acuerdo entre competidores para fijar precios u otras condiciones de comercialización al que alude específicamente el ordinal 1 del artículo 10, es considerado como una acción absolutamente restrictiva de la libre competencia, puesto que ella supone que todos o una parte de los participantes de un mercado en particular, dejan de competir y toman acciones conjuntas o coordinadas con la finalidad de modificar las variables de competencia y, de esta forma, obtener rentas o privilegios monopólicos que estas empresas o participantes no obtendrían si éstas actuaran en forma individual e independiente. El resultado que buscan los competidores al actuar en forma coordinada es la obtención de una capacidad conjunta para afectar el mercado, actuando como un monopolio.

5. *El abuso de la posición de dominio*

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

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.⁸
 Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05
Concepto de posición de dominio

En este sentido, ha sido criterio reiterado de esta Superintendencia, definir la posición de dominio como: “la posibilidad que tiene un agente económico (que puede ser un solo sujeto o varios vinculados entre sí) de actuar con independencia en el mercado sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o distribuidores, usuarios o consumidores, (...) por la ausencia de competidores” (Resolución Caso *Sofimerca*).

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.⁹
 Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05
La licitud de la posición de dominio

No obstante, la Posición de Dominio, no debe entenderse como una práctica contraria a la libre competencia, ya que la misma puede ser resultado de estrategias comerciales lícitas o de la inversión en áreas inexploradas del mercado. Asimismo, dentro de un sistema competitivo siempre es posible que una firma, por su sola eficiencia y por lo menos durante cierto tiempo, pueda ganar a la competencia y atraer toda o casi toda la demanda, esta circunstancia debe ser considerada, desde todo punto de vista, como un éxito del sistema competitivo y no como un ataque a él.

B. *Condiciones de procedencia de la prohibición de abuso de la posición de dominio*

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.
 Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05
Condiciones de ilicitud de la posición de dominio

8. Véase la Resolución: n° SPPLC/0043-2004, Caso *Pro-Competencia vs. Manufactura de Papel, C.A. (MANPA)*, de 21-07-04.

9. Sobre ello, y además de la Resolución citada en la nota anterior, véase la Resolución: n° SPPLC/0048-2004, Caso *Servicios de Protección Familiar, C. A. vs. El Edén, Parque Memorial y otros*, de 04-08-04, así como la Resolución: n° SPPLC/0049-2004, de Caso *Corporación Digitel, C.A. vs. Telecomunicaciones Movilnet, C. A. y Compañía Nacional Teléfonos CANTV*, de 09-08-04.

Sin embargo, cuando una empresa utiliza su posición de dominio para distorsionar el proceso del mercado y así obtener beneficios supra-competitivos, es decir, que superen aquellos que se obtendrían en una situación de competencia, entonces sí se estaría configurando una conducta o práctica restrictiva de la libre competencia. De este modo, el abuso de posición de dominio a que alude el artículo 13 *eiusdem*, requiere la concurrencia de dos elementos, a saber: A. Que la empresa que realiza la presunta práctica detente una posición de dominio; B. El carácter abusivo de la práctica realizada.

Caso: Look Factory, C.A. vs. Inmobiliaria 20-037, C.A.¹⁰

Resolución: n° SPPLC/0004-2005 09-02-05

Prácticas discriminatorias y abuso de la posición dominante

Para que una posición de dominio contrarie el bien jurídicamente tutelado por la legislación de competencia es menester que el agente económico que goza de ella ejecute acciones abusivas. En el presente caso, las conductas denunciadas son las previstas en los ordinales 1° y 4° de este artículo. La práctica contenida en el ordinal primero del artículo 13° *eiusdem* es conocida con el nombre de discriminación de precios y/o condiciones de comercialización. Esta práctica es aquella en la que el vendedor mantiene condiciones de comercialización diferentes a cada comprador o grupo de ellos, sin que ello pueda justificarse en diferencias de costos o prácticas comunes del comercio.

Con respecto a la práctica enmarcada en el ordinal cuatro del artículo 13, podría decirse que el mismo es más amplio que el primer ordinal puesto que contiene lo estipulado en este, más todas aquellas discriminaciones que no son de precio ni de condiciones de comercialización.

Ahora bien, el trato diferenciado no es necesariamente un abuso de posición de dominio. Una empresa puede cobrar precios distintos o aplicar condiciones diferentes por razones justificadas. Por ejemplo, resulta razonable que a una empresa cercana se le cobre un precio menor que a otra ubicada a una gran distancia, pues en el primer caso los costos de transporte son menores.

(...)

Por lo tanto, para que exista una violación de los ordinales 1° o 4° del artículo 13 de la Ley no se requiere únicamente que exista el trato diferenciado (en precios o condiciones comerciales) en la prestación de un servicio o la venta de bienes similares, sino que dicho trato no sea justificado por prácticas usuales del comercio.

En términos generales la diferenciación de precios es una práctica comercial que consiste en la venta de un similar bien o servicio a diferentes precios. Para que una diferenciación de precios pueda catalogarse como discriminación, ésta debe obedecer a causas directamente relacionadas con la demanda de un bien o servicio y no con diferencias en el costo de provisión a distintos clientes. La Ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia estipula como práctica restrictiva solo la discriminación de precios y no la diferenciación

La discriminación de precios puede darse entre diferentes unidades vendidas a un comprador (discriminación en primer grado), entre diferentes compradores (discriminación en segundo grado), y entre distintos mercados, ésta última práctica de cobrar precios diferentes en mercados independientes suele denominarse discriminación de precios de tercer grado.

10. Sobre el concepto de discriminación de precios, véase la Resolución: n° SPPLC/0049-2004, Caso *Corporación Digitel, C. A. vs. Telecomunicaciones Movilnet, C. A. y Compañía Nacional Teléfonos CANTV*, de 09-08-04.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

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

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

SUMARIO

- I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO
 1. *Ordenamiento Jurídico*. A. La Ley: Irretroactividad de la Ley.
- II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
 1. *Garantías Constitucionales*. A. La garantía de la reserva legal. B. La garantía de acceso a la justicia. a. Protección de derechos e intereses colectivos o difusos. C. Las garantías del debido proceso: El derecho a ser juzgado por el juez natural. 2. *Derechos Individuales*. A. Derecho de petición y a la oportuna respuesta. B. Derecho de asociación. 3. *Derechos Sociales*. A. Derecho a la seguridad social. a. Régimen prestacional de empleo. b. Pensión de jubilación. 4. *Derechos Laborales*. A. Naturaleza progresiva e intangible de los derechos laborales. B. Organizaciones sindicales. 5. *Derechos Culturales y Educativos: Derecho al deporte*. 6. *Derechos Políticos: Derecho al sufragio*.
- III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
 1. *La distribución y división del Poder Público y la asignación de funciones estatales*. 2. *Régimen del ejercicio del Poder Público Nacional*. A. Competencias del Poder Nacional: Materia de seguridad social (jubilaciones y pensiones de funcionarios públicos). B. El Poder ejecutivo: Potestad sancionadora (principio de proporcionalidad). C. El Poder Judicial. a. La Administración de Justicia. a'. Principios: Gratuidad de la justicia. b'. Nuevos criterios jurisprudenciales. c'. Régimen probatorio. d. Tribunal Supremo de Justicia. Competencias de la Sala Plena: Antejuzgo de mérito D. El Poder Electoral: Organización de las elecciones de los jueces de paz.
- IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO
 1. *Derechos Económicos: Libertad económica*. 2. *Propiedad y Expropiación*. A. Procedimiento judicial expropiatorio. a. Competencia: Cortes de lo Contencioso Administrativo. b. Solicitud de expropiación: Admisibilidad.
- V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
 1. *Actos Administrativos*. A. Requisitos de fondo. a. Competencia. a'. Delegación. 2. *Contratos Administrativos: Otorgamiento de la buena pro*.
- VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA
 1. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Órganos. a. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa. b. Cortes de lo Contencioso Administrativo: Actos de las Inspecciones del Trabajo B. Admisibilidad. a. Causales de inadmisibilidad: Caducidad de la acción. C. Suspensión de efectos del acto administrativo. D. Medidas Cautelares: Requisitos. E. Sentencia.

Vicios. Inmotivación. 2. *El Contencioso Administrativo contra la abstención o negativa de la Administración*. A. Órganos: Cortes de lo Contencioso Administrativo. B. Admisibilidad. C. Medidas cautelares. 3. *El Contencioso Administrativo de las Demandas: Pruebas*. 4. El Contencioso Administrativo de los conflictos: Controversias.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Poderes de oficio de la Sala Constitucional: Orden público Constitucional*. 2. *Control Concentrado de la Constitucionalidad: La acción de Inconstitucionalidad*. A. Competencia de la Sala Constitucional. B. Legitimación: Acción popular. C. Suspensión de una norma como medida cautelar. D. La Sentencia. 3. *Control de la Inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público*. 4. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*. 5. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Órganos. a. Sala Constitucional. b. Sala Electoral. c. Cortes de lo Contencioso Administrativo. B. Admisibilidad. a. Condiciones de admisibilidad. b. Consignación de la copia auténtica del fallo en los amparos contra sentencias. c. Existencia de medios judiciales ordinarios. d. Juicio de Amparo pendiente de decisión. C. Procedimiento. a. Audiencia Oral: Principio de inmediación. b. Medidas cautelares: Requisitos. D. Extinción del proceso. a. Falta de impulso del juez *a quo*. B. Abandono del trámite.

VIII. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Funcionarios que ejercen cargos de elección popular (responsabilidad)*.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. Ordenamiento Jurídico

A. La Ley: Irretroactividad de la Ley

TSJ-SC (15)

15-2-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación del artículo 50, letra d), *in fine*, de la Ordenanza del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Caracas.

El principio de irretroactividad de la ley es un principio general del Derecho, que fue elevado, en nuestro ordenamiento jurídico, al rango de derecho constitucional, el cual no es susceptible siquiera de restricción ni suspensión en el caso de regímenes de excepción.

El artículo 24 de la Constitución de 1999 recoge, en idénticos términos al artículo 44 de la Constitución de 1961, el principio de irretroactividad de la ley, de la siguiente manera:

“Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Quando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea” (Destacado de la Sala).

La inclinación de la redacción de la norma hacia la aplicación de este principio en la especial materia penal no puede conducir, en modo alguno, a entender que la irretroactividad de las leyes es únicamente garantía penal, y no exigible en relación con las normas que regulen otros ámbitos jurídicos. Antes por el contrario, se trata de un principio general del Derecho, que fue elevado, en nuestro ordenamiento jurídico, al rango de derecho constitucional, cuya importancia es tal que, como sostuvo esta Sala en sentencia n° 1507 de 05-06-03 (Caso *Ley de Regulación de la Emergencia Financiera*), no es susceptible siquiera de restricción ni suspensión en el caso de regímenes de excepción.

En relación con este principio, la jurisprudencia de esta Sala (entre otras, sentencias 1760/2001; 2482/2001, 104/2002 y 1507/2003), ha señalado lo siguiente:

“Una elemental regla de técnica fundamental informa que las normas jurídicas, en tanto preceptos ordenadores de la conducta de los sujetos a los cuales se dirigen, son de aplicación a eventos que acaezcan bajo su vigencia, ya que no puede exigirse que dichos sujetos (naturales o jurídicos, públicos o privados) se conduzcan u operen conforme a disposiciones inexistentes o carentes de vigencia para el momento en que hubieron de actuar.

La garantía del principio de irretroactividad de las leyes está así vinculada, en un primer plano, con la seguridad de que las normas futuras no modificarán situaciones jurídicas surgidas bajo el amparo de una norma vigente en un momento determinado, es decir, con la incolumidad de las ventajas, beneficios o situaciones concebidas bajo un régimen previo a aquél que innove respecto a un determinado supuesto o trate un caso similar de modo distinto. En un segundo plano, la irretroactividad de la ley no es más que una técnica conforme a la cual el Derecho se afirma como un instrumento de ordenación de la vida en sociedad. Por lo que, si las normas fuesen de aplicación temporal irrestricta en cuanto a los sucesos que ordenan, el Derecho, en tanto medio institucionalizado a través del cual son impuestos modelos de conducta conforme a pautas de comportamiento, perdería buena parte de su hábito formal, institucional y coactivo, ya que ninguna situación, decisión o estado jurídico se consolidaría. Dejaría, en definitiva, de ser un orden”.

Ahora bien, como afirma Joaquín Sánchez-Covisa, la noción de retroactividad se encuentra intrínsecamente relacionada con la noción de derecho adquirido, si se entiende por tal “*aquel que no pueda ser afectado por una ley sin dar a la misma aplicación retroactiva*”-, por lo que ambos son “*el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo de un mismo fenómeno*”, expresión que esta Sala ha hecho suya en sentencias nos 389/2000 (Caso *Diógenes Santiago Celta*) y 104/2002 (Caso *Douglas Rafael Gil*), entre otras. En consecuencia, esta Sala considera que ha de partirse de la premisa de que “*una ley será retroactiva cuando vulnere derechos adquiridos*” (Sánchez-Covisa Hernando, Joaquín, *La vigencia temporal de la Ley en el ordenamiento jurídico venezolano*, 1943, pp. 149 y 237).

Asunto por demás complejo es la determinación de en qué casos una norma jurídica es retroactiva y, en consecuencia, cuándo lesiona un derecho adquirido. Para ello, la autorizada doctrina que se citó delimita cuatro supuestos hipotéticos: (i) cuando la nueva Ley afecta la existencia misma de un supuesto de hecho verificado antes de su entrada en vigencia, y afecta también las consecuencias jurídicas subsiguientes de tal supuesto; (ii) cuando la nueva ley afecta la existencia misma de un supuesto de hecho que se verificó antes de su entrada en vigencia; (iii) cuando la nueva ley afecta las consecuencias jurídicas pasadas de un supuesto jurídico que se consolidó antes de su entrada en vigencia; y (iv) cuando la nueva ley sólo afecta o regula las consecuencias jurídicas futuras de un supuesto de hecho que se produjo antes de su vigencia.

En los tres primeros supuestos, no hay duda de que la nueva Ley tendrá auténticos efectos retroactivos, pues afecta la existencia misma de supuestos de hecho (Actos, hechos o negocios jurídicos) o bien las consecuencias jurídicas ya consolidadas de tales supuestos de hecho que se verificaron antes de la vigencia de esa nueva Ley, en contradicción con el principio “*tempus regit actum*” y, en consecuencia, con el precepto del artículo 24 constitucional. En el caso de la cuarta hipótesis, la solución no es tan fácil, ante lo cual Sánchez-Covisa propone –postura que comparte esta Sala– que habrá de analizarse el carácter de orden público o no de la norma jurídica que recién sea dictada, para determinar *si su aplicación no puede renunciarse o relajarse por voluntad de las partes* (*Ob. cit.*, pp. 166 y ss.) y, en caso afirmativo, la nueva legislación puede válidamente y sin ser retroactiva regular las consecuencias futuras de las relaciones existentes, siempre que se respeten los hechos y efectos pasados.

En aplicación de las anteriores consideraciones al caso de autos, esta Sala concluye que, en efecto, la norma objeto de impugnación constituye un precepto de carácter retroactivo, por las siguientes razones:

La Ordenanza que se impugnó acordó la creación del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Caracas, lo cual significó la integración de dos órganos administrativos que existían hasta entonces, a saber: el Cuerpo de Bomberos del antiguo Distrito Federal y el Cuerpo de Bomberos del Este, en uno solo que cumplirá las mismas funciones en este nuevo ente político-territorial: el Distrito Metropolitano de Caracas. Ello implicó, como consecuencia, la transferencia de los funcionarios de los Cuerpos que resultaron integrados al nuevo (Artículo 2 de la Ordenanza). De manera que existió, en principio, continuidad funcional de los funcionarios de los Cuerpos que fueron integrados. Y dice la Sala en principio pues la norma que se impugnó –artículo 50- estableció la existencia de un Comité Técnico entre cuyas funciones estaba (letra d) “realizar un proceso de calificación del personal al servicio de la Mancomunidad Cuerpo de Bomberos del Este, con el objeto de seleccionar, de acuerdo con sus credenciales y méritos, al personal a ingresar al Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Caracas”. Este proceso no abarca a quienes habían sido miembros del Cuerpo de Bomberos del antiguo Distrito Federal porque ellos ya habían sido transferidos al Distrito Metropolitano cuando éste sustituyó, administrativamente, a la Gobernación del Distrito Federal.

Ahora bien, la exigencia que se impuso en ese proceso de calificación, en el sentido de que no se considerarían elegibles “aquellos funcionarios que con anterioridad hubiesen sido excluidos de algún otro Cuerpo de Bomberos por faltas disciplinarias”, implica una modificación de las condiciones para la continuidad en el cargo que esos funcionarios desempeñasen en la Mancomunidad Cuerpo de Bomberos del Este, pues para el mantenimiento de su continuidad laboral se exige que no hubiere sido sancionado disciplinariamente y expulsado de algún otro cuerpo de bomberos antes de su ingreso al Cuerpo de Bomberos del Este. Ello implicó, respecto de los funcionarios que se encuentran en ese supuesto de hecho, una evidente aplicación retroactiva, pues se está afectando una situación jurídica que se consolidó con anterioridad –el nombramiento del funcionario a pesar de haber sido objeto de alguna sanción disciplinaria- y el derecho adquirido al cargo que desempeña al momento de la creación del nuevo cuerpo de bomberos- y, en consecuencia, el ejercicio de ese derecho adquirido se ve ahora supeditado a un requisito nuevo que antes no se le exigió, con lo cual se modificó, a futuro, la validez de dicho derecho adquirido.

No es, se insiste, que únicamente se establezcan consecuencias futuras nuevas a hechos pasados, es que se está cuestionando y afectando la condición de funcionario de quien, en su momento, cumplió todos los requisitos que se exigían para ser titular del cargo y que ahora pierde esa condición –y, en consecuencia, su derecho que había adquirido- porque no cumple con un requisito sobrevenido que no estaba preceptuado en aquella oportunidad, lo cual encuadra en la segunda de las hipótesis de aplicación retroactiva de la norma, que antes se señalaron.

En este sentido, esta Sala señaló en sentencia 1507/05-06-03 que la Ley “no puede obrar hacia atrás afectando relaciones ya formadas, en el sentido de trastocar la existencia de hechos, actos o negocios jurídicos suscitados con anterioridad a su entrada en vigencia, toda vez que sería vulneratorio del principio *tempus regit actum*, al valorar situaciones anteriores a su entrada en vigor”.

Asimismo, considera la Sala que esa aplicación retroactiva de la norma que se impugnó comporta, además, un agravio al atributo temporal del principio de legalidad de las sanciones, según el cual no puede haber delito ni sanción sin ley **previa**, tal como preceptúa el artículo 49, cardinal 6, de la Constitución de 1999. Principio que, si bien debe respetarse en el

ejercicio del poder punitivo penal, resulta plenamente aplicable en el ámbito de las potestades administrativas sancionadoras y disciplinarias, tal como señalara la Sala Político-Administrativa en sentencias de 1-10-1998 (Caso *Aníbal Ricardo Pirela Rodríguez*), de 10 de marzo de 1998 (Caso *Moisés Miguel Domínguez Hernández*) y en reciente sentencia de esta Sala n° 1212/23-6-2004. Así se decide. En efecto, esta sanción de exclusión del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Caracas para los actuales miembros de la Mancomunidad Cuerpo de Bomberos del Este, es posterior al hecho al hecho que la genera, como lo es la circunstancia de haber sido excluidos –necesariamente antes de su ingreso a este último– de algún otro cuerpo de bomberos por faltas disciplinarias.

En consecuencia, por cuanto la porción final del artículo 50, letra d), de la Ordenanza del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Caracas, vulneró el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es forzosa su declaratoria de nulidad. Asimismo, y de conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala fija los efectos de esta decisión hacia el pasado, es decir, le otorga efectos *ex tunc*, y, en consecuencia, deja sin efecto todas las actuaciones que se hubieren realizado con fundamento en la norma que se anuló. Así se decide.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Garantías Constitucionales

A. La garantía de la reserva legal

TSJ-SC (266)

16-3-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal.

Las Ordenanzas –en tanto Leyes dictadas por el Poder Municipal– pueden también restringir el ejercicio de la libertad económica, dentro del ámbito de competencia de los Municipios.

En este caso, tanto la parte actora como los terceros intervinientes consideraron que se lesionó su derecho a la libertad económica como consecuencia de la violación del principio de reserva legal, en atención a lo que dispone el cardinal 32 del artículo 156 de la Constitución, desde que la afectación de esa libertad sólo puede hacerse mediante Leyes del Poder Nacional.

Al respecto, esta Sala reitera el criterio que sostuvo en anteriores oportunidades en el sentido de que las Ordenanzas –en tanto Leyes dictadas por el Poder Municipal– pueden también restringir el ejercicio de la libertad económica, dentro del ámbito de competencia de los Municipios que define el artículo 178 *eiusdem*. Así lo estableció en fallo n° 2641 de 01 de octubre de 2003 (caso *Inversiones Parkimundo C.A.*) cuando señaló lo siguiente:

“Según aclarara ya esta Sala en anteriores oportunidades (s.SC de 14-2-02, caso Comercializadora Agropecuaria El Cafeto C.A.; de 5-6-02, caso Orinoco Mining Company; y de 9-7-03 caso Empresa de Construcciones Benvenuto Barsanti C.A.), las Ordenanzas que dictan los Concejos Municipales en ejecución directa e inmediata de la Constitución tienen rango de Ley y, como tal, son susceptibles de limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, con inclusión por supuesto, de la libertad económica. El aspecto que debe determinarse en este caso, sin embargo, es si la regulación del precio de ese servicio puede considerarse una competencia propia de los Municipios, conforme con la Constitución de 1999 o si, por el contrario, es competencia exclusiva del Poder Nacional. (...)

De esa manera, se observa que el artículo 178 de la Constitución establece una enumeración no taxativa de las competencias municipales, las cuales se fundamentan en el concepto de 'vida local'. Así, entran, dentro del ámbito municipal todas aquellas materias que conciernen a la vida local y que, por tanto, no tienen trascendencia nacional. Y, en todo caso, según aclara la propia norma constitucional, las actuaciones que corresponden al Municipio en la materia de su competencia no menoscabarán las competencias nacionales o estatales definidas en la Constitución y la Ley".

No puede, en consecuencia, prosperar la denuncia que se efectuó, desde que, en este caso, las restricciones a la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario están contenidas, precisamente, en una normativa con rango de Ley, como es la Ordenanza Sobre Tarifas de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal. Además, se observa que la regulación jurídica de la actividad de aseo urbano y transporte, en lo que atañe a las condiciones propias de cada Municipio, es competencia del Poder Municipal, a tenor de lo que dispone, expresamente, el cardinal 4 del artículo 178 de la Constitución. Todo lo anterior fundamenta la desestimación de la denuncia de violación del derecho de libertad económica. Así se decide.

B. *La garantía de acceso a la justicia*

TSJ-SC (97)

2-3-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Banco Industrial de Venezuela C.A. vs. Ministerio de Finanzas.

No puede declararse la inadmisibilidad de una demanda por razón de la incompetencia sin que con ello se debilite el contenido esencial del derecho al acceso a la justicia y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial eficaz.

2. La Sala pasa a pronunciarse sobre de la solicitud de revisión del fallo que emitió la Sala Político-Administrativa el 19 de diciembre de 2002, para lo cual comienza por el análisis de la decisión cuya revisión se requirió y observa que la misma declaró inadmisibile el recurso contencioso de nulidad que intentó el ahora solicitante de revisión, con fundamento en el artículo 84.2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, entonces vigente, esto es por la consideración de que la demanda se incoó ante un tribunal incompetente.

Ahora bien, la decisión objeto de revisión se apartó de la interpretación que ha hecho esta Sala Constitucional sobre el derecho constitucional a la obtención de una tutela judicial efectiva, acceso a la justicia y principio *pro actione*, según los cuales todo ciudadano tiene derecho a acceder a la justicia, al juzgamiento con las garantías debidas, a la obtención de una sentencia cuya ejecución no sea ilusoria y a que los requisitos procesales se interpreten en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales.

En efecto, esta Sala ha señalado que el principio *pro actione* forma parte del núcleo esencial de los derechos fundamentales a la tutela judicial eficaz y al debido proceso. Así, se encuentra que la Sala, en decisión n° 2229 del 20 de septiembre de 2002, estableció lo siguiente:

“La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha debido juzgar *pro actione*, según los lineamientos de la interpretación de esta Sala acerca del alcance del derecho de acceso a la jurisdicción, y apreciar, como último eslabón de la cadena de conductas lesivas, la omisión en la que habría incurrido la Administración en su respuesta, del 18 de mayo de 2001, al último requerimiento de las Administradas -sin que con ello prejuzgue la Sala acerca de la procedencia de la demanda al respecto- a partir del cual, y hasta la interposición del amparo, no se produjo la caducidad.

Así, el criterio que fue vertido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la sentencia que está sometida a revisión, obvió una interpretación que realizó esta Sala en el marco del principio *pro actione*, el cual impone la exigencia de la interpretación de los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción que establece el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con lo cual incurrió en omisión de la aplicación de la norma constitucional en cuestión y así se declara. Por tal razón, se declara que ha lugar a la solicitud de revisión que se examina y analiza y, en consecuencia, se anula el fallo que el mencionado tribunal dictó el 6 de noviembre de 2001, y se ordena que se pronuncie una nueva decisión, en segunda instancia, en el proceso de amparo que se inició con ocasión de la demanda de amparo constitucional que intentaron Pesajes del Puerto C.A. y Transporte Alca C.A.”

El alcance del principio *pro actione* (a favor de la acción) ha sido objeto de un sistemático tratamiento por parte de esta Sala. La conclusión que se puede extraer de las decisiones que han considerado el tema, es que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, toda vez que *“el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia”* (s.S.C. n° 1.064 del 19-09-00).

Esta Sala ha señalado que el derecho al debido proceso comprende el acceso a la justicia, al juzgamiento con las debidas garantías y a la ejecución del fallo; al respecto, estableció lo siguiente:

“Por otra parte, este Tribunal Superior de Justicia, en sentencia del 8 de agosto de 2000 dictada por la Sala Político-Administrativa, ha precisado que el derecho al debido proceso (artículo 49 de la Constitución de 1999) es un derecho complejo que encierra un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado entre los que figuran el derecho a acceder a la justicia, a ser oído, a la articulación de un proceso debido, de acceso a los recursos legalmente establecidos, a un tribunal competente, independiente e imparcial, a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, a un proceso sin dilaciones indebidas, a la ejecución de las sentencias, entre otros que se vienen configurando en la jurisprudencia. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental. (sentencia n° 1.614 del 29-08-01).”

La parte solicitante de la revisión manifestó que la Sala Político-Administrativa debió interpretar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de manera integral con la Constitución y el Código de Procedimiento Civil, por lo que, luego de la declaratoria de su incompetencia, debió remitir el caso al tribunal competente y no declarar inadmisibile el recurso cuando ya feneció el lapso de caducidad. Añadió que la declaratoria de inadmisibilidad frustró su derecho a que la causa fuera decidida en el fondo.

Esta Sala encuentra que, en efecto, la decisión de la Sala Político-Administrativa se aparta del criterio del favorecimiento al derecho de acceso a la justicia y al derecho a la acción que constitucionalmente, están garantizados y así lo ha interpretado esta Sala.

Ciertamente, esta Sala estima que es contrario al artículo 26 de la Constitución que la Sala Político-Administrativa declare inadmisibile una demanda y ordene el archivo del expediente cuando considere que no es el tribunal con competencia para su conocimiento, pues de ese modo, dicha decisión se estaría fundamentando en una interpretación literal del entonces artículo 84, cardinal 2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (hoy reproducido en el artículo 19, párrafo 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) que no toma en cuenta los criterios de esta Sala que antes fueron expuestos en relación con el favorecimiento al derecho de acceso a la justicia, al derecho a la acción y, en definitiva, con la absoluta garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.

En abundancia, esta Sala recuerda que es una máxima en Derecho Procesal que la competencia es requisito esencial para la resolución de fondo del asunto, no así para su tramitación, de manera que mal puede declararse la inadmisibilidad de una demanda por razón de la incompetencia sin que con ello se enerve el contenido esencial del derecho al acceso a la justicia y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial eficaz.

Incluso, considera la Sala que la aplicación literal de la referida norma jurídica implicaría una indebida desigualdad procesal y una indeseable inseguridad jurídica. Desigualdad procesal e inseguridad jurídica porque, en el marco de un proceso judicial y ante un supuesto de hecho en concreto –la incompetencia del tribunal ante el cual se interpuso la causa-, se producirían dos soluciones jurídicas distintas: la declaratoria de incompetencia y consecuente declinatoria, o bien la declaratoria de inadmisibilidad, según el proceso se rigiese por el Código de Procedimiento Civil (artículos 69 y 75 de dicho Código) o bien por la normativa de la entonces Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 84, cardinal 2), ahora Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 19, párrafo 6), lo que, en definitiva, arroja una dicotomía de soluciones jurídicas frente a un mismo supuesto fáctico que reflejan la necesaria incompatibilidad de alguna de ambas en relación con el derecho de acceso a la justicia y el principio *pro actione*, ante lo cual debe prevalecer, con fundamento en los precedentes de esta Sala que antes se citaron, la solución que otorga la norma procesal civil.

De manera que no existen dudas para esta Sala Constitucional de que, en este caso, si bien la decisión se fundó en el artículo 84.2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, entonces vigente, tal disposición debió ser desaplicada –vía control difuso- ante la existencia de una norma de rango constitucional que garantiza de manera expresa el acceso de toda persona a los órganos de administración de justicia.

En efecto, en el marco del sistema de justicia constitucional venezolano, todo juez de la República es juez constitucional en tanto que está en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución (artículo 334 de la Constitución) y, fundamentalmente, porque para el cumplimiento de esa finalidad, se le otorga –entre otros instrumentos- la potestad de ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, en atención al cual “(e)n caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se **aplicarán** las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente” (artículo 334 *eiusdem*). Control difuso de la constitucionalidad que no es una facultad de los jueces de la República, sino una verdadera potestad que, por esencia, implica un poder-deber que no sólo puede ejercerse, sino que, además, debe ser ejercido en interés ajeno al propio beneficio de su titular, esto es, se ejerce en protección del interés general, lo que, en el caso concreto, se traduce en su ejercicio en aras de la obligación general de “asegurar la integridad de la Constitución”.

En atención a lo anterior, esta Sala Constitucional, en su condición de máxima cúspide de la jurisdicción constitucional, en caso de que determine que una decisión judicial de otro juez de la República contraría sus interpretaciones vinculantes sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, en los términos del artículo 335 de la Constitución, puede en vía de revisión, establecer el incumplimiento por omisión del deber de ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de normas legales. En otros términos, la potestad que a esta Sala otorga el artículo 336, cardinal 10, de la Constitución, de revisión de las “sentencias de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República” procede, no sólo frente al *exceso* de ejercicio del control difuso de la constitucionalidad o de su *errado* ejercicio sino, además, ante el *defecto* o ausencia de éste cuando el Juez debió desaplicar una norma y no lo hizo, especialmente si ha debido hacerlo para el acatamiento de alguna interpretación vinculante de esta Sala. Así se decide.

Por último, es de hacer notar que la propia Sala Político-Administrativa modificó recientemente su criterio en relación con las consecuencias jurídicas de la declaratoria de incompetencia a la luz de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así, mediante sentencias n° 782 de 7-7-04; 792 de 7-9-04; 1.114 y 1.115 de 18-9-04; 1.796 de 19-10-

04; 1.715 de 7-10-04; y 1.900 de 27-10-04, dicha Sala estableció que, si bien la incompetencia da lugar a la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda –en atención a una interpretación literal del artículo 19 de dicha Ley- y comporta el archivo del expediente (s. n° 1.679 de 6-10-04), el derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva no puede verse menoscabado por el transcurso del lapso de caducidad, que legalmente se preceptúa desde la interposición de la demanda hasta la decisión de incompetencia de la Sala. Así, de la decisión 1.114 de 18-9-04 se lee lo siguiente:

“No obstante la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con amparo cautelar, debe la Sala observar que ha sido clara la pretensión de los recurrentes de salvaguardar legítimamente sus derechos, acudiendo por ante esta Máxima instancia a los fines de que se produzca un pronunciamiento acerca de la validez del acto administrativo mediante se declaró su responsabilidad administrativa; de allí que, en principio, la declaratoria de inadmisibilidad del aludido recurso, sin que se efectúen mayores consideraciones, podría producir un menoscabo en la situación jurídica de los actores, concretamente en el ejercicio de su derecho constitucional a la defensa y de acceso a la justicia, como consecuencia del vencimiento del lapso de caducidad legalmente previsto, para procurar, en vía contenciosa, la defensa del derecho por ellos invocado.

En ese contexto, no puede dejar de advertir esta Sala el hecho notorio que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, para el momento de la interposición del presente recurso, formalmente no estaba en funcionamiento; situación fáctica que –a juicio de esta Sala– en la situación evaluada, razonablemente permite presumir que ha podido influir en que el presente recurso se haya interpuesto por ante esta Sala, a los fines de salvaguardar sus derechos constitucionales a la justicia y tutela judicial efectiva.

En vista de lo anterior, considera esta Sala que es su deber ineludible garantizar la preeminencia del respeto de los derechos y garantías constitucionales, con el fin de asegurar el orden social justo consagrado en la Carta Magna, y que prevalezca la verdad como elemento consustancial de la justicia. En razón de ello, y a pesar de no ser esta Sala la autoridad judicial competente para conocer del recurso interpuesto, cabe destacar que sí es el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa en la cual se enmarca el asunto planteado; por lo que, habiéndose presentado el recurso ante la misma, se hace necesario establecer expresamente que el tiempo transcurrido desde su interposición hasta la presente fecha, no deberá ser tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos de caducidad para ejercer la acción *in commento* (sic). Así se establece”. (Destacado añadido).

Por lo que precede, se declara que ha lugar a la revisión y, en consecuencia, se anula la sentencia que pronunció la Sala Político-Administrativa el 19 de diciembre de 2002, que deberá fallar nuevamente sobre la competencia, en aplicación de la doctrina que aquí se ha sentado con carácter vinculante, y remitir la demanda al tribunal que estime con competencia para el conocimiento de la misma. Así se decide

a. *Protección de derechos e intereses colectivos o difusos*

TSJ-SC (3)

25-1-2005

Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta

Caso: Federación Nacional de Jubilados y Pensionados de Teléfonos de Venezuela (F.E.T.R.A.J.U.P.T.E.L.), vs. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.)

El presupuesto de los intereses colectivos y difusos es la uniformidad de intereses, bien de sujetos indeterminados, como de grupos sociales determinados, en una sola dirección y con un mismo propósito.

En primer lugar, la Sala constata que la Sala de Casación Social con fundamento en sentencias número 483 del 29 de mayo de 2000 (Caso *Queremos Elegir y Comité de Familiares de las Víctimas de los Sucesos de febrero-marzo de 1.989 (C.O.F.A.V.I.C.)*) y número 656 del 30 de junio de 2000 (Caso *Defensoría del Pueblo*) acertadamente estimó que: “...el carácter colectivo o difuso de los intereses en juego, cuya representación fuera asumida por la demandante, concierne a personas indeterminadas y no, como en este caso, a individuos perfectamente particularizados e identificados”. En efecto, en las decisiones anteriormente citadas y en sentencia número 3.648 del 19 de diciembre de 2003, la Sala realizó una síntesis con fundamento en los precedentes sentados en distintas oportunidades, referida a los derechos e intereses colectivos o difusos y en ella se indicó que: “en materia de indemnizaciones por intereses colectivos, ellas sólo pueden ser pedidas por las personas jurídicas para sus miembros constituidos conforme a derecho, y los particulares para ellos mismos, al patentizar su derecho subjetivo, sin que otras personas puedan beneficiarse de ellas; pero en lo referente a la condena sin indemnización, al restablecimiento de una situación común lesionada, los otros miembros del colectivo pueden aprovecharse de lo judicialmente declarado, si así lo manifestaren”.

Ahora bien, dado que el presupuesto de los intereses colectivos y difusos es la uniformidad de intereses, bien de sujetos indeterminados, como de grupos sociales determinados, en una sola dirección y con un mismo propósito, lo cual pareciera no ocurrir en el presente caso ya que aquí podría producirse un fallo que lesione el interés jurídico de otro sector de la sociedad no representado por los hoy peticionantes. Lo anterior, en modo alguno significa que su pretensión no pueda ser satisfecha judicialmente. Por el contrario, la misma ha de serlo mediante la utilización de medios que permitan la contención del interesado en los resultados del juicio y no mediante la acción de intereses colectivos tal y como apreció la sentencia sometida a revisión de la Sala, en la cual se aceptó la legitimidad de los solicitantes como particulares, esto es el que posee cualquier ciudadano de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en garantía de su derecho de petición y de acceso a una tutela judicial efectiva consagradas en el texto constitucional.

C. *Las garantías del debido proceso: El derecho a ser juzgado por el juez natural*

TSJ-SC (233)

11-3-2005

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Fiscal General de la República vs. Decisión Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia.

La falta de competencia le impide al juez entrar a examinar el mérito de la causa, habida consideración de que tan relevante requisito, es un presupuesto de la sentencia de fondo. Las decisiones que se tomen por un juez incompetente contravienen la garantía constitucional al debido proceso y a ser juzgado por los jueces naturales.

En el caso *sub lite*, denunció el representante de la vindicta pública como fundamento de su solicitud de revisión de la sentencia en cuestión, que la Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, violentó principios constitucionales, consistentes “al debido proceso, y concretamente, del derecho al juez natural, establecido en el artículo 49, numeral 4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de la ilegal constitución de la Sala Plena Accidental (...), a los fines de emitir la sentencia del 14 de agosto de 2002”.

La Sala, para pronunciarse sobre el argumento precedentemente expuesto, pasa a realizar el análisis concatenado sobre la sustanciación que en el procedimiento de antejuicio de mérito a los ciudadanos General de División (Ej) Efraín Vásquez Velasco, General de Brigada (Av) Pedro Pereira Olivares, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez y Contralmirante Daniel Lino José Comisso Urdaneta, realizara el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, y en tal sentido observa:

En fecha 24 de mayo de 2002, el Fiscal General de la República, ciudadano Julián Isaías Rodríguez Díaz, interpuso por ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, querrela a fin de que se realizara antejuicio de mérito contra los oficiales de alto rango identificados en el precedente párrafo, todo esto con el objeto, de que la Sala en cuestión declarase el mérito para el enjuiciamiento de los mismos.

El 05 de junio de 2002, el ciudadano Efraín Vásquez Velasco, recusó al Magistrado Iván Rincón Urdaneta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86, numerales 4, 5, 6, 7 y 8 del Código Orgánico Procesal Penal, por ello, el 06 de junio del mismo año, el Magistrado recusado presentó ante la Secretaría de la Sala Plena, el informe al cual hace referencia el artículo 93 *eiusdem*.

En fecha 12 de junio de 2002 el Magistrado Iván Rincón Urdaneta, en su carácter de Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, recusó al Primer Vicepresidente del Máximo Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y 93 del Código Orgánico Procesal Penal.

El mismo día, 12 de junio de 2002, el ciudadano Daniel Comisso Urdaneta, recusó al Magistrado Juan Rafael Perdomo, y el día 13 del mismo mes y año procedió a recusar también, al Magistrado Omar Mora Díaz, de conformidad con los artículos 85 y 86, numerales 7 y 8; y 101 del Código Orgánico Procesal Penal.

Luego, en fecha 13 de junio de 2002, el Magistrado Juan Rafael Perdomo, presentó su respectivo informe ante la Secretaría de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, igual lo hizo el Magistrado Omar Mora Díaz, en fecha 18 de junio de 2002.

En virtud de todas las anteriores recusaciones, en Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Acta levantada en fecha 19 de junio de 2002, se señaló lo que a continuación, se transcribe:

“...solicitó el derecho de palabra el Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, a objeto de: proponer que se procurase, en primer término, resolver lo relativo a las recusaciones propuestas en el expediente (...); a tal efecto, en atención al contenido del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que señala que en caso de que tampoco pudiese conocer el Segundo Vicepresidente, debe hacerlo aquél de los Magistrados no inhabilitado ni recusado, a quien corresponda decidir conforme a una lista que elaborará el Tribunal Supremo...”

Siendo así, en virtud de las listas propuestas, se designó como Magistrado Dirimente, al Dr. Antonio José García García, para conocer de conformidad con el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de las recusaciones interpuestas contra el Presidente, Primer Vicepresidente y Segundo Vicepresidente del Tribunal Supremo de Justicia. Ahora bien, el mencionado artículo 72 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos narrados, expresamente señala:

“Si se inhabilitan o fueren recusados todos los Magistrados que forma alguna de las Salas, conocerá de la incidencia el Presidente de la Corte en Pleno, a menos que éste también sea uno de los inhabilitados o recusados, en cuyo caso conocerá de la incidencia el Primer Vicepresidente de la Corte.

Si el Primer Vicepresidente también se hubiere inhibido o fuere recusado, resolverá el Segundo Vicepresidente; y si tampoco este pudiera conocer lo hará aquel de los Magistrados no inhibido ni recusado, a quien corresponda decidir, conforme a una lista que elaborará la Corte...”.

La norma parcialmente transcrita, plasmaba quién es el llamado a resolver las inhibiciones o recusaciones de los Magistrados que conforman el Máximo Tribunal, quedando establecido que conoce de las inhibiciones o recusaciones de algún Magistrado, el Presidente del Supremo Tribunal, y en su defecto, le siguen en orden a conocer de las mismas, el Primero y Segundo Vicepresidente, respectivamente. Y de darse el caso, en que todos los precedentemente nombrados se encuentren inhibidos o recusados, conocerá y resolverá la incidencia, un Magistrado que integre la lista prevista para ello, como es el caso de marras.

En el asunto que nos ocupa, se observa que tanto el Presidente, como el Primer y Segundo Vicepresidente fueron recusados, razón por la cual, la Sala Plena en fecha 19 de junio de 2002, designó al Magistrado Antonio José García García como Dirimente para que resolviera las recusaciones en cuestión. Quien en fecha 26 de junio del mismo año, procedió a declarar inadmisibles las recusaciones de los Magistrados Iván Rincón Urdaneta y Franklin Arrieche Gutiérrez.

Es decir, una vez declarada la inadmisibilidad de la recusación propuesta contra el Magistrado Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, Iván Rincón Urdaneta, el 26 de junio de 2002, éste reasumió su competencia para resolver conforme a lo establecido en el artículo 46, numeral 18 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que expresamente señalaba: “Son atribuciones del Presidente de la Corte: (...) **conocer de las inhibiciones y recusaciones de los Magistrados y demás funcionarios de la Corte**”.

No obstante lo anterior, en fecha 02 de julio de 2002, **el Magistrado Antonio José García García, incurrió en usurpación de funciones cuando procedió a declarar con lugar las recusaciones propuestas contra los Magistrados Omar Mora Díaz y Juan Rafael Perdomo, arrebátandole así, al Presidente del Máximo Tribunal la competencia para decidir las recusaciones planteadas, que como quedó expuesto *supra*, ya había sido rehabilitado en su competencia para decidir las mismas, en su condición de Juez natural.** Todo lo cual deriva en una violación al proceso con relación al conocimiento y decisión de las recusaciones de los Magistrados de la máxima instancia judicial.

Tal actividad jurisdiccional se constituyó como un acto arbitrario, que riñe con los principios constitucionales que resguardan el debido proceso y la garantía de ser juzgado por los jueces naturales, que se encuentran previstos en el artículo 49, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual reza:

“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

(...)4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la Ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien lo juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto....”.

De esta manera, resulta incontrovertible que el proceder del Magistrado Antonio José García García, provocó una ilegal constitución de la Sala Plena Accidental, por cuanto al actuar fuera de su competencia y declarar con lugar las recusaciones de los Magistrados Omar Mora y Juan Rafael Perdomo, -se reitera-, de forma arbitraria, ya que la competencia le correspondía al Presidente del Máximo Tribunal, lo que a su vez, generó la indebida e ilegal constitución de la Sala Plena que conoció del antejuicio de mérito, violando así, el dispositivo constitucional precitado, por descomposición del órgano jurisdiccional que legalmente debía conocer de las recusaciones y del nombramiento de los Magistrados naturales, a quienes correspondía su conocimiento.

En otras palabras, con el proceder del Magistrado Dirimente, se excluyó de la Sala Plena, a dos de sus jueces naturales, por consiguiente, las decisiones que tomara en su oportunidad dicha Sala Plena Accidental, habrían de contravenir de manera palmaria y evidente la **garantía constitucional al debido proceso y a ser juzgado por los jueces naturales**, que como bien lo señaló el representante del Ministerio Público, se encuentran establecidas en el mencionado artículo 49, numeral 4 de nuestra Carta Magna, que en forma coordinada e intrasistémica, contienen los diferentes numerales de dicho dispositivo constitucional.

Con relación a la garantía constitucional a ser juzgado por los jueces naturales, la doctrina especializada en la materia, ha señalado:

“El derecho al Juez natural comporta (...) que el proceso se decida por el Juez ordinario predeterminado por la Ley (...). Es necesario, pues, que el Juez sea aquél al que corresponde su conocimiento según la normas vigentes con anterioridad (...). Se atenta contra la garantía constitucional siempre que se modifica la competencia o la composición del órgano jurisdiccional (...) por (...) los órganos rectores del Poder Judicial, a fin de sustraer un litigio del conocimiento del Tribunal al que naturalmente le correspondería.

No sólo se vulnera el Derecho cuando se modifican las normas de competencia, a fin de que corresponda conocer de la pretensión a un órgano que, aún siendo propiamente judicial, no sea el que debería conocer con arreglo a las normas vigentes en el momento de producirse los hechos. **Sino también, cuando se modifican las normas reguladoras del nombramiento de los Magistrados, o, sin modificarlas se aplican de tal modo que tratan de evitar que el órgano judicial competente esté formado por aquellos Magistrados que deberían formarle de no haberse alterado el procedimiento normal de nombramientos. (...), el derecho al Juez natural se viola cuando la Sala competente para conocer de un proceso se constituye en forma no prevista en la Ley...**” (Jesús, González Pérez, “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional”, *Cuaderno Civitas*, Segunda Edición, 1989, Madrid-España, pp. 129 y 130).

Por su parte, la Jurisprudencia patria ha establecido expresamente lo que a continuación, se transcribe:

“Siendo la competencia el factor que fija límites al ejercicio de la jurisdicción o, como se señala comúnmente, la medida de la jurisdicción, la debida competencia, en nuestro ordenamiento procesal vigente, es un presupuesto de validez para el pronunciamiento de **una sentencia válida sobre el mérito; por ello, la sentencia dictada por un Juez incompetente es absolutamente nula e ineficaz**. Ahora bien, cuando el Juez actúa con manifiesta incompetencia y procede a dictar sentencia de mérito, incurre en una evidente trasgresión al artículo 49, numeral 3 de la Constitución, **ya que carece de aptitud o cualidad para juzgar**.

Igualmente, resulta violado, en consecuencia, el numeral 4 del referido artículo 49, ya que dicha carencia de aptitud en el Juez conlleva a que el justiciable no sea juzgado por sus jueces naturales, derecho esencial a ser observado en toda causa. **Es evidente que un Juez incompetente, además nunca podrá ser el Juez natural de la causa**” (Negrillas de la Sala). (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 02 de mayo de 2001).

Asimismo, en sentencia de fecha 3 de abril de 2003, esta Sala señaló lo siguiente:

“*Conforme a la Constitución de 1999, como parte del derecho al debido proceso, ‘toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta constitución y en la Ley’, lo cual se vincula con el derecho de toda persona ‘... (a ser oída en cualquier clase de proceso con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad (...))’ como lo establece en su artículo 49, numerales 4 y 3. (Negrilla de la cita). Respecto del derecho al Juez natural, esta Sala Constitucional en sentencia n° 29/00, del 15 de febrero de 2000 (caso Enrique Méndez Labrador), ha establecido que ‘(...) consiste en la necesidad que el*

proceso sea decidido por el Juez ordinario predeterminado en la Ley. Esto es aquél al que le corresponde el conocimiento según las normas vigentes con anterioridad. Esto supone, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; en segundo lugar, que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial...". (Negrillas de la Sala).

De lo anteriormente expuesto, se evidencia, **la errada y grotesca interpretación de una garantía constitucional como lo es, que todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado en forma absoluta por sus jueces naturales**, que en el caso de autos conllevó a la flagrante violación de toda la teoría de la jurisdicción y de la competencia legalmente establecida, pues como lo sostienen los autores Calamandrei y Chiovenda, es imposible hablar de los jueces naturales sin conectar la jurisdicción con la competencia por existir una relación de continente a contenido, **porque todos los jueces tienen jurisdicción pero no todos tienen competencia para conocer de un determinado asunto**, como igualmente también lo sostiene el autor Eduardo Couture en estos términos "...un juez competente, es al mismo tiempo un juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un Juez". Por eso, "la sentencia dictada por un Juez incompetente es absolutamente nula e ineficaz", como se señaló en la sentencia *supra* citada.

En el caso que nos ocupa, el Magistrado Dirimente tenía jurisdicción pero no competencia para decidir las recusaciones mencionadas, al haberle arrebatado como se señaló anteriormente, al juez natural, es decir, al Presidente del Tribunal Supremo, la potestad para decidir las, por lo que devino entonces la incompetencia de la Sala Plena Accidental que dirimió ilegalmente el antejuicio de mérito.

En ese sentido, de haberse considerado en el mencionado antejuicio la existencia de meritoria relevancia de los hechos, indicios y presunciones para enjuiciar a los prenombrados militares, el proceso de fondo hubiese resultado irrito en cuanto al mérito por falta de **presupuesto de la sentencia**, pues, como lo sostiene el autor Rengel Romberg, tal falta de competencia le impide al juez o jueza entrar a examinar el mérito de la causa, habida consideración de que tan relevante requisito, como se dijo, es un presupuesto de la sentencia de fondo. Esta conclusión se hace irrefutable, como irrefutable fue la indebida constitución de la **Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, que dictó la inficionada sentencia definitivamente firme por sobreseimiento**, al proferirla en esta instancia única y precalificar la irrelevancia de mérito sobre los hechos punibles presuntamente cometidos por los militares de alto rango, identificados en este fallo.

En esa misma línea doctrinaria, es pertinente la aplicación de este aserto aun tratándose como efectivamente se trató de un procedimiento especial, que lo constituye el antejuicio de mérito, pero que le puso fin con creces, porque incluso se adentró al fondo del asunto al hacer análisis decisorio sobre los presuntos delitos cometidos y que se le imputan a los ciudadanos *supra* identificados, de conformidad con el Código de Justicia Militar, concluyendo que este procedimiento se extinguía por sobreseimiento. Lo cual ratifica para esta Sala, las características y naturaleza de la decisión proferida como una decisión definitivamente firme que aunque inficionada, queda comprendida dentro del ámbito de aplicación y procedencia de la solicitud de revisión prevista en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de la interpretación que de él ha hecho en su doctrina jurisprudencial, esta Sala Constitucional. Así se decide.

Con base a todos los razonamientos que anteceden, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, constata que dada la ilegal constitución de la Sala Plena Accidental que dirimió por sobreseimiento, el antejuicio de mérito en los términos expuestos, la misma incurrió en una errada y grotesca violación del Principio Constitucional al debido proceso y juzgamiento por parte de los jueces naturales para conocer del mencionado antejuicio. De

donde se colige sin lugar a dudas, que la decisión que constituyó el dispositivo, quedó comprendida dentro del control de la constitucionalidad que permite a esta Sala Constitucional en base a la supremacía de la Constitución, declarar la procedencia de la solicitud de revisión interpuesta por el ciudadano Fiscal General de la República, en su escrito de fecha 02 de diciembre de 2002.

2. Derechos Individuales

A. Derecho de petición y a la oportuna respuesta

CSCA (69)

3-2-2005

Magistrado Ponente: María Enma León Montesinos

Caso: José Antero Garfides González vs. Concejo Municipal del Municipio Peña del Estado Yaracuy.

Para que se configure la violación del derecho de petición previsto en el artículo 51 de la Constitución, entendido éste como aquel que tiene por objeto permitir a los ciudadanos acceder a los órganos de la administración con el fin de ventilar asuntos de su interés en sede administrativa y recibir adecuada y oportuna respuesta, debe mediar una petición y a su vez constatarse la actitud omisiva de la autoridad competente para responder.

El accionante alegó como vulnerado el derecho de petición consagrado en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debido a la abstención u omisión por parte de la Cámara Municipal del Municipio Peña del Estado Yaracuy en dar oportuna respuesta con respecto a la solicitud que hiciere de obtener copias certificadas del Acta de la Sesión Ordinaria n° 10 celebrada por la Cámara Municipal en fecha 14 de mayo de 2002, e igualmente en lo referente a las propuestas realizadas en la Sesión Ordinaria celebrada por dicha Cámara Municipal...

...Ahora bien, se tiene que, si bien el quejoso efectivamente pudo presentar su propuesta ante las autoridades de la Cámara Municipal, no consta en autos que le hayan sido otorgadas las copias certificadas de la Sesión Ordinaria n° 10 celebrada en fecha 14 de mayo de 2002, lo cual configura una conducta omisiva por parte de la Cámara Municipal no dar oportuna respuesta al pedimento realizado por el accionante en diversas oportunidades. Sobre este particular, esta Corte considera oportuno señalar lo establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia n° 442/01, de fecha 4 de abril de 2001 (caso *Estación de Servicios Los Pinos, S.R.L.*), en la que se analizó el sentido y alcance del artículo 51 de la Carta Fundamental en los siguientes términos:

“Tal como lo exige el artículo 51 de la Constitución, toda persona tiene el derecho a obtener una respuesta ‘oportuna’ y ‘adecuada’. Ahora bien, en cuanto a obtener una respuesta ‘oportuna’, esto se refiere a una condición de tiempo, es decir que la respuesta se produzca en el momento apropiado, evitando así que se haga inútil el fin de dicha respuesta (...)” (Subrayado de esta Corte).

En base al criterio citado *supra*, para que se configure la violación del derecho de petición previsto en el artículo 51 constitucional, entendido éste como aquel que tiene por objeto permitir a los ciudadanos acceder a los órganos de la administración con el fin de ventilar asuntos de su interés en sede administrativa y recibir adecuada y oportunamente una respuesta, debe mediar una petición y a su vez constatarse la actitud omisiva de la autoridad competente para responder, ello así, se tiene que en el presente caso medió una petición de copias certificadas las cuales no fueron otorgadas, lo que vulneró el derecho de petición y oportuna respuesta previsto en el artículo 51 del Texto Fundamental del accionante, y así se decide.

B. *Derecho de asociación*

TSJ-SC (266)

16-3-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal.

El derecho de asociación, que establece el artículo 52 de la Constitución, tiene dos vertientes: una positiva, que permite a los particulares asociarse entre sí, y otra negativa, conforme a la cual los particulares tienen el derecho a no asociarse en contra de su voluntad. El ejercicio de ese derecho constitucional, puede encontrar limitaciones en la Ley, respecto de cualquiera de sus dos vertientes.

3.1 Se solicitó también la nulidad del artículo 10 de la Ordenanza Sobre Tarifas de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal, porque es, en criterio de la parte actora, atentatorio al derecho de asociación, puesto que la norma impondría una obligación de asociación para el pago conjunto de la tasa por la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario.

Observa esta Sala que el derecho de asociación, que recogió el artículo 52 de la Constitución, tiene dos vertientes. Una positiva, que permite a los particulares asociarse entre sí; otra negativa, conforme a la cual los particulares tienen el derecho a no asociarse en contra de su voluntad. El ejercicio de ese derecho constitucional, como admite la propia norma, puede, sin embargo, encontrar limitaciones en la Ley, respecto de cualquiera de sus dos vertientes. Ello es lo que ocurre en este caso, desde que, efectivamente, estima esta Sala que el artículo 10 de la Ordenanza Sobre Tarifas de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal obliga a los habitantes de las “unidades de vivienda” en edificios destinados a vivienda y bajo el régimen de propiedad horizontal, a asociarse, sólo en el sentido de que el gasto por la presentación del servicio de aseo urbano y domiciliario podrá ser considerado, a juicio del prestador del servicio, como un gasto común. Lo anterior, en todo caso, constituye únicamente una restricción legal al derecho de asociación que, en modo alguno, puede entenderse como violación de índole constitucional de ese derecho.

Estima la Sala que no resulta necesariamente contrario a la Constitución, la imposición por la Ley de restricciones al ejercicio de derechos fundamentales, desde que, precisamente, el propio constituyente aceptó la posibilidad de que el Legislador ordene y limite el ejercicio de esos derechos. La violación a la Constitución sólo se producirá cuando la Ley viole el contenido esencial del derecho, esto es, cuando lo desnaturalice o cuando imponga limitaciones desproporcionadas o arbitrarias.

Sobre el alcance del derecho de asociación y, más concretamente, del “ejercicio negativo del derecho a (no) asociarse” en el marco de relaciones jurídico-privadas, como lo son las que se originan a causa de la propiedad horizontal, se pronunció más extensamente esta Sala en sentencia n° 2904 de 20 de noviembre de 2002 (caso *Segunda Anaya Sepúlveda*), en la cual se estableció lo siguiente:

“2. Autonomía privada y derecho fundamental a la asociación.

La solicitante de amparo constitucional, quien es propietaria de algunos locales comerciales, no participó en la redacción y aprobación de los estatutos de la Asociación Civil en referencia ni, menos, en la elaboración del documento de condominio del Centro San Ignacio.

Además, esta persona asumió, ipso iure, la condición de miembro de la Asociación Civil de Comerciantes con la sola compra de un local comercial en dicho Centro Comercial.

Nótese que se está en presencia de una asociación privada, la cual, al igual que las sociedades civiles y mercantiles, se constituyen por la libre decisión de una persona o por un acuerdo de voluntades; no se trata, por tanto, de una corporación sectorial, de un sindicato de trabajadores, de una universidad o de un partido político, supuestos en los cuales la voluntad constitutiva, los fines de la organización y la libertad de adscripción al órgano se restringen y el régimen normativo se erige sobre los principios democráticos de la participación e igualdad.

En relación con la naturaleza jurídica de ciertas asociaciones con trascendencia pública o social, se replantea actualmente –aunque en otros términos– la posibilidad de una intervención política más activa de ciertas organizaciones intermedias distintas a los partidos políticos, tales como los Colegios profesionales, las Universidades, las Academias, los Sindicatos, etc. Tal posibilidad o situación era posible durante el antiguo régimen y se superó, en principio, por la Revolución Francesa y el régimen liberal que siguió a la misma y que se rige, fundamentalmente, por la tesis filosófico-política de la democracia de partidos.

Aunque hoy se acepta que las sociedades se mueven en masa o colectivamente según sus condiciones ambientales, las estructuras normativas, algunas cualidades propias y ciertas influencias externas, también se acepta que el Estado no impondrá a los ciudadanos una manera particular de relacionarse ni tampoco un deber de relación para un fin específico. La personalidad necesita, por el contrario, un amplio margen de libertad para el desarrollo de la creatividad, para el ensayo de nuevas formas de relación social y para su superación y equiparación con los arquetipos sociales de mayor valor por sus cualidades físicas, morales e intelectuales.

Según la doctrina del liberalismo maduro (Welcker) que choca con cualesquiera de las otras tesis estatistas (Hobbes), ético-individualistas (Savigny) o radical-democráticas (Rousseau), las asociaciones y corporaciones son esencialmente públicas –sociales y culturales– pero también libres frente al Estado. Los más realistas, con Gierke, sostienen, además, que las corporaciones no surgen ni de un dictado estatal ni de un contrato privado sino de un acto constitutivo de naturaleza social-jurídica; de suerte que la autonomía corporativa no es autonomía privada –negocial– y las corporaciones no tienen representantes sino órganos (Cfr. Coderch, Pablo Salvador, Von Munich, Ingo y Ferrer I Riba, Josep. “Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997, pp. 13 y ss.).

En el marco de este contexto liberal y socialista, lo más próximo al principio fundamental del libre desenvolvimiento y desarrollo de la personalidad, además de lo más razonable, es que ninguna persona compraría un local comercial o de oficinas en ese Centro Comercial San Ignacio, si el documento de condominio del mismo fuera contrario a la garantía institucional y esencia misma del derecho a la asociación como fenómeno social.

(...)

El derecho a la propiedad no priva sobre el de asociación –sino que ambos derechos tienen que ser ponderados en el caso concreto–, al extremo de que la peticionante de amparo constitucional no puede imponerse sobre los demás copropietarios del Centro San Ignacio y sobre los demás miembros de la Asociación Civil de Comerciantes porque, sencillamente, la misma es una persona libre que goza del derecho de propiedad y reside en una sociedad democrática.

Salvo que la referida Asociación Civil de Comerciantes tuviera entre sus fines la comisión de actos ilícitos –lo cual no ocurre en el presente caso–, las personas que se encargan de la redacción y aprobación del documento de condominio y de los estatutos de la Asociación Civil, así como los propietarios de dicho Centro Comercial, tienen, en general, la más amplia autonomía de voluntad para la organización y regulación de dicho condominio y de la asociación civil de comerciantes. Si el legislador estableciera lo contrario en una ley, dicha ley sería contraria, igualmente, a la garantía institucional que reviste este derecho fundamental a la asociación.

Con la excepción de algunos casos que no vale la pena imaginar, la arbitrariedad no emerge, precisamente, entre las asociaciones privadas, puesto que sus miembros se relacionan entre sí de acuerdo con valores sociales ampliamente conocidos como la libre elección y la buena fe”.

El análisis del artículo 10 que se impugnó lleva a la conclusión de que la limitación legal al derecho de asociación no viola el contenido esencial del derecho de asociación, por un lado, porque sólo se exige esa asociación para el pago de la tasa que establece la Ordenanza Sobre Tarifas de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal y, por el otro, por cuanto tal asociación sólo opera frente a quien presta ese servicio, para el cobro de esa tasa, lo cual deja a salvo la posibilidad de que los habitantes, de las que se denominan “unidades de vivienda”, dispongan mecanismos de distribución interna del pago total que se efectúe por aquella tasa, la cual se cataloga como gasto común en la Ordenanza- a través de los mecanismos que rigen la propiedad horizontal.

Además, tampoco estima esta Sala que la restricción que se deriva del artículo 10 sea desproporcionada o arbitraria; por el contrario, entiende que el artículo en cuestión establece un mecanismo que permite el incremento de la eficacia en el cobro del servicio de aseo urbano y domiciliario, mecanismo que, como se vio, no impide a los habitantes de las “unidades de vivienda” la distribución interna del gasto común en la forma que estimen conveniente. Por lo tanto, se desestima la denuncia de nulidad que se planteó respecto del artículo 10 de la Ordenanza. Así se decide.

3. Derechos Sociales

A. Derecho a la seguridad social

a. Régimen prestacional de empleo

TSJ-SC (91)

2-3-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Organización Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (Provea). vs. Demanda de inconstitucionalidad por omisión.

Si bien es cierto que se eliminó la contribución de paro forzoso y, en consecuencia, no puede ser objeto de cobro ni cotización, no es cierto que los beneficios que esa prestación suponía respecto del derecho a la seguridad social en caso de cesantía laboral, hayan quedado desprotegidos, pues el legislador los ha sustituido por una prestación sustancialmente igual, como lo es el Régimen Prestacional de Empleo. No obstante, la Sala Constitucional declaró en omisión a la Asamblea Nacional, por la falta de regulación acabada del Régimen Prestacional de Empleo en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, así como la falta de sanción de la ley especial a la que remite dicha Ley Orgánica para la regulación de ese régimen prestacional.

Mediante sentencia de 24-3-04 (Caso *Otepi Consultores C.A.*) esta Sala se pronunció acerca de algunas de las denuncias de la hoy demandante; en concreto, en lo que se refiere a la pérdida de base legal y del anclaje legal mínimo de la contribución especial de paro forzoso, como consecuencia de que el artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social derogó expresamente el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral. Así, en esa oportunidad se estableció:

“Dado que con la norma transcrita (artículo 138 Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social) se produjo un vacío de regulación respecto de los elementos integradores de la contribución especial de Paro Forzoso, pues era, precisamente, el Decreto derogado el que así los establecía, y visto que la Asamblea Nacional nada disciplinó al respecto, el cobro de dicha contribución, con posterioridad al 30 de diciembre de 2002, y hasta que sea dictada una nueva normativa con rango de ley que así los disponga, ha de reputarse inconstitucional, en virtud del principio de legalidad tributaria, reconocido por los artículos 317 de la Carta Magna, y 3 del Código Orgánico Tributario, así como una limitación arbitraria del derecho a la propiedad privada, consagrado en el artículo 115 Constitucional, el cual dispone que dicho derecho constitucional estará sometido sólo ‘a las **contribuciones**, restricciones y obligaciones *que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general*’ (negrillas de este fallo).

Por ello, apropiada fue la declaratoria del Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el sentido de declarar que el cobro del Paro Forzoso es inconstitucional, por ser una contribución especial de seguridad social y, por ende, un tributo (*cf.* artículo 12 del Código Orgánico Tributario), así como una limitación al derecho a la propiedad privada, no estipulados en un acto con rango de ley”.

Como consecuencia de esa derogatoria incondicional que estableció la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, dispuso la Sala, en esa oportunidad, que mal puede pretenderse ahora la recaudación de la contribución especial de paro forzoso sin que, con ello, se violen o amenacen de violación los derechos de propiedad y legalidad tributaria, por cuanto dicho tributo carece, en la actualidad, de base legal.

Ahora bien, la ausencia de regulación actual de esa contribución especial de paro forzoso no implica, en criterio de esta Sala, la existencia de una omisión legislativa que haya traído como consecuencia la desprotección de los principios de progresividad, seguridad jurídica e irrenunciabilidad del derecho fundamental a la seguridad social, pues la nueva Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social garantizó –aunque de otra manera y con otra denominación– la prestación de ayuda a los trabajadores que quedaren cesantes o en situación de desempleo.

En efecto, el artículo 1 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral disponía lo siguiente:

“Este Decreto-Ley regula el Sistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral como uno de los Sistemas que conforman el Sistema de Seguridad Social, el cual tiene por objeto **amparar temporalmente al afiliado que, cumpliendo con los requisitos (...) quede cesante, y garantizar los mecanismos necesarios que faciliten su reinserción en el mercado de trabajo (...)**”.

Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, si bien derogó esta contribución de paro forzoso, creó el Régimen Prestacional de Empleo, cuyo objeto lo establece el artículo 81 de la Ley:

“Se crea el Régimen Prestacional de Empleo que tiene por objeto garantizar la atención integral a la fuerza de trabajo **ante las contingencias de la pérdida de empleo y de desempleo, mediante prestaciones dinerarias y no dinerarias y también a través de políticas**, programas y servicios de intermediación, asesoría, información y orientación laboral y la facilitación de la capacitación para la inserción al mercado de trabajo, así como la coordinación de políticas y programas de capacitación y generación de empleo con órganos y entes nacionales, regionales y locales de carácter público y privado, conforme a los términos, condiciones y alcances establecidos en la ley que regule el Régimen Prestacional de Empleo”.

En este mismo sentido, se lee del artículo 82 *eiusdem* lo siguiente:

“El Régimen Prestacional de Empleo tendrá como ámbito de aplicación la fuerza de trabajo **ante la pérdida involuntaria del empleo, en situación de desempleo, y con discapacidad** como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional”.

El Régimen Prestacional de Empleo constituye, así, la garantía que establece la nueva Ley ante la contingencia de la cesantía del trabajador, garantía que sustituye en lo esencial al sistema de paro forzoso que fue derogado, a través de prestaciones similares a las que preceptuaba ese antiguo sistema. De manera que si bien es cierto que se eliminó la contribución de paro forzoso y, en consecuencia, no puede, en modo alguno, ser objeto de cobro ni cotización –lo que reitera esta Sala en esta oportunidad– no es cierto que los beneficios que esa prestación suponía respecto del derecho a la seguridad social en caso de cesantía laboral, hayan quedado desprotegidos, pues el legislador los ha sustituido por una prestación sustancialmente igual, como lo es el Régimen Prestacional de Empleo. En consecuencia, se reitera, no existe omisión legislativa ante la ausencia de regulación actual de la prestación por paro forzoso, pues, para ello, se reguló el Régimen Prestacional de Empleo. Así se decide.

Tampoco es cierto lo que alegó la parte demandante, en el sentido de que exista un vacío legal en relación con “*los porcentajes correspondientes a las cotizaciones de patronos y trabajadores por concepto de contribución especial al Régimen Prestacional de Empleo*”, como bien consideró el Ministerio Público en este juicio, tal supuesto sí consigue regulación –aunque transitoria– en la nueva Ley.

En efecto, de conformidad con el artículo 84 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social “*el financiamiento del Régimen Prestacional de Empleo estará integrado por los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias del Sistema de Seguridad Social, los remanentes netos de capital de la Seguridad Social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley que regule el Régimen Prestacional de Empleo*”.

El Régimen Prestacional de Empleo tiene entonces entre sus formas de financiamiento, las cotizaciones obligatorias a la seguridad social. Tales cotizaciones, por su parte, consi-guen su base legal en los artículos 111 y siguientes de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, normas que establecen la obligación de ese cobro, su naturaleza parafiscal, el sujeto pasivo de la obligación y su base contributiva. Asimismo, y tal como señaló el Ministerio Público, la Ley sí estableció en su régimen transitorio la fórmula de cálculo de tales cotizaciones mientras se dictan las leyes de los regímenes prestacionales. Así, se lee de su artículo 132 lo siguiente:

“Hasta tanto se aprueben las leyes de los regímenes prestacionales, el cálculo de las cotizaciones del Seguro Social Obligatorio se hará tomando como referencia los ingresos mensuales que devengue el afiliado, hasta un límite máximo equivalente a cinco (5) salarios mínimos urbanos vigentes, unidad de medida que se aplicará a las cotizaciones establecidas en la Ley del Seguro Social”.

Ahora bien, esa regulación transitoria del modo de cálculo de las cotizaciones obligatorias al Seguro Social no se compadece con la falta de regulación del *modo de otorgamiento transitorio* de las prestaciones relacionadas con el Régimen Prestacional de Empleo; en otros términos, la nueva Ley únicamente reguló de manera programática el Régimen Prestacional de Empleo y *no estableció cómo se otorgarán esas prestaciones y beneficios sociales mientras se dicten las leyes especiales* o “leyes de los regímenes prestacionales”.

En efecto, la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social es una Ley marco y, por ello, su regulación respecto del Régimen Prestacional de Empleo es genérica en lo que se refiere al efectivo otorgamiento de las prestaciones correspondientes a los trabajadores cesantes. Así, se lee del artículo 81 de la Ley lo siguiente: “*La Ley que regule el Régimen Prestacional de Empleo establecerá los mecanismos, modalidades, condiciones, términos, cobertura y demás requisitos para la prestación de los servicios*”.

Esta omisión del legislador, mientras no se dicte la Ley especial del Régimen Prestacional de Empleo, resulta particularmente grave, si se toma en cuenta, como alegó la demandante, que la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social derogó el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral (artículo 138), lo que implicó, no sólo la derogatoria –se dijo ya- de las cotizaciones y cobros que, con fundamento en ella, se realizaban, sino también la prestación efectiva de los servicios y beneficios a los trabajadores titulares de ese derecho. Por tanto, hasta tanto no se dicte la ley que regule dicho régimen prestacional, existirá, en la práctica, una interrupción de la prestación de los servicios sociales ante la pérdida de la actividad laboral.

En este sentido, se observa una diferencia radical respecto del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat que también creó la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, pues si bien su regulación es igualmente programática, dicha Ley mantuvo en vigencia, y “*hasta tanto se promulgue la ley que regule el Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat*” (artículo 133), el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional. De esta manera se aseguró la continuidad en la efectiva prestación de ese beneficio social.

Se insiste, pues, que la mora del legislador nacional respecto de una regulación suficiente de la materia a través de la propia Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social o bien a través de la aprobación y promulgación de la Ley que regule el Régimen Prestacional de Empleo, implica que, mientras dicha ley no se dicte, se encuentra en suspenso y sin posibilidad de ejercicio el derecho fundamental a la seguridad social que reconoce el artículo 86 de la Constitución de 1999 en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, **pérdida de empleo, desempleo**, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. **El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial**” (negritas de la Sala).

La omisión legislativa que se verifica en esta oportunidad implicaría, además, el incumplimiento de los acuerdos internacionales que fueron válidamente suscritos por la República, que recogen el derecho a la seguridad social y establecen sus atributos esenciales. Así, el Convenio n° 102 relativo a la “Norma Mínima de la Seguridad Social” de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuya Ley aprobatoria se publicó en nuestro ordenamiento jurídico en *Gaceta Oficial* n° 2848 extraordinario de 27 de agosto de 1981, recoge el contenido mínimo de las diferentes prestaciones que conforman el derecho a la seguridad social y que los Estados Miembros se comprometen a asegurar. Concretamente, en lo que se refiere a las Prestaciones de Desempleo (Parte IV del Convenio), establece el artículo 19 que: “*Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de desempleo, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte*”, artículos éstos que se refieren a los lineamientos generales de lo que debe contener la contingencia que se cubre (artículo 20), las personas protegidas (artículo 21), el modo de cálculo del pago de la prestación (artículos 22 y 23) y la duración de la misma (artículo 24).

Asimismo, la ausencia de la legislación respecto de cuyo dictado está en mora la Asamblea Nacional implicaría el incumplimiento del artículo 71 de dicho Convenio Internacional, en relación con el deber de los Estados miembros de establecer –y mantener– un sistema de cotizaciones o de impuestos que financie –y por ende garantice– el costo de las prestaciones que se concedían en aplicación de ese Convenio. Así, se lee en dicha norma lo siguiente:

“1. El costo de las prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente, por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro y la de las categorías de personas protegidas.

(...)

3. El Miembro deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y adoptar, cuando fuere oportuno, todas las medidas necesarias para alcanzar dicho fin; (...).”

De manera que la ausencia de desarrollo legislativo por parte del legislador venezolano en relación con el régimen prestacional de empleo, por cuanto trae como consecuencia inmediata la falta de cotización para el financiamiento de la prestación del beneficio social en caso de desempleo y, más grave aún, por cuanto implica la negación de otorgamiento de dicha prestación a los beneficiarios, comporta la existencia de una omisión legislativa que debe ser remediada, a través de la orden a la Asamblea Nacional, para que ponga fin a esta situación y, en complemento, mediante la toma de medidas que, preventiva y cautelarmente, sopesen las consecuencias de tal abstención y eviten un indeseado incumplimiento de obligaciones internacionales.

En consecuencia, esta Sala declara la omisión de la Asamblea Nacional porque no ha dictado la Ley especial que regule el Régimen Prestacional de Empleo, pues, de conformidad con el artículo 336, cardinal 7, constitucional y 5, cardinal 12, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se trata de una inactividad normativa que impide el eficiente ejercicio de derechos fundamentales (especialmente el derecho a la seguridad social) y, en consecuencia, el cumplimiento de la Constitución. Así se declara.

Asimismo, si bien la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social no preceptúa un plazo determinado para que se dicten las leyes de los regímenes prestacionales especiales, considera la Sala que, a más de año y medio de la entrada en vigencia de la referida Ley orgánica, se ha prolongado en exceso el tiempo que razonablemente ameritaría la aprobación y promulgación de tales leyes, fundamentalmente, y para lo que en este caso se refiere, de la Ley del Régimen Prestacional de Empleo, que es la que, en la actualidad, carece de régimen transitorio para la prestación de dicho beneficio.

En este sentido, y en atención a los argumentos que al respecto expuso el Ministerio Público, observa la Sala que no todas las obligaciones legislativas tienen un plazo expresamente establecido para su cumplimiento, caso en el cual estaríamos ante el máximo nivel de concreción respecto del cuándo de la obligación. En muchos casos, en ausencia de un plazo específico, será el arbitrio del juez el que determinará, a través del criterio de razonabilidad y racionalidad, si la inercia legislativa se ha excedido o no del tiempo razonable que amerita el cumplimiento del precepto constitucional del que se trate.

En consecuencia, esta Sala declara que la falta de regulación acabada del Régimen Prestacional de Empleo en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, así como la falta de sanción de la ley especial a la que remite dicha Ley Orgánica para la regulación de ese régimen prestacional, constituye una omisión violatoria del Texto Fundamental a la que debe dársele pronta terminación.

Por tanto, y en atención al precedente que se sentó en la sentencia de 6-11-03 (Caso *Ley Orgánica de Régimen Municipal*), esta Sala ordena a la Asamblea Nacional la preparación, discusión y sanción, dentro del plazo máximo de tres (3) meses computables desde la notificación de este fallo, de la Ley que regule el Régimen Prestacional de Empleo que desarrolle las normas generales que, en este sentido, contiene la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, todo ello a la luz del artículo 86 del texto Fundamental o, en su defecto, de un régimen transitorio que solvante la situación lesiva al derecho constitucional a la seguridad social a que se ha hecho referencia en las líneas que anteceden. Así se declara.

Por último, en atención a la gravedad de la situación jurídica que se plantea como consecuencia de la omisión legislativa que se declara en esta decisión, en atención a la urgencia que reviste su reparación, y con el fin, además, de evitar un indeseado incumplimiento de las obligaciones internacionales que ha asumido la República, en los términos que antes se expusieron, la Sala acuerda, de conformidad con el artículo 19, párrafo 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, medida cautelar innominada mediante la cual se suspenden los efectos del artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, se declara la ultra actividad del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, que fue publicado en la *Gaceta Oficial* n° 5392 Extraordinario, de 22 de octubre de 1999, y, por ende, cautelarmente vigente a partir de este pronunciamiento y hasta cuando la Asamblea Nacional ponga fin a la situación de mora legislativa en los términos de este fallo; medida preventiva que no obsta para que, en caso de un eventual incumplimiento de este veredicto en fase de ejecución voluntaria, esta Sala complemente tal cautela con las medidas provisionales y correctivas que sean necesarias para evitar mayores perjuicios al orden público constitucional y al sistema de seguridad social venezolano.

Lo anterior se dispone con estricto apego a los límites del juez constitucional, en los supuestos de ejecución forzosa de fallos de control de omisiones legislativas, tal como se expuso en la sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 2004 (caso *Ley Orgánica del Poder Municipal*). Así se decide.

b. *Pensión de jubilación*

TSJ-SC (3)

25-1-2005

Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta

Caso: Federación Nacional de Jubilados y Pensionados de Teléfonos de Venezuela (F.E.T.R.A.J.U.P.T.E.L.), vs. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.)

Resulta obligatoria la aplicación del artículo 80 de la Constitución a los diferentes entes de derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrante del actual sistema de seguridad social, inclusive aquellos derivados de las contrataciones colectivas o laudos arbitrales, determinando que, según lo dispuesto en dicha norma, el monto que pagan los sistemas alternativos de jubilaciones y pensiones a sus beneficiarios no puede ser inferior al salario mínimo urbano.

De la misma manera, esta Sala Constitucional constata que la Sala de Casación Social no tomó en cuenta ni analizó las disposiciones contenidas en los artículos 80 y 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los que se consagra lo siguiente:

“Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. **Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano.** A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello”.

“Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y **cualquier otra circunstancia de previsión social.** El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. **El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial”.**

El concepto de seguridad social consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe ser entendido como un sistema que abarca toda una estructura que integra entes de derecho público-sistema de asistencia y seguridad social, configurado bajo el régimen único de seguro social entendido, en su acepción tradicional- al igual que el régimen privado, cuyo objeto común es garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones. En consecuencia, resulta obligatoria la aplicación del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los diferentes entes de derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrante del actual sistema de seguridad social, inclusive aquellos derivados de las contrataciones colectivas o laudos arbitrales, como es el caso, determinando que, según lo dispuesto en dicha norma, el monto que pagan los sistemas alternativos de jubilaciones y pensiones a sus beneficiarios no puede ser inferior al salario mínimo urbano. En este contexto cabe destacar que, el principio de la Seguridad Social es de orden público y no se puede modificar ni por convención colectiva ni por convenio entre particulares. En tal sentido, esta Sala ha indicado en decisión número 85 del 24 de enero de 2002 (Caso *Asodeviprilara*) que:

“...el Estado Social de Derecho no sólo crea deberes y obligaciones para el Estado, sino también en los particulares, los cuales -conforme a las normas transcritas- serán de mayor exigencia cuando el sector privado incide en áreas socio-económicas. La protección que brinda el Estado Social de Derecho, varía desde la defensa de intereses económicos de las clases o grupos que la ley considera se encuentran en una situación de desequilibrio que los perjudica, hasta la defensa de valores espirituales de esas personas o grupos, tales como la educación (que es deber social fundamental conforme al artículo 102 constitucional), o la salud (derecho social fundamental según el artículo 83 constitucional), o la protección del trabajo, la seguridad social y el derecho a la vivienda (artículos 82, 86 y 87 constitucionales), por lo que el interés social gravita sobre actividades tanto del Estado como de los particulares, porque con él se trata de evitar un desequilibrio que atente contra el orden público, la dignidad humana y la justicia social. (Ver sentencia 2403 de esta Sala de 27-11-01).

Se trata de evitar los perjuicios derivados de una desigualdad en las relaciones, proveniente de que una de las partes se encuentra en una posición dominante ante otras que forman un grupo o una clase social, por lo que dichas relaciones, de carecer de tutela efectiva, generarían una situación desproporcionadamente ventajosa para quien se encuentra naturalmente en la posición dominante sobre los miembros de las clases o grupos que en tal relación, les correspondería estar en situación de inferioridad. No se trata sólo de la desproporción que puede existir entre el poderoso económico que explota a los menesterosos, sino que puede ocurrir en otras relaciones donde por motivos tecnológicos o de otra índole, una de las partes del contrato, debido a su posición, lesiona en su calidad de vida, al otro contratante, quien incluso podría formar parte del grupo privilegiado, pero que en este tipo de relación queda igualado a la masa explotable. Ello puede ocurrir -por ejemplo- con consumidores de bienes, cuya publicidad masiva y subliminal los presiona inconscientemente a su adquisición; o con usuarios de servicios públicos necesarios o de bienes esenciales de amplia distribución, que no reciben dichos servicios o bienes en la calidad y condiciones requeridas, ni dentro de una relación de armonía entre lo recibido y lo pagado por ello; o con aquellos a quienes colectivamente se les sorprende en la buena fe, al no prestarles la información comprensible y necesaria, abusando de la ignorancia y obteniendo sobre ellas leoninas ventajas”.

En consecuencia, la protección que el Estado brinda al hecho social trabajo, incide directamente en el contexto de toda la sociedad, ya que ello puede conllevar a un alto índice de desempleo y una serie de inconvenientes colaterales socioeconómicos que de mantenerse causarían daños, tanto a los trabajadores, como a los entes públicos vinculados al caso. Tal protección no debe excluir a quienes ostenten la cualidad de pensionados o jubilados, ya que el cobro de las pensiones de jubilación forma parte del carácter irrenunciable del que gozan los derechos laborales previstos en el Texto Fundamental.

A juicio de la Sala, se encuentra que la jubilación se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social que reconoce el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -artículo 94 y 2 de la Enmienda de la Constitución de 1961- como pensión de vejez para la persona que cumplió con los requisitos de edad y años de servicio para que sea beneficiaria de tal beneficio de orden social, pues su espíritu es, precisamente, garantizar la calidad de vida del funcionario público o trabajador privado, una vez que es jubilado.

En ese sentido, la Sala considera que la pensión de jubilación, por definición, si bien debe ser calculada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma, no puede ser inferior al salario mínimo urbano, tal y como lo ordena el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De allí que, en el caso de autos, al no tomarse en cuenta ni considerar el cumplimiento de la disposición constitucional para el cálculo de las pensiones de jubilación, se vulneró ese derecho constitucional.

De la misma manera, cónsono con lo expuesto precedentemente, se aprecia que la decisión sometida a revisión de la Sala vulneró el carácter irrenunciable del que gozan los derechos laborales, al excluir a quienes ostenten la cualidad de pensionados o jubilados del beneficio de los aumentos en las pensiones de jubilación proporcionales a los incrementos salariales que reciban los trabajadores activos de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela producto de las contrataciones colectivas.

Ciertamente, como se ha indicado en diversas oportunidades, la Sala no puede desconocer el valor social y económico que tiene la jubilación, pues ésta sólo se obtiene luego que una persona dedica su vida útil al servicio de un empleador, y conjugado con la edad –la cual coincide con el declive de esa vida útil- el beneficio de la jubilación se configura como un logro a la dedicación de un esfuerzo que se prestó durante años. Así, se ha entendido que el objetivo de la jubilación es que su titular –que cesó en sus labores diarias de trabajo- mantenga la misma o una mayor calidad de vida de la que tenía, producto de los ingresos que ahora

proviene de la pensión de jubilación, con la finalidad de asegurar una vejez cónsona con los principios de dignidad que recoge el Texto Fundamental en su artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que reza:

“Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello”. (Resaltado de la Sala)

Esta noción de jubilación fue infringida en el caso de autos, por cuanto, como se observó anteriormente, la pensión de jubilación de los demandantes, en aquellos casos que resulte inferior al salario mínimo urbano, debe igualarse al mismo para así dar efectividad y contenido al postulado plasmado en el artículo 80 de la Carta Fundamental. De la misma manera, las pensiones que reciban los jubilados y pensionados deberán incrementarse en la medida en que se produzcan aumentos para los trabajadores activos. Así se decide.

... Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

...3. A continuación, la Sala analizó los artículos 80 y 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que se refieren al deber del **Estado** (que no de los patronos privados) de garantizar los derechos de los ancianos –entre ellos el de que las pensiones y jubilaciones no sean inferiores al salario mínimo urbano- y de prestar el **servicio público de carácter no lucrativo** de seguridad social.

En este contexto, se llegó a la conclusión de que, en el caso que fue decidido por la Sala de Casación Social, se vulneró dicho artículo 80 porque no se tomó en cuenta esa disposición para el cálculo de las pensiones y jubilaciones, hecho éste que no se deduce de la narrativa de la decisión. En todo caso, esa no parece haber sido la pretensión de los demandantes, según se desprende, ahora sí, de la narrativa, sino el supuesto derecho a aumentos proporcionales a los que reciban los trabajadores activos, que es el punto que analizó la mayoría seguidamente.

Allí, la sentencia, de la cual se aparta el disidente, llegó a la conclusión de que los trabajadores de la CANTV tenían derecho a tales aumentos por el carácter irrenunciable de los derechos laborales, sin que se ofrezca ningún fundamento para tal aserto. Luego, el fallo derivó de la norma constitucional, que sólo garantiza un monto al menos superior al del salario mínimo para las pensiones y jubilaciones “*otorgadas mediante el Sistema de Seguridad Social*”, el derecho a su aumento progresivo en forma proporcional a la de los salarios de los trabajadores activos, de nuevo sin fundamento alguno, lo cual, en opinión de quien se aparta de la decisión que antecede, hace a ésta inmotivación también respecto de este punto.

La conclusión a que se ha hecho referencia, de la cual difiere el voto salvante, podría llegar a suponer para aquel empleador que otorgue el beneficio de jubilación a sus trabajadores, la carga de una nómina doble, lo cual sería antieconómico, además de injustificado, puesto que las pensiones y jubilaciones no tienen contraprestación en el presente, de modo que, ni son iguales al salario ni le son equiparables, como acertadamente lo declaró la Sala de Casación Social en la sentencia que fue objeto de la solicitud de revisión que encabeza estas actuaciones.

Por ello, la mayoría ha debido, al menos, circunscribir en forma explícita sus conclusiones al caso muy específico de los demandantes, por la circunstancia muy particular de que se trata de pensionados y jubilados de una sociedad mercantil que, para el momento de la

cesación de sus relaciones de trabajo, era una empresa del Estado, lo cual los hacía gozar de una serie de condiciones que se vieron alteradas por la privatización de quien fuera su empleador; ello para evitar una eventual pero peligrosa extensión de aquellas conclusiones a situaciones distintas a las que se tuvieron a la vista para el juzgamiento del caso concreto.

Es opinión del disidente, que la doctrina del fallo del que se aparta desestimulará el otorgamiento de pensiones y jubilaciones, por parte de los patronos del sector privado –más de allá de sus obligaciones legales-, a causa de lo incalculable de la carga económica que supondría el deber de actualización de las pensiones y jubilaciones en forma proporcional a los salarios; ello, como es evidente, será de enorme perjuicio para la gran masa trabajadora cuyos derechos pretende proteger la mayoría sentenciadora.

Por otra parte, la interpretación a que se ha hecho referencia podría suponer, desde otro punto de vista, una enorme carga económica para los patronos respecto de quienes ya sean sus pensionados y jubilados –que, como es natural, no habría sido tomada en cuenta al momento del otorgamiento del beneficio-, lo cual, puede avizorarse sin dificultad, desestimularía el aumento de salarios, en perjuicio, ahora, además, de los trabajadores activos. Corresponderá a la Sala de Casación Social hacer las precisiones y especificaciones que la mayoría de esta Sala Constitucional omitió.

4. En conclusión, es criterio de quien discrepa que la decisión de la Sala de Casación Social que fue anulada estaba ajustada a derecho y, en todo caso, no encuadraba dentro de ninguno de los graves supuestos que establece el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para que proceda la revisión de una sentencia de otra Sala de este Alto Tribunal, razón por la que ha debido declararse que no había lugar a la solicitud al respecto.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

TSJ-SC (165)

2-3-2005

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Héctor A. Serpa A. vs. Ministerio Público.

No es posible extraer bajo ninguna interpretación de las normas constitucionales, que los entes u órganos que incorporan a jubilados deban asumir o soportar necesariamente las cargas derivadas de la jubilación otorgada previamente por otro ente u órgano de la Administración Pública; por lo que el juez o la Administración en cada caso, deben atender a las normas que se dicten en ejecución de la Constitución relacionadas con la jubilación.

La decisión objeto de revisión tuvo como fundamento “(...) *que una vez culminado el período constitucional para el cual fue designado el recurrente como Fiscal General de la República, al reanudarse el pago de su pensión de jubilación, éste ha debido ajustarse al último sueldo devengado por él, en virtud del principio constitucional de seguridad social consagrado en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, el cual debió desarrollarse en la normativa que rige a los funcionarios del Ministerio Público (...)*” y concluyó, sobre la base de una interpretación del derecho constitucional a la seguridad social **que al ser el Ministerio Público el último organismo en el cual trabajó el recurrente, éste debía asumir el pago de la pensión de jubilación correspondiente, el cual debía ser cancelado conforme al salario que corresponda en la actualidad al cargo de Fiscal General de la República.**

De la lectura del fallo parcialmente transcrito, se evidencia que la decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia es resultado directo de la interpretación del derecho a la seguridad social y, particularmente a la jubilación, como manifestación de dicha garantía constitucional.

En tal sentido, advierte la Sala que la interpretación formulada por la Sala Político Administrativa este Tribunal, resulta errada debido a que de ella derivan una serie de consecuencias jurídicas que afectan el alcance de la jubilación como expresión del derecho a la seguridad social, **al establecer como obligación de los entes u órganos que incorporen a jubilados, el asumir necesariamente las cargas derivadas de la jubilación otorgada por otro ente u órgano de la Administración Pública.**

Ahora bien, a los fines de realizar el correspondiente análisis del criterio sostenido en el fallo sometido a revisión, se procede a delimitar en términos generales el marco normativo de la jubilación como parte del derecho a la seguridad social.

Los artículos 80 y 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establecen lo siguiente:

*“Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. **Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano.** A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello”.*

*“Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y **cualquier otra circunstancia de previsión social.** El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. **El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial**” (Resaltado de la Sala).*

Igualmente, los artículos 147 y 148 de la Constitución consagran que la ley establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales; así como que nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la ley -Cfr. Con el artículo 2 de la Enmienda n° 2 de la Constitución de 1961, que estableció en los mismos términos el régimen aplicable a la jubilación-.

Sobre la base de las normas parcialmente transcritas, el concepto de seguridad social consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela “(...) debe ser entendido como un sistema que abarca toda una estructura que integra entes de derecho público-sistema de asistencia y seguridad social, configurado bajo el régimen único de seguro social entendido, en su acepción tradicional- al igual que el régimen privado, cuyo objeto común es garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones. En consecuencia, resulta obligatoria la aplicación del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los diferentes entes de derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrante del actual sistema de seguridad social, inclusive

aquellos derivados de las contrataciones colectivas o laudos arbitrales, como es el caso, determinando que, según lo dispuesto en dicha norma, el monto que pagan los sistemas alternativos de jubilaciones y pensiones a sus beneficiarios no puede ser inferior al salario mínimo urbano. En este contexto cabe destacar que, el principio de la Seguridad Social es de orden público y no se puede modificar ni por convención colectiva ni por convenio entre particulares (...)” (Vid. Sentencia de esta Sala del 25 de enero de 2005, caso: “*Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela C.A.N.T.V.*”).

Asimismo, la Sala ha establecido que la jubilación se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social que reconoce el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -artículo 94 y artículo 2 de la Enmienda n° 2 de la Constitución de 1961-, como pensión de vejez que le corresponde a la persona que cumplió con los requisitos de edad y años de servicios para que sea acreedora de tal beneficio de orden social, pues su espíritu es, precisamente, garantizar la calidad de vida del trabajador o funcionario público una vez que es jubilado.

En ese sentido, la Sala ha considerado que la pensión de jubilación, por definición, debe ser calculada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma, toda vez que no puede desconocer el valor de derecho social que tiene en su esencia, pues éste sólo se obtiene luego de que una persona dedique su vida útil al servicio de un empleador; lo cual conjugado con la edad -la cual coincide con el declive de esa vida útil-, hace que el beneficio de la jubilación se configure como un logro a la dedicación que se prestó durante años. Así, se ha entendido que el objetivo de la jubilación es que su acreedor -que cesó en sus labores diarias de trabajo- mantenga la misma o una mayor calidad de vida a la que tenía, producto de los ingresos que ahora provienen de la pensión por este concepto (Cfr. Sentencia de esta Sala del 11 de diciembre de 2003, caso “*Hugo Romero Quintero*”).

Lo anterior evidencia que la jubilación -como acertadamente afirma la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia objeto de revisión- “(...) si bien se origina en el ámbito de la relación laboral, es considerado como un derecho social enmarcado dentro de la Constitución y desarrollado por las leyes, que puede ser objeto de regulación por parte del Estado, regulación tendiente a garantizar la protección e integridad del individuo que lo ostenta (...)”.

En este orden de ideas, por remisión expresa del artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el sistema de seguridad social se encuentra regulado por una Ley Orgánica especial que en la actualidad es la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.600 del 30 de diciembre de 2002, la cual derogó el Decreto con Rango y Fuerza de Ley n° 425, que regula el Subsistema de Salud, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 5.398, Extraordinario, del 26 de octubre de 1999; el Decreto con Rango y Fuerza de Ley n° 366, que regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 5.392, Extraordinario, del 22 octubre de 1999, y el Decreto con Rango y Fuerza de Ley n° 426 que regula el Subsistema de Pensiones, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 5.398, Extraordinario, del 26 de octubre de 1999. De la misma manera se observa que la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, dispone en su artículo 134 lo siguiente:

“Artículo 134. Hasta tanto se promulgue la Ley que regule el Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas, se mantiene vigente la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela n° 3.850 Extraordinario, de fecha 18 de julio de 1986 y su reglamento, en cuanto sus disposiciones no contraríen las normas establecidas en la presente Ley”.

De ello resulta pues, que bajo los principios y previsiones que informan el derecho a la seguridad social, es posible que el ordenamiento jurídico establezca diversas regulaciones de carácter particular que no sean violatorias de los preceptos constitucionales. Así, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 los órganos con autonomía funcional, tales como la Contraloría General de la República y el Ministerio Público entre otros, dictaron sus estatutos particulares sobre la jubilación.

En efecto, bajo la tesis de la autonomía funcional, la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia del 22 de mayo de 1990, excluyó expresamente a los funcionarios al servicio de la Contraloría General de la República de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la *Gaceta Oficial de la República* n° 3.850 Extraordinario del 18 de julio de 1986, anulando el numeral 5 del artículo 2 de dicho Estatuto, ya que interpretó que no podían ser incluidos los órganos con autonomía funcional en los entes a que hace alusión el artículo 2 de la Enmienda n° 2 del Texto Constitucional derogado.

Así, ha sido criterio pacífico y reiterado, declarar la nulidad por inconstitucionalidad de aquellas leyes estatales que consagran y regulan el régimen de previsión y seguridad social de los funcionarios al servicio de dichos entes descentralizados, por violar el principio de reserva legal, al no haber sido dictados por el Poder Legislativo Nacional. Pueden citarse al respecto la sentencia n° 359 del 11 de mayo de 2000, caso "*Ley de Jubilaciones y Pensiones del Estado Lara*" y la sentencia n° 450 del 23 de mayo de 2000, caso "*Ley Orgánica de la Contraloría del Estado Bolívar*".

Sin embargo, la doctrina sentada en los fallos de esta Sala respecto a la inconstitucionalidad de leyes estatales que consagran y regulan el régimen de previsión y seguridad social de los funcionarios al servicio de dichos entes descentralizados, no resulta aplicable a los llamados órganos con autonomía funcional, ya que la intención del constituyente, al dictar la Enmienda n° 2 de la Constitución de 1961, fue la de excluir a los funcionarios adscritos a alguno de los entes con autonomía funcional del régimen común de previsión y seguridad social de los demás funcionarios de la Administración Pública Nacional Centralizada o Descentralizada, exclusión que quedó evidenciada en la sentencia dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 22 de mayo de 1990, mediante la cual declaró la nulidad del numeral 5 del artículo 2 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, antes referida. El fallo de la Corte en Pleno de 1990, investido de la autoridad de la cosa juzgada, textualmente señaló que:

"En virtud de lo expuesto, estima esta Corte que si bien la Contraloría General de la República forma parte de la Administración Pública Nacional (de la República), no puede considerarse que sea parte de la Administración Central ni de la Descentralizada de la República, únicas administraciones (a la par de la Administración Central y Descentralizada de los Estados y Municipios), cuyos funcionarios o empleados públicos podrían ser destinatarios de las regulaciones legales autorizadas por la Enmienda Constitucional n° 2, artículo 2°, en materia del beneficio de jubilación o pensión y, desde luego, como quedó asentado, la Ley dictada en julio de 1986.

En razón de lo expuesto concluye esta Corte que la 'Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional', al incluir en el numeral 5 de su artículo 2° a la Contraloría General de la República, contrarió lo establecido en el artículo 2° de la Enmienda n° 2 promulgada el 26 de marzo de 1983, pues si bien la Contraloría General de la República es un organismo de la Administración Pública Nacional (de la República), no forma parte por ello de la Administración Central o Descentralizada de ésta, de modo que mal pueden (sic) dicho organismo y sus funcionarios, ser destinatarios de la Ley de julio de 1986. Así se declara".

Con motivo de dicha interpretación se reconoce la existencia de una potestad reglamentaria, atribuida directamente por la Constitución, a los órganos con autonomía funcional, para dictar sus propios reglamentos en materia de previsión y seguridad social, sin que ello implique violación a la reserva legal.

Esa potestad reglamentaria atribuida a los órganos con autonomía funcional, encuentra plena vigencia en el actual ordenamiento constitucional, ya que la Constitución de 1999, en su artículo 147 no sometió expresamente a estos órganos a la ley nacional que “(...) establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales”, ley que aún no ha sido dictada y que no podrá incluir a este tipo de órganos con autonomía funcional, dentro de los cuales se encuentra el Ministerio Público, tal como así lo prevé el artículo 273 del Texto Fundamental. (Vid. Sentencia de esta Sala del 11 de abril del año 2002, caso “Clodosbaldo Russian Uzcátegui”). Así, la posibilidad de establecer estas normativas especiales deviene de la imposibilidad de una norma constitucional de abarcar expresamente todos los supuestos sometidos a su ámbito de aplicación, debido a su vocación intemporal, general y condicionante del resto de la retícula normativa de un determinado sistema jurídico.

De ello resulta, que no es posible extraer bajo ningún parámetro interpretativo de las normas constitucionales, que los entes u órganos que incorporan a jubilados deban asumir o soportar necesariamente las cargas derivadas de la jubilación otorgada previamente por otro ente u órgano de la Administración Pública; por lo que el juez o la Administración en cada caso, deben atender a las normas que se dicten en ejecución de la Constitución relacionadas con el supuesto planteado (Vgr. Jubilación).

Asumir la interpretación realizada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, comportaría la nulidad por inconstitucionalidad de todas aquellas normas o actos de ejecución de las primeras, que establecen la imposibilidad, en el organismo receptor, de asumir los pasivos de las jubilaciones otorgadas por otro ente u organismo e, incluso, una constante reorganización del personal jubilado que reingrese a la Administración Pública en un órgano u ente distinto al que le otorgó la jubilación. En tal sentido, la Sala advierte que resulta una obligación ineludible del juez que pretende sentar un nuevo criterio jurisprudencial por medio del análisis de las normas o principios constitucionales e incluso de las interpretaciones vinculantes establecidas por esta Sala, que el mismo se realice ponderadamente sobre la base de criterios de razonabilidad en cuanto a la procedencia, necesidad y consecuencias jurídicas del cambio de criterio sobre la realidad social. En efecto, el análisis de la norma constitucional no puede formularse en términos matemáticos que desconozcan la unidad del sistema normativo y que pueda hacer llevar al juez a conclusiones erróneas, en detrimento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y de la coherencia del sistema jurídico en un Estado de Derecho y Justicia.

En el presente caso, la Sala Político Administrativa de este Tribunal con el criterio sostenido en la sentencia objeto de revisión, se apartó de lo establecido por ese órgano en sentencia n° 1022 del 31 de julio de 2002, caso “Carmen Susana Urea Melchor”, que delimitó como consecuencia para el órgano que otorgó la jubilación a funcionarios que cesaban en la prestación de servicios en cargos públicos y que luego reingresaban a la función pública, el recálculo de la pensión de jubilación según el último salario devengado, en los siguientes términos:

“(...) los requisitos para el reingreso de los funcionarios públicos que hayan obtenido una jubilación, serán los siguientes: (...) (v) Al momento de cesar la prestación de servicios en los cargos públicos antes referidos -distintos a la figura de contratado- el funcionario jubilado podrá reactivar su beneficio de pensión por jubilación, efectuando el recálculo a que se refiere el artículo 13 del Reglamento en estudio; computándose el último salario devengado y el tiempo de servicio prestado. (...)”. (Resaltado de esta Sala)

Es ineludible entonces que la respectiva interpretación constitucional considere las consecuencias del criterio que se asuma frente a determinada causa; en virtud que bajo la óptica de los principios de legalidad y de supremacía de la Constitución, la interpretación que se haga del Texto Fundamental afectará al ordenamiento jurídico como sistema, al estar constituido éste por un conjunto de normas coordinadas y vinculadas jerárquicamente entre sí.

Así pues, aun cuando la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia acertadamente afirma en la sentencia objeto de revisión (reproduciendo íntegramente textos aislados de la Sentencia n° 01022 de fecha 31 de julio de 2002, caso "*Carmen Susana Urea Melchor*"), que "(...) la posibilidad de que los funcionarios jubilados vuelvan a desempeñar funciones públicas, debe contemplarse como una manifestación del mandato constitucional de no limitar la voluntad de todo ciudadano que desee trabajar y que se encuentre apto para ello, (...) el Estado debe procurar algún beneficio o estímulo a los funcionarios jubilados que reingresen a la Administración con el objeto de continuar prestando labores, ya que de lo contrario, ninguno o muy pocos se atreverían a abandonar sus beneficios de jubilación y el tiempo de disfrute que ello comporta sin que a cambio (...) no se les reconozca el nuevo tiempo de servicio y la homologación del beneficio de pensión conforme al último salario devengado, ambos beneficios sólo serán disfrutados para el momento en que la jubilación sea reactivada (...)". Sin embargo, luego no consideró, que al asumir en forma generalizada la interpretación realizada del derecho a la seguridad social, se está desestimulando el reingreso de los jubilados a órganos o entes de la Administración Pública distintos a los que le otorgaron la jubilación, por las cargas presupuestarias que implicaría asumir la jubilación ya otorgada.

Sobre la base de las consideraciones expuestas, la Sala advierte que debido a que el entonces Consejo de la Judicatura le concedió al recurrente el beneficio de jubilación en fecha 16 de septiembre de 1980, y el 29 de marzo de 1984 fue designado por el extinto Congreso de la República como Fiscal General de la República para el período constitucional 1984-1989, la pensión de jubilación, por definición, debe ser calculada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma y asumida en el presente caso por el órgano que acordó la jubilación -sin perjuicio que existan supuestos en los cuales la normativa aplicable permita un traslado entre órganos o entes de la obligación de cancelar una jubilación- (Cfr. Sentencia de esta Sala del 11 de diciembre de 2003, caso "*Hugo Romero Quintero*"). Así se declara.

Advierte la Sala que según los criterios antes expuestos, se debe atender a la normativa aplicable al caso en concreto y, a tal efecto observa que:

La normativa vigente en materia de jubilación para funcionarios y empleados del Ministerio Público para el 7 de junio de 1989, fecha en la cual egresó el recurrente del cargo de Fiscal General de la República, era la Resolución del 26 de noviembre de 1976, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 31.121 del 30 de ese mismo mes y año, la cual consagraba el beneficio de jubilación para los funcionarios y empleados del mencionado organismo, pero nada indicaba respecto de las personas jubiladas por otros organismos del sector público que ingresaran a trabajar al Ministerio Público.

Posteriormente, mediante la Resolución n° 514 del 26 de noviembre de 1993 (publicada en la *Gaceta Oficial* n° 35.355 del 7 de diciembre de 1993), se reformó la Resolución n° 202 del 16 de noviembre de 1989, y se reguló por primera vez dentro del Ministerio Público la situación de los jubilados de otros organismos del sector público, estableciendo la posibilidad de otorgarle un complemento de su jubilación y cuyo tenor es el siguiente:

“(…) El ingreso al Ministerio Público mediante nombramiento, de personas jubiladas por la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Pensiones y Jubilaciones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, así como por otras leyes, reglamentos o estatutos, sólo será posible en los cargos de libre nombramiento y remoción, pero se atenderá al régimen de incompatibilidades entre jubilaciones y sueldos.

Si ese régimen no lo impide y el funcionario o empleado que haya ingresado al Ministerio Público permanece en éste por un lapso no menor de tres (3) años, tendrá derecho en la oportunidad de su retiro, a que la Institución le conceda un complemento de la jubilación, si fuere procedente. (…).” (Subrayado de la Sala)

Ulteriormente, se dictó la Resolución n° 138 del 27 de junio de 1996, la cual en el párrafo tercero de su artículo 4°, estableció lo siguiente: *“(…) Los beneficiarios de jubilaciones otorgadas conforme a otras normas dictadas por organismos del Sector Público, podrán ingresar al Ministerio Público como contratados, o para ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción, siempre que, en este último caso, presenten constancia de haber solicitado y obtenido la suspensión del pago de las mismas durante el tiempo de su servicio a la Institución. **En ningún caso corresponderán al Ministerio Público las erogaciones derivadas de variaciones o complementos de aquellas jubilaciones*** (…).” (Resaltado de la Sala).

Ahora bien, observa la Sala que bajo la vigencia de esta normativa, el ciudadano Héctor Augusto Serpa Arcas (en fecha 4 de junio de 1997), solicitó al entonces Fiscal General de la República le fuese concedido el beneficio de jubilación. Así las cosas, el régimen vigente está contenido en el Estatuto de Personal del Ministerio Público, dictado por el Fiscal General de la República mediante Resolución n° 60, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 36.654 del 4 de marzo de 1999, el cual establece que:

“(…) Parágrafo Tercero: Los beneficiarios de jubilaciones otorgadas conforme a otras normas dictadas por organismos del Sector Público, podrán ingresar al Ministerio Público como contratados, o para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, siempre que, en este último caso, presenten constancia de haber solicitado y obtenido la suspensión del pago de las mismas, durante el tiempo de su servicio a la Institución. En ningún caso, corresponderán al Ministerio Público las erogaciones, derivadas de variaciones o complementos de aquellas jubilaciones.

*Parágrafo Cuarto: Quienes siendo jubilados por otro ente público, ingresen al Ministerio Público para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, por contrato **o sujeto a período constitucional**, no tendrán derecho a la concesión de una nueva jubilación, por parte de la Institución, concurrente o sustitutiva de aquélla que estuviere disfrutando* (…).” (Resaltado y subrayado de la Sala).

Así, resulta acertado lo expuesto por la Sala Político Administrativa de este Tribunal, al señalar lo siguiente: *“(…) Del análisis efectuado a toda la normativa que ha regido la materia objeto del presente caso, queda evidenciado que no existe previsión alguna que haya establecido o prevea la posibilidad de que las personas jubiladas de otros organismos del sector público que hubieren ingresado posteriormente al Ministerio Público, ya sea en calidad de contratados, o en un cargo de libre nombramiento y remoción, o en un **‘cargo sujeto a período constitucional’** (este último es precisamente el que ocupó el recurrente en el Ministerio Público), pudieren tener derecho a ser acreedores de una nueva jubilación en virtud del desempeño de un cargo en la Fiscalía General de la República* (…).” (Resaltado y subrayado del original).

Por su parte, la normativa aplicable a los funcionarios jubilados por el extinto Consejo de la Judicatura, se encontraba originalmente contenida en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* n° 3.850 Extraordinario, de fecha 18 de julio de 1986, la cual establece lo siguiente:

“(…) Artículo 2.- *Quedan sometidos a la presente Ley los siguientes organismos:(…) 4.- El Consejo de la Judicatura. (…)*

Artículo 13.- *El monto de la jubilación podrá ser revisado periódicamente, tomando en cuenta el nivel de remuneración que para el momento de la revisión tenga el último cargo que desempeñó el jubilado. Los ajustes que resulten de esta revisión se publicarán en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela (…)* (Resaltado de esta Sala).

Respecto al segundo artículo parcialmente citado, se observa que el artículo 13 del Reglamento de la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* n° 36.618 del 11 de enero de 1999, prevé que:

“(…) *El jubilado no podrá ingresar, a través de nombramiento, en ninguno de los organismos o entes a los cuales se aplica la Ley del Estatuto, salvo que se trate de los cargos de libre nombramiento y remoción, previstos en los ordinales 1° y 2° del artículo 4 de la Ley de Carrera Administrativa, o de cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esa Ley, o en cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes.*

El pago de la Pensión de jubilación será suspendido al jubilado que reingrese a uno de los cargos a que se refiere el aparte único del artículo 11 de la Ley del Estatuto y, mientras dure en su ejercicio, no estará obligado a aportar las cotizaciones previstas en el artículo 2 del presente Reglamento.

El organismo o ente a cuyo servicio reingrese el jubilado, lo notificará al organismo o ente que otorgó la jubilación a los efectos de la suspensión del pago de la pensión. Al producirse el egreso se restituirá el pago de la pensión que recibirá en lo adelante el funcionario jubilado, recalculándose el monto de la misma con base en el sueldo percibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado (…). (Subrayado de la Sala).

Ahora bien, la Ley de Carrera Judicial publicada en la *Gaceta Oficial* n° 5.262 Extraordinario de fecha 11 de septiembre de 1998, al establecer el régimen especial para las jubilaciones de los jueces en su artículo 45, no prohíbe que la actual Dirección Ejecutiva de la Magistratura, asuma los complementos derivados del reingreso de los funcionarios jubilados por el extinto Consejo de la Judicatura, a otros órganos o entes de la Administración Pública; sino por el contrario recoge los principios establecidos en la normativa parcialmente trascrita, al establecer la contabilización de los años de servicios prestados en otros organismos para la determinación de la procedencia de la jubilación, en los siguientes términos:

“(…) Artículo 45. *En el ejercicio de la función judicial, no podrá sobrepasarse la edad de setenta y cinco años. A los efectos de la jubilación se computarán los años de servicio que haya prestado el funcionario en cualquier dependencia del Estado, siempre que hubiere cumplido por lo menos quince años de actividad como juez y esté desempeñando estas funciones para el momento de la jubilación (…)*”.

Así, en el caso bajo análisis al evidenciarse que el ciudadano Héctor Augusto Serpa Arcas, fue jubilado mientras ejercía el cargo de juez superior (Anexo D del escrito contentivo del recurso de revisión interpuesto), resultaban plenamente aplicables los principios antes expuestos y en particular lo siguiente:

Como supuestos relacionados con el órgano o ente que recibe al funcionario que reingresa a la Administración Pública -en el presente caso el Ministerio Público-, los siguientes:

(i) El ente u órgano en el cual reingresa un particular jubilado, deberá asumir los complementos o la totalidad de la jubilación previamente acordada, si así expresamente lo reconoce su estatuto.

(ii) El reingreso de un funcionario jubilado a la Administración Pública como personal activo, no lo excluye del régimen general que tutela sus derechos como trabajador -desde el punto de vista constitucional y legal- y, en consecuencia, al derecho de percibir las prestaciones correspondientes por concepto de antigüedad, las cuales de conformidad con la normativa aplicable corresponden al órgano u ente en el cual prestó sus servicios (en el caso en concreto, el Ministerio Público), salvo el supuesto de pagos previos por otros organismos y no en aquél en el cual se le otorgó la jubilación.

(iii) En caso de asumir el ente u órgano en el cual reingresa un particular jubilado, el pago la pensión de jubilación; comporta que la pensión anterior se extinga.

(iv) Si el órgano o ente en el cual reingresa un jubilado a la Administración Pública, permite según sus estatutos que se le conceda al jubilado un complemento de la jubilación, la misma es procedente y no implica la renuncia de la jubilación ya otorgada. Pero en este supuesto, no procede un recálculo de la pensión de jubilación, a cargo del ente u órgano que otorgó originalmente la jubilación.

Por otra parte, en cuanto al órgano o ente que otorga originalmente la jubilación y asume los pagos de la pensión correspondiente -en el caso concreto, el extinto Consejo de la Judicatura, actualmente Dirección Ejecutiva de la Magistratura-; se debe tener en consideración lo siguiente:

(i) El derecho del trabajador de percibir las prestaciones correspondientes por concepto de antigüedad, corresponde satisfacerla al órgano o ente en el cual prestó sus servicios (en el caso en concreto, el Ministerio Público) y no en aquél en el cual se le otorgó la jubilación.

(ii) En términos generales el recálculo sobre la base del último sueldo procede, siempre y cuando la participación como trabajador activo no sea consecuencia de la ocupación de un cargo como contratado en la Administración; es decir, el recálculo se producirá si se verifica efectivamente el reingreso del funcionario a la Administración Pública.

(iii) En caso que el estatuto del órgano o ente en el que se produce el reingreso del funcionario jubilado se encuentre una prohibición de asumir los complementos o la totalidad de la jubilación previamente acordada; el órgano u ente que otorgó la jubilación, necesariamente debe asumir la correspondiente variación que se produzca como resultado del reingreso del funcionario a la Administración Pública.

(iv) Considera esta Sala que en el supuesto en el que ambos órganos u entes -en el que se produce el reingreso y el que originalmente otorgó la jubilación- se excluya la posibilidad de asumir cualquier variación como resultado del reingreso, dicha normativa debe considerarse contraria al ordenamiento jurídico constitucional (derecho a la seguridad social), por lo que obligatoriamente deberá asumir la correspondiente variación el organismo que otorgó la jubilación -en el presente caso, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura-.

De la lectura de las actas del expediente y de la normativa aplicable, se evidencia que el ciudadano Héctor Augusto Serpa Arcas en su condición de funcionario jubilado por el entonces Consejo de la Judicatura, al momento de cesar la prestación de sus servicios en el cargo de Fiscal General de la República, se encontraba en el derecho de reactivar su beneficio de pensión por jubilación y se efectuara el respectivo recálculo a dicha pensión, tomando en consideración el último salario devengado y computando el tiempo de servicio prestado en el Ministerio Público.

Por las consideraciones antes expuestas, resulta forzoso para esta Sala declarar la nulidad de la sentencia cuya revisión se solicitó y remitir a la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia el expediente de la causa para que dicte un nuevo pronunciamiento, en acatamiento a la doctrina establecida en este fallo. Así se decide

4. *Derechos Laborales*A. *Naturaleza progresiva e intangible de los derechos laborales*

TSJ-SC (3)

25-1-2005

Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta

Caso: Federación Nacional de Jubilados y Pensionados de Teléfonos de Venezuela (F.E.T.R.A.J.U.P.T.E.L.), vs. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.)

Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales.

De la misma manera, indicó la sentencia sometida a revisión que al caso de autos no resultaba aplicable la disposición del artículo 23 de la Ley de Privatizaciones, promulgada el 10 de marzo de 1992, que indica lo siguiente:

“La privatización de cualquier ente, compañía o instituto del Estado, no puede afectar los derechos de los trabajadores en su relación laboral.

Parágrafo Único: Las convenciones colectivas, usos y costumbres laborales así como los derechos adquiridos de los trabajadores no podrán ser desmejorados, salvo que sean sustituidos por otros beneficios que en su totalidad superen o por lo menos mantengan la misma amplitud de los derechos vigentes para la fecha anterior a la privatización”.

La Sala de Casación Social indicó que la norma anterior no abarca “derechos de ex trabajadores provenientes de una jubilación convencional.” Y concluyó que el “estado jurídico de ser jubilado, es esencialmente distinto al del trabajador, y por ello no cabe a favor del jubilado o pensionado, así como ni de sus familiares beneficiarios de la jubilación que nunca fueron trabajadores, indicados en el artículo 13 del Anexo “C” de la Contratación Colectiva, una interpretación extensiva del artículo 23 de la Ley de Privatizaciones cuyo texto se circunscribe a fin de preservar los derechos de los trabajadores solamente”.

La anterior afirmación sirvió como fundamento para desechar la demanda de los ciudadanos Luis Rodríguez Dordelly, Nelly Colmenares de Mendoza, Aura Méndez, Carmen de Pisani, Gladys Fuentes, María Morales, María Gutiérrez, Ramón Loreto, Jesús Milíam Espinoza, Juan José Battaglini, Guillermo Rojas Chirinos y José Chacón, en su condición de jubilados de la referida empresa, sin entrar a analizar los montos de las jubilaciones que éstos reciben de la misma y el fundamento de su pretensión.

En efecto, observa esta Sala que la sentencia que dictó el 7 de septiembre de 2004 la Sala de Casación Social, tal y como se señaló anteriormente, con fundamento en disposiciones legales dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1961, infringió lo dispuesto en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra lo siguiente:

“Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.

Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenio al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establece la ley.

Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad.

Toda medida o acto del patrono contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno.

Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.

Se prohíbe el trabajo de adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral. El Estado los o las protegerá contra cualquier explotación económica y social”.

Debe precisar esta Sala que al establecerse una distinción entre un funcionario público y un trabajador de la empresa privada, en virtud de la privatización de la referida empresa y posteriormente entre la condición de trabajador y la de jubilado, la decisión objeto de examen resulta discriminatoria e infringe el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desconociendo precisamente la naturaleza progresiva e intangible de los derechos laborales. De la misma manera, se desconoció la intención del constituyente consagrada en la referida norma, que hace prevalecer la realidad sobre las formas o apariencias en materia laboral.

Al respecto, esta Sala Constitucional, en sentencia número 708 del 10 de mayo de 2001 (Caso *Juan Adolfo Guevara y otros*), declaró:

“...Observa esta Sala, que el artículo 26 de la Constitución vigente, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional, el cual encuentra su razón de ser en que la justicia es, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 eiusdem, uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social. Es así como el Estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administrados o con la Administración misma, para lo que se compromete a organizarse de tal manera que los mínimos imperativos de la justicia sean garantizados y que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.

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 ò 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.

(omissis)

Ha dicho esta Sala, reiteradamente, que los errores de juzgamiento en que pueda incurrir el juez en el cumplimiento de su función, en la escogencia de la ley aplicable o en su interpretación, o en la apreciación de los hechos que se les someten y las infracciones legales, sólo será materia a conocer por el juez constitucional cuando constituyan, a su vez, infracción directa de un derecho constitucionalmente garantizado” (subrayado añadido).

Voto Concurrente de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño

2. Muy acertadamente el fallo que antecede determinó la flagrante inconstitucionalidad del criterio sostenido por la sentencia revisada, por el cual, según sostuvo la Sala de Casación Social, la circunstancia de la privatización de la empresa demandada (CANTV) generó una alteración de las condiciones laborales de los trabajadores; razón por la cual resultaba desestimada la pretensión procesal de los demandantes, por cuanto, en criterio de aquella Sala: (i) el pretendido beneficio de los jubilados y pensionados no había sido pactado en la Convención Colectiva vigente y, por tanto, no podía reconocérseles por la ausencia de aplicación del artículo 27 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, el cual sólo era aplicable antes de la “privatización”; (ii) que tampoco le es aplicable el reconocimiento que prevé el artículo 23 de la Ley de Privatizaciones (que prohíbe la reforma *in peius* de los derechos adquiridos de los trabajadores, por el hecho de la privatización) debido a que no podría aplicársele “retroactivamente” a CANTV, porque el acto formal de privatización ocurrió antes que su entrada en vigencia; (iii) que la sentencia del 27 de junio de 1991 dictada por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en donde se reconoce la aplicación de la Ley del Estatuto antes referido, fue dictada bajo el carácter estatal de la empresa, no estando ya “privatizada”.

En ese sentido, en criterio de quien suscribe, no sólo deviene en evidente la inconstitucionalidad de semejante criterio (sostenido por la Sala de Casación Social), por el hecho que: (i) cuando el trabajador se convierte en jubilado, si bien se extingue la relación laboral ordinaria; no obstante, se mantiene un vínculo jurídico especial como consecuencia de la primera, en cuyo caso *deben mantenerse incólumes todos los principios y garantías laborales que orientan el hecho social del trabajo* (Vgr. La progresividad de los derechos; la ausencia de perjuicio en los trabajadores como consecuencia de cambios o alteraciones en el patrono; la prohibición de fijación de desmejoras o reformas *in peius* de las condiciones de trabajo, sin que medie, al menos, el consentimiento válido de los propios trabajadores; la interpretación preferente en beneficio del trabajador en caso de duda -in dubio pro operario-; etc.); y (ii) que tal interpretación, sostenida por la Sala de Casación Social, contraría lo establecido en los artículos 80, 86 y 89 de la CRBV, de los cuales se podía extraer, para el caso concreto, *la contundente primacía de la seguridad social y la progresividad de los derechos de los accionantes sobre una dudosa y superficial interpretación sobre la “retroactividad” del artículo 23 de la Ley de Privatizaciones y la pretendida “desaplicación sobrevenida” del artículo 27 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios*; así como también, la inobservancia de lo previsto en el artículo 134 de la vigente Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, que claramente estatuye la “ultractividad” (término o modismo acuñado por la práctica laboral) de los beneficios relativos a la seguridad social de todos aquellos trabajadores que se venían rigiendo conforme al mencionado Estatuto. Sino también por la forma precaria en que fue *conceptualizado el proceso de privatización de cara a la situación jurídica de los trabajadores de la empresa*.

En tal sentido, advierte quien suscribe, que la privatización de una empresa estatal no es obstáculo para que el Estado establezca ciertas cautelas o controles para preservar no sólo la (a.-) continuidad en la prestación del servicio o actividad prestacional, que hasta ahora ha desempeñado la empresa; sino también, (b.-) *orientados a evitar los recurrentes traumas o lesiones sociales – en el ámbito laboral- que esta clase de procesos genera*. (Todas las expe-

riencias de privatizaciones en el mundo han venido acompañadas de graves problemas en el ámbito social, los cuales llegan a agravarse cuando la empresa a privatizar se constituye en la principal o única fuente de trabajo en una localidad).

En ese orden, una de esas cautelas o técnicas en los procesos de privatización, de las cuales se asiste el Estado, ha sido identificada como la llamada “**acción de oro o específica**”, consistente en un catálogo de cargas o modos a los cuales se debe someter la empresa frente al Estado, tales como (i) la carga de requerir autorización administrativa previa del ente privatizador para acometer decisiones de la empresa que alteren sustancialmente la composición accionarial; (ii) la directa imposición de condiciones o cargas para acometer su prestación y (iii) la imposición de condiciones o reglas para evitar o suprimir, los traumas y conflictos sociales, antes referidos.

En efecto, su establecimiento – de la acción dorada- se encuentra teleológicamente condicionada a garantizar la continuidad de la prestación y a ***precarver los efectos sociales que la transición del carácter*** (de pública a privada) de la empresa pudiese generar.

En ese orden, vale acotar que, por lo general, son dos las modalidades para su fijación, (i) bien como resultado de su inserción en el estatuto social (técnica de “golden share” acogido en Reino Unido), o (ii) por estipulación legal expresa, materializada a través de un acto gubernamental (aún cuando posteriormente pueda inscribirse documentalmente, como ocurre en países como Francia o España). Tal y como ocurrió en el caso de la empresa demandada (CANTV), en cuya privatización fue empleada dicha técnica (acción dorada), mediante su incorporación en el documento social y posterior inscripción en el Registro de Comercio, aún cuando el contenido de los poderes que de dicha acción dimanaban tienen su origen en estipulaciones impuestas por el Estado Venezolano desde el mismo momento en que fue aprobado el ***pliego de condiciones de la privatización***.

Así, en ese contexto, se observa que la Sala de Casación Social de este digno Tribunal Supremo desestimó lo pactado en Acta de fecha 15 de noviembre de 1991 (cuyo texto se da por reproducido), suscrita por el entonces Presidente del Fondo de Inversiones de Venezuela (FIV), un Representante de la República, y los representantes de las Confederaciones de Trabajadores de Venezuela (CTV) y de los Trabajadores de las Telecomunicaciones en Venezuela (en donde se reconoce la “progresividad” y no desmejora de los derechos adquiridos de los trabajadores como consecuencia de la privatización), aduciendo que tal “pliego” no resultaba oponible a la demandada CANTV y que en todo caso, sólo estaba referido para los trabajadores que estuviesen amparados por la Convención Colectiva vigente para aquel entonces. Este último aserto, sostenido por el fallo revisado, en criterio de quien suscribe, es abiertamente atentatorio e inconstitucional por todos y cada uno de los argumentos desarrollados por el fallo que antecede; pero también por la circunstancia práctica de haber desestimado que semejante Acta se constituía en un reconocimiento o prueba adicional del derecho que se debate.

En efecto, al margen de todas las consideraciones legislativas aplicables (las previsiones de la Ley de Privatizaciones; la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios; y la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social), así como la sana aplicación de los derechos constitucionales previstos en los artículos 80, 86 y 89 de la CRBV, y del derribo de la errónea aplicación – en el caso concreto- de la garantía de la “irretroactividad” que hizo la Sala de Casación Social (antes explicada); ***debe agregársele que la demandada desconoció los compromisos y cargas asumidas – de índole laboral- en virtud del pliego de condiciones que les fueron impuestas.***

En ese mismo sentido, para el momento de la compra de CANTV (de igual forma como ocurre para cualquier empresa, sea pública o privada), el grupo adquirente debió haber realizado lo que en el medio jurídico internacional se conoce en forma consolidada como una “*due diligence for acquisition*” en donde se hace un inventario jurídico económico de todos los pasivos legales existentes, para conocer el costo real de la empresa (luego de deducidos esos pasivos de cualquier especie). De lo contrario, los adquirentes quedarían expuestos a subrogarse a todos los pasivos sin ningún tipo de atenuante. Máxime aún lo relativos a relaciones laborales, los cuales se encuentran específicamente protegidos por el principio –recogido legislativamente- de la “sustitución de patrono”.

Ahora bien, la única excepción a semejante subrogación universal o adquisición forzosa de compromisos, sería la previsión en el contrato de adquisición o toma de control accionarial, de una cláusula expresa en la cual se estableciera un eximente de responsabilidad específico, el cual se encuentra casi siempre vinculado al *desconocimiento previo de la causa que genera el gravamen o carga*.

En el caso concreto de CANTV, tal posibilidad de eximente de responsabilidad laboral no existe y, más aún, era evidente el conocimiento que tenían los adquirentes sobre los compromisos laborales de la empresa, cuando conocían de antemano su “ratificación convencional” (debido a que ya la legislación se los reconocía) mediante un ACTA CONVENIO (del 15 de noviembre de 1991), y que formaba parte integrante del PLIEGO DE CONDICIONES para la adquisición de la empresa. Lo contrario sería negarle publicidad al ACTA, y negar su incuestionable inclusión en el patrimonio de la empresa previo a su formal privatización.

Por otra parte, no deja de asombrar a quien suscribe, que la Sala de Casación Social haya desestimado, entre otros argumentos, la pretensión de los demandantes tomando en cuenta una diferenciación o clasificación del status o situación de los trabajadores dependiendo si la empresa era pública o privada, y en base a la condición del trabajador como activo o jubilado. En ese orden, aún cuando la inconstitucionalidad de semejante diferenciación fue acertadamente advertida por el fallo que antecede, quien suscribe considera oportuno agregar, que del fallo revisado también se desprende similar vicio de inconstitucionalidad, pero al no construir – en su motiva- al menos algún argumento sólido que haya podido sustentar la “racionalidad” de la diferenciación.

Tal acotación es importante, dado que, en principio (y en descargo superficial del fallo revisado), no toda diferenciación es inconstitucional “*per se*”, dado que pueden admitirse discriminaciones siempre que se logre demostrar su racionalidad y coherencia.

En tal sentido, el artículo 21 de la CRBV consagra el derecho a obtener de las autoridades públicas o personas privadas un trato: (i) igual entre similares y; (ii) un tratamiento igual y no discriminatorio ante situaciones similares.

En efecto, dispone la referida norma constitucional, lo siguiente:

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

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

2. 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

En ese sentido, esta propia Sala así lo ha determinado en diversos fallos, entre otros, de fecha 17 de octubre de 2000 (n° 1197), en donde se asentó que:

“En cuanto a la violación del derecho a la igualdad alegada, esta Sala Observa, que en forma reiterada la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia (Casos: Vidal Blanco de fecha 21 de julio de 1994 y Eliseo Sarmiento de fecha 13 de abril de 1999) ha entendido que la “discriminación existen, también, cuando situaciones similares o análogas se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria. En efecto el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación entre particulares consagrado en el artículo 61 de la Constitución, abarca no sólo los supuestos por él señalados sino todas aquellas situaciones donde sin algún motivo o razón se resuelvan contrariamente planteamientos iguales, y así se declara”.

De conformidad con lo anterior, y con fundamento en la doctrina dominante en esta materia, observa esta Sala que el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria, y se prohíbe por tanto, la discriminación.

Ahora bien, no todo trato desigual es discriminatorio, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas.

Como conclusión de lo antes expuesto, esta Sala considera necesario señalar, que la cláusula de igualdad ante la ley, no prohíbe que se le confiera un trato desigual a un ciudadano o grupo de ciudadanos, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: (a) que los ciudadanos o colectivos se encuentren real y efectivamente en distintas situaciones de hecho; (b) que el trato desigual persiga una finalidad específica; (c) que la finalidad buscada sea razonable, es decir, que la misma sea admisible desde la perspectiva de los derechos y principios constitucionales; y (d) que la relación sea proporcionada, es decir, que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica. Si concurren las condiciones antes señaladas, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima”.

(Subrayado de quien suscribe).

Así, resulta que la sentencia revisada (de la Sala de Casación Social) no logró demostrar ninguno de los cuatro (4) requisitos expuestos en la jurisprudencia recién transcrita como para justificar la discriminación de los trabajadores jubilados en el caso concreto, violentando así la doctrina sentada por esta Sala Constitucional, lo que justificó (además de lo exhaustivamente expuesto por el fallo que antecede), la declaratoria HA LUGAR del recurso de revisión interpuesto.

Por último, como corolario de todo lo expuesto en este punto (2.-), quien suscribe concluye que: (i) el beneficio que ha sido reconocido por el fallo que antecede, preexiste conforme lo consagrado en los artículos 80, 86 y 89 de la CRBV cuya aplicación es inmediata sin necesidad de desarrollo legislativo, **independientemente** que sean aplicables o no los artículos 23 de la Ley de Privatizaciones; 27 la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, y 134 la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social al caso concreto; (ii) conforme a los principios de progresividad y no desmejora de las condiciones y derechos laborales de los trabajadores como consecuencia de cambios en el patrono (consagrados en las disposiciones constitucionales antes citadas), **la privatización de una empresa no puede traducirse en una alteración in peius de los trabajadores;** (iii) Al

margen de todas las consideraciones anteriores, todas las cargas o pasivos que el Estado asuma en cualquier ámbito, y más particularmente en el laboral, para mitigar los efectos adversos que en el sustrato social pueda generar un proceso de privatización, deben ser asumidos por el adquirente de la empresa en forma universal y absoluta; salvo la fijación de un eximente expreso que, además, estaría sujeto a una cuestionable legalidad dado el reconocimiento legislativo que, en nuestro foro, tienen la figura de la “sustitución patronal”; (iv) la condición de jubilado supone la extinción de la relación laboral ordinaria, ***pero no extingue el vínculo jurídico formal del ex operario con su patrono***, mas al contrario, supone una mutación en las condiciones que les vinculan, pero ***manteniendo la exigibilidad de todos y cada uno de los principios y garantías que orientan las relaciones laborales de cualquier naturaleza; entre ellas la progresividad e intangibilidad de los derechos y el reconocimiento de condiciones adecuadas a para una seguridad social acorde con su condición***; (vi) Cualquier diferenciación o clasificación de los trabajadores basada, simplemente, en el carácter público o privado de la empresa se constituye en una inaceptable discriminación que atenta y vulnera las más básicas garantías laborales y de la seguridad social.

Queda así expresado el presente concurrente.

... *Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

...trado Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa de la mayoría respecto de la decisión que antecede, motivo por el cual salva el voto, por las siguientes razones:

1. Se abordó el análisis de la sentencia objeto de revisión a la luz de la jurisprudencia anterior a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual, para el caso específico de la revisión de sentencias de otras Salas del Tribunal, establece supuestos de procedencia distintos, como lo revela la lectura del artículo 5.4 de la Ley y su comparación con el 5.16 *eiusdem*.

En efecto, dichas normas, respectivamente, rezan:

“Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República.

(...)

4. Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación;

(...)

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

En todo caso, posteriormente, en la declaratoria con lugar de la solicitud, no se expresa cuál hipótesis, de las que se mencionan en la motiva o de las que recoge el artículo 5.4 de la Ley, justifica la revisión; sólo se declaró la violación de un artículo constitucional, la cual habría tenido que ser calificada de “deliberada” -en los propios términos de la decisión- o de “error inexcusable” -en los términos de la Ley-, para que hubiera habido lugar a la revisión.

2. En cuanto al fondo, la mayoría llegó a la conclusión de que es discriminatorio el establecimiento de distinciones entre los funcionarios públicos y los trabajadores de las empresas privadas y entre los trabajadores activos y los jubilados, idea que no comparte quien disiente, puesto que se tratan, unas y otras, de situaciones y relaciones jurídicas distintas, las cuales, por tanto, pueden estar sometidas, válidamente, a regímenes diferentes.

En todo caso, para la sustentación de la afirmación que precede, la sentencia de la que se discrepa invoca un fallo que analiza el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, tema éste ajeno al que se debate y ajeno al argumento que pretende cimentar, lo cual hace inmotivada la decisión que luego se toma sobre la base de este razonamiento.

B. *Organizaciones sindicales*

TSJ-SC (3)

25-1-2005

Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta

Caso: Federación Nacional de Jubilados y Pensionados de Teléfonos de Venezuela (F.E.T.R.A.J.U.P.T.E.L.), vs. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.)

Por otra parte, si bien la referida empresa está obligada a negociar y celebrar nuevas convenciones colectivas con las organizaciones sindicales más representativas de los trabajadores de la misma, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 514 de la Ley Orgánica del Trabajo, una vez que culmine la vigencia de las convenciones colectivas que en la actualidad rigen la relación laboral entre los trabajadores y la Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela; y visto que según lo previsto en el artículo 96 constitucional y en la vigente legislación laboral, ni el constituyente de 1999 ni el legislador de 1997 reconocieron a las asociaciones de jubilados y pensionados legitimación para negociar y celebrar convenciones colectivas con sus antiguos patronos, lo cual está reservado hasta hoy día a las organizaciones sindicales que representen a la mayoría absoluta de los trabajadores (materia de estricta reserva legal-artículos 96 y 156.32 del Texto Constitucional-, que mal podría ser innovada por esta Sala), este Tribunal sin embargo declara que lo anterior no impide que las asociaciones de jubilados y pensionados tengan la posibilidad, en virtud del carácter irrenunciable del que gozan los derechos laborales, de participar en las discusiones sindicales y exigir de los sindicatos la inclusión de sus propuestas en la negociación de la contratación colectiva. Así finalmente se declara.

5. *Derechos Culturales y Educativos: Derecho al deporte*

TSJ-SC (255)

15-3-2005

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Federación Venezolana de Fútbol vs. Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción. (Art.111 de la Constitución)

Efectivamente, en primer término debe indicarse que respecto al tema del deporte, el mismo se constituye como un fenómeno social que ha sido plasmado en nuestra Constitución, tal como lo preceptúa el propio artículo 111, el cual reza:

“Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción. La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia. Su enseñanza es obligatoria en todos los niveles de la educación pública y privada hasta el ciclo diversificado, con las excepciones que establezca la ley. El Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado, de conformidad con la ley.

La ley establecerá incentivos y estímulos a las personas, instituciones y comunidades que promuevan a los y las atletas y desarrollen o financien planes, programas y actividades deportivas en el país”.

Como se evidencia, el Constituyente de 1999 reconoció que el deporte se encuentra asociado, por un lado, al derecho a la salud, y por otro, a una pretensión básica fundamental autónoma, referida ésta, al derecho intrínseco del ser humano a desarrollar actividades deportivas, siendo de tan gran magnitud dichos aspectos que la norma constitucional *supra* citada reseña, que el propio “Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, **así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado...**”; dicha actividad, por lo tanto, es un derecho fundamental en una doble vertiente.

De lo antes expuesto, se afirma que desde el punto de vista del principio de libertad “Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva”; desde el punto de vista del principio de igualdad, la Constitución garantiza, que “El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción”. Por lo tanto, desde una óptica jurídica, se observa un espacio individual y colectivo en el cual los ciudadanos practiquen las formas deportivas de su preferencia; y desde una óptica económica y política, se le señala al Poder Público la tarea de planificar y fundar los servicios necesarios para que el deporte sea una actividad igualitaria, posible, real, alcanzable y efectiva en los términos de la llamada cláusula de Estado Social.

La Constitución, en el artículo citado, ahonda en el tema, y declara que “La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia”. En este pronunciamiento se ratifica la mención que se hizo poco antes en relación a la vinculación del deporte con la salud y la recreación, no sólo de los que lo practican activamente, sino también de sus espectadores, sin diferenciación de los niveles deportivos, en cuanto a las distintas categorías para su ejercicio en la formación integral de todos los venezolanos. El derecho al deporte, por lo tanto, está asociado, y ello es crucial para la decisión que se tome en este caso, tanto a la cláusula de Estado de Derecho (ámbito personal o colectivo de actuación protegido), como con la cláusula de Estado Social (proyección de las tareas del Estado hacia su satisfacción).

Por otra parte, el fenómeno deportivo trasciende las fronteras de los Estados, al punto que en la categoría del deporte élite o de alta competición “parece prevalecer un esfuerzo individualista por la superación de marcas homologables internacionalmente y requiere, por ello, una absoluta primacía y la sumisión estricta a un orden jurídico supranacional”, a cuyas normas habrá que atenerse para que las individualidades o los equipos que los practiquen no vean a lo interno de los Estados, por desconocimiento de los ordenamientos que los rigen, frustradas su participación en los eventos o justas internacionales (la cita es del artículo de J. Bermejo Vera, “Constitución y ordenamiento deportivo”, *REDA*, n° 63, 1989).

De ese orden jurídico supranacional al que se refiere el autor citado, son actores principales las organizaciones deportivas internacionales, tales como el Comité Olímpico Internacional (COI) y las Federaciones deportivas internacionales, a las que se encuentran vinculadas las Federaciones deportivas de los distintos países en adaptación a la normativa dictada. “Estas últimas son las que fijan las reglas de los juegos deportivos, con resoluciones eficaces universalmente, en orden a cuya aplicación, **ni siquiera las autoridades jurisdiccionales de los Estados tienen poder alguno**. Además, las Federaciones tienen potestad propia en relación a los juegos deportivos internacionales y potestad disciplinaria con relación a los atletas y a las sociedades deportivas”. La cita, que es de Massimo Severo Giannini, de su libro: *El Poder Público, Estados y Administraciones Públicas*, Civitas, 1991, p. 24, se transcribe con el fin de dar cuenta de la trascendencia del fenómeno deportivo internacional.

Todos estos elementos reunidos: por un lado, los derechos de rango constitucional a la participación, asociación, el derecho al deporte, a la salud, a la recreación, que afectan tanto dimensiones individuales como colectivas y difusas de su regulación y ejercicio, y por el otro lado, el asunto no menos importante y delicado, de la incidencia en el ordenamiento jurídico interno de otros ordenamientos que la doctrina ha denominado “*supraestatales*”, encabezados por órganos llamados “*administraciones supraestatales compuestas por elementos no estatales*” (como los denomina el último autor citado, p. 24); así como la afectación que, en su conjunto, podría producir a los principios y al bienestar social un desequilibrio o inadecuada ponderación que tiene incidencia en el derecho a la recreación y esparcimiento, hace que la materia del amparo planteada por el ciudadano Jesús Berardinelli ante la Sala Electoral, escape de la estricta competencia electoral que la Constitución y las leyes le asignan; y que su trámite correspondía, vista la conjunción de derechos y principios de tan relevante importancia, a esta Sala Constitucional. Así se establece.

6. *Derechos Políticos: Derecho al sufragio*

TSJ-SE (2)

5-3-2005

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Jesús Berardinelli vs. Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Fútbol.

Bajo esas premisas conceptuales, evidencia la Sala que el accionante solicita se acuerde medida cautelar de suspensión del proceso electoral de la Federación Venezolana de Fútbol, cuya fase de postulación está prevista que culmine el próximo domingo 6 de marzo de 2004, a las 6:00 de la tarde. En ese sentido, en el capítulo respectivo y respecto a los requisitos para acordar la cautela solicitada, remite al escrito libelar, en cuanto entiende que tales exigencias vienen cumplidas por la inminente aplicación del Reglamento Electoral de dicha entidad deportiva al proceso electoral en referencia, incluyendo los requisitos que en su criterio hacen nugatorio tal derecho.

Evidencia la Sala al respecto, en un análisis *prima facie* del caso planteado como corresponde en el supuesto de una solicitud cautelar, y a reserva de lo que pudiera concluirse consumado el debate procesal, que ciertamente la regulación contenida en el Reglamento Electoral de la Federación Venezolana de Fútbol, cuya copia ha consignado la accionante, especialmente en sus artículos 53, 54, 55 y 59, letra “A”, en sus actos aplicativos puede dar lugar a una situación tal que desnaturalice la esencia del proceso electoral, menoscabando, por vía de consecuencia, el cabal ejercicio del derecho fundamental al sufragio, en su faceta activa materializada en el derecho a postularse consagrado en los artículos 63 y 67 constitucionales.

En efecto, una interpretación concatenada de tales disposiciones, hace concluir que, en el caso de que el cuerpo electoral sea reducido, como en efecto aparentemente sucede en el caso de la Federación Venezolana de Fútbol, puesto que el mismo está integrado por los representantes de las Asociaciones de Fútbol y de las entidades profesionales en primera división (artículo 55 del Reglamento Electoral), una postulación que cuente con un número de postulantes mayor que el mínimo necesario (de un tercio de los miembros del cuerpo electoral conforme lo dispone el artículo 59 de ese Reglamento), podría imposibilitar de hecho el ejercicio del derecho a presentar otras postulaciones, habida cuenta que los integrantes de ese reducido cuerpo electoral sólo pueden ejercer ese derecho –a postular– para un solo candidato.

Precisamente, tal es el supuesto que, de acuerdo con lo señalado por el accionante, y con la información aportada por los medios de comunicación social venezolanos en los últimos días y alegada en el escrito libelar como hecho notorio comunicacional, doctrina jurisprudencial

sentada por la Sala Constitucional en sentencia n° 98 del 15 de marzo de 2000, caso *Oscar Silva Hernández vs Tribunal Instructor de la Corte Marcial*, y que ha sido plenamente acogida por esta Sala, entre otras, en sentencia n° 9 del 07 de febrero de 2002, caso *Sergio Omar Calderón Duque vs Consejo Nacional Electoral*, se verifica en el caso bajo análisis. Específicamente, es un hecho notorio comunicacional la participación en el caso de las próximas comicios de la Junta Directiva de la Federación Venezolana de Fútbol, de los representantes de veinte veinticuatro (24) asociaciones y de diez (10) clubes de primera división (véanse las notas de prensa contenidas en el portal <http://www.cantv.net/deportes/futbol/resena.asp?id=53586&cat=1&Fresena=TRUE>, consultadas el 04 de marzo de 2005, así como la información contenida en la página B-4 del Diario “*El Nacional*” del miércoles 2 de marzo de 2005). De allí que, aparentemente la situación fáctica existente en el caso de autos, evidencia que una normativa que en el plano abstracto no luce manifiestamente violatoria del derecho al sufragio, sin embargo determina que sus actos aplicativos en el caso aquí sometido ha análisis, sí hagan presumir la amenaza inminente de limitación injustificada al derecho constitucional al sufragio en su faceta activa, al obstaculizarse de hecho la participación de más de una opción electoral en este caso concreto. Tal situación entonces, determina en criterio de esta Sala la presunción de amenaza de violación al derecho constitucional invocado por el accionante en el presente caso. Así se decide.

Corresponde entonces analizar si en el caso concreto se configura el *periculum in mora*, y en ese sentido, observa que la doctrina y la jurisprudencia han definido el *periculum in mora*, como el temor razonable de un daño jurídico posible, inminente o inmediato en el ámbito jurídico y personal del recurrente, que se hace necesario prevenir, de modo que no basta el simple alegato de la supuesta irreparabilidad del daño, sino la convicción de que la cautela solicitada es necesaria para evitarlo, no procediendo en consecuencia sin la evidencia o prueba de su presupuesto, esto es, la irreparabilidad o dificultad de la reparación del daño por la sentencia definitiva.

En ese sentido, también se cumple en el caso bajo análisis el referido requisito, toda vez que el cierre del acto de postulaciones tendría lugar el próximo domingo 6 de marzo, según consta en convocatoria publicada en la prensa y cuya copia corre al folio treinta y dos (32) del presente expediente. De allí que resulta evidente para la Sala el cumplimiento del tal exigencia procesal -conforme a su doctrina jurisprudencial contenida, entre otros fallos, en los distinguidos con los números 178 del 22 de Noviembre de 2001, caso *Eneida Santos de Sosa vs Alcaldía de Chacao y Comisión Electoral* para la elección de los jueces de paz en el Municipio Chacao del Estado Miranda, 106 del 28 de julio de 2004, caso *José Miguel Vegas Castejón, Jesús Puerta, Dalia Correa, Yajaira Tovar de Souto y otros vs Comisión Electoral de la Universidad de Carabobo y 77 del 27 de mayo de 2004*, caso *Julián Fernando Niño Gamboa vs Comisión Electoral de la Universidad Experimental Politécnica Antonio José de Sucre*-, ante la inminencia de la culminación de la fase de postulaciones, puesto que al concluir la misma antes de que esta Sala dicte un fallo eventualmente favorable al accionante, no resultaría posible la reparación de la situación jurídica infringida por esta vía procesal, habida cuenta que lo que persigue la solicitud de tutela constitucional es permitir la postulación de planchas en el proceso electoral de la Junta Directiva de la Federación Venezolana de Fútbol. Así se decide.

TSJ-SE (10)

15-3-2005

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Jesús Berardinelli vs. Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Fútbol.

Pasa este Sala Electoral a pronunciarse sobre el fondo de la controversia planteada, para lo cual observa:

En el caso bajo análisis, para el proceso electoral de la Federación Venezolana de Fútbol, participarán como electores veinticuatro (24) representantes de las Asociaciones de Fútbol y de diez (10) de los clubes de primera división, y ha sido ya admitida la postulación de la plancha presidida por el ciudadano Rafael Esquivel, con un número de veinticuatro (24) electores postulantes. En consecuencia, la admisión de esa postulación impide cualquier otra en este proceso comicial, dado que los postulantes de esa opción electoral cuya participación ya ha sido aceptada, no pueden postular otra plancha o candidato como alternativa, según lo prevé el artículo 54 del Reglamento Electoral de la Federación Venezolana de Fútbol, y conforme a lo dispuesto en el artículo 59, letra "A" del mismo, se requiere de un mínimo de un tercio (1/3) de los miembros del cuerpo electoral para presentar cualquier postulación. En consecuencia, un simple cálculo numérico evidencia que no puede presentarse ninguna otra postulación en estos comicios, al no existir la posibilidad fáctica para otro candidato de reunir el número mínimo de postulaciones exigido por la normativa aplicable.

De allí que los actos aplicativos de los artículos 53, 54, 55 y 59, letra "A" del Reglamento Electoral de la Federación Venezolana de Fútbol que han tenido lugar durante la fase de postulaciones del proceso electoral de la Junta Directiva, Consejo de Honor y Presidente de la Junta de Arbitraje del referido ente, han originado una situación jurídica que ciertamente amenaza con desnaturalizar la esencia del proceso electoral, caracterizado por la libre concurrencia de opciones electorales, menoscabando, por vía de consecuencia, el cabal ejercicio del derecho fundamental al sufragio, en su faceta activa materializada en el derecho a postularse consagrado en los artículos 63 y 67 constitucionales.

En razón de lo anterior, considera la Sala que ante la evidente violación del referido derecho constitucional, resulta PROCEDENTE acordar mandamiento de amparo constitucional a favor de la parte agraviada, como en efecto así se decide.

En consecuencia, se ordena la reanudación del proceso electoral cuya suspensión fue acordada mediante decisión dictada en este procedimiento en sentencia número 2 del 5 de marzo del presente año, y se fijan los siguientes plazos y oportunidades para la realización de las fases de los referidos comicios:

PRIMERO: Tres (3) días continuos a partir de la fecha en que tuvo lugar la audiencia constitucional –como fue oportunamente señalado en la misma–, como fase de postulaciones, la cual culminará el lunes 14 de marzo de 2005 a las cinco de la tarde (5:00 p.m).

SEGUNDO: El día martes 15 de marzo de 2005, la Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Fútbol, en reunión convocada al efecto, se pronunciará sobre la admisión o no de las postulaciones presentadas, omitiendo el examen del requisito contenido en el artículo 54 del Reglamento Electoral de la Federación Venezolana de Fútbol referido a que los postulantes no hayan previamente postulado a otro candidato o plancha.

TERCERO: El día jueves 17 de marzo de 2005 tendrá lugar el acto de votación, en el lugar y hora fijado previamente por la Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Fútbol.

CUARTO: Finalizado el acto de votación, se procederá inmediatamente al escrutinio de votos, y seguidamente a la totalización, proclamación y adjudicación de cargos.

La Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Fútbol realizará las fases del proceso electoral de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento Electoral del referido ente, y está facultada para realizar las adaptaciones necesarias para el cumplimiento de los plazos y oportunidades establecidos en la presente decisión, siempre salvaguardando los derechos constitucionales de los participantes y en apego a los principios y normas constitucionales y legales aplicables.

TSJ-SC (174)**8-3-2005**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Cámara Municipal del Municipio Sucre del Estado Miranda vs. Solicitud de aclaratoria de sentencia

En efecto, el derecho constitucional contenido en el artículo 62 no se agota con el “acceso” a los sistemas electorales o con la “permanencia” en el cargo de elección popular, comprende además el “ejercicio” de las funciones propias del cargo sin impedimentos ni limitaciones ilegítimas, ya que el derecho de acceder a los cargos y funciones públicas implica también, necesariamente, el de desempeñarlos de acuerdo con lo estatuido en la ley o reglamento.

Por tanto, si bien esta Sala no puede exigirle al Concejo del Municipio Sucre que comience a sesionar, sí puede en cambio, y así lo hace expresamente en esta decisión, recordarle que cuando se instauran las mencionadas sesiones cualquier perturbación en el ejercicio de las funciones propias de la condición de concejal del ciudadano César Ismael Millán, durante el período para el cual fue electo, imputable al Concejo del Municipio Sucre o cualquiera de sus miembros, será considerado como desacato a una sentencia de amparo y acarreará las consecuencias a que hubiera lugar. Así se declara.

TSJ-SE (11)**17-3-2005**

Magistrado Ponente: Rafael Arístides Rengifo Camacaro

Caso: Oswaldo González Sanabria vs. Federación Venezolana de Tenis.

De tal forma que de la revisión *prima facie* que se hace de autos, y a reserva de un mayor análisis que se haga de los mismos con vista a las alegaciones de las partes y verificado el debate procesal, todo parece indicar que a muy escasas horas de celebrarse el acto de votación, no existe evidencia de la debida publicidad de las normas electorales y del registro de electores en cuestión.

La situación antes descrita trae como necesaria consecuencia una notable amenaza a los principios de seguridad jurídica y transparencia que deben presidir a todo proceso electoral, y por vía de consecuencia, al libre y cabal ejercicio a los derechos de participación política y sufragio (artículos 62 y 63 constitucionales), puesto que sin un cabal conocimiento de las condiciones en que se realizarán las elecciones, difícilmente puede garantizarse el correcto desenvolvimiento y la confiabilidad de los resultados electorales, toda vez que es indispensable para el cuerpo electoral, no sólo conocer la oferta de candidatos que se presentan a la contienda electoral, sino la normativa y el universo electoral del caso, todo lo cual, sin duda, constituye un presupuesto de validez y transparencia del proceso comicial.

Como consecuencia de ello, concluye esta Sala que en el presente caso se encuentra cumplido el requisito del *fumus boni iuris* constitucional, o presunción de violación o amenaza de violación a derechos reconocidos en la Carta Fundamental. Así se decide.

En lo concerniente al requisito referente a las posibles consecuencias dañosas de la situación planteada no reparables con posterioridad a la conclusión del debate procesal de fondo, o a la infructuosidad del pronunciamiento que se dicte con motivo del recurso contencioso electoral (*periculum in mora*), considera esta Sala que, además de que dicho requisito puede ser ponderado ante la existencia de una presunción de violación o amenaza de violación de derechos constitucionales, en el caso bajo estudio existe la posibilidad cierta –y prácticamente inminente– de que el proceso electoral, en lo que respecta a las fases de votación y escrutinios, se realice en una fecha tan próxima como el día 18 de marzo del presente año, tal como se evidencia de los recaudos que cursan en autos. La inevitable consecuencia de ello

sería que, una vez realizadas esas fases del proceso electoral, esta Sala, ante un eventual fallo favorable a los accionantes, se vería seriamente obstaculizada a los efectos de restituir la situación jurídica de los mismos, por lo que dicho requisito (*periculum in mora*) también se cumple en el supuesto bajo análisis. Así se decide.

Sobre la base de los razonamientos anteriormente expresados, esta Sala considera que del análisis de los autos resulta evidenciada la existencia de la presunción grave de amenaza de violación a los derechos constitucionales a la participación (artículo 62) y al sufragio (artículo 63), por lo cual concluye que la solicitud de medida cautelar debe prosperar, como en efecto así se decide.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *La distribución y división del Poder Público y la asignación de funciones estatales*

TSJ-SC (302)

16-3-2005

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de la Ordenanza Electoral de Justicia de Paz del Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda.

En el sistema constitucional venezolano las funciones públicas están distribuidas entre diversas autoridades, cada una de ellas con una función propia y especial que está llamada a cumplir dentro de los límites que la Constitución y las leyes les confieren.

Coincidieron los accionantes y la representante del Ministerio Público en alegar la incompetencia constitucional del Concejo Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda para regular, ejecutar y administrar la materia electoral relativa a la justicia de paz de esa entidad territorial, dado que si bien la Ley Orgánica de la Justicia de Paz atribuyó competencia de naturaleza electoral a los Concejos Municipales, ésta quedó tácitamente derogada a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la cual confirió al Poder Electoral “*la organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos*”.

Por ello consideraron que, mediante la sanción de la ordenanza municipal impugnada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el referido Concejo Municipal usurpó funciones propias del Poder Electoral, razón por la que solicitaron se declarara su nulidad por inconstitucionalidad.

Precisado lo anterior, observa esta Sala que en el sistema constitucional venezolano, las funciones públicas están distribuidas entre diversas autoridades, cada una de ellas con una función propia y especial que está llamada a cumplir dentro de los límites que la Constitución y las leyes les confieren. En este sentido, los artículos 136 y 137 de la Constitución de 1999, establecen lo siguiente:

“Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”.

“Artículo 137. Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”.

De acuerdo con las normas transcritas, la Constitución fija un orden formal, institucional y objetivo de competencias asignadas y distribuidas por Ley entre los diferentes órganos que integran las ramas del Poder Público, de modo que cada uno de estos órganos debe actuar, conforme a un proceso determinado, dentro del estricto ámbito de la competencia que ese orden le define y limita. Admitir lo contrario, esto es, el ejercicio arbitrario de la función pública, conllevaría a la nulidad del acto emitido, dado que la contravención a la Constitución y a las leyes por parte del Poder Público en el ejercicio de su función pública, afecta forzosamente la validez de sus actuaciones.

Incluso cabe advertir que, si bien se ha afirmado que la separación orgánica no tiene porqué coincidir con la separación de funciones, dado el sistema flexible de separación orgánica de poderes que la nueva Constitución establece en su artículo 136, conforme al cual todos los órganos del Poder Público colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado y el ejercicio de las funciones propias de los órganos de cada una de las ramas del Poder Público (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) no es exclusivo ni excluyente, pudiendo excepcionalmente haber, en dicho ejercicio, intercambio de funciones entre las distintas ramas del Poder Público. Hay sin embargo funciones que se ejercen por cada una de ellas en forma privativa, y en estos casos no puede haber interferencia, ya que habría entonces usurpación. De allí que la incompetencia, de orden constitucional o legal, sea uno de los vicios que afecta la validez de los actos emanados del Poder Público, por cuyo motivo la función pública debe desplegarse dentro de los límites o prescripciones, formas y procedimientos señalados en la Constitución y en las leyes, en la oportunidad y para los fines previstos en las mismas.

2. Régimen del ejercicio del Poder Público Nacional

A. Competencias del Poder Nacional: Materia de seguridad social (jubilaciones y pensiones de funcionarios públicos).

TSJ-SC (165)

2-3-2005

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Héctor A. Serpa A. vs. Ministerio Público.

Se reconoce la existencia de una potestad reglamentaria atribuida directamente por la Constitución, a los órganos con autonomía funcional, para dictar sus propios reglamentos en materia de previsión y seguridad social, sin que ello implique violación a la reserva legal. La Constitución, en su artículo 147 no sometió expresamente a estos órganos a la ley nacional que "(...) establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales", ley que aún no ha sido dictada y que no podrá incluir a este tipo de órganos con autonomía funcional, dentro de los cuales se encuentra el Ministerio Público.

De ello resulta pues, que bajo los principios y previsiones que informan el derecho a la seguridad social, es posible que el ordenamiento jurídico establezca diversas regulaciones de carácter particular que no sean violatorias de los preceptos constitucionales. Así, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 los órganos con autonomía funcional, tales como la Contraloría General de la República y el Ministerio Público entre otros, dictaron sus estatutos particulares sobre la jubilación.

En efecto, bajo la tesis de la autonomía funcional, la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia del 22 de mayo de 1990, excluyó expresamente a los funcionarios al servicio de la Contraloría General de la República de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la *Gaceta Oficial de la República* n° 3.850 Extraordinario del 18 de julio de 1986, anulando el numeral 5 del artículo 2 de dicho Estatuto, ya que interpretó que no podían ser incluidos los órganos con autonomía funcional en los entes a que hace alusión el artículo 2 de la Enmienda n° 2 del Texto Constitucional derogado.

Así, ha sido criterio pacífico y reiterado, declarar la nulidad por inconstitucionalidad de aquellas leyes estatales que consagran y regulan el régimen de previsión y seguridad social de los funcionarios al servicio de dichos entes descentralizados, por violar el principio de reserva legal, al no haber sido dictados por el Poder Legislativo Nacional. Pueden citarse al respecto la sentencia n° 359 del 11 de mayo de 2000, caso “*Ley de Jubilaciones y Pensiones del Estado Lara*” y la sentencia n° 450 del 23 de mayo de 2000, caso “*Ley Orgánica de la Contraloría del Estado Bolívar*”.

Sin embargo, la doctrina sentada en los fallos de esta Sala respecto a la inconstitucionalidad de leyes estatales que consagran y regulan el régimen de previsión y seguridad social de los funcionarios al servicio de dichos entes descentralizados, no resulta aplicable a los llamados órganos con autonomía funcional, ya que la intención del constituyente, al dictar la Enmienda n° 2 de la Constitución de 1961, fue la de excluir a los funcionarios adscritos a alguno de los entes con autonomía funcional del régimen común de previsión y seguridad social de los demás funcionarios de la Administración Pública Nacional Centralizada o Descentralizada, exclusión que quedó evidenciada en la sentencia dictada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno el 22 de mayo de 1990, mediante la cual declaró la nulidad del numeral 5 del artículo 2 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, antes referida.

El fallo de la Corte en Pleno de 1990, investido de la autoridad de la cosa juzgada, textualmente señaló que:

“En virtud de lo expuesto, estima esta Corte que si bien la Contraloría General de la República forma parte de la Administración Pública Nacional (de la República), no puede considerarse que sea parte de la Administración Central ni de la Descentralizada de la República, únicas administraciones (a la par de la Administración Central y Descentralizada de los Estados y Municipios), cuyos funcionarios o empleados públicos podrían ser destinatarios de las regulaciones legales autorizadas por la Enmienda Constitucional n° 2, artículo 2°, en materia del beneficio de jubilación o pensión y, desde luego, como quedó asentado, la Ley dictada en julio de 1986.

En razón de lo expuesto concluye esta Corte que la ‘Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional’, al incluir en el numeral 5 de su artículo 2° a la Contraloría General de la República, contrarió lo establecido en el artículo 2° de la Enmienda n° 2 promulgada el 26 de marzo de 1983, pues si bien la Contraloría General de la República es un organismo de la Administración Pública Nacional (de la República), no forma parte por ello de la Administración Central o Descentralizada de ésta, de modo que mal pueden (sic) dicho organismo y sus funcionarios, ser destinatarios de la Ley de julio de 1986. Así se declara”.

Con motivo de dicha interpretación se reconoce la existencia de una potestad reglamentaria, atribuida directamente por la Constitución, a los órganos con autonomía funcional, para dictar sus propios reglamentos en materia de previsión y seguridad social, sin que ello implique violación a la reserva legal.

Esa potestad reglamentaria atribuida a los órganos con autonomía funcional, encuentra plena vigencia en el actual ordenamiento constitucional, ya que la Constitución de 1999, en su artículo 147 no sometió expresamente a estos órganos a la ley nacional que “(...) establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales”, ley que aún no ha sido dictada y que no podrá incluir a este tipo de órganos con autonomía funcional, dentro de los cuales se encuentra el Ministerio Público, tal como así lo prevé el artículo 273 del Texto Fundamental. (Vid. Sentencia de esta Sala del 11 de abril del año 2002, caso “Clodosbaldo Russian Uzcátegui”).

B. *El Poder Ejecutivo: Potestad sancionadora (principio de proporcionalidad)*

TSJ-SC (266)

16-3-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal.

Las sanciones en modo alguno pueden ser discriminatorias, confiscatorias de la propiedad o desproporcionales con relación al perjuicio ocasionado.

3.3 Por último, se alegó la violación al derecho de propiedad y al derecho a la libertad económica en atención a la sanción que preceptúa el artículo 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario del Municipio Libertador del Distrito Federal, concretamente, de cierre inmediato del establecimiento deudor ante la falta de pago oportuno de la tasa. Observa esta Sala, que ciertamente, ambos derechos fundamentales se encuentran indebidamente lesionados por la norma cuya nulidad se solicitó, esto es, el artículo 16 de la Ordenanza.

Así, la norma en cuestión, que antes se transcribió, establece que “...la falta de pago de la tasa dentro del período voluntario señalado en el mismo artículo, dará lugar al cierre de los establecimientos comerciales, industriales, artesanales, de oficina o de servicios y, en general a los inmuebles con cualquier uso de los definidos como uso especial o de uso distinto del residencial...”, sanción cuya aplicación se mantendrá “hasta tanto se efectúe el pago del monto total adeudado y de los intereses correspondientes”. De manera que la norma impone, como sanción, el cierre del establecimiento comercial (*lato sensu*) como consecuencia de la falta de pago de la tasa relativa a la prestación del servicio público de aseo urbano, sanción que, además, se mantendrá indefinidamente en el tiempo, hasta cuando se pague totalmente el monto adeudado por esa razón.

En criterio de esta Sala, se trata de una restricción excesiva y desproporcionada, que exorbita los límites de las restricciones que, por causa de interés general, pueden imponerse al ejercicio de dichos derechos fundamentales; limitación excesiva que deviene en violación al contenido esencial del derecho a la libertad económica, pues impide completamente el ejercicio mismo de esa libertad y, por ende, en violación al derecho de propiedad; en otros términos, el precepto no sólo establece restricciones que dificulten o hagan más oneroso el ejercicio de la actividad económica de que se trate, sino que lo proscribe totalmente y de manera indefinida, aunque temporal.

Ya lo señaló esta Sala en su sentencia n° 825 de 6 de mayo de 2004, que antes se citó, en la cual explicó que “...al ser múltiples los casos en que los sujetos llamados a cumplir con las obligaciones indicadas no realizan en la forma exigida la conducta o prestación requerida por la ley o la autoridad administrativa, es menester orientar dicha conducta mediante el establecimiento de sanciones proporcionales al daño producido que, junto con otras medidas

que estimulen la observancia de la legalidad, desincentiven el incumplimiento de las obligaciones que le son impuestas de acuerdo al sector específico y a la actividad regulada, sanciones éstas que en modo alguno pueden ser discriminatorias, confiscatorias de la propiedad o desproporcionales con relación al perjuicio ocasionado”.

Ese principio de proporcionalidad entre la sanción –el cierre del establecimiento- que dispone la Ordenanza y el fin perseguido –el pago de la prestación del servicio-, no se cumplió en este caso, sino que se trató de una desmedida restricción al ejercicio de actividades económicas y comerciales, de lo que devino una inconstitucional violación a ese derecho y al derecho de propiedad por parte de la norma que se impugnó.

En consecuencia, estima la Sala parcialmente la pretensión de nulidad que se planteó en este juicio, y declara la nulidad parcial del artículo 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal, concretamente su encabezado y parágrafo primero, en lo que se refiere a la sanción en cuestión. Así se decide.

C. *El Poder Judicial*

a. *La Administración de Justicia*

a'. *Principios: Gratuidad de la justicia*

TSJ-SC (38)

22-2-2005

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Ramón J. Nesta G. vs. Decisión Juzgado Quinto de Ejecución del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La Constitución en el primer aparte de su artículo 26, dispone la gratuidad de la justicia. Tal circunstancia, de conformidad con el artículo 254 del texto fundamental, comporta que la actuación jurisdiccional de los tribunales de la República no está sometida a ningún tipo de tasa, arancel o impuesto; ello implica la exoneración del cumplimiento de cualquier carga impositiva que derive del ejercicio de la acción y, por ende, la derogatoria de las normas que las imponían, tales como algunas de las establecidas en la Ley de Arancel Judicial.

La Constitución en el primer aparte de su artículo 26, dispone la gratuidad de la justicia. Tal circunstancia, de conformidad con el artículo 254 del texto fundamental, comporta que la actuación jurisdiccional de los tribunales de la República no está sometida a ningún tipo de tasa, arancel o impuesto; ello implica la exoneración del cumplimiento de cualquier carga impositiva que derive del ejercicio de la acción y, por ende, la derogatoria de las normas que las imponían, tales como algunas de las establecidas en la Ley de Arancel Judicial.

Es así, como el alcance de dicho principio se circunscribe a la prohibición del Poder Judicial para exigir algún pago por concepto de su actuación procesal, lo cual en modo alguno se extiende a los efectos económicos del proceso que no revisten carácter impositivo y que deben cumplirse en virtud de las cargas procesales que representan para los accionantes. Efectivamente, la realización de los actos de procedimiento que corresponden a las partes supone en éstas el cumplimiento de cargas que, en muchos casos, conllevan un efecto económico que debe ser atendido, en razón del interés propio que su ejecución comporta y de las consecuencias de su inobservancia.

Al respecto, reitera la Sala la doctrina sostenida en la sentencia n° 1943 del 15 de julio de 2003, donde apuntó:

“(…) la gratuidad de la justicia a la cual hace referencia el artículo 26, dada su redacción e interpretación sistemática, se refiere a la gratuidad del proceso (...) es un derecho constitucional de exención de gastos procesales (...) la gratuidad de la justicia (...) son derechos derivados del reconocimiento del derecho a la igualdad, a la tutela judicial efectiva y el de petición, procurando asegurar el acceso a los tribunales de todos los ciudadanos que requieran que el Estado desarrolle las actuaciones necesarias para que el ejercicio de sus derechos sea real y efectivo. Sin embargo, la gratuidad de la justicia está establecida para todos los ciudadanos por el simple hecho de que la administración de justicia es un servicio público y una manifestación del Poder Público del Estado, siendo entonces éste el que deba sufragar los gastos de un sistema que justifica su propia existencia (...). Por tanto, implica (...) una situación de excepción ante el cual el Estado asume los gastos a plenitud, para evitar que queden sin ejercerse los derechos constitucionales, y se atente con ello el Estado de Derecho, su fundamento no es más que proteger el derecho a la igualdad. (...)”

Siendo así, y estando claro que la gratuidad de la justicia a la que hace referencia el artículo 26 de la Constitución, se refiere únicamente a la gratuidad del proceso, donde el órgano administrador de justicia, cumple con su función como servidor público, al proporcionarle al administrado su derecho de acceso a la justicia preservando su derecho a la igualdad y a la tutela judicial efectiva establecidos en la Constitución, el justiciable tiene libre acceso a la justicia, poniendo el Estado a su disposición juzgados compuestos por jueces y funcionarios o auxiliares de justicia necesarios para el desenvolvimiento del proceso, los cuales son sufragados en su totalidad por partidas presupuestarias que dispone el Estado para el Poder Judicial. (...)”

Por su parte, queda establecido de esta manera que la justicia gratuita prevista en el Texto Constitucional, hace alusión a una garantía procesal que permite el acceso a toda persona sin discriminación alguna, debido a que es el Estado quien mantiene este sistema de justicia, por lo cual se establece taxativamente que el Poder Judicial no se encuentra facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios; lo cual viene a vislumbrar el por qué los costos en los procesos se han reducido en su máxima expresión (artículo 254 de la Constitución)”.

En este orden de ideas, dada la consagración en la Constitución del derecho a la gratuidad de la justicia y por ende, la no aplicación al proceso de alguna de las normas sobre arancel judicial señaladas en la Ley de Arancel Judicial, las costas del proceso son de dos clases: 1) procesales: gastos hechos en la formación del proceso; y 2) personales: honorarios que se pagan a los abogados, peritos y demás profesionales que han intervenido en el proceso.

En lo que respecta a la primera de éstas -los costos del proceso-, han quedado reducidos básicamente a los honorarios de los auxiliares de justicia que no sean integrantes de cuerpos de funcionarios del Estado, previstos en las leyes como auxiliares de justicia profesionales, con derecho a devengar honorarios.

Siendo ello así, a pesar de que el Código Orgánico Procesal Penal prevé la condenatoria en costas -artículos 265 y 267-, las previsiones del artículo 266.1 del señalado texto adjetivo -antes 275.1 del mismo tenor y preconstitucional- se hacen en parte irrealizables, respecto a los gastos originados durante el proceso que corresponden al penado, cuando es condenado al pago de las costas procesales, como pena accesoria de la principal.

En efecto, la condenatoria al pago de las costas procesales impuesta al penado como pena accesoria, conforme la previsión contenida en el artículo 34 del Código Penal, obliga a éste “a reponer el papel sellado que indique la ley respectiva en lugar del común invertido, a inutilizar las estampillas que se dejaron de usar en el proceso, a las indemnizaciones y derechos fijados por ley previa y a satisfacer los demás gastos causados en el juicio o con ocasión de él”.

Ahora bien, los pagos referidos a reponer el papel sellado en lugar del común y las estampillas que se dejaron de utilizar, estarían incluidos dentro de “los gastos del proceso” o costos, en razón de lo cual, en el marco de la proclamada gratuidad de la justicia, no puede el Estado obligar al penado a sufragarlos, ya que los mismos se encuentran comprendidos dentro de los gastos propios del Poder Judicial que tienen su origen en la prestación del servicio que le compete -la administración de justicia-. Es más, la gratuidad de la justicia elimina del proceso la inutilización del papel sellado nacional, estatal o municipal, así como cualquier tipo de estampillas representativas de tributos.

El penado, en todo caso, estará obligado -como pena accesoria a la principal- al pago de las costas personales, es decir, los honorarios de los profesionales que intervinieron en el juicio, cuya retribución no corresponda al Estado y a la restitución a las víctimas del delito que hayan intervenido o iniciado el proceso penal, según la naturaleza del delito cometido, los gastos y costos soportados por ellas para lograr establecer durante el proceso la culpabilidad de la persona autora del hecho punible, ello en atención de lo dispuesto en el último aparte del artículo 30 Constitucional respecto a la obligación del Estado de proteger a las víctimas de delitos comunes y procurar que los culpables reparen los daños causados.

En consecuencia, los gastos personales que se cancelen a peritos y otros profesionales que no reciben subvenciones del Estado por sus servicios, integrarán las costas.

b'. *Nuevos criterios jurisprudenciales*

TSJ-SC (165)

2-3-2005

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Héctor A. Serpa A. vs. Ministerio Público.

En tal sentido, la Sala advierte que resulta una obligación ineludible del juez que pretende sentar un nuevo criterio jurisprudencial por medio del análisis de las normas o principios constitucionales e incluso de las interpretaciones vinculantes establecidas por esta Sala, que el mismo se realice ponderadamente sobre la base de criterios de razonabilidad en cuanto a la procedencia, necesidad y consecuencias jurídicas del cambio de criterio sobre la realidad social.

En efecto, el análisis de la norma constitucional no puede formularse en términos matemáticos que desconozcan la unidad del sistema normativo y que pueda hacer llevar al juez a conclusiones erróneas, en detrimento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y de la coherencia del sistema jurídico en un Estado de Derecho y Justicia.

c'. *Régimen probatorio*

TSJ-SC (175)

8-3-2005

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Banco Industrial de Venezuela C.A. vs. Decisión Juzgado Superior Octavo en lo Civil y Mercantil Bancario con Competencia Nacional y Sede en la Ciudad de Caracas.

En la articulación probatoria del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, todos los días, hasta el último de la articulación, son oportunos y temporáneos para ofrecer pruebas.

Hasta el Código de Procedimiento Civil de 1897, el término probatorio no se encontraba segmentado como en el actual, para que, dentro de cada segmento, llevaran a cabo las partes y el tribunal actividades preclusivas, sino que dentro de él, conjuntamente, se promovían y evacuaban las pruebas.

Observa el tratadista Arminio Borjas, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, tomo III, Edit. Bibloamericana. Argentina-Venezuela, p. 193,) "...Antes de la reforma de 1897, la ley declaraba que el lapso de pruebas era de treinta días, sin destinar especialmente a la promoción de éstas ninguna parte de él, por lo cual, durante todos dichos días se las podía indistintamente promover y evacuar, ... *omissis* ... y tanto para el Juez como para las partes se hacía embarazoso, y aún quedaba expuesto para éstas a peligrosas alevosías, el derecho de promover nuevas probanzas hasta en el último de los treinta días del término."

Para esta Sala, conforme a los comentarios de Borjas, era claro que en los términos diseñados para que conjuntamente se promovieran y evacuen pruebas, hasta los últimos días del lapso eran hábiles para ofrecer medios de pruebas, ya que ese era un derecho de las partes. Reminiscencias en el vigente Código de Procedimiento Civil de este tipo de término único para promover y recibir pruebas es la articulación probatoria del artículo 607, norma que establece una articulación por ocho días sin término de distancia, lo que significa –ya que el Código de Procedimiento Civil no distingue– que dentro de la articulación se promoverán y evacuarán pruebas, ya que necesariamente el lapso probatorio es para ello.

Al no limitar el artículo 607 en comento los medios a promoverse, entiende la Sala que en un sistema de libertad de medios, los ofrecibles son tanto medios nominados como innominados.

En consecuencia, testigos, experticias, inspecciones judiciales, documentos y otros medios no prohibidos expresa o tácitamente para las incidencias, pueden proponerse en estas articulaciones; y no señala el Código de Procedimiento Civil que las pruebas deban evacuarse obligatoriamente dentro de la articulación, y que si allí no se reciben, las que se insertaren luego resultaren extemporáneas. Si no existe tal distinción en la ley, el intérprete tampoco debe distinguir. Por lo tanto, a juicio de esta Sala, es posible que pruebas ofrecidas por las partes dentro de la articulación sean recibidas fuera de ella, como incluso ocurre con probanzas no evacuadas en el término de evacuación del juicio ordinario.

Para la Sala, sería contrario al derecho de defensa de las partes, cercenarles tal derecho, concretado en el ofrecimiento de pruebas, creándoles la carga de promoverlas en los primeros días de la articulación de ocho días (de despacho), cuando la ley no distingue oportunidad dentro del término para promoverlas, ni ordena tal proceder. Luego, todos los días, hasta el último de la articulación, son oportunos y temporáneos para ofrecer pruebas. Lo que sucede es que hay pruebas que pueden evacuarse sin lapso probatorio alguno para ello, ya que se reciben en un día prefijado, independientemente del lapso, mientras hay otras que requieren de un término destinado a la recepción de pruebas para que puedan ser incorporadas al proceso. Ello, debido a que con algunos medios pueden surgir diversas actividades concatenadas a su práctica, y por aplicación del principio de concentración de la prueba, el legislador ha querido que ellas se lleven adelante dentro de un lapso probatorio específico. Ahora bien, a juicio de la Sala, para que las probanzas promovidas puedan evacuarse dentro o fuera de la articulación es necesario ponderar varias situaciones.

No prevé el artículo 607 que las partes puedan oponerse a las pruebas de su contraparte, pero siendo la oposición una emanación del derecho de defensa, ella es posible, y el juez tendría que decidirla, a fin de que la prueba pueda recibirse, si declara sin lugar la oposición y admite el medio.

Si el juez no decide la oposición, conforme al artículo 399 del Código de Procedimiento Civil, la prueba no podrá evacuarse, y en articulaciones de tan corto lapso, la recepción del medio necesariamente tendría que ser fuera del término probatorio del artículo 607. No aceptar tal situación sería dejar indefensa a la parte, infringiéndose así el artículo 49 constitucional. Si una de las partes promoviere testigos con citación previa a la declaración, podría ocurrir que el alguacil citara a los testigos para que declararan al octavo día, y sería injusto que el promovente no pueda examinar a sus testigos, que comienzan a declarar ese día, porque se agota la audiencia, y aún no ha podido formular todas las preguntas, por lo que necesariamente la declaración de los testigos debería prorrogarse fuera del lapso.

Si se promoviere una experticia, en los primeros días del término, y las partes no se pusieran de acuerdo un solo experto, al segundo día de admitida la prueba, tendría lugar el acto de nombramiento de expertos, su juramentación será el tercer día siguiente al nombramiento (artículo 458 del Código de Procedimiento Civil), la notificación del nombrado por el juez, tendrá lugar tres días después de su notificación (artículo 459 del Código de Procedimiento Civil) y en este último supuesto, luego vendría la reunión para establecer el tiempo de la pericia, lo que necesariamente conduce a que el peritaje no pueda evacuarse dentro de las ocho audiencias ya que, por lo menos, cinco de ellas se han consumido en los trámites señalados. De allí que el propio Código de Procedimiento Civil en la incidencia nacida del desconocimiento de instrumentos privados (artículo 449) donde la prueba de experticia –cotejos es la de mayor peso (artículo 445), y cuyo término probatorio es de ocho días, señaló que éste puede extenderse hasta quince días.

Estos ejemplos, a juicio de la Sala, demuestran que fuera de la articulación se pueden recibir pruebas, independientemente de la oportunidad de su promoción, pero que tal recepción obedece a situaciones especiales.

Es criterio de la Sala que con relación a la articulación probatoria del artículo 607, surge una situación casuística de acuerdo a la esencia de los medios de prueba que propongan las partes; correspondiendo al juez de oficio en algunos medios, señalar la evacuación de la prueba fuera de la articulación, dada la dificultad innata al medio de evacuarla dentro de los ocho días de despacho, y ese es, por ejemplo, el caso de la experticia. También este es el caso de la inspección judicial, ya que el tribunal que la va a practicar, que es el de la causa, tiene que ejecutarla cuando sus ocupaciones lo permitan, lo cual puede ser fuera de la articulación probatoria, siempre que la provea dentro de ella. Luego, en aras a garantizarle el derecho de defensa a las partes, a quienes el artículo 607 les ha otorgado un término probatorio de ocho días para promover y evacuar, no puede cargarse a las partes a que promuevan todas sus pruebas dentro de los primeros días, y tildárselas de negligentes o torpes, si no lo hacen, sobre todo cuando hay medios de alta dificultad, debido a su naturaleza, para ser recibidos en la articulación, por lo que la audiencia que se utilizare para ofrecerlos sería indiferente, siempre que sea dentro del lapso.

A juicio de la Sala, resultaría un contrasentido que a las partes se les diere un término de ocho días para promover pruebas, y que las promovidas, en ejercicio de su derecho, el último día no fueran proveídas por el juez aduciendo que no puedan evacuarse dentro del lapso porque éste finalizó, cuando ya se ha apuntado que hay medios que pueden evacuarse fuera del término probatorio. Es de recordar que con respecto a las pruebas temporáneas del último día, el juez tiene tres días para proveerlas, y esos días caen fuera de la articulación probatoria.

El quid del asunto, en criterio de esta Sala, radica en si el término para proveer o evacuar las admitidas se prorroga de oficio, o si él sólo se prorroga a instancias de parte, aplicando el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil. La Sala hace la salvedad de que los medios que por su esencia o naturaleza pueden recibirse fuera del lapso de evacuación, nece-

sariamente, como garantía del derecho de defensa de quien lo propuso, se evacuarán fuera de la articulación en la oportunidad que fije el tribunal, como ocurre con la inspección judicial, o con el tiempo que el tribunal señale a los expertos.

Se trata de medios que por su esencia, y sin que exista prórroga del término probatorio, ya que éste, como tal dejó de correr, se pueden evacuar fuera de dicho término, como ocurre con la experticia o inspección judicial, u otras pruebas cuya naturaleza sea semejante, y que debido a esa característica pueden proponerse hasta el último día de la articulación.

Pero con el resto de las probanzas, para las cuales la ley no previno, como lo hizo en la experticia (artículos 460 y 461 del Código de Procedimiento Civil) un término fijo que puede exceder del normal de evacuación, o que su práctica depende de cuando la actuación judicial puede llevarse a cabo; la prueba debe ser evacuada dentro de un término para ello, el cual no puede exceder del establecido en la ley, y con respecto a esos medios, de no poder recibirse dentro del lapso, funciona a plenitud la institución de la prórroga de los términos, señalado el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil y que se funda en la existencia de una causa no imputable a la parte que lo solicita, que hace necesaria la prórroga del lapso.

Es criterio de la Sala, que desde este ángulo, hay medios que de ser promovidos en el último día de la articulación, el promovente debe pedir se prorrogue el término para que el tribunal los provea y se evacuen dentro del lapso de evacuación, que así se alarga. El juez examinará si acuerda o no acuerda la prórroga, juzgando si ella atiende realmente a una causa no imputable a quien la pide. Es en casos como éste, donde el juez puede examinar la negligencia en estos ofrecimientos tardíos de la prueba, y negar la prórroga, por lo que la articulación no se extenderá por ocho audiencias más para que se reciban las pruebas. Resalta la Sala que se trata de una situación casuística, que depende de cada medio y de la necesidad, por su naturaleza, que se evacuen dentro del término de evacuación. Aquellos como la experticia, la inspección judicial, la exhibición de documentos o los informes (artículo 433 del Código de Procedimiento Civil), por ejemplo, que se reciben en una fecha, la cual puede señalarse fuera del término probatorio, podrán recibirse fuera de éste, al igual que lo que sucede con las comisiones o las rogatorias a evacuarse en cumplimiento de un término extraordinario de pruebas.

Con relación a los otros medios simples, nominados o innominados (documentos privados, testigos, etc), que deben recibirse dentro de un término de evacuación (así sea conjunto con el de promoción), la posibilidad de insertarse al proceso fuera del término sólo es viable si éste se prorrogó o reabrió, y para ello es necesario que exista petición de parte, ya que es ella quien debe alegar y justificar la causa no imputable que le impide actuar dentro del término probatorio natural.

En el caso de autos, el juez ordenó la prórroga para que se evacuara, fuera de la articulación probatoria, la experticia y la exhibición documental. Se trata de un medio, como la experticia, que por su esencia puede recibirse fuera del término probatorio, como ya lo señaló este fallo, y en igual situación se encuentra la exhibición documental.

El que el juez del fallo impugnado fundara la prórroga en la tutela del derecho de defensa del demandado, obviando la verdadera razón de fondo que justifica la evacuación fuera de lapso y decretando con respecto a esos medios una prórroga innecesaria, no significa que con ello lesionará derecho constitucional alguno al Banco Industrial de Venezuela, C. A., y así se declara.

Ambos medios, pericia y documental, no requerían de la prórroga para ser evacuadas fuera de lapso, pero el que el juez la acordara en nada perjudicaba a los accionantes en amparo, ni al debido proceso, ya que no surgió ninguna lesión al derecho de defensa de los hoy accionantes.

Con respecto a la prueba de confesión promovida, junto con las otras, el penúltimo día de la articulación probatoria del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, no consta en autos si se trataba de unas posiciones juradas, inadmisibles en las articulaciones al no referirse al mérito de la causa, o si se trataba de una confesión extrajudicial, contenida en documentos, por lo que a la Sala le resulta imposible juzgar sobre ella.

De tratarse de unas posiciones juradas, ellas resultan inadmisibles y la prórroga ordenada no consolida tal situación. Si se trataba de confesiones contenidas en documentos públicos, ella podría ser recibida fuera de la articulación, antes del fallo, por lo que la prórroga, aunque innecesaria, no perjudicaba a los hoy accionantes.

Por todos estos motivos, la Sala considera que el fallo impugnado no lesionaba a los accionantes, y así se declara.

b. *Tribunal Supremo de Justicia. Competencias de la Sala Plena: Antejudio de mérito*

TSJ-SC (233)

11-3-2005

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Fiscal General de la República vs. Decisión Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia.

La decisión que se dicte en el antejudio de mérito como procedimiento preliminar, tiene la característica de decisión definitivamente firme, que puede ser impugnada vía solicitud de revisión.

Determinada así la competencia de esta Sala Constitucional, para conocer de la presente solicitud de revisión, debe en consecuencia analizar su admisibilidad, referida ésta, a la legitimidad del solicitante, así como de la naturaleza jurídica de la decisión objeto de estudio, para de seguidas determinar la procedencia o no del asunto sometido a su consideración (*intentio litis*).

Con relación a la legitimidad *ad procesum*, se observa que la presente revisión fue planteada en fecha 2 de diciembre de 2004, por el Fiscal General de la República, ciudadano Julián Isaías Rodríguez Díaz, quien en fecha 24 de mayo de 2002, solicitó por ante este Tribunal Supremo de Justicia la declaratoria de mérito para el enjuiciamiento de los ciudadanos General de División (Ej) Efraín Vásquez Velasco, General de Brigada (Av) Pedro Pereira Olivares, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez y Contralmirante Daniel Lino José Comisso Urdaneta, de conformidad con el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal y el artículo 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Ahora bien, el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal, en forma expresa establece:

“Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia declarar si hay mérito o no, para el enjuiciamiento del Presidente de la República o de quien haga sus veces y de los altos funcionarios del Estado, previa querrela del Fiscal General de la República”.

Siendo así, dado que el citado artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal, es la norma que habilita en forma expresa a la máxima autoridad del Ministerio Público, para solicitar la declaratoria de mérito o no, para el enjuiciamiento en este caso, de los altos funcionarios del Estado, resulta evidente la legitimidad del Fiscal General de la República, para interponer la presente solicitud de revisión, amén de que el representante de la vindicta pública tuvo a su cargo el inicio de las averiguaciones para incoar, como efectivamente lo hizo, el antejudio de mérito en contra de los mencionados oficiales de alto rango, lo que consolida su interés y legitimación para interponer la solicitud de revisión de marras. Así se declara.

Ahora bien, en cuanto a la sentencia sometida a la presente solicitud de revisión, tenemos que la misma fue proferida por la Sala Plena Accidental, del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 14 de agosto de 2002, la cual declaró **no haber mérito para el enjuiciamiento** de los ciudadanos General de División (Ej) Efraín Vásquez Velasco, General de Brigada (Av) Pedro Pereira Olivares, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez y Contralmirante Daniel Lino José Comisso Urdaneta, y **el consecuente sobreseimiento**, todo dentro del antejuicio de mérito propuesto por el ciudadano Fiscal General de la República, contra los altos funcionarios antes señalados.

Efectivamente, la Sala Plena Accidental del Máximo Tribunal, mediante sentencia proferida el 14 de agosto de 2002, expresamente señaló en su parte dispositiva, lo que a continuación se transcribe:

“...1) Declara que **no hay mérito** para el enjuiciamiento....; 2) **Decreta el sobreseimiento** según el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal; y 3) Como consecuencia de lo anterior, se ordena la suspensión de las medidas de cautela decretadas en esta causa”. (Negritas de la Sala).

Entonces, la referida sentencia, objeto del presente estudio, fue dictada dentro del procedimiento conocido como antejuicio de mérito, el cual ha sido definido por la jurisprudencia y la doctrina como un procedimiento especial, de única instancia, previo y distinto al juicio penal propiamente dicho. Es decir, a semejanza de una etapa inicial (*in jure actum*), en cuya primera fase se califican los hechos como relevantes o no para pasar, si fuere el caso, a la segunda fase del juicio de fondo, (*in judicium*), ya que, quien tiene derecho a ese antejuicio o juicio de mérito, se inviste de una prerrogativa (*jure esse*).

En otras palabras, el antejuicio de mérito se traduce en una prerrogativa para la altas autoridades del Estado, prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 266, numerales 2 y 3, así como en el artículo 5, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y en el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal.

Sobre el antejuicio de mérito, este Máximo Tribunal, reiteradamente ha señalado que:

“El antejuicio de mérito (...) se traduce en una prerrogativa para las altas autoridades del Estado, que atiende a la necesidad de proteger la efectividad de la labor de los funcionarios públicos que ocupan cargos de relevancia dentro de su estructura, así como la continuidad en el desempeño de las tareas esenciales que presupone el ejercicio de la función pública. Privilegio que, como excepción al principio de igualdad, se justifica sólo por la necesidad de mantener el buen funcionamiento del Estado, evitando que quienes en un determinado momento resulten piezas fundamentales en la conducción de políticas públicas, sean desviados de sus obligaciones en razón de acusaciones infundadas o no, formuladas en su contra, y a las cuales, sin duda, se encuentran permanentemente expuestos” (Sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 19 de julio de 1984, reiterada en fecha 20 de julio de 1991, y acogida por este Tribunal Supremo de Justicia en fecha 02 de mayo de 2000, caso: *Pedro Mantellini*).

También en fecha 4 de julio de 2000 (caso *Miquelena*), la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, en torno a la naturaleza jurídica del antejuicio de mérito, dejó asentado lo siguiente:

“...de conformidad con el artículo 377 del Código Procesal Penal, el antejuicio de mérito es un procedimiento penal especial que, instaurado por la querrela del Fiscal (...) y conducido por el principio contradictorio, tiene por objeto declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los altos funcionarios del Estado, a los que se refiere el ordenamiento constitucional de la República; (...) y que el juicio sobre la prueba debe constituir el fundamento principal de la determinación acerca de si hay o no mérito, es decir, acerca de si hay o no lugar al enjuiciamiento”.

Entonces, el objeto del antejuicio de mérito es declarar la certeza de si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los presuntos imputados, es decir, la sentencia puede declarar que sí hay mérito para enjuiciar, o por el contrario, declarar no haber mérito y el consiguiente sobreseimiento.

Como se observa del contenido del análisis *supra* realizado, de la sentencia que se profiera respecto del antejuicio de mérito propuesto, pueden surgir dos consecuencias que ameritan el profundo análisis de esta Sala.

Efectivamente, por un lado, existe la posibilidad que la Sala Plena al conocer de un antejuicio de mérito, declare que hay suficientes indicios y presunciones de méritos relevantes para ordenar el enjuiciamiento de fondo de los presuntos imputados, en cuyo caso, el contradictorio se actualiza en el mismo, para que se profiera al fondo, un fallo condenatorio o absolutorio de los presuntos imputados; pues como se acaba de exponer, el antejuicio de mérito en este supuesto sólo juzga la precalificación de los hechos, indicios y presunciones en cuanto a su relevancia para abrir la respectiva causa de fondo (*in iudicium*).

De otra parte, si por el contrario, la Sala Plena considerase en función de la naturaleza jurídica del antejuicio de mérito como una etapa preliminar o procedimiento sumario especial, limitada a la precalificación meritoria y decidiese que no ha lugar a la apertura del enjuiciamiento de fondo, es incontrovertible que la decisión en esta etapa especial y preliminar tendrá el **carácter de definitivamente firme**, lo cual se consolida aún, con esta condición, si extingue el procedimiento por sobreseimiento, tal y como lo preceptúa el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual reza:

“Cuando el Tribunal Supremo de Justicia declare que hay mérito para el enjuiciamiento del Presidente de la República, previa autorización del Senado, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva.

Cuando se trate de los otros funcionarios del Estado y se declare que hay lugar al enjuiciamiento, el Tribunal Supremo de Justicia deberá pasar los autos al tribunal ordinario competente si el delito fuera común, y continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos, salvo lo dispuesto en la Constitución de la República respecto del allanamiento de la inmunidad de los Diputados a la Asamblea Nacional.

La causa se tramitará conforme a las reglas del proceso ordinario.

Cuando el Tribunal Supremo de Justicia declare que no hay mérito para el enjuiciamiento pronunciará el sobreseimiento”. (Negrilla de la Sala).

Con relación al artículo precedentemente copiado, la doctrina señala como novedad, el hecho de que el Tribunal Supremo no se limita única y exclusivamente a declarar que no hay méritos para juzgar a un determinado alto funcionario, sino que declara directamente el sobreseimiento, lo cual rebasa con creces la función tutorial o preliminar del antejuicio de mérito para adentrarse en una decisión de fondo.

Lo indicado en el precedente párrafo, se evidencia incluso de la normativa inserta en el vigente Código Orgánico Procesal Penal, al señalar los efectos del sobreseimiento, en el artículo 319, el cual se transcribe a continuación:

“Efectos. El sobreseimiento pone término al procedimiento y tiene la autoridad de cosa juzgada. Impide, por el mismo hecho, toda nueva persecución contra el imputado o acusado a favor de quien se hubiere declarado...”.

Por su parte la doctrina, especializada en la materia, ha señalado sobre los efectos del sobreseimiento, lo siguiente:

“Se entiende por sobreseimiento la resolución firme, emanada del órgano jurisdiccional **competente**, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi* goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada” (Vicente Gimeno Sendra, Víctor Moreno y Valentín Cortés, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid-España, 1999, p. 564). (Subrayado y negrilla de la Sala).

Ahora bien, en la segunda hipótesis *supra* planteada, se configura la verdadera existencia de un fallo que en este supuesto, indudablemente produce la cosa juzgada (*in iudicium*), habida consideración que la sentencia objeto de la no precalificación meritoria le pone fin al antejuicio, porque no permitió entrar al referido enjuiciamiento de fondo. Pues, como así se estableció, de ser lo contrario, es decir, que se califique el mérito para la prosecución de la causa, se habrá traspasado el umbral para iniciar el juicio de fondo, de cuyo efecto deriva que tanto la sentencia definitivamente firme si fuere el caso, y aparejada con ella la cosa juzgada como garantía constitucional de seguridad jurídica, aflorará entonces, en el juicio o causa de fondo, dejando a salvo, consecuentemente, que los presuntos imputados puedan ejercer los recursos previstos en el ordenamiento jurídico patrio.

Pero como dijimos, e insistimos, si éste no fuera el caso de saltar el umbral que abre la puerta al juicio de fondo, es indiscutible que, la decisión que se dictase en el antejuicio de mérito como procedimiento preliminar, tiene la característica de **decisión definitivamente firme, al no transitar y traspasar el umbral que protege el enjuiciamiento de fondo**, aun cuando se trate de un procedimiento especial y preliminar, de constatación de certeza de mérito para determinar si existen fundadas razones para adentrarse o no en el juicio de fondo a que haya lugar.

Criterio éste que comparte el Magistrado Luis Martínez Hernández, en su voto salvado a la sentencia proferida el 14 de agosto de 2002, al señalar, lo que a continuación se transcribe:

“...pues en el antejuicio de mérito (...) basta la existencia de fundados indicios (...) para determinar si hay mérito para autorizar la subsiguiente investigación penal. (...) Se trata pues, de la justificación o acreditamiento de la existencia de uno o varios hechos, no de su comprobación definitiva con fuerza de cosas juzgadas. Asimismo, si el resultado de esta comprobación indiciaria conduce a la procedencia del antejuicio, el razonamiento del fallo tendrá que ser conciso -más en modo alguno inmotivado, valga la obvia aclaración-, dada la inconveniencia de adelantar opinión sobre el fondo de la controversia. Por el contrario, de considerar este Supremo Tribunal que no existen indicios de la existencia del hecho punible o del autoría por los imputados, podrá fundamentar más profundamente el resultado de su examen en la sentencia que se dicte, **la cual pondrá fin al procedimiento**, toda vez que se trata de una declaración formal conforme a las exigencias que impone el artículo 318 del Código Orgánico Procesal Penal”. (Subrayado y negrilla de la Sala).

En el caso *sub examine*, la Sala infiere que el 14 de agosto de 2002, la Sala Plena Accidental profirió una decisión por medio de la cual declaró **no haber mérito para el enjuiciamiento** de los ciudadanos General de División (Ej) Efraín Vásquez Velasco, General de Brigada (Av) Pedro Pereira Olivares, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez y Contralmirante Daniel Lino José Comisso Urdaneta, y el sobreseimiento, supuestos éstos, que al ser subsu- midos en el análisis *supra* realizado, es indudable que se materializó una decisión definitivamente firme, que extinguió el procedimiento preliminar de mérito por sobreseimiento. Siendo así, por vía de consecuencia, dicha decisión se comprende dentro de las exigencias y parámetros establecidos por la Sala Constitucional para la procedencia de la revisión, todo de conformidad con el criterio transcrito *supra*. Así se declara.

La doctrina que esta Sala hoy establece, da garantía a los ciudadanos venezolanos, para evitar que un fallo proferido en un antejuicio de mérito que sea lesivo a sus derechos e intereses constitucionales, bien por vicios o por incompetencia en los grados de la jurisdicción pueda tener como efecto, que estos derechos constitucionales sean vulnerados, sin tener

la posibilidad el Ministerio Público, o aquel que tenga un interés directo, de poder remediar la situación jurídica infringida, al considerarse que la decisión dictada no tenga el carácter o la condición de ser definitivamente firme, desguarnecidos así, los que tengan la legitimación de los medios de impugnación judiciales para hacer uso de ellos en los otros grados de la jurisdicción en alzada y en consecuencia se le impediría el ejercicio de la solicitud de revisión, si fuere el caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con menoscabo y lesión indudable a los derechos plasmados en la Carta Magna.

De allí la importancia sobre la calificación y naturaleza jurídica de este tipo de sentencias en los antejuicios de mérito, que esta Sala asienta con este nuevo criterio el cual, deriva en vinculante para los supuestos del proferimiento de sentencias en los procedimientos de esta índole tan particular, situación que como en el caso *sub examine*, decidió que no había mérito suficiente para enjuiciar a los presuntos imputados involucrados en posibles hechos punibles como objeto de controversia en el juicio de mérito preliminar.

De no ser así, la trinidad o trilogía que caracteriza a la cosa juzgada, vale decir, inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad a pesar de ser producto de un vicio de esa naturaleza (incompetencia), no podría jamás ser atacada en detrimento de la justicia y de la certeza de verdad que persigue el juicio y la constitución, pues no es dable que la magnitud de tal infición pueda quedar incólume so pretexto de sentencia definitivamente firme, pero viciada de nulidad y de la cosa juzgada nulificatoria que se haya proferido, por conducta irregular, fraude procesal o por incompetencia por mala constitución del Tribunal, cometida por el sentenciador con lesión fulminante de los derechos y garantías constitucionales y del propio subsistema de legalidad que impera en el ordenamiento jurídico vigente. Permitir esto, sería convertir al derecho en salvaguarda del acto ilícito, arbitrario y antijurídico; y a la cosa juzgada como válida, aún estando infestada jurídicamente, cuando contrariamente, el derecho tiene por finalidad y función social proteger y salvaguardar la validez y eficacia del acto lícito (*invetibus*).

En el caso que se considera, sobre la condición y naturaleza de la sentencia proferida en el referido juicio o antejuicio de mérito, se concluye que la misma es **definitivamente firme pero inficionada por la incompetencia derivada en la constitución de la Sala Plena Accidental que dirimió la controversia preliminar de mérito**, provocando una cosa juzgada en esta instancia única (antejuicio de mérito) endeble y viciada, sujeta de ser atacada, porque su absolutividad, se torna en relativa, y muy bien puede ser impugnada, por ejemplo, vía solicitud de revisión, como en el caso *sub iudice*, o de cualquier otro que sea procedente en derecho de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente. Siendo así, del estudio que se realiza, se observa que, algunos incidentes producidos en el antejuicio de mérito están inficionados por tales vicios, razones suficientes para que esta Sala, entre al siguiente análisis:

En el caso *sub lite*, denunció el representante de la vindicta pública como fundamento de su solicitud de revisión de la sentencia en cuestión, que la Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, violentó principios constitucionales, consistentes “al debido proceso, y concretamente, del derecho al juez natural, establecido en el artículo 49, numeral 4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de la ilegal constitución de la Sala Plena Accidental (...), a los fines de emitir la sentencia del 14 de agosto de 2002”.

La Sala, para pronunciarse sobre el argumento precedentemente expuesto, pasa a realizar el análisis concatenado sobre la sustanciación que en el procedimiento de antejuicio de mérito a los ciudadanos General de División (Ej) Efraín Vásquez Velasco, General de Brigada (Av) Pedro Pereira Olivares, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez y Contralmirante Daniel Lino José Comisso Urdaneta, realizara el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, y en tal sentido observa:

En fecha 24 de mayo de 2002, el Fiscal General de la República, ciudadano Julián Isaías Rodríguez Díaz, interpuso por ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, querrela a fin de que se realizara antejuicio de mérito contra los oficiales de alto rango identificados en el precedente párrafo, todo esto con el objeto, de que la Sala en cuestión declarase el mérito para el enjuiciamiento de los mismos.

El 05 de junio de 2002, el ciudadano Efraín Vásquez Velasco, recusó al Magistrado Iván Rincón Urdaneta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86, numerales 4, 5, 6, 7 y 8 del Código Orgánico Procesal Penal, por ello, el 06 de junio del mismo año, el Magistrado recusado presentó ante la Secretaría de la Sala Plena, el informe al cual hace referencia el artículo 93 *eiusdem*.

En fecha 12 de junio de 2002 el Magistrado Iván Rincón Urdaneta, en su carácter de Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, recusó al Primer Vicepresidente del Máximo Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y 93 del Código Orgánico Procesal Penal.

El mismo día, 12 de junio de 2002, el ciudadano Daniel Comisso Urdaneta, recusó al Magistrado Juan Rafael Perdomo, y el día 13 del mismo mes y año procedió a recusar también, al Magistrado Omar Mora Díaz, de conformidad con los artículos 85 y 86, numerales 7 y 8; y 101 del Código Orgánico Procesal Penal.

Luego, en fecha 13 de junio de 2002, el Magistrado Juan Rafael Perdomo, presentó su respectivo informe ante la Secretaría de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, igual lo hizo el Magistrado Omar Mora Díaz, en fecha 18 de junio de 2002.

En virtud de todas las anteriores recusaciones, en Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Acta levantada en fecha 19 de junio de 2002, se señaló lo que a continuación, se transcribe:

“...solicitó el derecho de palabra el Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, a objeto de proponer que se procurase, en primer término, resolver lo relativo a las recusaciones propuestas en el expediente (...); a tal efecto, en atención al contenido del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que señala que en caso de que tampoco pudiese conocer el Segundo Vicepresidente, debe hacerlo aquél de los Magistrados no inhabilitado ni recusado, a quien corresponda decidir conforme a una lista que elaborará el Tribunal Supremo...”

Siendo así, en virtud de las listas propuestas, se designó como Magistrado Dirimente, al Dr. Antonio José García García, para conocer de conformidad con el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de las recusaciones interpuestas contra el Presidente, Primer Vicepresidente y Segundo Vicepresidente del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, el mencionado artículo 72 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos narrados, expresamente señala:

“Si se inhabiliten o fueren recusados todos los Magistrados que forma alguna de las Salas, conocerá de la incidencia el Presidente de la Corte en Pleno, a menos que éste también sea uno de los inhabilitados o recusados, en cuyo caso conocerá de la incidencia el Primer Vicepresidente de la Corte.

Si el Primer Vicepresidente también se hubiere inhabilitado o fuere recusado, resolverá el Segundo Vicepresidente; y si tampoco este pudiera conocer lo hará aquel de los Magistrados no inhabilitado ni recusado, a quien corresponda decidir, conforme a una lista que elaborará la Corte...”

La norma parcialmente transcrita, plasmaba quién es el llamado a resolver las inhibiciones o recusaciones de los Magistrados que conforman el Máximo Tribunal, quedando establecido que conoce de las inhibiciones o recusaciones de algún Magistrado, el Presidente del Supremo Tribunal, y en su defecto, le siguen en orden a conocer de las mismas, el Primero y Segundo Vicepresidente, respectivamente. Y de darse el caso, en que todos los precedentemente nombrados se encuentren inhibidos o recusados, conocerá y resolverá la incidencia, un Magistrado que integre la lista prevista para ello, como es el caso de marras.

En el asunto que nos ocupa, se observa que tanto el Presidente, como el Primer y Segundo Vicepresidente fueron recusados, razón por la cual, la Sala Plena en fecha 19 de junio de 2002, designó al Magistrado Antonio José García García como Dirimente para que resolviera las recusaciones en cuestión. Quien en fecha 26 de junio del mismo año, procedió a declarar inadmisibles las recusaciones de los Magistrados Iván Rincón Urdaneta y Franklin Arrieche Gutiérrez.

Es decir, una vez declarada la inadmisibilidad de la recusación propuesta contra el Magistrado Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, Iván Rincón Urdaneta, el 26 de junio de 2002, éste reasumía su competencia para resolver conforme a lo establecido en el artículo 46, numeral 18 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que expresamente señalaba: “Son atribuciones del Presidente de la Corte: (...) **conocer de las inhibiciones y recusaciones de los Magistrados y demás funcionarios de la Corte**”.

No obstante lo anterior, en fecha 02 de julio de 2002, **el Magistrado Antonio José García García, incurrió en usurpación de funciones cuando procedió a declarar con lugar las recusaciones propuestas contra los Magistrados Omar Mora Díaz y Juan Rafael Perdomo, arrebatándole así, al Presidente del Máximo Tribunal la competencia para decidir las recusaciones planteadas, que como quedó expuesto *supra*, ya había sido rehabilitado en su competencia para decidir las mismas, en su condición de Juez natural.** Todo lo cual deriva en una violación al proceso con relación al conocimiento y decisión de las recusaciones de los Magistrados de la máxima instancia judicial.

Tal actividad jurisdiccional se constituyó como un acto arbitrario, que riñe con los principios constitucionales que resguardan el debido proceso y la garantía de ser juzgado por los jueces naturales, que se encuentran previstos en el artículo 49, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual reza:

“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

(...) 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la Ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien lo juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto....”.

De esta manera, resulta incontrovertible que el proceder del Magistrado Antonio José García García, provocó una ilegal constitución de la Sala Plena Accidental, por cuanto al actuar fuera de su competencia y declarar con lugar las recusaciones de los Magistrados Omar Mora y Juan Rafael Perdomo, -se reitera-, de forma arbitraria, ya que la competencia le correspondía al Presidente del Máximo Tribunal, lo que a su vez, generó la indebida e ilegal constitución de la Sala Plena que conoció del antejuicio de mérito, violando así, el dispositivo constitucional precitado, por descomposición del órgano jurisdiccional que legalmente debía conocer de las recusaciones y del nombramiento de los Magistrados naturales, a quienes correspondía su conocimiento.

En otras palabras, con el proceder del Magistrado Dirimente, se excluyó de la Sala Plena, a dos de sus jueces naturales, por consiguiente, las decisiones que tomara en su oportunidad dicha Sala Plena Accidental, habrían de contravenir de manera palmaria y evidente la **garantía constitucional al debido proceso y a ser juzgado por los jueces naturales**, que como bien lo señaló el representante del Ministerio Público, se encuentran establecidas en el mencionado artículo 49, numeral 4 de nuestra Carta Magna, que en forma coordinada e intrasistémica, contienen los diferentes numerales de dicho dispositivo constitucional.

Con relación a la garantía constitucional a ser juzgado por los jueces naturales, la doctrina especializada en la materia, ha señalado:

“El derecho al Juez natural comporta (...) que el proceso se decida por el Juez ordinario predeterminado por la Ley (...). Es necesario, pues, que el Juez sea aquél al que corresponde su conocimiento según la normas vigentes con anterioridad (...). Se atenta contra la garantía constitucional siempre que se modifica la competencia o la composición del órgano jurisdiccional (...) por (...) los órganos rectores del Poder Judicial, a fin de sustraer un litigio del conocimiento del Tribunal al que naturalmente le correspondería.

No sólo se vulnera el Derecho cuando se modifican las normas de competencia, a fin de que corresponda conocer de la pretensión a un órgano que, aún siendo propiamente judicial, no sea el que debería conocer con arreglo a las normas vigentes en el momento de producirse los hechos. **Sino también, cuando se modifican las normas reguladoras del nombramiento de los Magistrados, o, sin modificarlas se aplican de tal modo que tratan de evitar que el órgano judicial competente esté formado por aquellos Magistrados que deberían formarle de no haberse alterado el procedimiento normal de nombramientos. (...), el derecho al Juez natural se viola cuando la Sala competente para conocer de un proceso se constituye en forma no prevista en la Ley...**” (Jesús González Pérez, “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional”, *Cuaderno Civitas*, Segunda Edición, 1989, Madrid-España, pp. 129 y 130).

Por su parte, la Jurisprudencia patria ha establecido expresamente lo que a continuación, se transcribe:

“Siendo la competencia el factor que fija límites al ejercicio de la jurisdicción o, como se señala comúnmente, la medida de la jurisdicción, la debida competencia, en nuestro ordenamiento procesal vigente, es un presupuesto de validez para el pronunciamiento de **una sentencia válida sobre el mérito; por ello, la sentencia dictada por un Juez incompetente es absolutamente nula e ineficaz.**

Ahora bien, cuando el Juez actúa con manifiesta incompetencia y procede a dictar sentencia de mérito, incurre en una evidente trasgresión al artículo 49, numeral 3 de la Constitución, **ya que carece de aptitud o cualidad para juzgar.**

Igualmente, resulta violado, en consecuencia, el numeral 4 del referido artículo 49, ya que dicha carencia de aptitud en el Juez conlleva a que el justiciable no sea juzgado por sus jueces naturales, derecho esencial a ser observado en toda causa. **Es evidente que un Juez incompetente, además nunca podrá ser el Juez natural de la causa**” (Negrillas de la Sala). (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 02 de mayo de 2001).

Asimismo, en sentencia de fecha 3 de abril de 2003, esta Sala señaló lo siguiente:

“Conforme a la Constitución de 1999, como parte del derecho al debido proceso, *‘toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta constitución y en la Ley’*, lo cual se vincula con el derecho de toda persona *‘... (a ser oída en cualquier clase de proceso con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad (...))’* como lo establece en su artículo 49, numerales 4 y 3. (Negrilla de la cita). Respecto del derecho al Juez natural, esta Sala Constitucional en sentencia n° 29/00, del 15 de febrero de 2000 (caso *Enrique Méndez Labrador*), ha establecido que “(...) consiste en la necesidad que el

proceso sea decidido por el Juez ordinario predeterminado en la Ley. Esto es aquél al que le corresponde el conocimiento según las normas vigentes con anterioridad. Esto supone, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; en segundo lugar, que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial...” (Negrillas de la Sala).

De lo anteriormente expuesto, se evidencia, **la errada y grotesca interpretación de una garantía constitucional como lo es, que todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado en forma absoluta por sus jueces naturales**, que en el caso de autos conllevó a la flagrante violación de toda la teoría de la jurisdicción y de la competencia legalmente establecida, pues como lo sostienen los autores Calamandrei y Chiovenda, es imposible hablar de los jueces naturales sin conectar la jurisdicción con la competencia por existir una relación de continente a contenido, **porque todos los jueces tienen jurisdicción pero no todos tienen competencia para conocer de un determinado asunto**, como igualmente también lo sostiene el autor Eduardo Couture en estos términos “...un juez competente, es al mismo tiempo un juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un Juez”. Por eso, “la sentencia dictada por un Juez incompetente es absolutamente nula e ineficaz”, como se señaló en la sentencia *supra* citada.

En el caso que nos ocupa, el Magistrado Dirimente tenía jurisdicción pero no competencia para decidir las recusaciones mencionadas, al haberle arrebatado como se señaló anteriormente, al juez natural, es decir, al Presidente del Tribunal Supremo, la potestad para decidir las, por lo que devino entonces la incompetencia de la Sala Plena Accidental que dirimió ilegalmente el antejuicio de mérito.

En ese sentido, de haberse considerado en el mencionado antejuicio la existencia de meritoria relevancia de los hechos, indicios y presunciones para enjuiciar a los prenombrados militares, el proceso de fondo hubiese resultado írrito en cuanto al mérito por falta de presupuesto de la sentencia, pues, como lo sostiene el autor Rengel Romberg, tal falta de competencia le impide al juez o jueza entrar a examinar el mérito de la causa, habida consideración de que tan relevante requisito, como se dijo, es un presupuesto de la sentencia de fondo. Esta conclusión se hace irrevocable, como irrevocable fue la indebida constitución de la **Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, que dictó la inficionada sentencia definitivamente firme por sobreseimiento**, al proferirla en esta instancia única y precalificar la irrelevancia de mérito sobre los hechos punibles presuntamente cometidos por los militares de alto rango, identificados en este fallo.

En esa misma línea doctrinaria, es pertinente la aplicación de este aserto aun tratándose como efectivamente se trató de un procedimiento especial, que lo constituye el antejuicio de mérito, pero que le puso fin con creces, porque incluso se **adentró** al fondo del asunto al hacer análisis decisorio sobre los presuntos delitos cometidos y que se le imputan a los ciudadanos *supra* identificados, de conformidad con el Código de Justicia Militar, concluyendo que este procedimiento se extinguía por sobreseimiento. Lo cual ratifica para esta Sala, las características y naturaleza de la decisión proferida como una decisión definitivamente firme que aunque inficionada, queda comprendida dentro del ámbito de aplicación y procedencia de la solicitud de revisión prevista en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de la interpretación que de él ha hecho en su doctrina jurisprudencial, esta Sala Constitucional. Así se decide.

Con base a todos los razonamientos que anteceden, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, constata que dada la ilegal constitución de la Sala Plena Accidental que dirimió por sobreseimiento, el antejuicio de mérito en los términos expuestos, la misma incurrió en una errada y grotesca violación del Principio Constitucional al debido proceso y juzgamiento por parte de los jueces naturales para conocer del mencionado antejuicio. De donde se colige sin lugar a dudas, que la decisión que constituyó el dispositivo, quedó com-

prendida dentro del control de la constitucionalidad que permite a esta Sala Constitucional en base a la supremacía de la Constitución, declarar la procedencia de la solicitud de revisión interpuesta por el ciudadano Fiscal General de la República, en su escrito de fecha 02 de diciembre de 2002.

De otra parte, su indiscutible procedencia en derecho, dada la competencia que tiene esta Sala Constitucional de conocer por vía de revisión las decisiones proferidas por la demás Salas de este Máximo Tribunal, incluyendo las dictadas por la Sala Plena, como ha sido establecido por la Jurisprudencia, en interpretación del texto normativo constitucional contenido en el artículo 336, numeral 10, en concordancia con el artículo 5, numeral 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, **que a tales efectos no establece distinción alguna**. Por consiguiente, la decisión de la Sala Plena Accidental sobre el juicio de mérito que nos ocupa, no queda excluida del ámbito de aplicación y procedencia de una solicitud de revisión como la que ha interpuesto el Ministerio Público y que es objeto de la presente decisión (*intentio litis*).

Siendo así, los razonamientos jurídicos anteriormente expuestos, constituyen para esta Sala Constitucional en diáfana claridad y sin duda alguna, que en el caso *sub lite*, es preciso aplicar el control de constitucionalidad para que la solicitud de revisión sea declarada, como efectivamente se declara, procedente. Así se decide.

En tal virtud, el dispositivo de este fallo declarará **NULA** la decisión dictada en fecha 14 de agosto de 2002, por la Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, que declaró no haber mérito para el enjuiciamiento de los ciudadanos General de División (Ej) Efraín Vásquez Velasco, General de Brigada (Av) Pedro Pereira Olivares, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez y Contralmirante Daniel Lino José Comisso Urdaneta, y el consecuente sobreseimiento. Así se declara.

Mediante Auto de fecha 8 de marzo de 2005, la Presidencia de la Sala Constitucional Accidental, solicitó al ciudadano Ministro de la Defensa, informase sobre si para la actualidad los ciudadanos, General de División (Ej) Efraín Vásquez Velasco, General de Brigada (Av) Pedro Pereira Olivares, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez y Contralmirante Daniel Lino José Comisso Urdaneta, se encuentran en su condición de militares activos de alto rango en la Fuerza Armada de Venezuela.

En respuesta a dicha solicitud, mediante Oficios n° 01012 (con anexos) y 01064, de fechas 9 y 10 de marzo de 2005, remitidos por el Ministerio de la Defensa, se señala que los ciudadanos General de División (Ej) Efraín Vásquez Velasco, General de Brigada (Av) Pedro Pereira Olivares, Vicealmirante Héctor Ramírez Pérez y Contralmirante Daniel Lino José Comisso Urdaneta, “se encuentran en ‘**situación de retiro**’, de conformidad con las Resoluciones n° 19.650 del 23/12/2002; 19.153, del 27/11/2002; 18.778 del 01/11/2002; y 18.779 del 01/11/2002, respectivamente, mediante las cuales fueron dados de baja por Medida Disciplinaria”, es decir, por cuanto dichos militares de alto rango se encuentran en situación de retiro de la Fuerza Armada, cesó para ellos la prerrogativa del antejuicio de mérito previsto en el artículo 266, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aun por los presuntos hechos punibles que les son imputados durante su desempeño como militares activos, como bien lo ha reiterado la jurisprudencia de este Tribunal, al señalar:

“...en fecha 19 de julio de 1984, (...) la Sala Plena afirmó que no le corresponde conocer de una solicitud de antejuicio de mérito formulada en relación con un funcionario que hubiere dejado de ocupar tal investidura o cargo que gozara de tal protección.

Lo anterior hace evidente que el ciudadano contra quien se intentó la solicitud *sub iudice*, carece de la prerrogativa de antejuicio de mérito, tanto en lo que se refiere al cargo de Ministro que dejó de ejercer, como con ocasión de pasar a situación de retiro en la Fuerza Armada” (Sentencia de la Sala Plena de fecha 15 de octubre de 2002).

En tal sentido, resulta inoficioso, un nuevo pronunciamiento sobre el antejuicio de mérito solicitado en fecha 24 de mayo de 2002 por el Fiscal General de la República, razón por la cual, queda éste, como máximo representante del Ministerio Público, habilitado para intentar las acciones que considere pertinentes con relación a los hechos que fueron objeto de consideración en el antejuicio de mérito, ante los tribunales competentes para conocer de los presuntos delitos que le son imputados por dicho Funcionario Público. Así se declara.

D. *El Poder Electoral: Organización de las elecciones de los jueces de paz*

TSJ-SC (302)

16-3-2005

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de la Ordenanza Electoral de Justicia de Paz del Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda.

La competencia atribuida a los Concejos Municipales por la Ley Orgánica de Justicia de Paz, en sus artículos 10 y 11 para organizar, coordinar, supervisar, ejecutar y regular todo lo relativo a los procesos electorales de los jueces de paz, resultó inconstitucional sobrevenidamente en virtud de que las estipulaciones legales mencionadas no son compatibles con los preceptos constitucionales posteriores que atribuyen tal competencia únicamente al Poder Electoral.

En atención a las anteriores consideraciones, la Sala estima necesario examinar si dentro de las atribuciones y competencias que corresponden al Poder Municipal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra la regulación, organización, dirección, administración y control de los procesos para la elección de jueces de paz, el cual es del siguiente tenor:

“Artículo 178. Es de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad, en las siguientes áreas:

1. *Ordenación territorial y urbanística; patrimonio histórico; vivienda de interés social; turismo local; parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; arquitectura civil, nomenclatura y ornato público.*
2. *Vialidad urbana; circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías municipales; servicios de transporte público urbano de pasajeros y pasajeras.*
3. *Espectáculos públicos y publicidad comercial, en cuanto concierne a los intereses y fines específicos municipales.*
4. *Protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental; aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y protección civil.*
5. *Salubridad y atención primaria en salud, servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; educación preescolar, servicios de integración familiar del discapacitado al desarrollo comunitario, actividades e instalaciones culturales y deportivas. Servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes y las actividades relativas a las materias de la competencia municipal.*

6. *Servicio de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios.*

7. *Justicia de paz, prevención y protección vecinal y servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable.*

8. *Las demás que le atribuya la Constitución y la ley.*

Las actuaciones que corresponden al Municipio en la materia de su competencia no menoscaban las competencias nacionales o estatales que se definan en la ley conforme a la Constitución”.

Se observa que, en la enumeración de las normas previstas en el referido artículo, no está la competencia relativa a la materia electoral, ni tampoco puede entenderse que forma parte de la competencia residual, por cuanto del contenido del artículo 156, numeral 32, de la Constitución, se desprende que la misma ha sido atribuida al Poder Nacional. De tal manera que dentro de las competencias administrativas y legislativas conferidas al Municipio, ejercidas en ese orden por el Alcalde y el Concejo Municipal, según los artículos 174 y 175 *eiusdem*, no se encuentra la de elecciones y, menos aún, la relativa a la organización, dirección, administración y control de los procesos para la elección de jueces de paz.

Ahora bien, no escapa a la Sala que, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, se dictó la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 4.817 Extraordinario, de 21 de diciembre de 1994, cuyos artículos 10 y 11 confieren al Concejo Municipal la competencia para organizar, coordinar, supervisar y llevar a cabo los procedimientos de elección de jueces de paz, con la participación de la comunidad y el apoyo técnico del entonces Consejo Supremo Electoral y demás organismos, pudiendo el Concejo Municipal, como autoridad electoral competente, cuando así lo requiriese, delegar tales atribuciones a las Juntas Parroquiales o a las comunidades organizadas. Asimismo, se estipuló en ese sentido que el Concejo Municipal dictará la ordenanza que regule todo lo relativo a la elección de jueces de paz, con la finalidad de adaptar la misma a sus realidades y posibilidades.

Sin embargo, se advierte que el régimen competencial de naturaleza electoral que ordenó la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, si bien no quebrantó, en principio, ningún precepto de la Constitución de 1961, quedó tácitamente derogado desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, dado que, como ya se indicó, la ordenación, organización, coordinación, supervisión, ejecución de los procesos comiciales no es una competencia que corresponda al Poder Municipal, sino al Poder Nacional, lo cual implica que si la legislación general de los procesos electorales y referendos constituye una materia constitucionalmente reservada a la Ley, quedó justamente asignada al Poder Electoral, creado por el nuevo orden constitucional, la posibilidad de su reglamentación, así como, entre otras atribuciones administrativas electorales, la organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a procesos comiciales de cargos de representación popular y referendos, y la organización de elecciones de sindicatos, gremios y partidos políticos u otras organizaciones de la sociedad civil, en los casos que la propia Constitución vigente dispone.

Así pues, si la función de juez de paz se cumple en atención a una elección popular que, de acuerdo con el artículo 258 de la Constitución de 1999, se efectuará conforme a la ley, la cual no es otra, según se entiende, que la propia Ley Orgánica de la Justicia de Paz, cuando la Constitución vigente incorporó el Poder Electoral a la estructura tradicional del Poder Público Nacional (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), asignándole de forma privativa las funciones propias de la Administración Electoral con el propósito de hacer efectiva la participación y el protagonismo del pueblo en el ejercicio de la soberanía en lo político, por intermedio, esencialmente, de la elección de cargos públicos, sólo se mantendrán en vigor aquellas disposiciones de la referida Ley Orgánica que no contraríen las normas constitucionales, de conformidad con lo establecido en la Disposición Derogatoria Única del Texto Fundamental.

Por consiguiente, la competencia atribuida a los Concejos Municipales por los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de Justicia de Paz, para organizar, coordinar, supervisar, ejecutar y regular todo lo relativo a los procesos electorales de los jueces de paz, devino en inconstitucional sobrevenidamente en virtud de que las estipulaciones legales mencionadas no son compatibles con los preceptos constitucionales posteriores que atribuyen tal competencia únicamente al Poder Electoral.

Sobre este asunto se pronunció esta Sala en sentencia de reciente data, dictada el 14 de diciembre de 2004 bajo el n° 3.098, con ocasión de una solicitud de interpretación de los artículos 10, 11, 26 y 52 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, que inmediatamente se recondujo en una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra las disposiciones legales mencionadas. En esa oportunidad, la Sala, luego de razonar que “la competencia, para la organización, y sustanciación de procedimientos electorales, es una competencia típicamente administrativa”, que “debe corresponder, en principio, a un órgano administrativo y no al órgano legislativo”, determinó lo siguiente:

“Con respecto al asunto que se planteó a la consideración de la Sala en este juicio, se observa que, aun cuando no puede afirmarse que los jueces de paz ejerzan cargos de dirección política, es evidente, tal y como ya se afirmó, que el ejercicio de la función de juez de paz se cumple en atención a una elección popular, tal como se desprende del artículo 258 de la Constitución. Elección que es de carácter universal, directa y secreta, a través de un procedimiento eminentemente electoral cuya tramitación corresponde, según el artículo 293, cardinal 5, de la Constitución, al Poder Electoral.

A la misma conclusión llegó la Sala Electoral en sentencia de 22 de noviembre de 2001 (caso Eneida Santos de Sosa), en la que se afirmó:

‘...siendo la elección de los Jueces de Paz un mecanismo de participación ciudadana en los asuntos públicos, medio este de manifestación de la voluntad soberana que ha adquirido rango constitucional (artículo 258), y que se manifiesta en un proceso electivo que se desarrolla en el ámbito municipal, de acuerdo con los postulados de la vigente Carta Magna, se está en presencia de un proceso en el cual están llamados a intervenir activamente los órganos del Poder Electoral.

En efecto, cabe resaltar que la instrumentación de la figura de los Jueces de Paz es un modo de manifestación de la función jurisdiccional (en este caso jurisdicción de equidad), y por tanto, una modalidad de expresión del Poder Soberano mediante el ejercicio de esa función estatal (véanse las consideraciones sobre el particular expuestas en sentencia de la Sala Constitucional del 5 de octubre de 2000, caso Héctor Luis Quintero Toledo). De allí que, al haber adoptado el Constituyente el mecanismo de elección popular, directa y secreta como medio de selección de los titulares de dichos cargos, todo parece indicar que en modo alguno puede obviarse la participación de los órganos del Poder Electoral en la organización de dichos procesos comiciales, a la luz de las competencias y atribuciones de esta novedosa rama del Poder Público que le asigna la vigente Carta Fundamental (artículo 293), y que contribuyen a delinear las modalidades de instrumentación de la democracia participativa que propugna el nuevo ordenamiento constitucional. Ello, sin menoscabo de las competencias de los Municipios en materia de Jueces de Paz, que corresponderá delimitarse mediante la normativa respectiva. Por vía de consecuencia, y a reserva de un análisis más detallado en la oportunidad de decidir el fondo de la controversia, es de presumir que la realización de un proceso como el aquí objetado, cuyo acto de votación está pautado para el próximo domingo 25 de noviembre, sin que se evidencie la participación en el mismo del Consejo Nacional Electoral o de alguno de sus órganos, resulta atentatoria contra el derecho constitucional de la participación en los asuntos públicos, al realizarse dicho proceso sin la intervención de los órganos del Poder Público llamados a garantizar la legalidad y transparencia de los procesos electorales’ (Destacado añadido).

En consecuencia, considera la Sala que, desde la entrada en vigencia (de la) Constitución de 1999, ha quedado tácitamente derogada la competencia que, conforme a los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, correspondía a los Concejos Municipa-

les, en relación con la organización, coordinación, supervisión y ejecución de los procesos comiciales para elegir a los jueces de paz, pues se trata de una atribución que ahora corresponde exclusivamente a los órganos del Poder Electoral, de conformidad con el artículo 293, cardinal 5, del Texto Fundamental. Así se decide.

Dentro de la organización del Poder Electoral, y de conformidad con el artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, la ejecución y vigilancia de estos procedimientos electorales ha de corresponder a las Juntas Municipales Electorales, bajo la dirección de la Junta Nacional Electoral y, en última instancia, del Consejo Nacional Electoral, pues se trata de una elección propia de las entidades municipales.

No obstante, debe la Sala precisar que las competencias del Poder Electoral en relación con la elección de los jueces de paz se limitan, en atención al propio Texto Constitucional, a la organización, administración, dirección y vigilancia de los procedimientos electorales, de manera que se trata de competencias de carácter técnico que, en modo alguno, pueden mermar las atribuciones constitucionales y legales que corresponden al Municipio en materia de jueces de paz.(...).

De manera que la administración, prestación y gestión del servicio de justicia de paz –no así del procedimiento de elección de sus jueces– es competencia exclusiva del Municipio, bien a través de la ejecución y administración que corresponda al Alcalde (artículos 174 y 175 de la Constitución), bien a través de la regulación legislativa que corresponda a los Concejos Municipales; siempre, por supuesto, con plena adecuación a la legislación nacional, en este caso, la Ley Orgánica de la Justicia de Paz. Asimismo, la organización y ejecución de los procedimientos electorales de jueces de paz (por parte de los órganos del Poder Electoral) ha de adecuarse a las normas especiales que, en esta materia, establece la Ley Orgánica de la Justicia de Paz (artículos 12 y siguientes), como lo son, entre otras, las condiciones de postulación y de elegibilidad de los candidatos, la periodicidad de tal elección, las divisiones en circunscripciones electorales que tal ley ordena y las normas relativas a las campañas electorales. Así se decide” (Paréntesis añadidos).

Con fundamento en lo anterior, la Sala estimó parcialmente la pretensión de nulidad por razones de inconstitucionalidad y, en consecuencia, anuló los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, fijando los efectos *ex nunc* de su decisión y declarando la validez de las elecciones de los jueces de paz que hasta ese momento se hayan realizado con fundamento en las disposiciones mencionadas.

Siguiendo entonces el precedente citado, la Sala debe reiterar en esta oportunidad que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 293 numeral 5 de la Constitución vigente, compete de forma exclusiva a los órganos del Poder Electoral, la organización, administración, dirección y vigilancia de los procesos para la elección de los jueces de paz, para lo cual dictará la normativa imprescindible que regule estos procesos comiciales en ejercicio de tales atribuciones y en atención a las disposiciones que, sobre esta materia, se encuentran contenidas en la Ley Orgánica de la Justicia de Paz y demás leyes electorales que sean aplicables. De modo, pues, que si bien el Texto Fundamental establece en su artículo 178 numeral 7, que es de la competencia de los Municipios, en sus ramas ejecutiva y legislativa, “*la Justicia de Paz (...) conforme a la legislación nacional aplicable*”, debe entenderse, en consonancia con el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, que esta última únicamente alcanza la organización y funcionamiento del servicio de justicia de paz, mas no a los actos concernientes a los procesos de elección de sus jueces, dado que, la posible participación de los Municipios en tales procesos sólo puede efectuarse cuando así lo requieran los órganos del Poder Electoral, en virtud del principio de colaboración de poderes que acogió el artículo 136 de la Constitución, y del apoyo obligatorio que establece el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, al disponer:

“Artículo 5. A los fines de asegurar el cumplimiento de las funciones electorales establecidas en esta Ley, todos los órganos y funcionarios del Poder Público, así como cualquier persona natural y jurídica, están en el deber de prestar el apoyo y la colaboración que le sean requeridos por los órganos del Poder Electoral”.

En tal sentido, esta Sala observa que en el caso de autos, se ha demandado la nulidad por inconstitucionalidad de la “Ordenanza Electoral de Justicia de Paz del Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda”, sancionada por el Concejo Municipal de dicha entidad territorial, cuyas normas regulan, conforme lo estipula su artículo 1, “*todo lo relativo a la materia electoral, atinente a la Justicia de Paz en la jurisdicción del Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda*”, estableciéndose así en el resto de su articulado, además de la estructura de los organismos electorales y sus atribuciones, la ordenación del proceso electoral y del referendo revocatorio de los jueces de paz. Es el caso, por ejemplo, de las normas contenidas en los artículos 4, 7, 8, 9 y 46 de la referida ordenanza municipal, sólo por nombrar algunas, que expresamente señalan:

“Artículo 4. El Concejo Municipal será el responsable del control y veracidad del Registro del Registro Electoral dentro de su jurisdicción”.

“Artículo 7. El Concejo Municipal será la autoridad electoral competente para organizar, coordinar, supervisar y llevar a cabo los procesos electorales contemplados en la Ley Orgánica de la Justicia de Paz y a tales efectos creará las unidades técnicas que considere necesarias para llevar a cabo estos comicios”.

“Artículo 8. El Concejo Municipal podrá delegar alguna de estas competencias en las Juntas Parroquiales o en aquellas comunidades organizadas que así lo soliciten.

La delegación a la que se refiere este artículo deberá producirse mediante acuerdo aprobado por las dos terceras (2/3) partes de la Cámara Municipal.

Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, no se podrá delegar la facultad de supervisión de estos comicios”.

“Artículo 9. A los efectos del presente Título se consideran organismos electorales, además del Concejo Municipal, las Mesas Electorales y las Comisiones Electorales”.

Del análisis de la ordenanza municipal impugnada, se evidencia que el Concejo Municipal reguló, por intermedio de ese acto legislativo, aspectos referentes a la materia electoral, atribuyéndose la competencia para organizar, coordinar, supervisar y llevar a cabo los procesos electorales preceptuados en la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, cuya potestad normativa, ejecutiva y administrativa no corresponde al Poder Municipal, conforme a la Constitución de 1999, sino de forma exclusiva al Poder Electoral, resultando, en consecuencia, que el referido Concejo Municipal invadió el ámbito de competencias del Poder Público Nacional, incurriendo así en una evidente usurpación de funciones, vicio que conlleva la nulidad absoluta de esa actuación, tal como dispone la norma contenida en el artículo 138 de la Carta Magna, que establece:

“Artículo 138. Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.”

Así las cosas, observa esta Sala que la usurpación de funciones constituye un vicio grave que -en este caso- afecta la totalidad de la ordenanza municipal, por cuanto -como fuera constatado- la misma regula “todo lo relativo a la materia electoral” de la justicia de paz en el Municipio Baruta del Estado, materia ésta reservada al Poder Nacional.

Por lo anterior, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de sus amplios poderes jurisdiccionales para el control de la constitucionalidad de las actuaciones de los Poderes Públicos, y como máximo protector de la Constitución, considera que es su deber declarar la inconstitucionalidad del texto íntegro de la citada ordenanza municipal y, en consecuencia, anularla en su totalidad. Así se decide...

...Por último, como la inconstitucionalidad de la “Ordenanza Electoral de Justicia de Paz del Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda” es originaria, cuya declaración tiene la virtualidad de rehabilitar las disposiciones que hayan podido ser revocadas por la ordenanza decretada inconstitucional, que en el caso de autos son las contenidas en la “Ordenanza para los Procesos de Elección de Jueces de Paz en el Municipio Baruta”, publicada el 4 de agosto de 1995, esta Sala, luego de observar que tales disposiciones devendrían en una inconstitucionalidad sobrevenida desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, en virtud de las razones ya analizadas en el presente fallo, debe forzosamente declarar que la última ordenanza mencionada no volverá a entrar en vigor.

Asimismo, ante el peligro de que puedan existir inconvenientes para la celebración de procesos de elección de jueces de paz en el Municipio Baruta del Estado Miranda, esta Sala exhorta al Consejo Nacional Electoral, como órgano rector del Poder Electoral, para que reglamente a la brevedad posible las normas especiales que, en materia comicial, establece la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, para la elección popular de los jueces de paz. Así se declara.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Derechos Económicos: Libertad económica*

TSJ-SC (266)

16-3-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal.

La prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario puede realizarse en ejecución del derecho constitucional de libertad económica, cuyo ejercicio quedará restringido según lo que disponga la Ley, y en particular, la Ordenanza Sobre Tarifas de Aseo Urbano y Domiciliario, especialmente para que el Municipio asegure la eficaz prestación de ese servicio, en cumplimiento de los mandatos positivos que derivan de la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho.

3.2 En relación con el argumento de violación de la libertad económica o libertad de empresa, se observa que, en anteriores oportunidades, esta Sala ha señalado que tal derecho permite a todos los particulares desarrollar libremente su iniciativa económica, a través del acceso a la actividad de su preferencia, la explotación de la empresa que hubieren iniciado y el cese en el ejercicio de tal actividad, todo ello, sin perjuicio de las restricciones que impone la Constitución y la Ley.

Así lo señaló esta Sala en sentencia n° 462 de 6 de abril de 2001 (caso *Manuel Quevedo F.*), en la que se estableció lo siguiente:

“...respecto a la pretendida violación del derecho a la libertad de empresa, debe anotarse que tal derecho tiene como contenido esencial, no la dedicación por los particulares a una actividad cualquiera y en las condiciones más favorables a sus personales intereses; por el contrario, el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad de su preferencia en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas.

No significa, por tanto, que toda infracción a las normas que regulan el ejercicio de una determinada actividad económica, entrañe una violación al orden constitucional o amerite la tutela reforzada prodigada por el amparo constitucional”.

Estima esta Sala que, ciertamente, la libertad económica se encuentra sujeta a diversas restricciones, en lo que respecta a la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario, conforme a lo que dispone la Ley Orgánica de Régimen Municipal y la Ordenanza Sobre Tarifas de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal; aún cuando esas Leyes, e incluso, y de manera indirecta, la propia Constitución en su artículo 156, cardinal 29, califican a esa actividad como servicio público, ello en modo alguno implica la negación absoluta del derecho de libertad económica.

Ya esta Sala aclaró, por un lado, que no toda actividad que se catalogue como servicio público se encuentra reservada al Estado (sentencia n° 2436 de 29 de agosto de 2003, caso *Arnaldo González S.*) y, por otro lado, que la configuración estricta o tradicional del servicio público debe limitarse a aquellas actividades que por Ley Orgánica han sido reservadas al Estado (sentencia n° 825 de 6 de mayo de 2004). Además de ello, ya esta Sala Constitucional señaló que la ordenación jurídica de los llamados servicios públicos domiciliarios puede ser efectuada por los Municipios en promoción de la libre competencia, la cual es uno de los valores del ordenamiento socioeconómico, según el artículo 299 constitucional (sentencia n° 1563 de 13 de diciembre de 2000, caso *Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas*).

En consecuencia, estima la Sala que la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario puede realizarse en ejecución del derecho constitucional de libertad económica, cuyo ejercicio quedará restringido según lo que disponga la Ley, y en particular, la Ordenanza Sobre Tarifas de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal, especialmente para que el Municipio asegure la eficaz prestación de ese servicio, en cumplimiento de los mandatos positivos que derivan de la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho.

2. Propiedad y Expropiación

A. Procedimiento judicial expropiatorio

a. Competencia: Cortes de lo Contencioso Administrativo

CPCA (84)

8-3-2005

Magistrado Ponente: Oscar Enrique Piñate Espidel

Cuando la República sea quien solicite la expropiación, el juicio se intentará directamente ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo.

En primer lugar debe esta Corte pronunciarse en relación a su competencia para conocer del presente caso y, en tal sentido observa, que la misma versa sobre la solicitud de expropiación de los bienes inmuebles y muebles presuntamente propiedad de la sociedad mercantil VENEPAL, C.A., necesarios para la actividad manufacturera de pulpa, papel, cartón y sus derivados, así como para la promoción del desarrollo endógeno, la colonización de terrenos incultos, la repoblación de yermos y montes, de conformidad con los artículos 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 26 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social, interpuesta conjuntamente con medidas cautelares inno-minadas de conformidad con los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil y subsidiariamente medida anticipativa de conformidad con el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, resulta pertinente hacer referencia a la sentencia n° 2271, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 24 de noviembre de 2004, caso: *Sociedad Mercantil Tecno Servicios Yes'Card, C.A. vs. Cámara Nacional de Talleres Mecánicos (CANATAME)*, mediante la cual, actuando como ente rector y cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa, precisó que a los fines de delimitar las competencias de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, deben darse por reproducidas las disposiciones que en la materia contenía la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, adaptándolas a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al nuevo texto que rige las funciones del máximo Tribunal y su Jurisprudencia.

Bajo tal línea argumentativa, la Sala estableció lo que sigue:

“(…) atendiendo a las recientes sentencias dictadas por esta Sala en las cuales se ha regulado transitoriamente la competencia de jurisdicción contencioso-administrativa, considera la Sala que las Cortes de lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer:

(…)

12.- De cualquier otra acción o recurso cuyo conocimiento le atribuyan las leyes. (Ejemplo de ello es la competencia atribuida en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social publicada en *Gaceta Oficial* n° 37.475 del 1° de julio de 2002, cuando la expropiación la solicita la República)”.

Así, el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social, dispone:

“Artículo 23 (...) Cuando la República sea quien solicite la expropiación, el juicio se intentará directamente ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y de las apelaciones y recursos contra sus decisiones conocerá, en segunda instancia, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa”.

De la sentencia y la norma transcrita parcialmente, se desprende de manera diáfana que esta Corte es a quien le corresponde conocer y decidir en primera instancia de las expropiaciones solicitadas por la República. Así se declara.

b. *Solicitud de expropiación: Admisibilidad*

CPCA (84)

8-3-2005

Magistrado Ponente: Oscar Enrique Piñate Espidel

Caso: Venepal, C.A.

La Corte admite la solicitud de expropiación, cumplidos los requisitos generales de admisibilidad previstos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, aplicable de forma supletoria, por remisión amplia y general del artículo 66 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social.

Debido a que la remisión del expediente al Juzgado de Sustanciación retrasaría innecesariamente el pronunciamiento sobre las solicitudes de las medidas innominadas y, en atención a los principios constitucionales de tutela judicial efectiva e instrumentalidad del proceso, consagrados en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respectivamente, resulta imperativo para esta Corte el pronunciarse sobre la admisibilidad de la solicitud de expropiación. (En este sentido véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 22 de febrero de 2000, Caso *Sociedad Mercantil Jumbo Shipping Company de Venezuela, C. A.*).

En ese sentido, se observa que si bien la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública Social no establece taxativamente causales de admisibilidad para las solicitudes de expropiación, no es menos cierto que el aparte único del artículo 22 de esa Ley establece, como un deber previo a la solicitud en vía jurisdiccional para el sujeto expropiante, el trámite de adquisición del bien afectado a través del acuerdo amigable con el propietario. En efecto, tal como aduce la representación solicitante, el arreglo amigable constituye un medio de autocomposición extrajudicial, caracterizado por una adquisición derivativa producto de un negocio jurídico de derecho público y de naturaleza contractual. Sin embargo, para proceder a la realización de tal negociación amigable, las partes involucradas deben gozar de la capacidad necesaria para disponer de los bienes en cuestión, es decir, deben estar facultados para transferir la propiedad de estos en forma voluntaria, pues nadie puede comprometer el patrimonio de otro, por tanto se requiere que las partes dispongan de la suficiente potestad a fin que puedan celebrar el acuerdo de transferencia de bienes.

No obstante, en el caso *subiudice*, resulta inexigible el agotamiento de tal condición - arreglo amigable- como requisito prejurisdiccional, toda vez, que el conjunto de bienes afectados carece de un propietario identificado y capaz de realizar tal negocio jurídico, en vista de la declaratoria de quiebra de la empresa VENEPAL, C.A.

En este orden de ideas, al ser declarada la quiebra de la empresa fallida en fecha 02 de diciembre del 2004, por el Juzgado Noveno de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Bancario con Competencia Nacional, esta persona jurídica queda inhabilitada, privada por Ley de su derecho para administrar y disponer de su patrimonio, a objeto que en lo sucesivo no pueda vincular dicho patrimonio con nuevas obligaciones y así evitar los perjuicios que su actividad pudiera ocasionarle a los acreedores concursales, por ello se sustituye a la empresa VENEPAL, C.A. por el órgano administrativo de la quiebra, quien se encargará de la administración, recuperación y liquidación del patrimonio de la sociedad mercantil.

En consecuencia, puede concluirse preliminarmente, que la empresa VENEPAL, C.A. no podría por sí sola celebrar arreglo amigable o negocial alguno, de conformidad con los artículos 939 y 940 del Código de Comercio.

Por otro lado, respecto al síndico de la quiebra, quien sustituye al fallido en la administración de su patrimonio, considera esta Corte que no puede entenderse que tiene la potestad suficiente para ser llamado al arreglo amigable en los términos del artículo 22 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, habida cuenta, que éste es quien administra el patrimonio del fallido, limitándose a gerenciar la conservación y recuperación de dicho patrimonio, según lo dispone el artículo 975 del Código de Comercio.

Igualmente, el Juez sólo estaría autorizado, previa finalización del inventario, para facultar al síndico a vender solamente bienes muebles y mercaderías del patrimonio del fallido, si dicha venta es necesaria, tal como lo dispone el artículo 976 *eiusdem*, lo cual, queda descartado en el caso de marras, vista la urgencia que el mismo conlleva de suyo, tal y como quedará desarrollado *infra*. Así se decide.

Siendo eso así y, cumplidos los requisitos generales de admisibilidad previstos en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, aplicable de forma supletoria, por remisión amplia y general del artículo 66 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social, en consecuencia, se ADMITE cuanto ha lugar en derecho. Así se declara

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Actos Administrativos

A. Requisitos de fondo

a. Competencia

TSJ-SPA (0570)

10-3-2005

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Hyundai Consorcio vs. Ministerio del Interior y Justicia.

Si bien la competencia debe estar consagrada en una norma de rango legal, ello de ninguna manera impide que la misma pueda ser desarrollada, dentro de dicho marco legal, por la Administración a través de disposiciones de rango sub legal, por vía reglamentaria o por providencias administrativas.

Indicaron los apoderados judiciales del recurrente que el acto recurrido adolece del vicio de incompetencia manifiesta, por carecer el Ministerio del Interior y Justicia, de aptitud legal para actuar válidamente en derecho, al no tener poder jurídico atribuido por ley especial en razón de la materia.

Frente a tal denuncia, considera esta Sala necesario señalar, que tanto la doctrina nacional como extranjera han sido contestes en definir la competencia como la capacidad legal de actuación de la Administración, es decir, representa la medida de una potestad genérica que le ha sido conferida por Ley. De allí, que la competencia no se presume sino que debe constar expresamente por imperativo de la norma legal y de los actos administrativos de carácter normativo, dictados formalmente con carácter previo conforme a la ley, tal como lo establece el artículo 4 de la Ley de Administración Pública.

Dicho mandato legal ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Sala al sostener que si bien la competencia debe estar consagrada en una norma de rango legal, “...ello de ninguna manera impide que la misma pueda ser desarrollada, dentro de dicho marco legal, por la Administración a través de disposiciones de rango sub legal, verbigracia por vía reglamentaria o por providencias administrativas”.

En dicha sentencia, se concluyó lo siguiente:

“Ello encuentra plena justificación en aras del dinamismo que debe enmarcar al desarrollo de la actividad administrativa, es decir, la adecuación y amoldamiento de la misma a las transformaciones y mutaciones de la realidad, adoptando en un determinado momento las medidas que estime más convenientes para el interés del colectivo”. (Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2001, n° 03052, Caso Jaime Manzo Manzo y otros)

En fin, determinar la incompetencia de un órgano de la Administración, supone demostrar que ésta ha actuado sin la existencia de un poder jurídico previo que legitime su actuación, lo cual acarrearía la nulidad absoluta del acto administrativo impugnado. Efectuadas las anteriores consideraciones, resulta necesario revisar si el Ministro del Interior y Justicia, se encontraba investido de competencia para dar por terminado el proceso licitatorio.

Dispone la normativa dispuesta en el artículo 37, numerales 1, 2, 8, 11 y 22 de la Ley Orgánica de la Administración Central, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 36.850 de fecha 14 de diciembre de 1999, aplicable *rationae temporis* al presente caso lo siguiente:

“Artículo 37: Son atribuciones comunes de los ministros o ministras con despacho:

1. Formular, seguir y evaluar las políticas sectoriales y orientar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar administrativamente las actividades del Ministerio.

2. Representar administrativamente al Ministerio. (...)

8. Dictar las resoluciones que sean necesarias para el ejercicio de sus competencias y encargarse de su ejecución. (...)

11. Ejercer la superior administración, dirección, inspección y resguardo de los servicios, bienes y ramos de renta del ministerio. (...)

22. Otorgar, previo cumplimiento de las formalidades de ley, los contratos relacionados con asuntos propios del Ministerio”.

En atención a la normativa legal *supra* transcrita, se desprende que los Ministros tienen entre sus competencias comunes, la formulación y evaluación de políticas sectoriales; la representación administrativa de su Despacho; la emisión de las resoluciones necesarias para el ejercicio de las competencias específicas atribuidas al organismo al cual representan; el ejercicio de la administración, dirección e inspección de sus bienes y el otorgamiento de los contratos relacionados con asuntos propios del Ministerio, previo cumplimiento de las formalidades previstas en la Ley.

Asimismo, dispone el artículo 40 de la ley referida lo siguiente:

“Artículo 40: Corresponde al Ministerio del Interior y Justicia la regulación, formulación y seguimiento de políticas, la planificación y realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de política interior, que comprende las relaciones políticas de éste con los demás organismos del Poder Público; la seguridad personal y el orden público; la coordinación de los cuerpos de policía, así como la regulación, fiscalización de la importación, fabricación, instalación, tenencia y porte de armas y municiones no considerados como material de guerra; la identificación de los habitantes de la República y el seguimiento del proceso de descentralización”. (Destacado de la Sala)

Ahora bien, analizando las competencias del Ministerio del Interior y Justicia, a la luz de la precitada norma, constata esta Sala que al mismo le corresponde entre aquellas, la regulación, formulación y seguimiento de actividades relacionadas con materias de política interior; la seguridad personal y el orden público; la coordinación de los cuerpos de policía y la identificación de los habitantes de la República.

Así las cosas, constata esta Sala que el objeto que pretende la República al contratar el diseño, suministro e instalación del Sistema de Identificación Nacional y Control Ciudadano (SINACOC), es el control de la información ciudadana, mediante la generación de documentos de identificación (tarjeta de identificación y pasaportes) seguros, confiables e inequívocos para todos los ciudadanos venezolanos y extranjeros, que permita desarrollar una base de datos depurada y centralizada en la sede principal de la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería (ONIDEX) y que facilite a futuro el intercambio de información digitalizada, capaz de prestar los servicios migratorios en los puertos, aeropuertos y puestos fronterizos a escala nacional.

De esta manera, es criterio de esta Sala que el objeto pretendido por la República en el mencionado contrato, compete claramente al Ministerio del Interior y Justicia, ya que se circunscribe a la regulación, formulación y seguimiento de una política interior, orientada a la identificación de los habitantes de la República tanto venezolanos como extranjeros, y que servirá entre otros fines para garantizar la seguridad personal y el orden público, con una adecuada coordinación con los cuerpos de policía.

De tal forma, sostiene esta Sala que al ostentar el Ministerio del Interior y Justicia el desarrollo de la competencia anterior, se evidencia su facultad para regular, formular y vigilar la adecuada celebración del referido contrato, de conformidad con la normativa antes expues-

ta, por lo que era competente para dictar la Resolución n° 312, de fecha 30 de agosto de 2001, por medio de la cual procedió a revocar la buena pro otorgada al Consorcio recurrente en la Licitación identificada bajo el n° MIJ-00-09-01, referente al Sistema de Identificación Nacional y Control Ciudadano (SINACOC).

En consecuencia, resulta improcedente la denuncia de incompetencia alegada por los representantes del Consorcio recurrente, ya que la actuación del Ministro del Interior y Justicia, estuvo ajustada al ordenamiento jurídico y dentro del marco de sus competencias previamente atribuidas. Así se declara.

a'. *Delegación*

TSJ-SPA (0928)

30-3-2005

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Cooperativa Colanta Limitada (VZLA) vs. Ministerio de la Producción y el Comercio.

La Sala reitera su doctrina como su jurisprudencia, referente a la responsabilidad del Superior Jerárquico respecto a las actuaciones que por delegación de su firma lleven a cabo sus subalternos.

Se ha interpuesto en el presente caso, recurso contencioso-administrativo de nulidad contra la Resolución n° DM/n° 294, de fecha 09 de agosto de 2004, dictada por la Directora General de Consultoría Jurídica del Ministerio de la Producción y el Comercio, actuando por delegación de firma del jerarca de ese ente ministerial.

Ahora bien, a propósito de que el acto impugnado emanó de una autoridad que actuó por delegación de firma del Ministro de la Producción y el Comercio, advierte la Sala, que ha sido criterio pacífico y reiterado tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, que el jerarca es responsable de las actuaciones que por delegación de su firma lleven a cabo sus subalternos.

En efecto, la delegación es una técnica organizativa mediante la cual un órgano con un ámbito competencial determinado, desvía algunas de sus atribuciones, ya sea a un órgano de inferior jerarquía o bien al funcionario que ostente la titularidad de dicho órgano; en este segundo supuesto, como es de suponer, la cesación en el cargo aparejaría el fin de la autorización. Esta técnica responde principalmente a criterios de eficiencia y especialización en la gestión de las potestades públicas, lo que la ha hecho de frecuente utilización por la administración pública venezolana.

Particularmente la encontramos en los actos mediante los cuales son designados los funcionarios de mayor jerarquía de los entes públicos, en los cuales se incluyen, por esta vía, una larga lista de atribuciones, las que, en caso de sustitución del titular del cargo, vuelven a repetirse en el nuevo nombramiento sin cambio alguno.

Ahora bien, existen dos tipos de delegaciones: la delegación de atribuciones y la delegación de firmas. La delegación de atribuciones o facultades en un acto jurídico general o individual, por medio del cual un órgano administrativo transmite parte de sus poderes o facultades. Siendo, pues, a otro órgano que son transmitidas tanto la competencia como la responsabilidad que trae aparejada su ejercicio, los actos dictados se estiman emanados del funcionario inferior delegado y no del superior delegante. En consecuencia, tales actos son susceptibles de impugnación a través del recurso administrativo de reconsideración por ante el mismo funcionario que los emitió, y, una vez agotado dicho recurso, el administrado tendrá a su disposición el recurso jerárquico ante el respectivo superior jerárquico.

La delegación de firma, en cambio, no es una transmisión de competencias en el sentido apuntado, ya que el inferior delegado se limita a suscribir los documentos o actos señalados en la delegación, conservando el superior delegante la competencia, la decisión y la responsabilidad sobre el acto en sí mismo considerado. Es por ello que, no siendo responsables los delegados de la ilegalidad de los actos, los recursos de reconsideración deben interponerse ante el propio superior delegante.

Respecto al tema, esta Sala Político Administrativa ha emitido su opinión en reiteradas oportunidades, y ha dejado sentado como sigue:

“(…) En la delegación de firma, se transmite una sola facultad de naturaleza meramente instrumental que se concreta en la firma de documentos. En este último supuesto, el órgano habilitado no puede tomar determinación decisiva alguna pues, como se ha señalado, su actuación se limita a la suscripción de algunos documentos que, en todo caso, se entienden emitidos por el delegante.(…)”

(Sentencia de fecha 10 de agosto de 2000, caso *Rhône Poulenc Rorer de Venezuela, S.A.*)

“(…) Al respecto, se observa que la delegación de firmas constituye un mecanismo por el cual, el delegante atribuye al delegado la firma de los actos administrativos que son de su competencia, no así la competencia, siendo por tanto el funcionario delegante responsable de la decisión.(…)”

(Sentencia de fecha 18 de octubre de 2001, caso *Luisa del Valle Melchor de León*)

Queda claro entonces, atendiendo al criterio jurisprudencial contenido en las decisiones parcialmente transcritas *supra*, que no hay diferencia entre un acto suscrito por un Ministro, y otro que haya sido rubricado por un funcionario actuando por delegación de firma de aquél; en tal sentido, debe atenderse al dispositivo contenido en el ordinal numeral 30 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en el primer aparte de esa misma norma, que dispone que es competencia de esta Sala Político-Administrativa:

“Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Poder Ejecutivo Nacional, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad(…)”

2. *Contratos Administrativos: Otorgamiento de la buena pro*

TSJ-SPA (0570)

10-3-2005

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Hyundai Consorcio vs. Ministerio del Interior y Justicia.

Se le reconoce a la Administración amplias potestades no sólo para la anulación de la buena pro, sino para su revocación por razones de oportunidad o mérito. No puede reconocerse la creación de derechos particulares con el otorgamiento de la buena pro, el único acto formal que genera derechos y obligaciones recíprocas para las partes, sería el contrato definitivo que suscriba el particular con la Administración.

A tal efecto, se observa que la revocatoria de la buena pro por parte del ente contratante, tiene su fundamento en razones de interés general, atendiendo a la potestad otorgada a la administración en la norma dispuesta en el artículo 46 de la Ley de Licitaciones, razón por la cual, en uso de esa potestad discrecional, se decidió dar por terminado el proceso licitatorio, no pudiendo existir en modo alguno violación del derecho al debido proceso.

De la misma manera, resulta igualmente improcedente el alegato referente a la pretendida irrevocabilidad del acto administrativo que otorgó la buena pro al recurrente, ya que dicha actuación tuvo como base legal la norma prevista en el artículo 46 de la Ley de Licitaciones vigente, la cual concede facultades a la Administración para dar por terminado el procedimiento licitatorio, cuando existiesen a su juicio, razones de interés general que lo aconsejen.

En este orden de ideas, estima necesario esta Sala reiterar el criterio asumido en sentencia de fecha 25 de marzo de 2003, n° 00457, en la que se dejó sentado lo siguiente:

“Por tanto, no puede sostenerse o atribuírsele al acto formal de ‘buena pro’, la generación de obligaciones o compromisos más allá de la simple designación de con quién habrá de contratar la Administración Pública, ya que de lo contrario, le negaría el carácter de acto de trámite que ésta comporta y más aún, le otorgaría naturaleza de un acto definitivo y de perfeccionamiento a la celebración contractual; carácter éste que sólo es atribuible en el derecho privado a los llamados negocios ‘consensuales’, estos son, los que se perfeccionan con el sólo consentimiento de las partes válidamente manifestado (Vid. 1.161 Código Civil). De allí que, el único acto formal que genera el perfeccionamiento del compromiso y por tanto, el nacimiento de derechos y obligaciones correspectivas (negocios sinalagmáticos perfectos), será el contrato de concesión definitivo que suscriba el particular con la Administración Pública”.

De manera tal, que la anulación o revocación del acto de otorgamiento de la buena pro en el procedimiento licitatorio, puede aceptarse en el ordenamiento jurídico, tanto por aplicación de la normativa prevista en los artículos 81 y siguientes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como por disposición expresa de la Ley de Licitaciones (artículo 46 de la Ley aplicable *rationae temporis*), donde se le confiere al ente licitante la posibilidad de decidir por acto motivado, dar por terminado el procedimiento, cuando a su juicio existan razones de interés general que así lo aconsejen, por lo cual se le reconocen a la Administración amplias potestades no sólo para la anulación de la buena pro, sino para su revocación por razones de oportunidad o mérito, tal como lo señala el representante de la Procuraduría General de la República.

Con base a lo anteriormente expuesto, es por lo que no puede reconocerse la creación de derechos particulares al Consorcio recurrente con el otorgamiento de la buena pro, ya que como ha quedado asentado, el único acto formal que genera derechos y obligaciones recíprocas para las partes, sería el contrato definitivo que suscriba el particular con la Administración.

Asimismo, en cuanto a lo aseverado por los apoderados del Consorcio recurrente, referente a la ausencia del procedimiento legalmente establecido, debido a que supuestamente era necesaria la apertura de un procedimiento administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para proceder a la revocatoria de la buena pro otorgada, esta Sala advierte que en el caso de autos el procedimiento en el cual podía participar el oferente era el procedimiento licitatorio regulado en la Ley de Licitaciones antes descrito por esta Sala. En atención a los fundamentos suficientemente explanados, es por lo que resultan improcedentes los alegatos formulados por los apoderados del Consorcio recurrente referentes a las violaciones al debido proceso y a la defensa, irrevocabilidad del acto administrativo y ausencia del procedimiento legalmente establecido. Así se declara.

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Órganos*

a. *Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa*

CSCA (317)

8-3-2005

Magistrado Ponente: Betty Josefina Torres Díaz

Caso: Banco de Venezuela S.A., Banco Universal vs. Instituto para Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario.

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia es competente para conocer de los recursos de nulidad contra actos recurridos en sede administrativa y en cuyo caso hubiera operado el silencio administrativo negativo, cuando la ausencia de respuesta es atribuible al Ministro.

Ahora bien, observa este Órgano Jurisdiccional que contra el acto impugnado, la recurrente había interpuesto oportunamente recurso jerárquico impropio ante el Ministro de la Producción y el Comercio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, derogada. Asimismo se observa que en fecha 29 de junio de 2004, fue notificada de la Resolución n° 242 del 21 de junio de 2004, emanada del Ministerio de la Producción y el Comercio mediante la cual el Titular de ese Despacho resolvió “(...) abstenerse de conocer y decidir el presente Recurso Jerárquico Impropio interpuesto (...), y se confirma la decisión emanada del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) de fecha 23 de julio de 2003 (...)”. (Subrayado nuestro), razón por la cual la recurrente acude a la vía jurisdiccional.

Así, se nos presenta la siguiente situación: La recurrente impugnó el acto administrativo emanado de la Junta Directiva del Indecu, en fecha 23 de julio de 2003, sin embargo este acto a su vez fue confirmado por la Resolución n° 242 de fecha 21 de junio de 2004, antes mencionada.

Ahora bien, en casos como el de autos (*Vid.* sentencia del 8 de marzo de 2001, caso *Asociación Civil de Concesionarios del Mercado La Hormiga “Operadora la Hormiga”*) la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo al pronunciarse al respecto lo hizo en los siguientes términos:

“Observa esta Corte que el presente recurso se basa entonces en el silencio por parte de la Administración respecto del acto que agota la vía administrativa, lo cual constituye una ficción legal de efectos procesales, como una garantía procesal a favor del administrado que le permite ir a la vía jurisdiccional. En este sentido, a los fines de determinar la competencia judicial debe tenerse al órgano silente como el autor del ‘acto’, así lo ha establecido nuestro máximo Tribunal en sentencia del 12 de agosto de 1998 (Caso *Lubén Lorenzo Castillo*)

(...)

En el caso de autos, se ejerció un recurso jerárquico en vía administrativa por ante el Ministro del Trabajo y producido el silencio administrativo tal como lo alegó la recurrente, debe entenderse que la impugnación del acto en vía judicial, dada la ficción del silencio administrativo, deberá seguir las reglas de competencia de un acto emanado del jerarca.

Así lo ha establecido esta Corte, en casos similares al presente, declinando la competencia en la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a quien le corresponde la competencia para conocer de los recursos de nulidad contra actos recurridos en sede

administrativa y en cuyo caso hubiera operado el silencio administrativo negativo, cuando la ausencia de respuesta es atribuible al Ministro (Expediente n° 00-23766, Sentencia del 21-12-00, Caso *José Alexander Rodríguez Díaz vs. Dirección de Personal de la Dirección General Sectorial de los Servicios de Inteligencia y Prevención (D.I.S.I.P.)*)”

En este sentido, tenemos que la lesión alegada por la recurrente se configuró con la emanación del último de los actos administrativos antes señalados, pues el recurrente ejerció los recursos previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el último de ellos fue decidido por la Administración en fecha 21 de junio de 2004, mediante Resolución n° 242 emitida por el titular del despacho del Ministerio de la Producción y el Comercio y notificado el 29 del mismo mes y año a la recurrente; y es esta última manifestación de la Administración la que en definitiva causa estado, por cuanto si bien en la referida Resolución el Ministro dice abstenerse de emitir pronunciamiento en relación al recurso jerárquico impropio por carecer de competencia según la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, no es menos cierto que además confirmó la decisión emanada del Consejo Directivo del Indecu, la cual está siendo impugnada con el presente recurso; teniendo como resultado que cuando se trata de la impugnación de este tipo de acto sólo son recurribles aquellos que ponen fin a la situación que ha sido planteada, esto es, el acto definitivo que es el que produce el agravio.

En tal sentido, observa esta Corte que el criterio parcialmente transcrito es perfectamente aplicable al caso de autos, y resulta más claro aún para el presente toda vez que no le queda lugar a dudas a esta Corte acerca del pronunciamiento por parte del Ministro, a través del cual confirmó la decisión tomada por el Consejo Directivo del Indecu.

Al respecto el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela señala que le corresponde a la Sala Político Administrativa de nuestro Máximo Tribunal “(...) 26. *Conocer de la abstención o negativa del Presidente o Presidenta de la República, del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República y de los Ministros o Ministras del Ejecutivo Nacional, así como de las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional con autonomía funcional, financiera y administrativa y del Alcalde del Distrito Capital, a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las Leyes; (...)*” (negritas de esta Corte).

Así pues, tratándose el presente caso sobre la Resolución n° 242 de fecha 21 de junio de 2004, emanada del Ministerio de la Producción y el Comercio mediante la cual el Titular de ese Despacho resolvió “(...) *abstenerse de conocer y decidir el presente Recurso Jerárquico Impropio interpuesto (...)*”, y confirmó “(...) *la decisión emanada del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) de fecha 23 de julio de 2003 (...)*”, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo se declara incompetente para conocer de dicho recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con suspensión de efectos y declina la competencia para conocer del presente recurso contencioso administrativo de nulidad en la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y así se declara.

b. *Cortes de lo Contencioso Administrativo: Actos de las Inspectorías del Trabajo*

CSCA (65)

3-2-2005

Magistrado Ponente: Betty Josefina Torres Díaz

Caso: Douglas Diomar Lisboa Díaz vs. Inspectoría del Trabajo del Municipio Sotillo del Estado Anzoátegui.

La competencia para conocer de las causas de nulidad interpuestas contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo le corresponde en primera instancia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, siendo competente en alzada la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Respecto a su competencia para conocer de la presente causa en apelación, considera esta Corte necesario traer a colación el criterio establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia de fecha 20 de noviembre de 2002 (caso *Ricardo Baroni Uzcategui*), conforme a la cual el Juzgado Superior Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui declinó la competencia para conocer de la presente causa en las Cortes de lo Contencioso Administrativo, -actualmente vigente conforme a lo establecido por la misma Sala mediante sentencia n° 1303 de fecha 9 de julio de 2004-; y en la que se señaló lo siguiente:

“(...) (i) La jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que dicten las Inspectorías del Trabajo, así como de cualquier otra pretensión -distinta de la pretensión de amparo constitucional- que se fundamente en las actuaciones u omisiones de dichos órganos, es la jurisdicción contencioso-administrativa.

(ii) De los tribunales que conforman esta jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones antes especificadas corresponde, en primera instancia, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y en segunda instancia, cuando ésta proceda, a la Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal (...).”

De lo anterior se colige que la competencia para conocer de las causas de nulidad incoadas contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo le corresponde en primera instancia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, siendo competente en alzada la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Siendo ello así, debe precisarse que, si bien es cierto que para el momento en el que se interpuso el recurso contencioso administrativo de nulidad bajo estudio, esto es, el día 16 de noviembre de 1995, la competencia para conocer de las causas incoadas contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo le correspondía en primera instancia a los órganos de la jurisdicción laboral, también es cierto que debido a cambios de criterios jurisprudenciales, tal situación ha variado, de forma tal que a raíz de la entrada en vigencia del criterio parcialmente transcrito la competencia para el conocimiento y la tramitación de las mencionadas causas ha sido atribuida tal como se dispuso en la decisión antes citada.

En tal sentido, debe esta Corte señalar que debido a que en la presente causa ya hubo un pronunciamiento judicial en primera instancia, realizado por el Juzgado de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, la competencia para el conocimiento de la apelación interpuesta en el presente caso le corresponde a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, por ser dicha Sala el Órgano Jurisdiccional competente para conocer en alzada de las causas de nulidad incoadas contra los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo, razón por la cual debe este Órgano jurisdiccional declararse incompetente para conocer de la presente causa, y así se declara.

B. Admisibilidad

a. Causales de inadmisibilidad: Caducidad de la acción

CSCA (66)

3-2-2005

Juez Ponente: Betty Josefina Torres Díaz

Caso: Yameri Godoy Luna vs. Inspectoría del Trabajo en el Distrito Capital.

La caducidad de la pretensión es una causal de inadmisibilidad o de culminación del proceso incluso *ab initio*, la cual debe necesariamente ser analizada por el sentenciador, toda vez que de encontrarse caduca la pretensión resulta imposible entrar a conocer del fondo.

Con relación a la admisibilidad del recurso contencioso administrativo de nulidad, corresponde a este Órgano Jurisdiccional realizar el análisis de los requisitos establecidos en el aparte 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 19: (...)

...*omissis*...

Se declarará inadmisibile 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 recurso 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 esta Corte).

Asimismo, el aparte 20 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, establece el lapso para recurrir por vía de las acciones y recursos establecidos en la Ley, los actos emanados de los órganos que ejercen el Poder Público, diferenciando si se tratan de actos generales o particulares, así el mencionado artículo dispone:

“Artículo 21: (...)

...*omissis*...

Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la administración caducarán en el término de seis (6) meses, contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de su notificación al interesado, si fuere procedente y aquella no se efectuare, o cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa (90) días continuos, contados a partir de la fecha de interposición del mismo.

Sin embargo, aun en el segundo de los casos señalados, la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales. Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta (30) días”. (Negrillas de esta Corte).

De las normas precedentemente transcritas, se desprende claramente que la caducidad de la pretensión debatida, es una causal de inadmisibilidad o de culminación del proceso incluso *ab initio*, la cual debe necesariamente ser analizada por el Sentenciador, toda vez que de encontrarse caduca la pretensión resulta imposible entrar a conocer del fondo del asunto debatido. Siendo, pues, la caducidad una causal de inadmisibilidad que puede originarse por el vencimiento del plazo establecido para la interposición del recurso, por extemporaneidad, en fin viene a ser el producto del ejercicio inoportuno de la pretensión, esta Corte observa, que la accionante dejó transcurrir o fenecer fatalmente el lapso que tenía para interponer el recurso contencioso administrativo de anulación contra el acto administrativo denunciado como lesivo a sus derechos e intereses, por cuanto se produjo la consecuencia jurídica derivada de la actividad inoportuna de las partes, la caducidad de la pretensión, la cual desemboca en la inadmisibilidad del recurso.

En efecto, de las actas que componen el presente expediente se desprende que la parte accionante en el procedimiento administrativo llevado ante la Inspectoría del Trabajo del Distrito Capital, fue notificada de la Providencia Administrativa impugnada en fecha 2 de mayo de 2003 (folio 46). Así las cosas, el lapso de seis (6) meses establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, para recurrir el acto cuya nulidad se solicita, comenzó a correr desde el 3 de mayo de 2003 y, en tal sentido, hace notar esta Corte que desde la fecha en que la recurrente tuvo conocimiento de la providencia administrativa objeto de impugnación, hasta la fecha de presentación del recurso –10 de noviembre de 2003-, ha transcurrido el mencionado lapso fatal de caducidad dispuesto en la norma referida *supra*.

Visto entonces, que en el caso de autos operó la caducidad del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto, esta Corte de conformidad con lo establecido en el aparte 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el aparte 20 artículo 21 *eiusdem*, declara inadmisibile el recurso contencioso administrativo de anulación interpuesto. Así se decide.

C. Suspensión de efectos del acto administrativo

CSCA (410)

13-3-2005

Juez Ponente: Betty Josefina Torres Díaz

Caso: Agropecuaria Kambu, C.A., vs. Inspectoría del Trabajo del Estado Trujillo.

La figura de la suspensión de efectos a que se refería el artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, fue acogida nuevamente por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en el aparte 21 del artículo 21, en tal sentido, es una medida preventiva establecida por nuestro ordenamiento jurídico, mediante la cual, haciendo excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, consecuencia de la presunción de legalidad de la cual están investidos tales actos, se procura la paralización temporal de los efectos de los mismos, para evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria, pues ello podría constituir un atentado a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso.

Ello así, este Órgano Jurisdiccional estima necesario destacar que la figura de la suspensión de efectos a que se refería el artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, fue acogida nuevamente por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en el aparte 21 del artículo 21, en tal sentido, es una medida preventiva establecida por nuestro ordenamiento jurídico, mediante la cual, haciendo excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, consecuencia de la presunción de legalidad de la cual están investidos tales actos, se procura la paralización temporal de los efectos de los mismos, para evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria, pues ello podría constituir un atentado a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso. En efecto, dispone la referida disposición lo siguiente:

“El Tribunal Supremo de Justicia podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, a instancia de parte, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. A tal efecto, se deberá exigir al solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio.”

Así pues, la suspensión de los efectos del acto impugnado, por su naturaleza excepcional no procede en todos los casos, pues el legislador ha determinado los requisitos que deben cumplirse para que ésta proceda conforme al precitado artículo de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, a saber: a) que la medida sea solicitada “a instancia de parte”; b) que el acto impugnado sea de efectos particulares; c) que la suspensión de los efectos del acto sea permitida por la Ley, o sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva (*periculum in mora*) y verificados los anteriores d) constitución de caución suficiente por parte del solicitante para garantizar las resultas del juicio.

No obstante lo anterior, de conformidad con el desarrollo jurisprudencial, debe incluirse un requisito adicional, consistente en que no exista coincidencia entre la materia a decidir en el pronunciamiento previo y en la sentencia definitiva y, como consecuencia, que el acto sea susceptible de ejecución (Sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia de fechas 22 de febrero de 1990, 12 de noviembre de 1992, 4 de marzo de 1993 y 27 de octubre de 1994).

De tal manera que, la Corte reiteradamente ha expresado los requisitos de procedencia de tal medida, los cuales deben estar presentes de forma concurrente, a saber: 1.- El *fumus boni iuris*, o presunción de buen derecho, que no es más que la verosimilitud y probabilidad del derecho reclamado, y de las posibilidades de éxito de la demanda y; 2.- El peligro en el retardo o riesgo manifiesto de que quede ilusorio el fallo (*periculum in mora*).

Aunado a lo anterior, debe esta Corte, con el propósito de evitar una lesión irreparable o de difícil reparación -como aduce la parte actora-, revisar los requisitos de procedencia de la suspensión solicitada, en efecto, debe pasar este Tribunal a constatar la apariencia de buen derecho que debe tener dicha solicitud y el peligro en la mora.

Así las cosas, aprecia esta Corte en lo que respecta a la existencia de la presunción de buen derecho, que se ha señalado que toda cautela debe proceder cuando exista una sustentación de hecho y de derecho favorable al solicitante, aún cuando sea en el ámbito de presunción, a fin de determinar que quien reclama la protección a su derecho, es el titular aparente del mismo aunque sea verosímelmente, de tal manera que haga presumir que existe la posibilidad de que la acción pueda prosperar, sin perjuicio que durante el juicio pueda demostrarse lo contrario.

Así pues, en el caso de marras se observa que la solicitud de suspensión de efectos versa sobre una providencia administrativa que ordenó la inscripción del “Sindicato de la Industria Bananera y sus Similares del Municipio La Ceiba del Estado Trujillo” a partir del 26 de abril de 2004, la cual cursa al folio treinta y seis (36) y en la que se puede leer que el Inspector del Trabajo certificó lo siguiente:

“(…) de conformidad con lo establecido en el Artículo 450 de la Ley Orgánica del Trabajo, el Sindicato “SINDICATO DE LA INDUSTRIA BANANERA Y SUS SIMILARES DEL MUNICIPIO LA CEIBA DEL ESTADO TRUJILLO” ha remitido a esta Inspectoría los documentos necesarios para la constitución legal, de la mencionada Organización, habiéndose comprobado que han llenado todos los requisitos de Ley. En consecuencia este Despacho, por auto de fecha 26-04-04 ha ordenado su legalización e inscripción correspondiente, quedando inscrita bajo el n° 425 De fecha 26-04-20 (*sic*) en el Libro de Registro respectivo, Folio n° 115. En virtud de lo antes expuesto se acuerda notificar a las partes.”

Así, debe señalarse que el registro de una organización sindical por parte de la Inspectoría del Trabajo “(…) es un acto administrativo, de aquéllos que la doctrina ha denominado actos reglados, en virtud de que comporta una obligación de hacer para la Administración, una vez que el administrado cumple con los requisitos que para su realización exige la Ley, poniendo en cabeza del órgano la obligación de motivar las razones que hubiere para no llevarlo a cabo” (Sent. n° 01458 del 24 de septiembre de 2003, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia; caso *Orinoco Iron C.A. contra la Inspectoría del Trabajo de la Zona del Hierro del Estado Bolívar*).

Ahora bien, consta en el expediente que ciertamente – tal como lo alegó la apoderada judicial de la parte recurrente - fue en la misma fecha en que se emitió la transcrita Boleta de Inscripción, – acto impugnado - que los ciudadanos William Palma Ruiz y Javier de Jesús consignaron ante el organismo administrativo la solicitud de registro del referido sindicato, tal como consta de la comunicación que riel a folio ocho (8) del expediente, en la que es posible verificar que dicha solicitud fue recibida por la mencionada Inspectoría en fecha 26 de abril de 2004, en la cual se evidencia el sello húmedo que se estampó como constancia de tal recepción.

Es necesario acotar, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 425 de la Ley que rige la materia laboral, el Inspector del Trabajo cuenta con un plazo de treinta (30) días consecutivos para verificar si en cada caso se cumple con los extremos que se establecen legalmente para la inscripción de un sindicato (artículos 422, 423 y 424 de la Ley Orgánica del Trabajo) y de ser así, no debe negar el registro, pues dicho funcionario debe ceñirse estrictamente sólo al procedimiento pautado en la Sección Tercera del Capítulo II de la Ley Orgánica del Trabajo, que se refiere al Registro y Funcionamiento de las Organizaciones Sindicales.

Ahora bien, el hecho de que la inscripción del sindicato se haya efectuado el mismo día en que fue solicitada, no constituye para esta Corte una presunción de que el acto administrativo impugnado no esté apegado a la legalidad, ello en virtud de que resulta más lógico para este juzgador, presumir que la Administración actuó apegada a los principios de celeridad y transparencia que debe caracterizar toda actuación administrativa. Razón por la cual mal podría esta Corte inferir que la rapidez con la que la Administración emitió la boleta de inscripción, podría ser susceptible de viciarla de ilegalidad.

En virtud de lo expuesto, estima esta Corte que en el presente caso no se encuentra presente el requisito del “*fumus bonis iuris*”. Así se decide.

Ahora bien, en cuanto al *periculum in mora*, observa este Órgano Jurisdiccional que al no existir presunción de buen derecho a favor de la recurrente y debiendo presentarse estos dos requisitos de manera concurrente, resulta infundado pronunciarse al respecto por cuanto ello es suficiente para declarar la improcedencia de la solicitud de suspensión de efectos

formulada en la presente oportunidad; no obstante, debe hacerse mención al hecho de que la apoderada judicial de la empresa “Agropecuaria Kambu, C.A.” únicamente alegó que la ejecución del acto administrativo impugnado “(...) está causando graves perjuicios”, sin aportar a los autos elemento probatorio alguno que permita a este Juzgador, de manera preliminar, concluir objetivamente sobre la irreparabilidad del daño por la definitiva, por lo que debe concluirse que el requisito del “*periculum in mora*” tampoco se encuentra satisfecho en el presente caso. Así se decide.

Habiéndose constatado que los requisitos necesarios para que proceda la solicitud de suspensión de efectos no se configuran en la presente oportunidad, debe este Órgano Jurisdiccional declarar improcedente la misma y así se decide.

D. *Medidas Cautelares: Requisitos*

CPCA (84)

8-3-2005

Magistrado Ponente: Oscar Enrique Piñate Espidel

Caso: Venepal, C.A.

Al solicitar la protección de una medida cautelar innominada el solicitante de la misma, debe probar los tres requisitos concurrentes a saber: 1. Riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo *–periculum in mora–*; 2. Presunción grave del derecho que se reclama *–fumus boni iuris–*; y, 3. Temor fundado de que una de las partes pueda causar lesiones graves a la otra *–periculum in damni–*. Sumándose a los mencionados anteriormente, (según la concepción moderna) un nuevo elemento que debe valorarse al momento de analizar la medida: “la ponderación de intereses”

Dicho esto, pasa esta Corte al análisis de lo peticionado:

En ese sentido, el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil establece:

“Artículo 585. Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama”.

Por su parte, el párrafo primero del artículo 588 *eiusdem* prevé:

“Artículo 588. (...) Párrafo primero: el Tribunal podrá otorgar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión”.

De los artículos citados *ut supra* se desprenden tres requisitos concurrentes que debe probar el solicitante para pretender la protección de una medida cautelar innominada, a saber: i) Riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo *–periculum in mora–*; ii) presunción grave del derecho que se reclama *–fumus boni iuris–*; y, iii) temor fundado de que una de las partes pueda causar lesiones graves a la otra *–periculum in damni–*.

En cuanto al *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, se puede precisar que se traduce en el “(...) humo, olor, a buen derecho, presunción grave del derecho que se reclama. Radica en la necesidad de que se pueda presumir al menos que el contenido de la sentencia definitiva del juicio reconocerá, como justificación de las consecuencias limitativas que acarrea la medida cautelar, el decreto previo *–ab initio* o durante la secuela del proceso del conocimiento- de la medida precautelativa (...) siendo lógico entender que, como principio, y a

los fines de intentar que el proceso no beneficie a quien no tiene la razón y favorezca a quien la posee, las medidas cautelares solamente deben proceder en los casos en los cuales exista presunción de que el recurrente tiene derecho y razón en el fondo del juicio principal, lo que consecuentemente será reconocido en la sentencia definitiva.” Ortíz-Alvarez, Luis, *La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 424.

Asimismo, debe apuntarse que el solicitante se encuentra en la obligación de alegar y probar que la actividad o inactividad administrativa de los Órganos del Poder Público, constituyen una presunta contravención del ordenamiento jurídico que justifique la adopción de una tutela cautelar, tal como lo señala el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, de ese modo, el Juez Contencioso Administrativo debe efectuar una doble valoración; por una parte, en lo concerniente a la titularidad del derecho cuya protección cautelar se pretende, en el sentido de evidenciar que efectivamente existen elementos que demuestran que el solicitante es el titular del derecho y, por la otra: determinar si la actividad o inactividad administrativa que se impugna afecta, de forma grave, el ordenamiento jurídico y desmejora la situación del solicitante de manera cierta.

Respecto al segundo requisito de procedencia, esto es, el *periculum in mora*, se puede entender como el riesgo de inejecución del fallo, como consecuencia de la disminución patrimonial o extrapatrimonial de la parte perdedora, o que una de las partes pueda causar un daño en los derechos de la otra, debido al retardo de los procesos jurisdiccionales.

En cuanto al *periculum in damni*, debe indicarse, además, que para el caso de las medidas cautelares innominadas, debe probarse el peligro inminente del daño rodeado de todas las circunstancias fácticas necesarias que permitan al juez apreciar la gravedad, seriedad e inminencia del daño.

Definidos los requisitos clásicos para el otorgamiento de la medida cautelar en estudio –léase: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y *periculum in damni*– cabe advertir, que en la concepción moderna de las medidas anticipativas o cautelares, tal como lo han asimilado por su relevante importancia tanto la jurisprudencia como la doctrina patria y foránea, ha sumado un nuevo elemento que debe valorarse al momento de analizar la medida, verbigracia: “la ponderación de intereses”, habida cuenta, que carece de lógica jurídica que se suspendan los efectos de un acto o se decrete cualquier otro mandato cautelar que afecte a un colectivo para beneficiar a un particular, es por ello, que debe revisarse –al momento de su análisis– el cómo afecta su resolución tanto al solicitante como al colectivo al que pertenece, en virtud, que el derecho busca en su fin a la justicia y no viceversa, es decir, aunque se cumplan los requisitos formales –estricto derecho– pero se desmejore a la totalidad de individuos debe desecharse la medida, de lo contrario, no sería justo, fin último del derecho.

En particular, el autor Ortíz-Alvarez, Luis expone sobre esa ponderación de intereses, que la misma debe abarcar “(...) tanto de los intereses de terceros como, especialmente, de los intereses públicos (...)”, agregando además, que “(...) el problema de la ponderación de intereses de ordinario se utiliza para analizar si en una situación concreta los intereses públicos se oponen al otorgamiento de la suspensión de efectos u otra medida cautelar solicitada, normalmente por un recurrente afectado de manera negativa por un acto de la Administración del cual éste era el destinatario (aquí el riesgo o perturbación grave a los intereses generales se ubica en la no ejecución de un acto administrativo.” (*Ob. cit.* pp. 472 y 473).

Sobre el particular, ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras mediante sentencia de fecha 22 de julio de 2004, Caso *Administradora Convida, C.A. vs. Ministerio de la Producción y el Comercio*, en la cual se precisó:

“(…) debe el juez velar porque su decisión se fundamente no solo en un simple alegato de perjuicio, sino en la argumentación y acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un posible perjuicio real y procesal para el recurrente. (…)

Por tanto, la medida preventiva de suspensión procede sólo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, esto es, que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar que el fallo quede ilusorio, y que adicionalmente resulte presumible que la pretensión procesal principal resultará favorable, A TODO LO CUAL DEBE AGREGARSE LA ADECUADA PONDERACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO INVOLUCRADO; significa entonces que deben comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: El riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y la presunción grave del derecho que se reclama.

En efecto, el correcto análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar solicitada requiere además de la verificación del ‘*periculum in mora*’, la determinación del ‘*fumus boni iuris*’, pues mientras aquél es exigido como supuesto de procedencia en el caso concreto, ésta, la presunción grave del buen derecho, es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva, sólo a la parte que posee la razón en juicio puede causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso. (…)

(Resaltado y mayúsculas de esta Corte).

Ahora bien, analizado el marco teórico relativo a los requisitos de procedencia de la medida cautelar nominada de suspensión de efectos, esta Corte a revisar los mismos para el caso concreto, a saber:

Sobre el *fumus boni iuris*, se observa que la representación solicitante señaló que el estado de atraso en que incurrió la empresa VENEPAL, trajo como una de sus consecuencias el cese del pago de los salarios y demás beneficios laborales de los trabajadores, lo cuales seguían desempeñando sus funciones, lo cual es contrario al espíritu y propósito de los artículos 91 y 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 131 y 627 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Al respecto, advierte esta Corte que consta en autos (Anexo “H”) Providencia Administrativa n° 001-2004 de fecha 19 de octubre de 2004, emanada de la Inspectoría del Trabajo de los Municipios Puerto Cabello y Juan José Mora del Estado Carabobo, mediante la cual imponen sanción de multa a la empresa señalada por no cancelar los salarios de los trabajadores, fundamentando en su consideración Quinta lo siguiente:

“QUINTA: (...) Ha quedado suficientemente demostrado que la empresa VENEPAL, C.A. ha incurrido en la violación de los artículos 91 y 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en lo previsto en el artículo 131 de la Ley Orgánica del Trabajo, en los cuales se establece el derecho que ampara a los trabajadores en el pago de sus salarios, cuyo propósito y razón es proporcionarles a estos (*sic*) y a sus familias el poder vivir con dignidad y cubrir sus necesidades básicas materiales, lo que motiva a que el salario sea un crédito de exigibilidad inmediata, por lo que debe concluirse que la empresa VENEPAL, C.A., se encuentra dentro del supuesto de ley previsto 627 de la mencionada Ley Orgánica del Trabajo, y así se decide”.

En ese sentido, se evidencia que la referida autoridad administrativa del trabajo dictó un acto administrativo contenido en la Providencia identificada, a través de la cual, determinó que la empresa VENEPAL, C.A., había incurrido en el supuesto del artículo 627 de la Ley Orgánica del Trabajo, afirmando de ese modo, el menoscabo de los derechos laborales de rango constitucional de los trabajadores y trabajadoras de la sociedad mercantil *in commento*; acto que por su propia naturaleza se presume legítimo, por tanto ejecutivo y ejecutorio, hasta tanto sea revocado por la autoridad administrativa de donde emanó o sea suspendido o declarado nulo en sede jurisdiccional.

Siendo eso así, no existiendo en autos prueba que hagan dubitar a este Órgano Jurisdiccional sobre la legalidad de la referida Providencia Administrativa -salvo prueba en contrario- por una parte y, por la otra, siendo los derechos de los trabajadores irrenunciables, progresivos y de orden público, encuentra esta Corte satisfecha la presunción de buen derecho que debe acompañar a todo mandato cautelar. Así se decide.

Por otra parte, si bien correspondería el subsiguiente análisis del resto de los requisitos de procedencia -*periculum in mora* y *periculum in damni*- de las medidas cautelares, habida cuenta de la exigida concurririlidad de los mismos, debe atenderse a la letra del artículo 90 del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en concordancia con el artículo 8 *eiusdem*, que disponen:

“Artículo 8. Las normas de este Decreto Ley son de orden público y se aplican con preferencia a otras leyes”. (Resaltado y subrayado de esta Corte).

“Artículo 90. Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados”. (Resaltado y subrayado de esta Corte).

En consecuencia, verificada la presencia del *fumus boni iuris*, se presenta inoficioso el análisis del resto de los requisitos de procedencia, razón por la cual, se ACUERDAN todas y cada una de las medidas cautelares solicitadas por los sustitutos de la ciudadana Procuradora General de la República. Así se decide.

No obstante lo anterior, dado que con la entrada en vigencia en 1999, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el País ha sido objeto de profundas transformaciones que ameritan en cierta medida un cambio en los viejos esquemas de gobernabilidad y, en atención a que en el nuevo Texto Fundamental se consagra un “Estado de Derecho y de Justicia”, este Órgano Jurisdiccional no puede soslayar su obligación de dar verdadera vigencia a los derechos humanos como elemento fundamental de un Estado de Justicia y de Derecho, razón por la cual, la prevención cautelar debe cuidar no sólo el interés de quien la solicita sino que debe proceder luego de una equilibrada ponderación de los diferentes intereses que puedan verse afectados con la medida misma, tanto los intereses de terceros ajenos al proceso como los intereses generales que puedan resultar lesionados.

La intervención de la República, justificada por razones de protección al interés colectivo o general, cobra más fuerza ante la presencia de situaciones críticas como las que ha venido experimentando la empresa *in commento*, tal como se evidencia no sólo de los anexos acompañados a los autos, sino que constituye un hecho notorio y comunicacional, todo lo cual, hace plausible la posibilidad de que el Gobierno Nacional en ejecución directa de sus planes, tal como lo ordena el Decreto Expropiatorio antes identificado, ponga en marcha la obra “Reactivación de la Industria y Explotación Productiva para el Desarrollo Endógeno”, con la que se desarrollará la producción de pulpa, papel, cartón y sus derivados, la colonización de terrenos incultos, la repoblación de yermos y montes, así como las actividades agrícolas e industriales para la promoción del Desarrollo Endógeno, las cuales persiguen un solo objeto: La puesta en marcha de una de las industrias fundamentales del país, razón que priva y prevalece ante cualquier interés particular.

Asimismo, la activación de VENEPAL, trae consecuencias de orden económico que atañen al interés general, como lo son: i) Sumar otra empresa fundamental a un ya muy reducido grupo de empresas en el ramo del papel y sus derivados, evitando con ello el monopolio en la producción y comercialización en este ramo y, favoreciendo a su vez la libre competencia; ii) Mantener y mejorar el reconocido status que posee dicha empresa en el mercado na-

cional e internacional, este último incluso con miras al MERCOSUR y demás planes de integración andina y caribeña; y, c) cumplidos los objetivos anteriores, lograr perpetuarnos como un país productor y exportador de celulosa, cartón, papel y sus derivados, ya que sin la producción de VENEPAL, con dificultad se produce lo suficiente para el consumo interno, lo que ocasiona el riesgo de convertirnos en un país importador de papel y sus productos elaborados, pasando así de una condición privilegiada a una situación de dependencia, lo que no se justifica, existiendo en la República Bolivariana de Venezuela la materia prima, la tecnología manufacturera y el recurso humano capacitado en el área para explotar dicho ramo.

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

De ese mismo modo, debe este Órgano Colegiado impretermitiblemente precisar que la continuidad de las actividades industriales y comerciales de VENEPAL, conlleva la generación de impuestos, que en definitiva reducirán en el beneficio del propio sector, garantizando así una mejor calidad de vida a la colectividad, así como una amplia y directa participación en el desarrollo endógeno, enmarcado en el ámbito del proyecto de país que se ha trazado como estrategia posible y realizable, dentro del contexto Latinoamericano y Mundial.

En lo que respecta a la solicitud de los representantes judiciales de la República, atinente a la ocupación previa de todos los inmuebles y muebles descritos en la parte narrativa de la presente decisión, de conformidad con el artículo 56 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social, se observa que la misma resulta procedente y, en razón de los abundantes argumentos que se han esbozado en el fallo, de carácter urgente. La urgencia señalada en el párrafo anterior también justifica que, en el presente caso, esta Corte acuerde hacer valorar los bienes por una Comisión de Avalúos conformada según lo dispuesto en el artículo 19 *eiusdem* y consignar la cantidad que resulte del justiprecio del bien; así como realizar la inspección judicial a que se refiere el artículo 57 *ibidem*. Así se declara.

TSJ-SC (269)

16-3-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Funcionarios de la Defensoría del Pueblo vs. Impugnación Artículos Código del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua.

Los requisitos de procedencia de las medidas cautelares: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), son consustanciales a la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, tanto así que si el legislador prescindiera de alguno de tales supuestos, estaría desnaturalizando su esencia.

En este estado del proceso, corresponde a la Sala el pronunciamiento en relación con la procedencia de la medida cautelar que se solicitó en el curso de esta demanda de nulidad.

Tal como pacíficamente sostuvo esta Sala, el poder cautelar general del juez constitucional puede ejercerse en el marco de los procesos de nulidad de actos de naturaleza legislativa, con el objeto de dictar las medidas que resulten necesarias para el aseguramiento de la

eficacia de la sentencia definitiva; medidas cuya procedencia, según se expuso -entre otras muchas- en sentencias de 8-6-00, caso *Alexis Viera Brandt*, y de 13-6-02, caso *Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas*, depende, fundamentalmente, del cumplimiento de los requisitos que establece la Ley adjetiva, y, concretamente los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

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

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

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

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

En definitiva, el otorgamiento de una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial eficaz de la contraparte de quien solicitó la medida y no cumplió con sus requisitos; y, al contrario, negarle tutela cautelar, a quien cumple plenamente con dichas exigencias, implicaría una violación a ese mismo derecho fundamental, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la ejecución eficaz del fallo, lo cual sólo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar (Cfr. González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1989, pp. 227 y ss.).

Asunto distinto es que en la ponderación del cumplimiento de los supuestos que se reclaman para la tutela cautelar, el juez tenga una amplia facultad de valoración que lo lleve a la conclusión de que, efectivamente, existen condiciones suficientes para el pronunciamiento de la medida.

Tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que si falta alguno de estos elementos, el juez no podría decretar la cautela. En este orden de ideas, debe agregarse que, en materia de Derecho Público y más concretamente en el ámbito de la jurisdicción constitucional, donde necesariamente están en juego intereses generales, el juez también deberá realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión a los intereses generales en un caso concreto.

E. *Sentencia. Vicios. Inmotivación***CPCA (105)****31-3-2005**

Magistrado Ponente: Trina Omaíra Zurita

Caso: Francisco José Gómez Mata vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

La jurisprudencia patria ha definido numerosas veces la motivación de la sentencia, en el sentido de que debe estar constituida por las razones de hecho y de derecho que dan los jueces como fundamento del dispositivo. Así, las primeras están conformadas por el establecimiento de los hechos con adecuación a las pruebas que las demuestren; y las segundas, la aplicación a éstos de los preceptos y los principios doctrinarios. (*Vid.* sentencia n° 125 dictada el 26 de abril de 2000 por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia).

Ahora bien, en un sentido contrario a lo expuesto, el vicio de inmotivación -alegado por la parte apelante- no sólo se produce al faltar de manera absoluta los fundamentos de la decisión, sino que existen paralelamente otros casos hipotéticos que a continuación se indican: 1) ausencia absoluta de razonamiento que sirva de fundamento a la decisión; 2) contradicciones graves en los propios motivos que implica su destrucción recíproca; 3) la desconexión total entre los fundamentos de la sentencia y las pretensiones de las partes, en virtud de la grave incongruencia entre la solución jurídica formulada y el punto debatido; 4) la ininteligencia de la motivación en razón de contener razones vagas, generales, ilógicas, impertinentes o absurdas y, finalmente; 5) el defecto de actividad denominado silencio de prueba. (Véase, entre otras, sentencia n° 2039 dictada el 25 de septiembre de 2001 por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia).

2. *El Contencioso Administrativo contra la abstención o negativa de la Administración*A. *Órganos: Cortes de lo Contencioso Administrativo***CSCA (324)****8-3-2005**

Magistrado Ponente: Betty Josefina Torres Díaz

Caso: High Impact Desing & Entertainment (Hide) S.A., High Impact Desing & Entertainment Hide Filial Venezuela S.A. vs. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles.

Las Cortes de lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer de las abstenciones o negativas de autoridades o funcionarios distintos a los establecidos en el numeral 26 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, o distintos a los de carácter estatal o municipal, a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las leyes.

I. Como punto previo corresponde a esta Corte pronunciarse sobre su competencia para conocer del recurso contencioso administrativo de abstención o carencia interpuesto conjuntamente con solicitud de medida cautelar innominada, y al efecto observa lo siguiente.

En primer lugar, el recurso por abstención o carencia bajo estudio, está interpuesto contra la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, en virtud de la presunta falta de otorgamiento de "(...) tres (3) delegaciones (autorizaciones) de importaciones solicitadas el pasado 7 de junio, 13 y 22 de octubre, respectivamente (...)", solicitadas por las Sociedades Mercantiles High Impact Desing & Entertainment (HIDE) S.A. y High Impact Desing & Entertainment Hide Filial Venezuela S.A.

Al respecto, esta Corte estima oportuno referirse a la sentencia n° 1030, del 11 de agosto del 2004, emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la cual expresó lo referente a la competencia residual, a entender:

“(…) Con relación a lo antes expuesto, considera la Sala, en primer lugar, que deben darse parcialmente por reproducidas las disposiciones que en la materia contenía la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, adaptándolas al nuevo texto que rige las funciones de este Alto Tribunal, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la jurisprudencia de este Máximo Tribunal.

Así, atendiendo a las recientes sentencias dictadas por esta Sala en las cuales se ha regulado transitoriamente la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, considera la Sala que las Cortes de lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer: (…)

8.- De las abstenciones o negativas de autoridades o funcionarios distintos a los establecidos en el numeral 26 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, o distintos a los de carácter estatal o municipal, a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las leyes (…). (Destacado de la Sala).

En atención a la interpretación jurisprudencial que precede, visto que el recurso contencioso administrativo por abstención o carencia interpuesto está dirigido contra la presunta omisión de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles; y siendo tal Comisión, de acuerdo al artículo 3 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, un órgano desconcentrado del extinto Ministerio de Hacienda, hoy Ministerio de Finanzas, creado por Ley, con autonomía funcional, es decir, con independencia jerárquica dentro de la organización; observa esta Corte que el referido órgano no se encuentra comprendido en la categoría señalada en el numeral 26 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, por lo tanto, este Órgano Jurisdiccional resulta competente para conocer de la presente causa. Así se declara.

B. Admisibilidad

CSCA (324)

8-3-2005

Magistrado Ponente: Betty Josefina Torres Díaz

Caso: High Impact Desing & Entertainment (Hide) S.A., High Impact Desing & Entertainment Hide Filial Venezuela S.A. vs. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles.

Siendo el recurso de abstención o carencia tramitado de conformidad con las disposiciones establecidas para el recurso contencioso administrativo de nulidad, debe atenderse a los requisitos establecidos en el artículo 19 aparte 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

II. Determinada como ha sido la competencia de este Órgano Jurisdiccional para conocer del recurso contencioso administrativo de abstención o carencia interpuesto conjuntamente con medida cautelar innominada, pasa la misma a decidir acerca de la admisibilidad de los mismos:

En primer lugar, esta Corte considera oportuno señalar que el recurso contencioso administrativo por abstención o carencia, “(…) es un medio (…) que puede –y debe– dar cabida a la pretensión de condena al cumplimiento de toda obligación administrativa incumplida, sin que se distinga si ésta es específica o genérica. En consecuencia, puede incluso tener como objeto la pretensión de condena a que la Administración decida expresamente una

petición administrativa –con independencia de que otorgue o rechace el derecho solicitado– en garantía del derecho de petición (...). (Vid. Sentencia n° 547 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 6 de abril de 2004).

Por otro lado, visto que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un medio jurídico concreto para resolver este tipo de asuntos (abstención o carencia), estima pertinente este Órgano Jurisdiccional explicar lo que estableció la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, a decir: “(...) se procede de seguidas a determinar cual es el procedimiento legal aplicable a los mismos, y en tal sentido se observa que como quiera que no exista en la Ley un procedimiento específico para tramitar dicho recurso, esta Sala, con fundamento en la facultad que le confiere el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (*sic*), en casos similares, ha aplicado por analogía para su admisión y sustanciación, el procedimiento del juicio de nulidad de los actos de efectos particulares, por juzgarlo el más conveniente de acuerdo con la naturaleza del caso (...)”. (Vid. Sentencia de fecha 28 de febrero de 1985, Caso *Eusebio Igor Vizcaya Paz*).

Así quedó señalado en la sentencia líder en cuanto al procedimiento a aplicar en estos casos, de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, caso *Eusebio Igor Vizcaya Paz*, de fecha 28 de febrero de 1985:

“Al no establecer el texto respectivo por vía específica -ni la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por vía general-, el procedimiento para interponer el susodicho recurso, la Corte, conforme a las disposiciones del artículo 102 de su Ley Orgánica, considera como el más conveniente para tramitarlo, tal como lo decidiera el Juzgado de Sustanciación de la Sala, el destinado en dicha Ley a la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares, adaptado desde luego, a las (...) peculiaridades del recurso por abstención, entre ellas la de los efectos del mismo (...)”.

En virtud de lo anterior, visto que el recurso de abstención o carencia es tramitado de conformidad con las disposiciones establecidas para el recurso contencioso administrativo de nulidad, debe atenderse a los requisitos establecidos en el artículo 19 aparte 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, la cual señala:

“Se declarará inadmisibles 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”.

Dicho lo anterior, observa este Órgano Jurisdiccional que en el presente caso se denuncia, a través del recurso contencioso administrativo de abstención o carencia, la presunta falta de pronunciamiento por parte de la Administración, sobre las solicitudes de autorización de importaciones formuladas en fechas 7 de junio de 2004, 13 de octubre de 2004 y 22 de octubre de 2004, por las empresas recurrentes.

Ello así, corresponde a este Órgano Jurisdiccional determinar si el presente recurso cumple con los presupuestos procesales establecidos en el citado artículo 19 aparte 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, y en tal sentido observa, que en fecha 7 de junio de 2004, la Sociedad Mercantil High Impact

Desing & Entertainment (Hide) S.A., presentó ante la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, solicitud “(...) para la importación de diez (10) máquinas ‘Vides Machines Tekbit Model VTR/MON (...)”.

Al respecto, resulta importante destacar -a los fines de establecer la caducidad del recurso por abstención o carencia en relación a la referida solicitud de fecha 7 de junio de 2004-, el artículo 6 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, el cual señala lo siguiente:

“La Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, tendrá a su cargo la autorización y el control de las actividades objeto de esta Ley. Sus decisiones agotan la vía administrativa y serán notificadas a los interesados. Contra las decisiones de la Comisión podrá interponerse recurso Contencioso Administrativo, dentro del término de sesenta (60) días continuos siguientes a la notificación o al vencimiento del lapso que tiene la Comisión para contestar, de conformidad con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.

En concatenación con lo señalado anteriormente, el artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aplicable al presente caso visto que el trámite para este tipo de recurso es el mismo utilizado para el recurso contencioso administrativo de nulidad, establece lo siguiente:

“La tramitación y resolución de los expedientes no podrá exceder de cuatro (4) meses, salvo que medien causas excepcionales, de cuya existencia se dejará constancia, con indicación de la prórroga que se acuerde.

La prórroga o prórrogas no podrán exceder, en su conjunto, de dos (2) meses”.

Visto lo anterior, estima oportuno esta Corte mencionar extracto de la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa en fecha 21 de mayo de 2002, al cual se hizo referencia *ut supra*, en relación con la caducidad para interponer la acción, y al respecto se observa:

“(...) y es a partir, del día siguiente a éste vencimiento que nació en principio la negativa del Colegio de Ingenieros de inscribir a los egresados del Instituto (...), es decir, el lapso de caducidad de seis meses, debía computarse a partir del 6 de agosto de 1998, lo cual daría como fecha tope para interponer válidamente el recurso por abstención el 6 de febrero de 1999 (...).

...omissis...

Así las cosas, estima esta Alzada, que el hecho que originó la presunta abstención por parte del Colegio de Ingenieros de Venezuela, acaeció el 13 de octubre de 1998, fecha en la cual los recurrentes solicitaron la práctica de la mencionada inspección judicial, y es a partir de esta fecha en que debe comenzar a computarse el lapso de caducidad de seis meses (...).”

En tal sentido, debe considerarse que el procedimiento para la obtención de la delegación de “(...) importación de diez (10) máquinas ‘Vides Machines Tekbit Model VTR/MON (...)” se inició en sede administrativa, en fecha 7 de junio de 2004, habiendo finalizado el plazo para que la referida Comisión decidiera sobre la solicitud, el día 7 de octubre de 2004, (según lo establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aplicable al caso concreto en virtud del artículo 6 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles), considerando en caso de no haberse producido respuesta expresa que a partir del día siguiente, comenzó a correr el lapso de sesenta (60) días continuos para acudir ante el órgano jurisdiccional, según lo establecido en el citado artículo 6 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles.

Así, siendo que en el caso *sub iudice* dicho lapso comenzó a correr el día 8 de octubre de 2004, finalizando el día 8 de diciembre de 2004, en tanto que el presente recurso contencioso administrativo de abstención o carencia fue interpuesto el día 19 de enero de 2005,

lleva a esta Corte a declarar inadmisibile el presente recurso por abstención o carencia, en relación a la solicitud formulada por la Sociedad Mercantil High Impact Desing & Entertainment (Hide) S.A., en fecha 7 de junio de 2004, por motivos de caducidad del mismo, y así se decide.

Ahora bien, en relación a las delegaciones de importación solicitadas por la Sociedad Mercantil High Impact Desing & Entertainment Hide Filial Venezuela S.A., en fechas 13 y 22 de octubre de 2004; debe esta Corte señalar que revisadas como han sido las actas procesales que conforman el presente expediente, considera que -en lo referente a dichas solicitudes- el presente recurso debe ser admitido, por cuanto cumple con los presupuestos procesales establecidos en el mencionado artículo 19 aparte 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, esto es, el conocimiento del presente recurso corresponde a este Órgano Jurisdiccional; en el mismo no se acumulan acciones que se excluyan mutuamente o con procedimientos incompatibles; no existe prohibición legal alguna para su admisión; no se evidencia la falta de algún documento fundamental para el análisis de la acción; el escrito recursivo no contiene conceptos ofensivos, irrespetuosos, ininteligibles o contradictorios; la recurrente ostenta suficiente interés o cualidad para la interposición del presente recurso y se encuentra debidamente representada, no hay cosa juzgada, y el mismo ha sido interpuesto en tiempo hábil, y así se decide.

C. Medidas cautelares

CSCA (324)

8-3-2005

Magistrado Ponente: Betty Josefina Torres Díaz

Caso: High Impact Desing & Entertainment (Hide) S.A., High Impact Desing & Entertainment Hide Filial Venezuela S.A. vs. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles.

III.- Revisada la admisibilidad del presente recurso contencioso administrativo de abstención o carencia en relación a las delegaciones de importación solicitadas por las Sociedades Mercantiles High Impact Desing & Entertainment (HIDE) S.A. y High Impact Desing & Entertainment Hide Filial Venezuela S.A., en fechas 7 de junio de 2004, 13 y 22 de octubre de 2004, esta Corte pasa a pronunciarse sobre la procedencia de la medida cautelar innominada solicitada, y en tal sentido observa lo siguiente:

Vista la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo por abstención o carencia interpuesto en virtud de la omisión de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, frente a la solicitud formulada por la Sociedad Mercantil High Impact Desing & Entertainment (Hide) S.A., en fecha 7 de junio de 2004, identificado con el n° 1 en la solicitud del recurrente, observa éste Órgano Jurisdiccional que por cuanto las medidas cautelares son de carácter provisional y accesorios al recurso principal, resulta inoficioso pronunciarse respecto a la medida cautelar innominada interpuesta, y así se declara.

Por otro lado, se observa en relación a la falta de otorgamiento de las dos (2) “(...) delegaciones (autorizaciones) de importaciones (*sic*) solicitadas el pasado (...) 13 y 22 de octubre, respectivamente (...)”, que los apoderados judiciales de la parte recurrente fundamentaron su solicitud de medida cautelar innominada señalando que la omisión de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles da lugar a que sus representadas pierdan clientela por no poder entregar a tiempo la mercancía ofrecida, impidiéndoles así “(...) desarrollar su actividad económica normalmente, pues los insumos y equipos que necesitan y están en el Puerto no pueden ser sacados por faltar las delegaciones de importación”; asimismo, -según afirman- “(...) la mercancía que se encuentra en el Puerto El Guamache (...) no puede ser desaduanizada por faltar solamente la autorización de la Comisión (...)”, generándose “(...) unos gastos de almacenaje que hasta el momento asciende (*sic*) a

una suma que supera los cuarenta millones de bolívares”; y finalmente, que sus representadas cumplieron con todos los requisitos que la ley exige a efectos de otorgar las referidas delegaciones de importación, lo cual fue reconocido en el Oficio n° CNC-IN-04/841, de fecha 24 de noviembre de 2004, emanado de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles. Siendo ello así, pretenden a través de la medida cautelar innominada “(...) el otorgamiento temporal y provisional de las delegaciones de importación (...)” solicitadas el 13 y 22 de octubre de 2004, respectivamente.

Al respecto, conviene citar el aparte 10 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone lo siguiente:

...omissis...

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

Vista la norma precedentemente transcrita, observa este Órgano Jurisdiccional que en el presente caso le resultaría difícil entrar a conocer de la medida cautelar innominada solicitada por los apoderados judiciales de la parte recurrente sin proveer sobre el fondo de lo debatido, por cuanto el fin perseguido por ésta es idéntico al del recurso contencioso administrativo por abstención o carencia interpuesto, a saber, la orden de pronunciamiento dirigida a la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles sobre las dos delegaciones solicitadas por la parte recurrente en fechas 13 y 22 de octubre de 2004, respectivamente, y en caso de “(...) falta de pronunciamiento (...) que la sentencia sea tenida, a todos los efectos legales, como las delegaciones solicitadas”; por tanto, acordada la medida cautelar innominada solicitada por la presunta omisión de todo contenido el recurso contencioso administrativo por abstención o carencia interpuesto, ya que el otorgamiento de las delegaciones de importación solicitadas supone el análisis de la obligatoriedad o no de realizar la actuación concreta exigida por medio del presente recurso de abstención, teniendo en consecuencia la decisión que provee la cautela un carácter definitivo.

En consecuencia, debe esta Corte declarar improcedente la medida cautelar innominada solicitada por los apoderados judiciales de la parte recurrente por cuanto, la misma contraría la disposición contenida en el aparte 10 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, que supedita el otorgamiento de las medidas cautelares innominadas –entre otros requisitos- al no prejuzgamiento sobre la decisión definitiva, y es que como lo ha precisado jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, las medidas cautelares tienen por objeto garantizar las resultas de lo juzgado mientras se decide el mérito del recurso principal, no constituyendo un medio para crear situaciones jurídicas a favor del particular recurrente, que no tenía al momento de interponer el recurso o, sencillamente, para anticipar de manera irreversible los efectos de la sentencia definitiva, vaciando de contenido y destruyendo la esencia del recurso principal, y así se decide.

3. *El Contencioso Administrativo de las Demandas: Pruebas*

TSJ-SPA (0904)

30-3-2005

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Rafael Alberto Latorre Cáceres vs. República Bolivariana de Venezuela.

La Sala Político Administrativa considera que cuando el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia hace referencia a la aplicación del artículo 19 *eiusdem*, debe entenderse que el procedimiento aplicable para el lapso de pruebas es el del procedimiento ordinario previsto en el artículo 388 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Observa la Sala, que el punto controvertido en el presente caso consiste en establecer cuál es la normativa que debe regir para el lapso probatorio en el presente caso, con motivo de la entrada en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. A los fines de llegar a una conclusión en cuanto al punto señalado, pasa esta Sala a estudiar la situación fáctica que originó la interposición del presente recurso de apelación.

La parte demandada promovió pruebas en fecha 10 de noviembre de 2004.

En fecha 8 de diciembre de 2004, el Juzgado de Sustanciación realizó un cómputo por Secretaría, de los días despacho transcurridos durante el lapso de promoción de pruebas en el presente juicio y dictó un pronunciamiento, en la misma fecha, inadmitiendo por extemporáneas las pruebas promovidas.

En la indicada decisión, el Juzgado de Sustanciación, haciendo una interpretación del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, estableció que "... sólo en el caso en que la Ley en comento no regule la actividad procesal a realizar, se aplicará supletoriamente lo previsto en el procedimiento ordinario; y, en este sentido, se observa, en lo que respecta específicamente a la etapa de promoción y evacuación de pruebas, que en juicios como el de autos, la Ley vigente -a diferencia de la derogada (artículo 107)- no hace remisión expresa a las reglas del Código de Procedimiento Civil, por ello, el lapso probatorio que rige en este tipo de demandas, al igual que en los procedimientos de juicios de nulidad de actos de efectos particulares y generales...". Entonces, conforme a lo previsto en el aparte 12, del indicado artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el lapso sería de 5 días hábiles para promover y 30 días continuos para evacuar las pruebas.

En el caso concreto, el Juzgado de Sustanciación determinó que, en este juicio, disponían las partes de un lapso de cinco (5) días hábiles, siguientes al vencimiento del lapso de contestación de la demanda, para la promoción de pruebas, el cual, según el referido cómputo, quedó abierto a partir del día 20 de octubre de 2004 hasta el 28 de octubre de 2004, ambas fechas inclusive; y, debido a que la representante de la República Bolivariana de Venezuela presentó el escrito de promoción de pruebas vencido como se encontraba el aludido lapso de promoción, esto es, el 10 de noviembre de 2004, resultaba forzoso concluir en la inadmisibilidad de las pruebas, por extemporáneas.

Por su parte, la representación judicial de la parte demandada expuso en el escrito presentado en fecha 15 de febrero de 2005, que la admisión de la demanda, la etapa de pruebas y el acto de informes deben tramitarse conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Asimismo señaló, que debe entenderse que el lapso de pruebas señalado por la norma, está referido al caso de la consignación de pruebas en donde medie una apelación y no al lapso probatorio del juicio ordinario que se abre una vez vencido el lapso de contestación de la demanda, razón por la cual deben aplicarse las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en virtud de la remisión que hace el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, a dicho texto normativo; y en consecuencia, no se aplica el artículo 21, aparte 12, *eiusdem* ya que dicho lapso causa indefensión, pues las partes no podrán hacer valer los elementos probatorios necesarios para demostrar su pretensión.

Ahora bien, el artículo 21 apartes 1, 4, 8, 9, 10, 11 y 12 *eiusdem* establece:

“Artículo 21.- En los juicios en que sea parte la República deberá agotarse previamente el procedimiento administrativo establecido en el Título Cuarto de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y supletoriamente se aplicará lo contenido en las normas del procedimiento ordinario, salvo lo establecido en esta Ley.

Toda persona natural o jurídica, o el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo podrá proponer ante el Tribunal Supremo de Justicia, demanda de nulidad, por ilegalidad o inconstitucionalidad de contratos, convenios o acuerdos celebrados por los organismos públicos nacionales, estatales, municipales o del Distrito Capital, cuando afecten los intereses particulares o generales, legítimos, directos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas.

(...omissis)

La admisión de la demanda, las pruebas y el acto de informes se tramitarán conforme al procedimiento establecido en el artículo 19 de la presente Ley. En el auto de admisión se ordenará la citación del Procurador General de la República, en los términos previstos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

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, Estatal o Municipal, o que tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar un acto administrativo de efectos particulares, puede demandar la nulidad del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad. 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.

En la demanda se indicará con toda precisión el acto impugnado, las disposiciones constitucionales o legales cuya violación se denuncie y las razones de hecho y de derecho en que se funde la acción. Si la nulidad se concreta a determinados artículos, a ellos se hará mención expresa en la solicitud, indicándose respecto de cada uno la motivación pertinente, o si se refiere a un acto administrativo, se indicarán los aspectos formales del mismo; a la misma se acompañará un ejemplar o copia del acto impugnado, el instrumento que acredite el carácter con que actúe, si no lo hace en nombre propio, y cualesquiera otros documentos que considere necesarios para hacer valer sus derechos.

El Tribunal Supremo de Justicia, en las causas de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, podrá solicitar los antecedentes administrativos del caso, fijando un plazo prudencial a la autoridad administrativa correspondiente para la remisión de los mismos. Recibidos éstos, pasarán los autos al Juzgado de Sustanciación, a fin de que revise todas las actuaciones y se pronuncie sobre la procedencia del recurso, conforme al procedimiento previsto en el artículo 19 de la presente Ley.

En el auto de admisión se ordenará la citación del representante del organismo o del funcionario que haya dictado el acto; al Fiscal General de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, el cual deberá consignar un informe hasta el vencimiento del plazo para presentar los informes; al Procurador General de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República. Asimismo, cuando fuere procedente, en esa misma oportunidad, se podrá ordenar la citación de los interesados, por medio de carteles que se publicarán en un (1) diario de circulación nacional, para que se den por citados, en un lapso de diez (10) días hábiles siguientes: contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados. El recurrente deberá consignar un (1) ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel, dentro de los tres (3) días siguientes a su publicación; el incumplimiento de esta obligación se entenderá que desiste del recurso, y se ordenará el archivo del expediente.

Una vez practicada la citación, cualquiera de las partes podrán solicitar la apertura de un lapso para promover y evacuar las pruebas que consideren convenientes para la mejor defensa de sus intereses, dicho lapso será de cinco (5) días hábiles para promoverlas

y treinta (30) días continuos para evacuarlas; en caso de que fuere necesario, dicho plazo podrá extenderse por una sola vez, por un lapso de quince (15) días continuos, cuando sea necesario. En el período de promoción de pruebas las partes indicarán los hechos sobre los cuales recaerán las mismas y producirá aquéllas que no requieran evacuación." (Destacados de la Sala)

Como puede apreciarse de la disposición citada, la misma contiene previsiones legales para el caso de los juicios en que sea parte la República, así como para el supuesto en que se demande la nulidad de actos administrativos de efectos generales o particulares.

En dicha disposición se observa que, para este último supuesto, se prevé expresamente un lapso para la evacuación de las pruebas de *cinco (5) días hábiles para promoverlas y treinta (30) días continuos para evacuarlas; en caso de que fuere necesario, dicho plazo podrá extenderse por una sola vez, por un lapso de quince (15) días continuos, cuando sea necesario.*

Con fundamento en esto, y en el artículo 21 que expresa: "*En los juicios en que sea parte la República deberá agotarse previamente el procedimiento administrativo establecido en el Título Cuarto de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y supletoriamente se aplicará lo contenido en las normas del procedimiento ordinario, salvo lo establecido en esta Ley*"; el Juzgado de Sustanciación interpretó que "*... en lo que respecta específicamente a la etapa de promoción y evacuación de pruebas, en juicios como el de autos, la Ley vigente -a diferencia de la derogada (artículo 107)- no hace remisión expresa a las reglas del Código de Procedimiento Civil, por ello, el lapso probatorio que rige en este tipo de demandas, al igual que en los procedimientos de juicios de nulidad de actos de efectos particulares y generales, es el previsto en el aparte doce del artículo 21 de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela*".

Sin embargo, debe destacar esta Sala que el mismo artículo, antes de comenzar a establecer las normas del procedimiento que deben seguirse para el caso en que se demande la nulidad de actos administrativos de efectos generales o particulares, contiene previsiones específicas para el caso de las demandas en que sea parte la República y en tal sentido dispone el artículo 21, aparte 4, *eiusdem* que "***La admisión de la demanda, las pruebas y el acto de informes se tramitarán conforme al procedimiento establecido en el artículo 19 de la presente Ley.*** *En el auto de admisión se ordenará la citación del Procurador General de la República, en los términos previstos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.* De la norma citada se observa, que la admisión de la demanda, las pruebas y el acto de informes se tramitarán conforme al procedimiento establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

En este orden de ideas, en el artículo 19, apartes 1, 18 y 19 *eiusdem*, se dispone lo siguiente:

Artículo 19.- *El demandante podrá presentar su demanda, solicitud o recurso, con la documentación anexa a la misma, ante el Tribunal Supremo de Justicia o ante cualquiera de los tribunales competentes por la materia, que ejerza jurisdicción en el lugar donde tenga su residencia, cuando su domicilio se encuentre fuera del Distrito Capital. En este último caso, el tribunal que lo reciba dejará constancia de la presentación al pie de la demanda y en el Libro Diario, y remitirá al Tribunal Supremo de Justicia el expediente debidamente foliado y sellado, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes.*

Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante el Tribunal Supremo de Justicia. Sin embargo, cuando en el ordenamiento jurídico no se contemple un procedimiento especial a seguir, se podrá aplicar el que juzgue más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga su fundamento jurídico legal.

(...Omissis)

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

Las pruebas que quieran hacer valer las partes en esta instancia serán promovidas dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del lapso para la contestación de la apelación, y sobre su admisión se pronunciará la Sala de Sustanciación, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, contados a partir de la recepción del expediente que, con tal fin, le remitirá la Sala respectiva. Admitidas las pruebas promovidas, se abrirá el lapso de quince (15) días continuos, prorrogables por un período igual, más el término de la distancia, en caso de que corresponda, para que se evacuen las pruebas admitidas o las que el Juzgado de Sustanciación haya ordenado de oficio. Sólo se admitirán como medios probatorios los señalados en el presente artículo.” (Desatacados de la Sala)

Ahora bien, como puede apreciarse de la situación fáctica así como de las normas citadas, las disposiciones del artículo 19, apartes 18 y 19 *eiusdem*, están referidas al procedimiento para las apelaciones que deban tramitarse ante el Tribunal Supremo de Justicia, lo cual resulta inaplicable al presente caso, ya que se trata de un juicio que se encuentra en fase de cognición.

De esta manera, considera esta Sala, que cuando el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, hace referencia a la aplicación del artículo 19 *eiusdem*, debe entenderse que el procedimiento aplicable para el lapso de pruebas es el del procedimiento ordinario previsto en el artículo 388 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la remisión supletoria que hace el artículo 19, primer aparte, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

4. *El Contencioso Administrativo de los conflictos: Controversias*

TSJ-SPA (0902)

30-3-2005

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Jaime Raúl Gonzalez vs. Cámara Municipal del Municipio Esteller del Estado Portuguesa.

Los conflictos de tipo administrativo que conozca la Sala Político-Administrativa deben fundamentarse en la ejecución directa de normas de rango *infra* constitucional, en correspondencia con la doctrina ya sentada por esta Sala; vale decir, que únicamente se someterán a su conocimiento aquellas controversias que se encuentren enmarcadas en el ejercicio de competencias atribuidas a cada uno de los entes involucrados, en el orden estrictamente legal.

Hechas las anteriores consideraciones, pasa esta Sala a dilucidar la petición planteada por el recurrente en relación a la existencia de un presunto conflicto de autoridades en el Municipio Esteller del Estado Portuguesa, para lo cual considera necesario realizar previamente las siguientes precisiones sobre la materia, a raíz de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En tal sentido, se observa:

A diferencia de lo que ocurría en la Constitución de 1.961 y a propósito de la creación de la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, la vigente Carta Magna distingue entre las llamadas controversias de tipo administrativo y aquellas de orden constitucional que deben ser conocidas por el Tribunal Supremo de Justicia.

En el caso de las primeras, el artículo 266, numeral 4, atribuye competencia a esta Sala Político-Administrativa para:

“Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal.”

Por su parte, en lo que respecta a las controversias de tipo constitucional, el artículo 336 numeral 9, *eiusdem*, establece:

“Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

9.- Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público”.

Como bien puede apreciarse, las normas transcritas así como las previsiones contenidas en los ordinales 13 y 22 del artículo 42 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por cuyo tenor se otorga competencia a esta Sala para conocer de las controversias administrativas, generaron múltiples dudas relacionadas con el tipo de conflicto que involucra a dos o más órganos del Poder Público, lo que ha obligado a establecer parámetros diferenciales que permitan aclarar en qué momento se está frente a una controversia constitucional y cuándo ante un conflicto de tipo administrativo.

Así, la Sala Político-Administrativa ha afirmado que la nota característica de las controversias constitucionales entre órganos del Poder Público, viene dada por el rango constitucional de las normas que dan forma a la creación, organización y funcionamiento de dichos órganos; mientras que los conflictos de tipo administrativo, en los cuales se involucran estos órganos señalados expresamente en la Constitución de 1.999, o bien sus autoridades, se originan en igual sentido, pero a propósito de la interpretación de normas de rango *infra* constitucional.

Pues bien, la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 5, numeral 32, vino a aclarar o más bien a establecer en la letra de su articulado el criterio reiterado de esta Sala, al atribuir expresamente que es competencia de la Sala Político-Administrativa:

“Dirimir las controversias administrativas que se susciten cuando una de las partes sea la República o algún Estado o Municipio, cuando la contraparte sea alguna de esas mismas entidades, por el ejercicio de una competencia de directa e inmediata ejecución de la Ley”. (Resaltado de la Sala)

Como puede notarse, la norma transcrita prescribe textualmente que los conflictos de tipo administrativo a ser conocidos por la Sala Político-Administrativa deberán siempre fundamentarse en la ejecución directa de normas de rango *infra* constitucional, en correspondencia con la doctrina ya sentada por esta Sala; vale decir, que únicamente se someterán a su conocimiento aquellas controversias que se encuentren enmarcadas en el ejercicio de competencias atribuidas a cada uno de los entes involucrados, en el orden estrictamente legal.

En consonancia con las ideas expuestas, cabe ahora señalar que dentro de las controversias administrativas, la ley destaca el llamado conflicto de autoridades, a que se contrae el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. A tal respecto, esta Sala en anteriores oportunidades, ha dejado sentado que el conflicto de autoridades debe suponer la existen-

cia de circunstancias que impidan el normal desenvolvimiento de las instituciones involucradas en la presunta controversia administrativa, con las graves consecuencias que una situación de esa naturaleza acarrea para la comunidad, en el orden civil, político y administrativo.

Procede, entonces, a los fines de determinar la existencia de una anomalía institucional, la revisión de las actas que componen el expediente judicial, para lo cual se observa:

a.- Mediante Sesión ordinaria n° 13 de fecha 03 de abril de 2002 de la Cámara Municipal del Municipio Esteller del Estado Portuguesa, se resolvió abrir expediente administrativo al Secretario de la Cámara, ciudadano Jaime González, como consecuencia de presuntos hechos irregulares que se desprenden del ejercicio del cargo y que, supuestamente, comprometen su responsabilidad al transgredir disposiciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y del Reglamento Interior y de Debates.

b.- Consta asimismo al folio 117 del expediente judicial, decisión mediante la cual los miembros de la Comisión Investigadora de los hechos, acordaron suspender al funcionario indicado mientras durase la instrucción del expediente administrativo.

c.- Corre inserto, además, al folio 125 del expediente judicial, una resolución emanada de la Comisión Investigadora de la Cámara Municipal del Municipio Esteller del Estado Portuguesa, mediante la cual se decidió la destitución definitiva del Secretario de Cámara, ciudadano Jaime González, por las razones que allí se establecen.

d.- Finalmente se deduce, sin que de ello exista plena prueba, que la falta producida por el ciudadano Jaime González en su condición de Secretario de Cámara, fue suplida hasta la fecha que registra el expediente administrativo, por la ciudadana Carmen Castillo, identificada en autos como Secretaria Interina.

Expuestos así tales aspectos, se aprecia que el recurrente solicitó la aplicación del artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, aduciendo que a ésta disposición se remite la norma contemplada en el artículo 83 *eiusdem*.

Ciertamente, esta última norma dispone:

“El Secretario será designado por el Concejo o Cabildo el día de su instalación.

Podrá ser removido por decisión de la mayoría de los integrantes del Concejo o Cabildo, previa formación del respectivo expediente instruido con la audiencia del interesado.

De este acto podrá recurrirse ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, el cual deberá decidir conforme a lo dispuesto en el artículo 166 de esta Ley.”

Por su parte, el artículo 166 *eiusdem*, establece:

“En caso de surgir una situación que amenace la normalidad institucional de un Municipio o Distrito, pueden las autoridades municipales o el Gobernador del Estado, ocurrir a la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, para solicitarle que conozca y decida la cuestión planteada. La decisión de la Corte Suprema de Justicia relativa a la legitimidad de las autoridades municipales deberá ser emitida en el plazo de treinta (30) días contados a partir de la admisión de la solicitud y bastará para producirla los documentos que se acompañen a ésta. Cuando la Corte Suprema de Justicia solicitare documentos adicionales, éstos deberán ser consignados dentro de un plazo de diez (10) días y la decisión deberá producirse dentro de los ocho (8) días siguientes”.

Como puede observarse, aun cuando la disposición consagrada en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, alusiva a la designación y remoción del Secretario Municipal, remite al artículo 166 *eiusdem*, tal remisión se hace en función del procedimiento que debe seguirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, esto es, en atención al

plazo que deberá ser considerado para admitir la acción propuesta en ambos casos, sin que por ello necesariamente se deba asumir que la remoción de un Secretario Municipal constituye o representa siempre una situación que amenace la normalidad institucional del Municipio.

Sin duda, los hechos anteriormente descritos resultan demostrativos y a su vez, determinantes, al momento de establecer si el conflicto en cuestión constituye una verdadera controversia de tipo administrativo, en los términos previstos en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, o si por el contrario, cabría considerarlo como una disputa a ser resuelta por la vía de otro medio de impugnación de los establecidos en la legislación aplicable.

Ciertamente, de las actas se pudo apreciar que el accionante, quien fungía con calidad de Secretario Municipal, no sólo se concentró en su escrito recursivo en aspectos de orden personal y obvió las necesidades de la Cámara como institución municipal, sino que, además, se vio sometido a un procedimiento administrativo iniciado por los miembros de la Cámara Municipal a la cual se encontraba prestando servicios, lo que lo comprometía de forma individual. Adicional a ello ha sido posible inferir que en el curso de esta situación, las funciones desempeñadas por el recurrente fueron asumidas por otra persona, identificada en autos como Secretaria interina, lo que en principio, hace suponer que el municipio continuó desenvolviéndose con total regularidad, desvirtuándose con ello la anomalía institucional que como exigencia *sine qua non* se precisa para determinar la configuración de un conflicto de autoridades municipales.

Asimismo, un examen general del escrito recursivo permite notar que los hechos descritos, más que encontrarse dirigidos a reunir los requisitos que deben concurrir para determinar la existencia de un conflicto institucional o de sus autoridades, constituyen elementos característicos de otro mecanismo de impugnación, dado que se apoyan sobre derechos subjetivos del funcionario presuntamente afectado con el acto administrativo emanado de la Cámara Municipal, lo que lleva a identificar la acción propuesta con el recurso contencioso-administrativo de nulidad, en virtud de las particularidades que presenta.

Sin embargo, sobre este punto cabe indicar que mediante sentencia publicada en fecha 17 de noviembre de 2004, caso *Edgar Jesús Madriz Blanco vs. Cámara Municipal del Municipio Brión del Estado Miranda*; la Sala Político-Administrativa dictaminó, acogiendo el criterio sentado en ponencia conjunta de reciente data, que las acciones de nulidad ejercidas contra los actos administrativos generales o particulares emanados de las autoridades estatales o municipales, cuando se impugnaren por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, serán conocidos por los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo, quedando sentado que la apelación de tales decisiones será del conocimiento de las Cortes de lo Contencioso-Administrativo recientemente conformadas, cuestión que en todo caso, determina el ámbito jurisdiccional que sería competente para conocer de la presente causa y que no es otro que el de los Juzgados Superiores de lo Contencioso-Administrativo. Así se decide.

Expuestas así las ideas anteriores, para esta Sala es claro que los hechos señalados conducen inexorablemente a desestimar el conflicto de autoridades planteado por el ciudadano Jaime Raúl González en el Concejo Municipal del Municipio Esteller del Estado Portuguesa, dado que no constituye una situación tal que impida la continuidad de las funciones de la entidad local, y en consecuencia, no encuentra el sustento jurídico que lo haga procedente, por lo que se declara sin lugar la solicitud de resolución del conflicto de autoridades planteado. Así finalmente se declara.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL1. *Poderes de oficio de la Sala Constitucional: Orden público constitucional***TSJ-SC (16)****15-2-2005**

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Carlos A. Rondón G. vs. Decisión Juzgado Tercero de Primera Instancia en función de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar.

La Sala Constitucional puede, de oficio y en resguardo del orden público constitucional que pueda verse infringido por cualquier decisión, acto u omisión judicial de un tribunal de la República, dejar sin efectos dichas actuaciones judiciales, como garante de la integridad y supremacía de la Constitución, con el objeto del mantenimiento del orden jurídico y social

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 19, dispone la garantía que tiene toda persona para el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e independiente de sus derechos humanos, y es el Estado, a través de los órganos de Poder Público, quien tiene la obligación de garantizar la observancia y realización eficaz de tales derechos, conforme con el principio de progresividad y sin discriminación de ningún tipo.

Asimismo, el Título VIII de la Protección de la Constitución, Capítulo I de la Garantía de la Constitución, en el artículo 334, establece el deber que tienen todos los jueces de la República de asegurar la integridad del Texto Fundamental; ello, como máxima expresión de un Estado social de derecho y de justicia.

En este sentido debe esta Sala Constitucional, porque es guardián y garante del derecho positivo existente y en protección de los derechos humanos de los particulares, estar atenta ante cualquier situación que menoscabe un derecho o garantía esencial y que pueda producir una violación del orden público constitucional. Así las cosas, este órgano jurisdiccional puede, de oficio y en resguardo del orden público constitucional que pueda verse infringido por cualquier decisión, acto u omisión judicial de un tribunal de la República, dejar sin efectos dichas actuaciones judiciales, como garante de la integridad y supremacía de la Constitución, con el objeto del mantenimiento del orden jurídico y social.

Así pues, si un administrador de justicia no cumple con las normas, disposiciones y leyes, por negligencia, inobservancia o desconocimiento, y este incumplimiento deviene en una violación al orden público constitucional, ésta debe declararse de oficio por aquel Tribunal que tenga conocimiento de ese hecho, ya que está en juego la protección de los derechos constitucionales de las personas.

2. *Control Concentrado de la Constitucionalidad: La acción de Inconstitucionalidad*A. *Competencia de la Sala Constitucional***TSJ-SC (302)****16-3-2005**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de la Ordenanza Electoral de Justicia de Paz del Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda.

La jurisdicción constitucional -ejercida por la Sala Constitucional- abarca sólo aquellos actos con rango de ley, independientemente de que provengan de la Asamblea Nacional o del Presidente de la República, o de órganos deliberantes estatales y municipales, o de cualquier otro órgano del Poder Público, siempre que ellos nazcan como aplicación directa e inmediata del texto constitucional.

Corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse sobre la acción de nulidad por inconstitucionalidad ejercida contra la Ordenanza Electoral de Justicia de Paz del Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda, publicada en la *Gaceta Municipal* Extraordinario n° 075-03/2001, de 13 de marzo de 2001, para lo cual, previamente, debe precisar su competencia.

Al respecto, observa que, conforme a la Constitución de 1961, correspondía a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, según lo dispuesto en el artículo 215, ordinal 4, en concordancia con el artículo 216 de la Constitución, y de acuerdo con los artículos 42, numeral 3 y 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la competencia para declarar la nulidad total o parcial de las constituciones o leyes estatales, ordenanzas municipales y demás actos generales de los cuerpos deliberantes nacionales, de los Estados o Municipios que colidieren con la Constitución.

Ahora bien, a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, tal competencia atribuida anteriormente a la Sala Plena, se encuentra actualmente asignada a esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia según lo dispuesto en el artículo 334 de la Carta Magna, que reserva a ésta 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”*. Con fundamento en ese principio rector, el artículo 336 *eiusdem* hace una enumeración de los casos que son competencia de esta Sala y, en materia de nulidad, establece concretamente, en su numeral 2, que es atribución de la Sala Constitucional, *“(d)ecларar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ella”*.

De esta manera, la vigente Carta Magna ha sido clara al establecer que la jurisdicción constitucional -ejercida por esta Sala- abarca sólo aquellos actos con rango de ley, independientemente de que provengan de la Asamblea Nacional o del Presidente de la República, o de órganos deliberantes estatales y municipales, o de cualquier otro órgano del Poder Público, siempre que ellos nazcan como aplicación directa e inmediata del texto constitucional.

El mismo espíritu -en cuanto al régimen de atribuciones competenciales de esta Sala en materia de nulidad- lo conserva la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuyo artículo 5.7, en concordancia con su primer aparte, confiere a la Sala Constitucional la competencia para ejercer el control concentrado de la constitucionalidad sobre los actos legislativos dictados por los entes político-territoriales menores, en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Siendo entonces que en el presente caso se propuso la nulidad de una ordenanza dictada por el Municipio Baruta del Estado Miranda, contentiva del régimen electoral de la justicia de paz en esa entidad territorial, esta Sala asume la competencia para conocer del recurso de nulidad interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 336.2 constitucional y 5.7 del texto orgánico que rige las funciones de este Máximo Juzgado, y así se declara.

B. *Legitimación: Acción popular*

TSJ-SC (266)

16-3-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación de los artículos 10 y 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Libertador del Distrito Federal.

Sin perjuicio de la redacción de la norma en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 21), se entiende que persiste la acción popular como medio de control concentrado de los actos de rango legal. En atención a ello, el hecho de que el demandante sea Concejal Principal del Concejo Municipal que pronunció la Ordenanza que fue impugnada, no puede afectar su legitimación activa, pues, la legitimación corresponde a cualquier ciudadano o ciudadana con capacidad para ello, conforme se deriva del artículo 333 de la Constitución.

2. Como punto previo, debe esta Sala pronunciarse en relación con el argumento de los representantes judiciales de COTÉCNICA CARACAS, C.A. y FOSPUCA LIBERTADOR, C.A., conforme al cual la demanda de nulidad debe ser declarada inadmisibile desde que la parte actora, el ciudadano Carlos Herrera, es Concejal Principal del Concejo Municipal del Municipio Libertador del Distrito Capital, órgano que emitió la Ordenanza que se impugnó. En opinión de los representantes judiciales de esas compañías, el accionante no tendría legitimación para la interposición de la nulidad de autos, porque es integrante del órgano del que emanó la Ordenanza.

Estima la Sala que tal defensa debe ser rechazada. En efecto, la demanda de nulidad se interpuso contra una Ordenanza Municipal, las cuales son dictadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, con invocación, precisamente, de la violación de diversas disposiciones del Texto Constitucional.

Respecto de la legitimación activa para la incoación de pretensiones de nulidad, por razones de inconstitucionalidad, contra actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución, esta Sala ha considerado, reiterada y pacíficamente, que rige una legitimación amplia y general, comúnmente conocida como “acción popular”, en atención a la cual “...cualquier persona puede intentar una demanda, sin necesidad de tener que explicar su interés en el caso. Tal amplitud suele consagrarse únicamente en caso de recursos contra actos normativos y se justifica por cuanto éstos son aplicables a la vez a una generalidad de personas. De esta manera, el hecho de que el acto sea capaz de producir sus efectos sobre un gran número de sujetos, aconseja que se permita a cualquiera acudir ante los tribunales que sean competentes para pedir su anulación”. Así se estableció en sentencia de esta Sala n° 163 de 5 de febrero de 2002 (caso *Germán Macero Beltrán*), en la cual se agregó que, en los procesos en los que se entiende la existencia de una acción popular, como es el caso de la nulidad de actos normativos de rango legal, “en realidad, más que prescindir de la exigencia de un interés, lo que se hace es presumir que él está presente en toda persona y que es inútil, por ello, obligar a demostrarlo”.

Tal postura de la Sala reiteró la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, la cual llegó a entender que la lesión que se exigía como legitimante para la interposición de demandas contra actos de efectos generales –con independencia de los motivos de impugnación o del rango formal del acto a ser impugnado- siempre se presumía, de forma tal que la legitimación, en tales casos, era amplia (sentencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de 12 de febrero de 1987, caso *Burgos Romero*).

De manera que el hecho de que el demandante sea Concejal Principal del Concejo Municipal que pronunció la Ordenanza que fue impugnada, no puede afectar su legitimación activa, pues, se insiste, en casos como el presente, la legitimación corresponde a cualquier ciudadano o ciudadana con capacidad para ello, conforme se deriva, por lo demás, del artículo 333 de la Constitución.

Observa esta Sala, en este sentido, que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es su artículo 21, preceptúa que “...*toda persona natural o jurídica, 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, Estatal o Municipal...*” tendrá legitimación activa para que actúe contra esos actos.

La norma reitera el contenido del artículo 112 de la hoy derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, norma respecto de la cual esta Sala precisó, en la sentencia de 5 de febrero de 2002 a que se ha hecho referencia, lo siguiente:

“La disposición transcrita (artículo 112), ciertamente, hace referencia a un interés para solicitar la nulidad de un acto normativo, pero, en criterio de este Tribunal, se trata de lo que la doctrina califica como interés simple, que es el que tendría cualquier persona que sea susceptible de entrar en el ámbito de aplicación de las normas impugnadas. De esta forma, se establece un régimen de control de ciertos actos -los normativos- que procura el respeto del principio de legalidad y evita que disposiciones de alcance general violatorias de normas constitucionales disfruten de una vigencia que no merecen, pues no puede olvidarse que lo que caracteriza a un acto general es la aplicabilidad sobre un amplio conjunto de personas, y por tanto, frente a una norma, ese interés está normalmente presente”.

Por consiguiente, la interpretación del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no puede, en modo alguno, ser literal, sino que ha de adecuarse a las bases constitucionales del sistema de justicia constitucional. De allí que el control concentrado de la Constitución, que recoge el artículo 334 del Texto de 1999, debe interpretarse concatenadamente con el artículo 333 *eiusdem*, en el sentido de que cualquier ciudadano está llamado a colaborar en el restablecimiento de la Constitución, lo que implica, por tanto, la atribución de una legitimación activa amplia para la interposición de demandas de nulidad contra actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución.

En consecuencia, y sin perjuicio de la redacción de la norma de la nueva Ley, se entiende que persiste la acción popular como medio de control concentrado de los actos de rango legal, en atención a lo cual se desestima el argumento de falta de cualidad del actor que se planteó en este juicio. Así se decide.

C. Suspensión de una norma como medida cautelar

TSJ-SC (256)

16-3-2005

Magistrado Ponente: Luis Velázquez Alvaray

Caso: Impugnación de los artículos 5, 7 y 8 del Decreto n° 198, dictado por el Gobernador del Estado Carabobo, publicado en la *Gaceta Oficial* de ese Estado, Extraordinaria n° 1.771 de 28 de enero de 2005.

La suspensión de los efectos de las normas, así se plantee como protección cautelar por medio del amparo constitucional o por la vía del Código de Procedimiento Civil, constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas.

Como es jurisprudencia reiterada de esta Sala, la suspensión de los efectos de las normas, así se plantee como protección cautelar por medio del amparo constitucional o por la vía del Código de Procedimiento Civil, constituye una respuesta excepcional del juez frente a violaciones al Derecho que no encuentran otra forma idónea de ser atendidas.

La situación normal debe ser la opuesta: en virtud de su presunción de constitucionalidad y legalidad, y debido a su carácter *erga omnes*, las normas deben mantener su aplicabilidad hasta que el tribunal competente, luego de un serio y detenido análisis, determine su invalidez. Actuar de otra forma puede ocasionar más perjuicios que ventajas, con lo que la tutela provisional puede convertirse, lejos de su verdadera justificación, en un mecanismo para desatender disposiciones sobre las que aún resta hacer el pronunciamiento definitivo.

En el caso de autos se ha solicitado la suspensión de tres artículos del Decreto n° 198, dictado por el Gobernador del Estado Carabobo, publicado en la *Gaceta Oficial* de ese Estado, Extraordinaria n° 1.771 del 28 de enero de 2005. Al respecto la Sala observa:

En cuanto a los artículos 5, 6 y 7 del Decreto bajo análisis, encuentra la Sala pertinente suspender su ejecución, toda vez que si llegaran a ser aplicados durante el transcurso del proceso y posteriormente la Sala declarase su invalidez, serían irreparables los daños que se ocasionarían a los afectados por las medidas allí previstas.

Ha expuesto la parte actora con claridad una denuncia contra esa disposición, que se resume en lo siguiente: se puede disponer de unos bienes propiedad de un grupo de personas, en ausencia del procedimiento pautado legalmente para la expropiación o mediante una decisión de una asamblea de ciudadanos. La denuncia formulada por la demandante es para la Sala, sin que ello implique prejuzgamiento, de suficiente gravedad como para decretar la no aplicación de la norma, mientras se resuelve el fondo de la demanda.

En este contexto pareciera existir un riesgo que podría ser evitado, cuando una disposición legal autoriza a adoptar medidas que implican el poder de disposición sobre bienes ajenos y ese poder es precisamente objeto de un juicio para determinar su validez.

En razón de lo anterior, la Sala ordena, como medida provisional, la no aplicación de los artículos 5, 7 y 8 del Decreto n° 198, dictado por el Gobernador del Estado Carabobo, publicado en la *Gaceta Oficial* de ese Estado, Extraordinaria n° 1.771 del 28 de enero de 2005. Así se decide. Esta inaplicación no implica, se advierte, que las autoridades administrativas o judiciales estén impedidas de ejercer sus respectivas competencias, previstas en otras normas legales.

Ahora bien, considera esta Sala que, no obstante que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 21, ordena la publicación en *Gaceta Oficial* sólo de los fallos definitivos; se observa que la decisión dictada en el presente caso, si bien no posee tal carácter, sino que consiste en una decisión interlocutoria que acuerda una providencia cautelar, es evidente entonces, que por tratarse dicha decisión de la no aplicación de un acto legislativo, es decir, de efectos generales, que ordena la desaplicación temporal de la ley (mientras se decide el recurso) y que podría incidir sobre un número indeterminado de situaciones y relaciones jurídicas, considera la Sala que su publicación en dicho instrumento resulta necesario.

Asimismo, se acuerda la notificación, mediante edicto, de todos los interesados en la presente causa y la notificación de los ciudadanos Gobernador del Estado Carabobo, Procurador General del Estado Carabobo, Fiscal General de la República y Procuradora General de la República, para que, si lo estiman pertinente, formulen oposición contra la medida acordada, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, supuesto en el cual se abrirá de pleno derecho una articulación de ocho días, con el objeto de que los interesados expongan sus alegatos y presenten las pruebas que consideren pertinentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por reenvío del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

D. *La sentencia*

TSJ-SC (302)

16-3-2005

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de la Ordenanza Electoral de Justicia de Paz del Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda.

El contenido de las sentencias que en ejercicio de su competencia dicta la Sala constitucional en los procesos de control de constitucionalidad de los actos estatales con rango de ley o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, no pueden incluir decisiones declarativas de condena por los daños y perjuicios causados al Estado con ocasión de las conductas legislativas activas o pasivas provenientes de la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos de los Estados y Concejos Municipales.

Los accionantes alegaron la presunta responsabilidad del Municipio por la sanción de la denominada “Ordenanza Electoral de la Justicia de Paz del Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda”, en contravención a los preceptos de la Constitución vigente, en virtud de los gastos que dicha ordenanza pudo haber generado al patrimonio público municipal, lo cual, en su criterio, constituiría un delito de orden patrimonial de acuerdo con lo establecido en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. En tal sentido, solicitaron a esta Sala determinara si la referida ordenanza municipal generó gastos patrimoniales al Municipio Baruta y, de ser ello cierto, se declarara la responsabilidad aducida.

Al respecto, observa esta Sala que el proceso relacionado con el control concentrado de la constitucionalidad deviene de la necesidad de que se revise el acto cuya inconstitucionalidad se denuncia, siendo un juicio que obra más por caracteres objetivos –estudio del acto respecto a la Constitución- que en defensa de la esfera de derechos subjetivos de los particulares. Ese control concentrado, que corresponde con exclusividad a la Sala Constitucional conforme al artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, otorga competencia a esta Sala, según se desprende del contenido del artículo 336 *eiusdem*, para dictar sentencias mero declarativas de congruencia o no con la Constitución, acordando la nulidad de leyes y actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución; declarando la inconstitucionalidad de omisiones legislativas, la inconstitucionalidad de los tratados internacionales previos a su ratificación, la constitucionalidad o no de los decretos que declaran estados de excepción, la constitucionalidad o no del carácter orgánico de las leyes; interpretando principios y normas constitucionales; resolviendo las colisiones de leyes al determinar la prevalencia de alguna de ellas, así como las controversias constitucionales entre órganos del Poder Público; y confirmando o revocando sentencias dictadas en juicios de amparo constitucional o con motivo del ejercicio del control difuso de constitucionalidad.

Siendo ese, fundamentalmente, el contenido de las sentencias que, en ejercicio de sus competencias, dicta esta Sala en los procesos de control de constitucionalidad de los actos estatales con rango de ley o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, se aprecia que el mismo no podría incluir decisiones declarativas de condena por los daños y perjuicios causados al Estado con ocasión de las conductas legislativas activas o pasivas provenientes de la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos de los Estados y Concejos Municipales, motivo por el que esta Sala debe forzosamente desestimar la petición formulada por los accionantes en el sentido antes señalado. Así se decide.

En atención a las consideraciones anteriores, la Sala estima procedente la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad planteada por los accionantes y, como consecuencia de tal apreciación, declara la nulidad total de la Ordenanza Electoral de Justicia de Paz del Mu-

nicipio Autónomo Baruta del Estado Miranda, publicada en la *Gaceta Municipal* Extraordinario n° 075-03/2001, de 13 de marzo de 2001. Asimismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala fija el inicio de los efectos del presente fallo con carácter *ex nunc*, a partir de su publicación, sin que ello prejuzgue sobre la responsabilidad en que pudieren estar incursos los legisladores municipales al haber dictado una ordenanza en flagrante usurpación de funciones del Poder Electoral.

Por último, como la inconstitucionalidad de la “Ordenanza Electoral de Justicia de Paz del Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda” es originaria, cuya declaración tiene la virtualidad de rehabilitar las disposiciones que hayan podido ser revocadas por la ordenanza decretada inconstitucional, que en el caso de autos son las contenidas en la “Ordenanza para los Procesos de Elección de Jueces de Paz en el Municipio Baruta”, publicada el 4 de agosto de 1995, esta Sala, luego de observar que tales disposiciones devendrían en una inconstitucionalidad sobrevenida desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, en virtud de las razones ya analizadas en el presente fallo, debe forzosamente declarar que la última ordenanza mencionada no volverá a entrar en vigor. Asimismo, ante el peligro de que puedan existir inconvenientes para la celebración de procesos de elección de jueces de paz en el Municipio Baruta del Estado Miranda, esta Sala exhorta al Consejo Nacional Electoral, como órgano rector del Poder Electoral, para que reglamente a la brevedad posible las normas especiales que, en materia comicial, establece la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, para la elección popular de los jueces de paz. Así se declara.

3. *Control de la Inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público*

TSJ-SC (91)

2-3-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Organización Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (Provea) vs. Demanda de inconstitucionalidad por omisión.

El control de la inconstitucionalidad por omisión es ahora equivalente, en su amplitud y extensión, al del control de la constitucionalidad de los actos –legislativos o no- que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (artículo 334 de la Constitución).

El artículo 336, cardinal 7, de la Constitución establece que esta Sala tiene, entre sus competencias, la de “declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesarios, los lineamientos de su corrección”.

Como ya ha destacado esta Sala, en las escasas oportunidades cuando se han planteado ante ella demandas con base en este cardinal (Entre otras, sentencias de 9-7-02, caso *Alfonso Albornoz*; de 4-8-2003, caso *CNE* y de 6-11-03, caso *Ley Orgánica de Régimen Municipal*), se trata de una novedad dentro de la jurisdicción constitucional venezolana, que tiene precedentes en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros. Con este medio jurisdiccional, el constituyente completó el sistema de defensa del Texto Fundamental, con intención de abarcar no sólo las violaciones producto de la actuación del legislador –únicas objeto de control en un régimen tradicional- sino también aquéllas que surgen de la inactividad de éste.

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia recogió, en idénticos términos, esta competencia que constitucionalmente se atribuyó a la Sala Constitucional (artículo 5, cardinal 12, de la Ley), e incluyó una nueva atribución en lo que al control de la

inconstitucionalidad por omisión se refiere (artículo 5, cardinal 13, *eiusdem*): “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones de cualquiera de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango nacional, respecto a obligaciones o deberes establecidos directamente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

De esta manera, puede afirmarse que el control de la constitucionalidad por omisión, en el marco de la jurisdicción constitucional venezolana, no se limita al control de las omisiones formalmente legislativas, sino a la inactividad en el ejercicio de cualquier competencia de rango constitucional, esto es, ante la ausencia de cumplimiento de toda obligación debida, cuando dicho cumplimiento deba realizarse en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

Asimismo, la nueva Ley que regula las funciones de este Tribunal Supremo extendió subjetivamente esta potestad de control jurisdiccional, por lo que abarca ahora no sólo las pasividades del Poder Legislativo nacional, estatal y municipal, sino también las de cualquier otro órgano del Poder Público cuando deje de ejercer competencias de ejecución directa e inmediata de la Constitución. Con ello, el control de la inconstitucionalidad por omisión es ahora equivalente, en su amplitud y extensión, al del control de la constitucionalidad de los actos –legislativos o no– que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (artículo 334 constitucional).

En el caso concreto, la demanda se fundamentó en la supuesta omisión en que incurrió la Asamblea Nacional cuando dictó la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, pues mediante esta Ley se reguló de manera incompleta el Régimen Prestacional de Empleo. Concretamente y se alegó que no se estableció “el hecho imponible de la contribución especial de paro forzoso, ni (...) un régimen transitorio mientras se promulga la ley que regule dicho régimen prestacional”, lo que implicó la violación de los principios de progresividad, seguridad jurídica e irrenunciabilidad de los derechos a la seguridad social y al trabajo de todos los actuales y potenciales trabajadores, tradicionalmente receptores de tales beneficios laborales.

Se trata, así, de una demanda cuyo objeto es la declaratoria de inconstitucionalidad de una supuesta inactividad parcial del Legislador Nacional, pues, si bien dictó la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, su regulación sería incompleta y exigiría, según dijeron los demandantes, el ejercicio, por parte de esta Sala, de sus potestades de control de la constitucionalidad que le otorga el artículo 336, cardinal 7, de la Constitución, para la garantía del cumplimiento de la Carta Magna y el restablecimiento del ejercicio de los derechos constitucionales que se hubieren lesionado por causa de tales omisiones legislativas.

4. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*

TSJ-SC (3)

25-1-2005

Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta

Caso: Federación Nacional de Jubilados y Pensionados de Teléfonos de Venezuela (F.E.T.R.A.J.U.P.T.E.L.), vs. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.)

Voto Concurrente de la Magistrado Luisa Estella Morales Lamuño

Quien suscribe, Magistrada LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO comparte todos y cada uno de los asertos expuestos en el fallo que antecede, por el cual se resolvió HA LUGAR el recurso de revisión contra la sentencia de fecha 7 de septiembre de 2004 dictada por la Sala de Casación Social de este digno Tribunal Supremo de Justicia. No obstante, considera oportuno efectuar algunas consideraciones en los términos siguientes:

1.- El ejercicio de la facultad de revisión de las sentencias dictadas por otras Salas de este digno Tribunal, así como respecto a las emitidas por otros Tribunales del país, ha sido objeto de una prolífica e inmejorable labor jurisprudencial de esta digna Sala, de la cual me siento profundamente orgullosa de integrar. Todo de conformidad con la sana interpretación del numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), y de su posterior sistematización legislativa recogida en los numerales 4 y 16 del artículo 5 de la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), cuyos supuestos de hechos son distintos y que emeritaran de la Sala, en otra oportunidad, su necesaria distinción y desarrollo.

Ahora bien, en criterio de quien suscribe, los efectos dispositivos de las sentencias que esta Sala emita con ocasión al mérito de un recurso de revisión contra sentencias de otras Salas o Tribunales del país, pudieran destinarse a procurar su ejecución inmediata sin la necesidad de condicionarse a la emisión de un nuevo fallo por parte del sentenciador que ha sido revisado, comportando *dilaciones indebidas, contrariando el espíritu o desideratum constitucional recogido en el artículo 257 de la C RBV; así como también, distrayendo la verificación de la manifestación final de la garantía de la tutela judicial efectiva (ex art. 26 C RBV), que se recoge en la ejecución de todo fallo favorable de cualquier justiciable.*

En particular, quien suscribe se refiere a la práctica contenida en los dispositivos de todos y cada uno de los fallos proferidos por esta Sala cada vez que ha declarado con lugar un recurso de revisión, consistente en ordenar una suerte de REENVÍO, por el cual se compele a la Sala o Tribunal revisado a que vuelva a emitir su decisión de mérito acogiendo el criterio particular y específico de esta Sala Constitucional, sometiendo al justiciable al penoso deber de procurar otro fallo de quien ya le juzgó adversamente, lo cual se traduce en una incuestionable dilación, debido, entre otras cosas, a la constitución de *Salas o Tribunales Accidentales*, y a la eventual situación que tenga que recurrir de nuevo – en una especie de recurso de revisión de “nulidad”- por ante esta digna Sala, en caso que la autoridad revisada resulte contumaz en acoger el criterio sentado o bien, simplemente, lo aplique en forma inadecuada o parcial. (*Vid.* entre otros casos, los múltiples fallos relativos al conocido caso “*Viuda de Carmona*”, en donde esta digna Sala Constitucional, la Sala Político Administrativa, y la Sala Plena, tuvieron oportunidad de presentar opiniones disímiles a través de cinco (5) fallos, y en donde se constituyeron múltiples Salas Accidentales, entre los años 2001 al 2004, y donde todavía no se ha emitido un fallo definitivo. *Vid.* sentencias n° 2818 del 19-11-02; n° 1469 del 6-8-04 y más recientemente la n° 2013 del 8-9-04 de la Sala Constitucional; sentencias n° 943 del 15-5-01; n° 1540 del 9-10-03 de la Sala Político Administrativa, y la sentencia de la Sala Plena del 22 de julio de 2004).

En ese sentido, se adelanta quien suscribe, a que no se le interprete como postulante del desconocimiento o irrespeto al principio por el cual debe preservarse el “*soberano conocimiento del Juez natural de una causa*”; sino como testigo de una realidad práctica que se revierte en contra del propio justiciable y de sus derechos y garantías constitucionales recién comentadas (ex artículos 26 y 257 constitucionales). Igualmente, debe acotarse que el sustento por el cual esta digna Sala puede resolver, directamente, el fondo del conflicto que subyace en una sentencia objeto de revisión, reposa en el propio hecho de que, ella misma, en virtud de los poderes que le otorga la Constitución y la Ley, puede, ni más ni menos, “revisar” las sentencias dictadas por otras Salas del mismo Tribunal Supremo; en otras palabras, la misma fuerza que le habilita para desconocer la fuerza de cosa juzgada de un fallo de otra Sala, también abarca que puede enmendar de forma inmediata y expedita, la situación fáctica del caso, permitiéndole al justiciable procurar la ejecución inmediata de su derecho que le ha sido reconocido por esta Sala Constitucional, y sin que quede expuesto a las dilaciones inexorables que suponen una nueva decisión en “reenvío” (*Vgr.* Salas Accidentales), o que la Sala o Tribunal revisado se aparte total o parcialmente del criterio, obligándolo a interponer un “nuevo” recurso de revisión de “nulidad” por contrariar el criterio establecido por esta Sala Constitucional.

Distinta es la situación que, como consecuencia de la doctrina sentada por esta digna Sala con ocasión a proveer sobre un recurso de revisión, la misma deba ser acogida a futuro no sólo por la Sala o Tribunal revisado, sino también por todas y cada una del resto de las Salas que integran este Tribunal Supremo de Justicia y, huelga comentar, el resto de los Tribunales de la República.

Inclusive, se agrava o sensibiliza más aún la situación del justiciable cuando, como en el caso que nos ocupa (los jubilados de CANTV), se trata de una causa cuya duración alcanza más de siete (7) años y que ha sido objeto de múltiples decisiones previas por otras Salas de este digno Tribunal Supremo de Justicia (*Vgr.* de la Sala Político Administrativa), y que ha sido objeto de múltiples avocamientos. De hecho, la sentencia que ha sido objeto de revisión en el caso concreto es producto de una situación excepcional que sólo ocurre cuando, precisamente, la Sala que se avoca ha detectado graves desordenes procesales.

En efecto, la figura del avocamiento se constituye en una herramienta excepcional de la cual se encuentran dotadas –actualmente– todas las Salas que integran este Tribunal Supremo de Justicia, con el objeto de *remediar o componer causas cuyo desarrollo ha estado apartado de los principios y presupuestos más básicos de la función judicial.*

De allí que su procedencia está condicionada a la plena verificación de graves quebrantamientos formales o sustanciales en la tarea de administrar justicia en sede del Tribunal que, de forma ordinaria, le corresponde el conocimiento de la causa en estudio; o bien a la incuestionable verificación de elementos que si bien resultan extraños en sí a la propia función judicial, no obstante, tengan la *capacidad de afectarla por la magnitud o trascendencia que adquieran en el foro local en que se desarrolla.*

En efecto, se trata de una situación procesal de carácter excepcional, por la cual, aún tratándose de una causa que curse por ante un Tribunal competente conforme a la legislación adjetiva, no obstante, por razones de elevada estimación o de relevantes consideraciones axiológicas, la Sala (en este caso la Sala de Casación Social) estimó “*conveniente*” privar o sustraer de dicho conocimiento al juez laboral de instancia que resultaba competente con base a los criterios de materia, territorio y cuantía.

Esta posibilidad excepcional (ex numeral 48° del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), que permite a todas las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia conocer y dirimir controvertidos que en condiciones ordinarias no le corresponden –por estar asignadas a la jurisdicción ordinaria–, se constituye en un mecanismo o remedio procesal impuesto por el legislador para solventar graves quebrantamientos tanto de forma como de fondo, capaces de generar vicios censurables en sede de instancia, y sin que su advertencia obligue, al operador judicial proclive al avocamiento a efectuar un examen exhaustivo sobre la valoración de los actos y etapas procesales, esto es, en otras palabras, su procedencia –la del avocamiento– *cuando se detecten vicios procesales y alteraciones del interés colectivo de trascendente magnitud, susceptibles de ser percibidos o advertidos sin mayores rigorismos.*

Razón por la cual, en el caso concreto, cobraba con mayor fuerza la necesidad que esta digna Sala ordenase, de una sola vez, a la empresa demandada (CANTV) a cumplir con la pretensión procesal vertida en la demanda judicial intentada por los accionantes, sin la necesidad que éstos tuviesen la carga de esperar la constitución de una Sala de Casación Social Accidental, cuya decisión pudiese generar la interposición de un nuevo recurso de revisión por ante esta misma Sala Constitucional; preocupación que eleva quien aquí suscribe en consonancia con los derechos y garantías constitucionales de los reclamantes consagrados en los artículos 26 y 257 de la CRBV. Inclusive, se insiste con preocupación que el objeto debatido en el presente caso fue objeto de una plausible y prolongada labor jurisprudencial de la Sala Político Administrativa de este mismo Tribunal Supremo, la cual desde el año 2001 tuvo opor-

tunidad de sistematizar la ejecución (frustrada en vía ordinaria) del reenganche de un grupo de trabajadores despedidos con ocasión a los procesos de reestructuración de la empresa (CANTV), y en donde, de forma expresa e indubitada se estableció respecto a los trabajadores jubilados que “...la empresa deberá homologarles sus beneficios de acuerdo a la base de cálculo del salario al cual tendrían derecho *en caso de estar activos*”. (Vid. Sentencias del 15-6-00; 18-7-00; 14-2-01; 17-7-01 (n° 1468); 20-11-01; 19-03-02; 20-11-02; 29-4-03 y 23-3-04).

Con lo cual, en definitiva, la Sala ha podido fijar en su parte dispositiva, un catalogo de *órdenes concretas* orientadas a la *ejecución inmediata del derecho deducido*; de hecho, a lo largo de su parte motiva, esta Sala Constitucional estipuló concretos dispositivos los cuales corren el riesgo de diseminarse en la práctica, como por ejemplo, el reconocimiento que se les hace a los grupos organizados de jubilados o pensionados de participar en las futuras convenciones colectivas que suscriba la empresa, entre otros aspectos.

TSJ-SC (233)

11-3-2005

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Fiscal General de la República vs. Decisión Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia.

De otra parte, su indiscutible procedencia en derecho, dada la competencia que tiene esta Sala Constitucional de conocer por vía de revisión las decisiones proferidas por la demás Salas de este Máximo Tribunal, incluyendo las dictadas por la Sala Plena, como ha sido establecido por la Jurisprudencia, en interpretación del texto normativo constitucional contenido en el artículo 336, numeral 10, en concordancia con el artículo 5, numeral 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que a tales efectos no establece distinción alguna. Por consiguiente, la decisión de la Sala Plena Accidental sobre el juicio de mérito que nos ocupa, no queda excluida del ámbito de aplicación y procedencia de una solicitud de revisión como la que ha interpuesto el Ministerio Público y que es objeto de la presente decisión (*in tentio litis*).

Siendo así, los razonamientos jurídicos anteriormente expuestos, constituyen para esta Sala Constitucional en diáfana claridad y sin duda alguna, que en el caso *sub lite*, es preciso aplicar el control de constitucionalidad para que la solicitud de revisión sea declarada, como efectivamente se declara, procedente. Así se decide.

5. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Órganos*

a. *Sala Constitucional*

TSJ-SC (255)

15-3-2005

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Federación Venezolana de Fútbol vs. Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala Constitucional es la competente para conocer y decidir acciones de amparo en que se encuentren involucrados intereses colectivos o difusos.

El derecho al juez natural implica que el procedimiento transcurra ante un juez determinado por la ley, es decir, que el juez sea aquel al que corresponde su conocimiento según las normas vigentes con anterioridad, y es, no solamente una norma organizativa, que lleva al solicitante a plantear su pretensión ante un órgano competente, sino que es una garan-

tía de los ciudadanos frente al Poder Judicial y frente al Legislador. Dicho derecho se transgrede “*siempre que se modifica la competencia o la composición del órgano jurisdiccional, tanto por norma con fuerza de ley como por actos del Ejecutivo o de los órganos rectores del Poder Judicial, a fin de sustraer un litigio del conocimiento del Tribunal al que naturalmente le correspondería*” (J. González Pérez, “El derecho a la tutela jurisdiccional”, *Cuadernos Civitas*, p. 1989, p. 129).

Por su parte, la Jurisprudencia patria ha establecido expresamente lo que a continuación, se transcribe:

“Siendo la competencia el factor que fija límites al ejercicio de la jurisdicción o, como se señala comúnmente, la medida de la jurisdicción, la debida competencia, en nuestro ordenamiento procesal vigente, es un presupuesto de validez para el pronunciamiento de **una sentencia válida sobre el mérito; por ello, la sentencia dictada por un Juez incompetente es absolutamente nula e ineficaz.**

Ahora bien, cuando el Juez actúa con manifiesta incompetencia y procede a dictar sentencia de mérito, incurre en una evidente trasgresión al artículo 49, numeral 3 de la Constitución, **ya que carece de aptitud o cualidad para juzgar.**

Igualmente, resulta violado, en consecuencia, el numeral 4 del referido artículo 49, ya que dicha carencia de aptitud en el Juez conlleva a que el justiciable no sea juzgado por sus jueces naturales, derecho esencial a ser observado en toda causa. **Es evidente que un Juez incompetente, además nunca podrá ser el Juez natural de la causa**” (Negrillas de la Sala). (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 02 de mayo de 2001).

Asimismo, en sentencia de fecha 3 de abril de 2003, esta Sala señaló lo siguiente:

“*Conforme a la Constitución de 1999, como parte del derecho al debido proceso, ‘toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta constitución y en la Ley, lo cual se vincula con el derecho de toda persona ‘... (a ser oída en cualquier clase de proceso con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad (...))’ como lo establece en su artículo 49, numerales 4 y 3. (Negrilla de la cita). Respecto del derecho al Juez natural, esta Sala Constitucional en sentencia n° 29/00, del 15 de febrero de 2000 (caso Enrique Méndez Labrador), ha establecido que ‘(...) consiste en la necesidad que el proceso sea decidido por el Juez ordinario predeterminado en la Ley. Esto es aquél al que le corresponde el conocimiento según las normas vigentes con anterioridad. Esto supone, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; en segundo lugar, que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial...’.*” (Negrillas de la Sala).

Criterios éstos, reiterados por esta Sala Constitucional en sentencia n° 233, de fecha 11 de marzo de 2005.

Siendo así, haciéndose el análisis concatenado tanto de las actas procesales como del propio escrito de la revisión solicitada, se evidencia que lo denunciado en el presente caso es que el propio Poder Judicial, por órgano de la Sala Electoral, asumió el conocimiento de una causa, que en su esencia debía ser conocido por esta Sala Constitucional, pues debe advertirse y así se deja asentado, que lo planteado excede el ámbito de la materia para la cual es competente la Sala Electoral...

...Todos estos elementos reunidos: por un lado, los derechos de rango constitucional a la participación, asociación, el derecho al deporte, a la salud, a la recreación, que afectan tanto dimensiones individuales como colectivas y difusas de su regulación y ejercicio, y por el otro lado, el asunto no menos importante y delicado, de la incidencia en el ordenamiento jurídico interno de otros ordenamientos que la doctrina ha denominado “*supraestatales*”,

encabezados por órganos llamados “*administraciones supraestatales compuestas por elementos no estatales*” (como los denomina el último autor citado, p. 24); así como la afectación que, en su conjunto, podría producir a los principios y al bienestar social un desequilibrio o inadecuada ponderación que tiene incidencia en el derecho a la recreación y esparcimiento, hace que la materia del amparo planteada por el ciudadano Jesús Berardinelli ante la Sala Electoral, escapara de la estricta competencia electoral que la Constitución y las leyes le asignan; y que su trámite correspondía, vista la conjunción de derechos y principios de tan relevante importancia, a esta Sala Constitucional. Así se establece.

De esa manera, debe reconocerse y la Sala así lo hace, que en el presente caso concreto, **se encuentran en juego derechos fundamentales, que de verse afectados, se daría un golpe certero a la propia esencia de nuestro estamento constitucional, que en materia deportiva, como así se dijo, establece la íntima “...vinculación del deporte con la salud y la recreación, no sólo de los que lo practican activamente, sino también de sus espectadores...”**

Siendo así, en la actualidad el balompié venezolano, dadas las advertencias proferidas por la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA), se encuentra en riesgo de perder su posibilidad de concretar su participación en las justas internacionales, pues la controversia electoral planteada en este caso, que sin dejar de reconocerse su importancia, esta Sala Constitucional considera que el problema subyacente, sobrepasa los intereses individuales o colectivos de aquellos que pretenden su postulación para la asunción de los cargos de directivos de la Federación Venezolana de Fútbol, puesto que, y así lo subraya la Sala, se encuentra en juego el interés de un colectivo aun más relevante, compuesto tanto por deportistas (las categorías sub-17, sub-20, sub-23 y de la selección de mayores (conocida como “La Vinotinto”), como por su fanaticada (pueblo venezolano, que tiene el derecho al esparcimiento y la recreación); donde unos, por un lado, pretenden lograr como un caso inédito en la historia futbolística venezolana, alcanzar posiciones internacionales relevantes, y los otros, ver como sus representantes deportivos alcanzan tan añorado laurel y de los cuales también serán copartícipes.

En tal sentido, al realizarse el contrapeso de ambos intereses, resulta por demás evidente, la supremacía del interés colectivo de quienes realizan actividades deportivas y de aquellos quienes las disfrutan (sus espectadores), lo cual sin lugar a dudas, se subsume en los postulados que en esta materia nuestra Carta Magna ha establecido, en el mencionado artículo 111 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya descrito en su contenido normativo.

En virtud de lo expuesto, dada la relevancia del interés colectivo que involucra la presente acción de amparo, esta Sala Constitucional, efectivamente es, y así se declara, la Sala competente para conocer y resolver de la acción incoada por el ciudadano Jesús Berardinelli. En tal sentido, es necesario ratificar en este fallo, la jurisprudencia reiterada de la Sala, según la cual, ésta es la única competente para conocer y decidir acciones de amparo en que se encuentren involucrados intereses colectivos o difusos.

En consecuencia de todo lo expuesto, y en virtud de la infracción al artículo 49 numeral 4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al haberse violentado la garantía constitucional a ser juzgado por el “Juez natural”, se declara procedente la solicitud de revisión planteada por los abogados Ricardo Baroni Uzcátegui y José Eladio Quintero Martina, apoderados judiciales del ciudadano Rafael Esquivel Melo, Presidente de la Junta Directiva de la Federación Venezolana de Fútbol; y nula la decisión proferida en fecha 11 de marzo de 2005 por la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, en el expediente nº 05-000009. Así se decide.

Con el precedente pronunciamiento, no pretende esta Sala Constitucional atentar contra el derecho a la participación de quienes se postulan a ocupar los cargos directivos de la Federación Venezolana de Fútbol (FVF), sino que, por la circunstancia tan relevante que se plantea, debe dársele preeminencia a los postulados constitucionales que en materia deportiva y recreacional establece nuestra Carta Magna, los cuales conforman para el caso que nos ocupa y para el momento histórico actual, un verdadero sentimiento nacional, que en ningún sentido podría ponerse en riesgo, en virtud de la situación coyuntural que en materia electoral se presenta en la Federación Venezolana de Fútbol (FVF). Así se establece.

b. *Sala Electoral*

TSJ-SE (2)

5-3-2005

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Federación Venezolana de Fútbol vs. Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Fútbol.

La Sala Electoral reitera la jurisprudencia existente referente a su competencia para conocer de las acciones amparo autónomo que se interpongan contra actos, actuaciones u omisiones sustancialmente electorales de los titulares de los órganos administrativos, distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En primer lugar cabe señalar que en sentencia número 77 del 27 de mayo de 2004 (caso *Julián Niño*), con ocasión a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Electoral, con la finalidad de interpretar las competencias que le atribuyó dicha Ley, estableció lo siguiente con relación a su competencia para conocer de acciones de amparo autónomo, dando continuidad a los criterios jurisprudenciales de la Sala a este respecto:

“... hasta tanto se dicte la correspondiente ley y la Sala Electoral sea el único órgano integrante de la jurisdicción contencioso electoral, le seguirá correspondiendo conocer las acciones de amparo autónomo contra los actos, actuaciones u omisiones sustantivamente electorales de los titulares de los órganos distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que lógicamente detenten competencia en materia electoral...”.

Por otra parte el referido criterio resulta cónsono con la conclusión a la que arribó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia número 1555 de fecha 8 de diciembre de 2000, en la cual expresó lo siguiente:

“h) Corresponderá a la Sala Electoral el conocimiento de las acciones amparo autónomo que se interpongan contra actos, actuaciones u omisiones sustancialmente electorales de los titulares de los órganos administrativos, distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”.

Por su parte, esta Sala Electoral también ha establecido por vía jurisprudencial (véase al respecto la referida sentencia número 77 del 27 de mayo de 2004) que le corresponde conocer, en forma exclusiva y excluyente, el control de la legalidad y constitucionalidad de los actos sustantivamente electorales emanados de los órganos del Poder Electoral, así como de los dictados por los entes enunciados en el numeral 6 del artículo 293 constitucional y, en el caso de amparo constitucional, conoce del mismo cuando fuese ejercido conjuntamente con el recurso contencioso electoral. Así mismo, en dicho fallo se estableció que dado que éste órgano judicial es el único que actualmente integra la jurisdicción contencioso electoral,

le corresponde conocer de los “...recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos de naturaleza electoral emanados de sindicatos, organizaciones gremiales o colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y de otras organizaciones de la sociedad civil”.

Por otra parte, cabe destacar que en un caso similar al de autos, esta Sala Electoral señaló, con relación al ente cuya actuación o omisión se considera violatorio de derechos constitucionales “...que el proceso de elección de la Junta Directiva y Consejo de Honor de la Federación Venezolana de Deportes Acuáticos, efectuado el 10 de marzo de 2001, constituye un acto jurídico colectivo en el que a través de una manifestación de soberanía en lo social, se realizó una selección de preferencia; que la existencia del Reglamento de Elecciones de la mencionada Federación tiene influencia directa en la materia electoral y le está inescindiblemente relacionado; y, dado que la Federación Venezolana de Deportes Acuáticos -órgano que en primera instancia emanó el acto recurrido- coincide con lo que en sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, n° 656 del 30 de junio de 2000 y n° 1395 del 30 de junio de 2000, se ha llamado ‘sociedad civil’, entendida como la organización democrática de la sociedad, no estatal, política, religiosa o militar, que busca fines públicos coincidentes con los del Estado; en este caso, promover el Deporte como derecho social y como actividad esencial para la formación integral de la persona humana (artículo 1° de la Ley del Deporte). En consecuencia, resulta claro que en la presente causa el acto impugnado es un acto de naturaleza electoral emanado de una organización de la sociedad civil”. (Sentencia número 113 del 28 de agosto de 2001, cuyo criterio fue reiterado en sentencia número 176 del 21 de octubre de 2003).

Ahora bien, aprecia la Sala que el objeto de la presente acción de amparo constitucional lo constituye la amenaza de aplicación de unas normas contenidas en varios artículos del Reglamento Electoral que regulan los actos preparatorios realizados por la Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Fútbol en el marco de la elección de la Junta Directiva y el Consejo de Honor de dicha Federación, por lo que resulta obvio que las actuaciones denunciadas provienen de un ente distinto a los previstos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en el curso de un proceso electoral. Observa igualmente la Sala que en el presente caso se alega la vulneración, entre otros, de un derecho constitucional de evidente naturaleza electoral, como es el derecho al sufragio. En consecuencia, la Sala atendiendo a la naturaleza de la acción y a los razonamientos anteriormente expuestos, concluye que es este juzgador el órgano competente para conocer, en primera y única instancia de la acción de amparo constitucional interpuesta, y así expresamente se declara.

TSJ-SE (11)

17-3-2005

Magistrado Ponente: Rafael Arístides Rengifo Camacaro

Caso: Oswaldo González Sanabria vs. Federación Venezolana de Tenis.

La presente acción de amparo constitucional ha sido interpuesta contra la conducta omisiva en que habría incurrido la Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Tenis, al no suministrar la información necesaria sobre el Reglamento Electoral y el registro de electores correspondiente a la elección de la Junta Directiva y Consejo de Honor de la referida Federación. En vista de ello, el accionante alegó el menoscabo de sus derechos a la igualdad, a la participación y al sufragio, reconocidos en los artículos 21, 62 y 63 de la Constitución, así como en distintos textos normativos internacionales.

Al respecto, se observa que sentencia de esta Sala, número 77 del 27 de mayo de 2004, con ponencia del Magistrado Luis Martínez Hernández, señaló que además de las atribuciones competenciales que le corresponden conforme a lo dispuesto en el artículo 5, numerales 46 al 52 (los dos primeros referidos a competencias específicas y exclusivas y los

restantes a competencias comunes a todas las Salas de esta Máxima Instancia Judicial) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, hasta tanto se dicte la legislación correspondiente, a la misma le sigue correspondiendo conocer de los asuntos y materias enunciados en las sentencias de esta Sala, números 2 del 10 de febrero de 2000 y 90 del 26 de julio de 2000, ambas con ponencia del Magistrado José Peña Solís y en el ulterior desarrollo jurisprudencial que sobre ellas se ha sentado.

En este sentido, la sentencia *in commento*, aclara que en materia de amparo constitucional permanece inalterado el criterio tantas veces reiterado por este Alto Tribunal, conforme al cual la competencia para conocer de la acción de amparo constitucional viene determinada, en principio, por una suerte de paralelismo competencial, es decir, por la aplicación de un criterio material o sustantivo y por un criterio orgánico, orientado el primero por la materia afín con la naturaleza del derecho o garantía constitucional que se considera vulnerado (criterio de afinidad), y, el segundo, por el órgano o la persona a quien se le imputa la conducta lesiva, es decir, se trata de un elemento de carácter subjetivo. Ello, al entender que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales estableció que será competente en vía de amparo el mismo Tribunal que lo sería en el caso concreto si el interesado hubiese utilizado las vías jurisdiccionales ordinarias.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales antes citados, debe observarse que unos de los derechos supuestamente lesionados son el derecho al sufragio y a la participación política, lo cual deriva, en criterio del accionante, del hecho de que la Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Tenis omitió informar sobre la normativa aplicable y el registro de electores participantes en la próxima elección de la Junta Directiva y el Consejo de Honor de la referida Federación, impidiéndole ejercer el debido control y revisión de las elecciones. Siendo así, es evidente que la controversia se plantea con ocasión del ejercicio de un derecho político en el marco de un proceso electoral, de lo cual necesariamente cabe concluir que la actuación (conducta omisiva) alegada como violatoria de derechos constitucionales, es una omisión sustantivamente electoral, en el sentido que se expuso en las sentencias antes parcialmente transcritas.

Así pues, estando planteada la presente acción de amparo constitucional en el ámbito de desenvolvimiento de un proceso electoral interno de una organización de la sociedad civil, y siendo los derechos constitucionales invocados como lesionados afines con la materia de la que conoce esta Sala Electoral, y por cuanto el acto objeto emana de un órgano distinto a los previstos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la misma se declara competente para conocer de la presente causa. Así se decide.

c. *Cortes de lo Contencioso Administrativo*

TSJ-SC (24)

15-2-2005

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Pedro Ángel Vázquez vs. Instituto Nacional de Parques.

En sentencia del 20 de enero de 2000 (caso *Emery Mata Millán*), esta Sala Constitucional estableció que le corresponde el conocimiento directo, en única instancia, de las acciones de amparo constitucionales incoadas contra los altos funcionarios a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, lo cual asegura que el control de la violación constitucional a un derecho o garantía por parte de los hechos, actos u omisiones de tales autoridades "sean decididos con mayor certeza dado su posible incidencia en el acontecer político del Estado".

En este contexto el artículo 5.18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela dispone:

“Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República:

(Omissis)

18. Conocer en primera y última instancia las acciones de amparo constitucional interpuestas contra los altos funcionarios públicos nacionales.”

Ahora bien, esta Sala observar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en concordancia con el numeral 18 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el fuero especial allí previsto debe reunir dos requisitos intrínsecos, cuales son la jerarquía constitucional y el carácter nacional, es decir, que la actividad de la autoridad derive de un mandato expreso de la Constitución y que su competencia sea ejercida en todo el territorio de la República, afectando así múltiples factores políticos, sociales y económicos de la Nación. Por consiguiente, observa esta Sala que el referido fuero especial no puede ser extendido a todo tipo de autoridad del Poder Público que no se encuentren dentro del supuesto contenido en la norma mencionada.

Visto que en el caso de autos la acción de amparo constitucional fue ejercida contra actos proveniente del Instituto Nacional de Parques (INPARQUES), el cual escapa al enunciado del artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala coherente con el criterio establecido en la sentencia antes mencionada, se declara incompetente para conocer de la presente acción.

Determinado lo anterior, esta Sala observa que el acto administrativo objeto del amparo constitucional proviene específicamente de un Instituto Autónomo nacional, adscrito al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, cual es el Instituto Nacional de Parques (INPARQUES), de cuyos actos, hechos u omisiones, de conformidad con el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en atención al criterio sostenido por esta Sala en sentencia del 8 de diciembre de 2000 (caso *Yoslina Chanchamire Bastardo*), le corresponde conocer a la jurisdicción contencioso administrativa y dentro de la misma a las Cortes de lo Contencioso Administrativa, en razón de que la competencia atribuida a éstas resulta afín con la naturaleza del acto impugnado.

En virtud de lo expuesto, esta Sala declara competente para conocer del presente caso a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, por lo que ordena remitirle el expediente a los fines de que se emita pronunciamiento acerca de la acción de amparo constitucional propuesta por el ciudadano Pedro Ángel Vásquez. Así se declara.

CSCA (02)

17-1-2005

Magistrado Ponente: Jesús David Rojas Hernández

Caso: Georgina Perozo de Romero y otros vs. INAVI.

En sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 20 de enero de 2000, recaída en el caso *Emery Mata Millán*, la cual es de carácter vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se establecieron los parámetros para la distribución de la competencia en materia de amparo, y en tal sentido, se dispuso en el punto 3 del capítulo titulado “Consideración Previa”, lo siguiente:

“Corresponde a los Tribunales de Primera Instancia de la materia relacionada o afín con el amparo, el conocimiento de los amparos que se interpongan, distintos de los expresados en los números anteriores (amparos contra los funcionarios mencionados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, amparos contra decisiones judiciales de última instancia y amparo, apelaciones y consultas de decisiones de amparo dictadas en Primera Instancia), siendo los Superiores de dichos Tribunales quienes conocerán las apelaciones y consultas que emanen de los mismos, de cuyas decisiones no habrá apelación ni consulta” (Paréntesis nuestro).

El fallo parcialmente transcrito concuerda con el criterio jurisprudencial reiterado hasta la fecha, conforme al cual las atribuciones de los Tribunales con competencia en lo Contencioso Administrativo, para conocer de las pretensiones autónomas de amparo constitucional, se determinan no solo en razón de la aplicación sucesiva de los criterios de afinidad con los derechos pretendidamente violados, sino también en atención al órgano del cual emana el hecho, acto u omisión que se dice violatorio de los derechos constitucionales invocados, pues este último criterio permite determinar el Tribunal de primer grado de jurisdicción constitucional, dentro del ámbito de lo contencioso administrativo, al cual corresponde el conocimiento de la pretensión.

Atendiendo a lo antes expuesto, se observa que en el presente caso se ha denunciado la violación de los derechos constitucionales a la vivienda (artículo 82) a disponer libremente de bienes y servicios de calidad (artículo 117), a la integridad física (artículo 46), derecho a la defensa, al debido proceso y a ser oído (artículo 49) y a la igualdad (artículo 21), como consecuencia de la actuación por parte del ente accionado –Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI)- consistente en desincorporarlos de la lista de adjudicatarios de unas viviendas ubicadas en la urbanización Colinas de Venus en Quebrada de Cúa. Así, los derechos mencionados contenidos en nuestra Carta Magna señalados como presuntamente infringidos, han sido calificados por la jurisprudencia como aquellos derechos “neutros”, por lo que estima esta Corte que dentro de la específica relación jurídica descrita, resulta afín con las materias que se ventilan por ante los órganos jurisdiccionales con competencia en lo contencioso administrativo.

Ahora bien, determinado el criterio material y previo a determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de la pretensión de amparo constitucional ejercida, esta Corte considera pertinente realizar ciertas consideraciones. A tal efecto se observa que en el presente caso la pretensión de amparo constitucional está dirigida contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA (INAVI), órgano cuya actividad administrativa en la materia que nos ocupa se encuentra sometido al control de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo de conformidad con lo establecido en la sentencia n° 2271 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 24 de noviembre de 2004, recaída en el caso *Tecno Servicios YES'CARD, C.A.*

De esta manera, visto que el Órgano Administrativo emisor del acto impugnado tiene atribuida su competencia a nivel nacional y que el conocimiento de la presente causa no está atribuida expresamente a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con las previsiones contenidas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, ni pudiera estar atribuido a los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo por cuanto se trata de un órgano con competencia nacional y el objeto de la pretensión no está relacionada con la competencia asignada a dichos Tribunales por la materia; por lo cual resulta preciso para esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, a fin de cumplir con su labor jurisdiccional y en aras de garantizarle a los justiciables el derecho a la tutela judicial efectiva de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, establecida en el artículo 26 de la República Bolivariana de Venezuela, declarar su competencia para conocer la presente causa. Así se decide.

B. Admisibilidad**a. Condiciones de admisibilidad****CSCA (02)****17-1-2005**

Magistrado Ponente: Jesús David Rojas Hernández

Caso: Georgina Perozo de Romero y otros vs. INAVI.

En el caso de la interposición de la acción de amparo constitucional, el juez constitucional debe hacer un previo análisis, aplicado al caso concreto, del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, junto con el estudio de la figura típica de admisión prevista en los artículos 18 y 19 *eiusdem*, a los efectos de darle entrada a la pretensión y luego poder sustanciar y decidir dicho proceso. Ello no obsta, sin embargo, a que en la sentencia definitiva, pueda decidir alguna causal que no haya podido ser determinada u observada, al momento de la admisión de la pretensión constitucional, en virtud del carácter de orden público de dichas causales.

Determinado lo anterior esta Corte pasa a pronunciarse acerca de la admisibilidad de la presente pretensión de amparo constitucional y en tal sentido observa:

El artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece los extremos que debe contener la solicitud de amparo constitucional y el artículo 19 *eiusdem* prevé la posibilidad de corregir la solicitud de amparo cuando no llene los requisitos del mencionado artículo 18, para lo cual se establece un lapso de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación -acerca del defecto u omisión de su libelo- para que corrija su solicitud, y cumpla con los requisitos contenidos en el mencionado artículo 18, lo cual de no producirse conducirá al juez a declarar inadmisibile el amparo solicitado.

Si el mencionado artículo 19, contiene una orden de “no admitir” cuando la solicitud no cumple con ciertos requisitos, y no es reformada a tiempo, por interpretación en contrario, es obvio que la solicitud que sí cumpla con los requisitos contenidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debe ser “admitida”, a los efectos de darle el trámite procedimental correspondiente.

No obstante, el artículo 6 de la Ley citada, consagra las llamadas “causales de inadmisibilidad” de la pretensión constitucional de amparo, las cuales vendrían a configurar una previsión del legislador, para evitar que se tramite en vano un proceso de tanta envergadura, y con características esenciales tan típicas, (movilización inmediata del aparato jurisdiccional del Estado, preferencia de tramitación sobre cualquier otro asunto, entre otros), por lo cual, deben ser analizadas al momento de dilucidar la admisión de la pretensión, quedando a salvo la posibilidad de que en algún caso específico con características singulares, dichas causales de inadmisibilidad sólo puedan observarse al final de la sustanciación del proceso.

En consecuencia, el juez constitucional debe hacer un previo análisis, aplicado al caso concreto, del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, junto con el estudio de la figura típica de admisión del amparo prevista en los artículos 18 y 19 *eiusdem*, a los efectos de dar entrada a la pretensión de amparo constitucional, para luego poder sustanciar y decidir dicho proceso.

Ello no obsta, sin embargo, a que en la sentencia definitiva, pueda decidir alguna causal que no haya podido ser determinada u observada, al momento de la admisión de la pretensión constitucional, en virtud del carácter de orden público de dichas causales (*Ver* sentencia

de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 10 de noviembre de 2000, expediente n° 00-23635, caso *Nieves del Socorro Núñez vs. Municipio Naguanagua del Estado Carabobo*).

Con respecto al caso de marras, esta Alzada observa que los recurrentes alegaron que le fueron conculcados los derechos constitucionales a la vivienda (artículo 82) a disponer libremente de bienes y servicios de calidad (artículo 117), a la integridad física (artículo 46), derecho a la defensa, al debido proceso y a ser oído (artículo 49) y a la igualdad (artículo 21), como consecuencia de la actuación por parte del ente accionado –Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI)- consistente en desincorporarlos de la lista de adjudicatarios de unas viviendas ubicadas en la urbanización Colinas de Venus en Quebrada de Cúa.

En consecuencia, este Órgano Jurisdiccional advierte que, revisadas como han sido las actas procesales que conforman el presente expediente, debe admitirse el amparo constitucional interpuesto, por cuanto se encuentran cubiertos los extremos establecidos en los artículos 6 y 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sin perjuicio de que puedan revisarse las causales de inadmisibilidad de la pretensión en la oportunidad procesal para dictar el fallo definitivo. Así se declara

Con base en tal fundamento, esta Corte ordena la notificación a las partes presuntamente agraviadas a los fines de que comparezca en el término de noventa y seis (96) horas contadas a partir de la práctica de la última de las notificaciones aquí ordenadas, con el objeto de conocer la fecha y hora en la cual se realizará la audiencia constitucional.

Igualmente, se ordena la notificación del INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA (INAVI) a través de su representación legal, parte presuntamente agravante, a los fines que comparezca en el término de noventa y seis (96) horas contadas a partir de la práctica de la última de las notificaciones aquí ordenadas, con el objeto de conocer la fecha y hora en la cual se realizará la audiencia constitucional, con la advertencia de que la falta de comparecencia a la referida audiencia se entenderá como aceptación de los hechos denunciados.

En el mismo sentido, y atendiendo a lo dispuesto en los artículos 280, 281 y 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1 y 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 27 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Corte considera que en el presente caso se hace necesaria la intervención de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Público como protectores y garantes de los derechos denunciados como vulnerados. En consecuencia, se ordena la notificación del ciudadano FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA y del ciudadano DEFENSOR DEL PUEBLO, a fin de que comparezcan por sí o por medio de los funcionarios que consideren pertinentes acreditar ante este Órgano Jurisdiccional, ante la sede de esta Corte a conocer el día y hora en que tendrá lugar la audiencia oral de las partes, cuya fijación y práctica se efectuará dentro de las noventa y seis (96) horas contadas a partir de la última de las notificaciones antes mencionadas. Así se decide.

b. *Consignación de la copia auténtica del fallo en los amparos contra sentencias*

TSJ-SC (32)

17-2-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Iván R. González C. vs. Decisión del Tribunal de Control del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

La consignación de la copia auténtica del fallo que se impugne mediante el ejercicio de la acción de amparo constituye una formalidad esencial cuyo incumplimiento acarrea, como lo ha establecido reiteradamente esta Sala, la declaración de inadmisibilidad de la pretensión de tutela constitucional.

Por último, se observa que la parte actora consignó, como soporte documental de su pretensión de tutela, copias simples del auto que impugnó en la presente causa y de actuaciones jurisdiccionales y del Ministerio Público que se encuentran relacionadas con la decisión en referencia. Se aprecia, igualmente, que, en ningún momento, dicho accionante incorporó a las actas de este proceso las copias certificadas de los instrumentos que antes fueron mencionados. Bajo tal circunstancia se celebró la audiencia pública que establece el artículo 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Al respecto, debe la Sala reproducir lo que, en materia de pruebas documentales, estableció en su fallo n° 07 que, con fuerza vinculante, de conformidad con el artículo 335 de la Constitución, pronunció el 01 de febrero de 2000:

“La amplitud en las formalidades no puede significar que la prueba, máximo elemento de convicción, pueda ser relajada o ignorada, y por ello considera esta Sala que si bien pueden aceptarse copias de documentos auténticos que se acompañan a los escritos de amparo, los originales o copias certificadas de dichos documentos deben ser presentados durante el proceso de amparo y que ninguna medida cautelar, cuando los hechos se verifican con documentos, puede decretarse fundada en documentos que carecen de autenticidad. Los instrumentos no auténticos solo transmiten verosimilitud, la cual produce sus efectos en un proceso como el de amparo, breve, sin formalidades y oral, lo que conduce a la inmediatez en la recepción de las pruebas. En el caso de autos, los accionantes alegan los hechos que se sintetizaron en la motiva de este fallo, y los verifican con copias de documentos, que dada la naturaleza de urgencia del amparo permite que dichas copias se tomen en cuenta solo para la admisión, sujetos a que en la forma como luego se señala en este fallo, sean agregados a los autos los originales o las copias certificadas...”

Cuando el amparo sea contra sentencias, las formalidades se simplificarán aún más y por un medio de comunicación escrita que deberá anexarse al expediente de la causa donde se emitió el fallo, inmediatamente a su recepción, se notificará al juez o encargado del Tribunal, así como a las partes en su domicilio procesal, de la oportunidad en que habrá de realizarse la audiencia oral, en la que ellos manifestarán sus razones y argumentos respecto a la acción. Los amparos contra sentencias se intentarán con copia certificada del fallo objeto de la acción, a menos que por la urgencia no pueda obtenerse a tiempo la copia certificada, caso en el cual se admitirán las copias previstas en el artículo 429 del Código Procedimiento Civil, **no obstante en la audiencia oral deberá presentarse copia auténtica de la sentencia**” (resaltado de la Sala).

La consignación de la copia auténtica del fallo que se impugne mediante el ejercicio de la acción de amparo constituye, entonces, una formalidad esencial cuyo incumplimiento acarrea, como lo ha establecido reiteradamente esta Sala, la declaración de inadmisibilidad de la pretensión de tutela constitucional. Se reafirma el carácter esencial de dicha formalidad, porque es sólo mediante la disponibilidad del referido documento público como puede tenerse verdaderamente certeza del contenido de la decisión judicial, como supuesto indispensable para el pronunciamiento sobre la procedencia de la pretensión de tutela, tal como también lo ha establecido esta Sala. Así las cosas, si bien el accionante pudo presentar válidamente su escrito de demanda de amparo y, como fundamento de la misma, anexar copias instrumentales simples, razón por la cual su demanda fue en principio admitida, debió haber consignado, a más tardar, para la oportunidad de la celebración de la audiencia pública correspondiente a la primera instancia del proceso de amparo, las respectivas copias certificadas. Al respecto, esta Sala ha establecido, en favor de la garantía fundamental de la tutela judicial efectiva, que el órgano jurisdiccional debe requerir del accionante la subsanación de la predicha omisión o, incluso, si dicha parte ha alegado que le resulta imposible obtener tales certificaciones, el

tribunal constitucional puede exigir, del Juez a quien se le impute la violación constitucional, la remisión de dichas copias. Efectivamente, en fecha tan reciente como el 08 de septiembre de 2004, esta Sala estableció, en su fallo n° 1978:

“...Asimismo, puede apreciarse que el apoderado de la accionante corrigió el escrito contentivo de la acción de amparo, pero no consignó, ni siquiera en copia simple, la decisión contra la cual accionó, por lo cual el referido Juzgado Superior declaró inadmisibles la presente acción. En este sentido esta Sala observa que el accionante alegó en dos oportunidades, ante el Tribunal de amparo, que solicitó copias certificadas de la decisión accionada al Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida y dicho Juzgado, hasta la fecha de corrección del escrito, no había otorgado las mencionadas copias certificadas, por lo que además estimó vulnerado el derecho de oportuna respuesta contemplado en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Ahora bien, observa la Sala que en el caso bajo estudio el Tribunal Superior que conoció la acción de amparo incoada, ante la denuncia por parte del accionante referida a que el Juzgado de Primera Instancia negó otorgar copia certificada de la decisión accionada, debió, con fundamento en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, solicitar al mismo las copias certificadas de la sentencia presuntamente lesiva a los derechos constitucionales de la parte actora, para así garantizar el acceso a la justicia. En este sentido se ha pronunciado la Sala en sentencia del 3 de julio de 2002, (Caso *José Elegno Mora Díaz*) en la cual señaló: ‘La norma contenida en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales se aplica cuando del examen del expediente y de los documentos que han sido consignados ante el órgano jurisdiccional, se constate que el apoderado actor no acompañó recaudo alguno que sustente su pretensión, razón por la cual el tribunal, a los fines de resolver acerca de la admisibilidad de la acción, **deberá necesariamente requerir a la parte actora o al presunto agravante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, prueba de lo alegado, la cual deberá consignarse en el lapso de cinco (5) días de despacho a partir de la notificación de la decisión que ordene la corrección**’ (subrayado de la Sala). En razón de lo anterior la Sala estima que el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida debió oficiar al Juzgado de Primera Instancia a fin de que este le remitiera la decisión objeto de la presente acción de amparo, motivo por el cual la Sala revoca el fallo dictado el 6 de abril de 2003, por el mencionado Juzgado que declaró inadmisibles la acción de amparo constitucional y ordena al señalado Juzgado Superior, pronunciarse nuevamente en relación a la admisibilidad de la acción de amparo, previo oficio al Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, para que remita la sentencia objeto de amparo y así se decide” (resaltado actual, por la Sala).

Por último, recuerda esta Sala su pronunciamiento contenido en el fallo n° 1623, de 16 de junio de 2003:

“Según sentencia dictada el 1 de febrero de 2000 por esta Sala, caso *José Amando (sic) Mejía*, los amparos contra sentencias, se intentarán con copia certificada del fallo objeto de la acción, a menos que por la urgencia no pueda obtenerse a tiempo la copia certificada, caso en el cual se admitirán las copias previstas en el artículo 429 del Código Procedimiento Civil, no obstante, en la audiencia oral deberá presentarse copia auténtica de la sentencia accionada. Ahora bien, a la presente acción de amparo constitucional fue anexada copia simple y no certificada de la decisión accionada, como lo es el auto dictado el 10 de abril de 2001 por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, mediante el cual se libró despacho al Juzgado Ejecutor de Medidas de los Municipios Valencia, Libertador, Los Guayos, Naguanagua y San Diego de la referida Circunscripción Judicial, ‘...con la finalidad de hacer cumplir lo acordado por auto firme de fecha 08 de agosto de 2000...’ en juicio seguido por ‘...José Aníbal Rodríguez contra Martha Amelia Gutiérrez Tarazona y otros por partición...y que es del tenor siguiente...’ Vista las solicitudes formuladas por el abogado actor JOSÉ ANIBAL RODRÍGUEZ MOTOLONGO...el Tribunal para decidir, considera...que

las partes de acuerdo a la partición amigable efectuada, se comprometieron a pagar en igualdad de proporciones los gastos de...pared divisoria que se levantará con bloques de arcilla, columnas de hierro..., cada parte apartará el 50% de los costos ... El Tribunal en consecuencia, autoriza la construcción de la referida pared divisoria, con sujeción a lo acordado por las partes...'. **Igualmente, la Sala observa que, el Juzgado a quo el 30 de abril de 2001, ordenó al accionante, vista la solicitud de amparo interpuesta, '...dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la correspondiente notificación ... así como acompañar copias de las actuaciones que cursan en el juicio principal de partición, sin perjuicio de que las copias certificadas las produzca en la Audiencia Constitucional, habida cuenta que las actuaciones en copia simple no permiten tener una secuencia del proceso, y si las mismas son o no del mismo juicio de partición' y, no obstante ello, no trajo a los autos la copia certificada de la decisión accionada. Al respecto se observa, que dicha consignación de la copia certificada de la decisión accionada, es una carga obligatoria del accionante y requisito indispensable para la decisión de la acción de amparo, por ser el documento fundamental de la pretensión de tutela constitucional, y siendo que el accionante no consignó la misma en la oportunidad de la audiencia constitucional, la acción de amparo resultaba inadmisibles de conformidad con el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, tal como lo declaró el a quo.** Igualmente, como consecuencia, de tal declaratoria, la medida cautelar innominada dictada en el curso del proceso de amparo debía ser suspendida, como en efecto se realizó en la decisión objeto de la apelación, dado su carácter accesorio de la acción de amparo constitucional. Asimismo, esta Sala Constitucional comparte el criterio sustentado por el Juzgado Superior Primero en la sentencia apelada en el sentido que la presente acción de amparo no puede ser calificada de temeraria, por cuanto el accionante consideró que esta era una vía para restablecer sus derechos presuntamente violados, por una decisión judicial, sin que se observe que ello, implique temeridad en la acción. Por otra parte, la sentencia de amparo dictada en primera instancia de la cual conoce la Sala, declaró que la acción de amparo resultaba igualmente inadmisibles, por cuanto, el quejoso ejerció el recurso de apelación contra una sentencia dictada en el juicio principal el 31 de mayo de 2000, -decisión que no cursa en el expediente- al respecto la Sala no comparte tal criterio por cuanto el auto accionado es posterior a dicha decisión, y así se declara. En virtud de las anteriores consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia confirma en estos términos la sentencia objeto de la presente apelación, dictada el 27 de mayo de 2002 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, mediante la cual se declaró inadmisibles la acción de amparo constitucional interpuesta. DECISIÓN. Por las razones precedentemente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara SIN LUGAR la apelación ejercida contra la sentencia dictada el 27 de mayo de 2002 por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, que declaró inadmisibles la acción de amparo constitucional incoada por el ciudadano NICOLAS BENVENUTO, asistido por el abogado José Luis Cabré, contra el auto dictado el 10 de abril de 2001, por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la referida Circunscripción Judicial.

Se desprende de las decisiones cuya reproducción parcial precede que, ante la omisión de consignación de la copia auténtica del auto que se impugnó mediante el ejercicio de la acción de amparo, la primera instancia constitucional debió, de conformidad con el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ordenar al accionante la subsanación de dicha falta, con apercibimiento de declaración de inadmisibilidad, o bien, como lo ha practicado reiteradamente esta Sala, expresar la correspondiente advertencia en el propio auto mediante el cual admitiera, *prima facie*, la acción de amparo. En el presente caso, la primera instancia constitucional, mediante auto de 15 de abril de 2003, ordenó al accionante la subsanación de omisiones de cumplimiento de requisitos que contiene el artículo 18, cardinales 2 y 3, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, omisiones estas que, una vez subsanadas, a juicio del a quo, dieron lugar a que éste, sin más, declarara la admisibilidad de la acción. Sin embargo, no advirtió a dicho

demandante, conforme a la citada doctrina de esta Sala, sobre la necesidad de cumplimiento de otro requisito que aún debía ser satisfecho –la consignación de copia auténtica de la decisión que era el objeto de la presente impugnación, lo cual podía haber hecho todavía en la oportunidad de la audiencia pública que la Ley fija en la primera instancia del procedimiento de amparo. No lo hizo así el *a quo* y, de esta manera, decidió, sin que tuviera certeza jurídica alguna sobre el auténtico contenido de la decisión que se impugnó en esta causa, lo cual lleva a esta Sala a la conclusión de que el fallo que es objeto del actual examen adolece de ausencia de motivación, lo cual debe conducir a la declaración de nulidad de la misma, de conformidad con el artículo 173 del Código Orgánico Procesal Penal. El anterior pronunciamiento debería producir la reposición de la causa al estado de que el *a quo* ordene la subsanación de la omisión en que incurrió el actor, según se acaba de referir; ello, como requisito necesario para que esta alzada pudiera entrar, en la oportunidad legal, a la valoración del fondo de la pretensión. Sin embargo, por razón del veredicto que expresará en el próximo párrafo, la Sala concluye que se trataría de una reposición inútil, contraria al principio de celeridad procesal que proclaman los artículos 26 y 257 de la Constitución. Así se declara. Por consiguiente, la Sala dictará sentencia, en definitiva, con base en los motivos que contiene el aparte que sigue.

c. Existencia de medios judiciales ordinarios

TSJ-SC (17)

15-2-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Producción e Inversión Agrícola Proinvisa S.A. vs. Decisión Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Penal, en Funciones de Juicio, del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo.

Ante la interposición de una demanda de amparo contra sentencia, necesariamente el tribunal constitucional debe verificar la existencia o no de un eficaz mecanismo de impugnación contra la decisión que se ataca, lo cual, en el primer caso, condiciona la admisibilidad de ese amparo a la interposición del otro medio judicial preexistente.

Es doctrina reiterada de esta Sala que, en los casos en que se denuncian violaciones al debido proceso y al derecho a la defensa como consecuencia de error, fraude o ausencia de citación del demandado en juicio, la invalidación constituye un medio idóneo para lograr el restablecimiento de la situación jurídica cuya infracción se alega, por cuanto la procedencia de la misma, en estos casos, conlleva a la reposición del juicio al estado de la interposición de la demanda, tal como lo establece el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, al tiempo que impide la ejecución de la decisión judicial que se ataca, siempre que el demandante otorgue la caución a la que se refiere el artículo 333 *iusdem*. (Cfr. s.S.C. n°s. 856/28-7-00; 249/14-02-02; 439/15-03-02; 610/25-03-02; 1879/12-08-02; 3154/06-02-02; 3212/12-02-02 y 143/13-02-03).

No consta en autos que la quejosa haya ejercido la invalidación o prueba de algún obstáculo que le haya impedido ejercerlo, por lo que resulta forzosa para esta Sala la declaración de inadmisibilidad de la demanda de amparo por estar incurrida en la causal del cardinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En este sentido, esta Sala ha establecido, en reiteradas decisiones, las condiciones en las cuales opera la demanda de amparo, para lo cual señaló:

“...es criterio de esta Sala, tejido al hilo de los razonamientos precedentes, que la *acción de amparo constitucional* opera bajo las siguientes condiciones:

a) Una vez que los medios judiciales ordinarios han sido agotados y la situación jurídico constitucional no ha sido satisfecha; o

b) Ante la evidencia de que el uso de los medios judiciales ordinarios, en el caso concreto y en virtud de su urgencia, no dará satisfacción a la pretensión deducida.

La disposición del literal a), es bueno insistir, apunta a la comprensión de que el ejercicio de la tutela constitucional por parte de todos los jueces de la República, a través de cualquiera de los canales procesales dispuestos por el ordenamiento jurídico, es una característica inmanente al sistema judicial venezolano; por lo que, en consecuencia, ante la interposición de una acción de amparo constitucional, los tribunales deberán revisar si fue agotada la vía ordinaria o fueron ejercidos los recursos, que de no constar tales circunstancias, la consecuencia será la inadmisión de la acción, sin entrar a analizar la idoneidad del medio procedente, pues el carácter tuitivo que la Constitución atribuye a las vías procesales ordinarias les impone el deber de conservar o restablecer el goce de los derechos fundamentales, por lo que bastaría con señalar que la vía existe y que su agotamiento previo es un presupuesto procesal a la admisibilidad de la acción de amparo.

La exigencia del agotamiento de los recursos a que se refiere el aludido literal a), no tiene el sentido de que se interponga cualquier recurso imaginable, sino sólo los que permitan reparar adecuadamente lesiones de derechos fundamentales que se denuncian. No se obliga, pues, a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación que puedan estar previstos en el ordenamiento procesal, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiesten ejercitables y razonablemente exigibles...” (s. S.C. n° 1496, de 13-08-01, exp. 00-2671. Resaltado añadido).

De lo anterior se desprende que, ante la interposición de una demanda de amparo contra sentencia, necesariamente el tribunal constitucional debe verificar la existencia o no de un eficaz mecanismo de impugnación contra la decisión que se ataca, lo cual, en el primer caso, condiciona la admisibilidad de ese amparo a la interposición del otro medio judicial preexistente, máxime si se atiende al deber tuitivo de los derechos y garantías fundamentales que la vigente Constitución impone a todos los jueces de la República en su loable misión de impartir justicia, de lo cual se concluye que el amparo constituye un mecanismo adicional en la defensa de tales derechos y garantías.

En cuanto a la posibilidad de escogencia entre el amparo y el medio judicial preexistente, esta Sala amplió su doctrina a los medios judiciales de naturaleza extraordinaria, cuando señaló:

“...De modo pues que, a juicio de esta Sala, si la decisión es susceptible de impugnación mediante el recurso extraordinario de casación, su falta de ejercicio configura, en principio, la causal de inadmisibilidad que establece el artículo 6, cardinal 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, salvo que el querellante ponga en evidencia razones suficientes y valederas que justifiquen realmente la admisión del amparo respecto de una sentencia susceptible de que sea recurrida en casación.

La violación o amenaza de violación de derechos fundamentales, el urgente restablecimiento de la situación jurídica infringida, la eventual irreparabilidad del daño y la circunstancial inidoneidad e ineficacia de las vías, medios o recursos judiciales preexistentes (ordinarios o extraordinarios) en un caso concreto, son circunstancias determinantes de la admisibilidad y procedencia de una demanda de amparo.

Corresponde entonces al supuesto agraviado la puesta en evidencia, en el escrito continente de su demanda, de tales circunstancias, de lo cual dependerá, en gran medida, el éxito de su pretensión.

La escogencia, por parte del querellante, entre la demanda de amparo y las vías, medios o recursos judiciales preexistentes (ordinarios o extraordinarios) es la excepción, no la regla, y es posible sólo cuando las circunstancias a que se hizo referencia *supra* así lo ameriten, para lo cual, se insiste, es necesario que el agraviado las ponga en evidencia ante el Juez, quien, en definitiva, las ponderará en cada caso..." (s S.C. n° 369 del 24-02-03, exp. 02-1563. Resaltado añadido).

En definitiva, la falta de agotamiento del mecanismo ordinario o extraordinario de impugnación de parte de la quejosa, así como la ausencia de razones suficientes y valederas que justifiquen, en este caso, la escogencia del amparo constitucional, conducen a la declaración de inadmisibilidad de la demanda de amparo, de conformidad con el cardinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; en consecuencia, se revoca el fallo que se apeló, y así se decide.

d. *Juicio de amparo pendiente de decisión*

TSJ-SC (08)

15-2-2005

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Efraín Enrique Orta Bermúdez vs. Decisión Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana.

La interposición de la acción de amparo cuanto ya se haya ejercido el mismo amparo previamente ante un Tribunal, el cual si bien esté pendiente de decisión o fue sentenciado por vía de apelación o consulta obligatoria, condiciona la admisibilidad de la acción de amparo que se interponga en aras de preservar la cosa juzgada y evitar la litispendencia con el subsecuente riesgo de sentencias contradictorias (artículo 6, numeral 8, Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

El fallo dictado el 20 de diciembre de 2004, por el Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, declaró inadmisibile la acción de amparo constitucional interpuesta contra la decisión de fecha 15 junio de 2004, emanada del Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con fundamento en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; por considerar que se estaba "(...) *en presencia de identidad de causas, lo que denota palmariamente que la quejosa, con antelación ha hecho uso de la vía de amparo constitucional para hacer valer los mismos hechos y derechos expuestos en la demanda que inicia estas actuaciones*".

En este sentido, el referido fallo del 15 junio de 2004 declaró con lugar la demanda por cumplimiento de contrato de arrendamiento y condenó a la demandada a hacer la entrega material del bien inmueble objeto del contrato a la parte actora, así como al pago de sumas de dinero derivadas de las cláusulas contractuales y por indemnización de daños y perjuicios.

Ahora bien, la Sala debe reiterar el criterio sustentado por ella en su sentencia n° 963/2001 del 5 de junio de 2001, recaída en el caso *José Ángel Guía y otros*, con relación de la admisibilidad del recurso, según lo establecido en el artículo 6, numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en la cual dejó sentado lo siguiente:

"En consecuencia, es criterio de esta Sala, formado al hilo de los razonamientos precedentes, que la acción de amparo constitucional, opera en su tarea específica de encauzar las demandas contra actos, actuaciones, omisiones o abstenciones lesivas de derechos constitucionales, bajo las siguientes condiciones:

a) Una vez que los medios judiciales ordinarios han sido agotados y la situación jurídico constitucional no ha sido satisfecha; o

b) Ante la evidencia de que el uso de los medios judiciales ordinarios, en el caso concreto y en virtud de su urgencia, no dará satisfacción a la pretensión deducida.

La disposición del literal a), es bueno insistir, apunta a la comprensión de que el ejercicio de la tutela constitucional por parte de todos los jueces de la República, a través de cualquiera de los canales procesales dispuestos por el ordenamiento jurídico, es una característica immanente al sistema judicial venezolano; por lo que, en consecuencia, ante la interposición de una acción de amparo constitucional, los tribunales deberán revisar si fue agotada la vía ordinaria o fueron ejercidos los recursos, que de no constar tales circunstancias, la consecuencia sea la inadmisión de la acción sin entrar a analizar la idoneidad del medio procedente, pues el carácter tuitivo que la Constitución atribuye a las vías procesales ordinarias los impone el deber de conservar o restablecer el goce de los derechos fundamentales; por lo que bastaría con señalar que la vía existe y que su agotamiento previo es un presupuesto procesal a la admisibilidad de la acción de amparo”.

En este orden de ideas, es criterio reiterado de la Sala Constitucional que la parte actora puede optar entre el ejercicio de la acción de amparo y la vía de impugnación ordinaria, siempre que manifieste los motivos por los cuales decidió hacer uso de la vía del amparo, pues de lo contrario se estarían atribuyendo a ésta los mismos efectos jurídicos de los recursos ordinarios, lo cual es adverso al espíritu del legislador.

Se observa que los argumentos utilizados por el *a quo*, para la declaratoria de inadmisibilidad de la acción de amparo interpuesta, se encuentran directamente vinculados con la causal de inadmisibilidad contenida en el artículo 6, numeral 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por cuanto ya se ejerció el mismo amparo previamente, el cual si bien está pendiente de decisión o ya fue sentenciado por vía de apelación o consulta obligatoria, condiciona la admisibilidad de la presente acción, en aras de preservar la cosa juzgada y evitar la litispendencia con el subsecuente riesgo de sentencias contradictorias.

Así, esta Sala en decisión nº 1614/2001 (caso *Sopelca*) delimitó el alcance de la causal del artículo 6, numeral 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en los siguientes términos:

“(...) no sólo se da cuando la acción esté pendiente de decisión, en sentido estricto, sino con mayor razón ('a fortiori') cuando la acción de amparo pendiente de decisión sea sentenciada. En efecto, en tal caso, habría cosa juzgada formal, con base en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que a la letra dice 'La sentencia firme de amparo producirá efectos jurídicos respecto al derecho o garantía objeto del proceso, sin perjuicio de las acciones o recursos que legalmente correspondan a las partes'.

Es decir, en suma, que en el presente caso vuelve a replantearse una acción de amparo que versa sobre el mismo objeto, que denunció las mismas infracciones, que se basó en los mismos objetivos y fundamentaciones y que giró en relación con idéntico objeto al anteriormente intentado.

Ante tal constatación es evidente que en el supuesto de que el primer amparo se encuentre decidido con sentencia firme al momento de publicarse el presente fallo, si bien no estaría pendiente de decisión, se impondría la fuerza de la cosa juzgada para impedir que sea sentenciada por esta Sala, ya que la cuestión debatida posee la misma identidad subjetiva y objetiva. Por los argumentos expuestos en este numeral, esta acción debe declararse inadmisibles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6, numeral 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; y así se decide (...).”

Con base a ello, se observa que con anterioridad a la interposición del presente amparo constitucional, la accionante había ejercido ante el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas otra acción de amparo que versó sobre los mismos supuestos objeto de la presente acción, esto es, contra el fallo dictado el 15 de junio de 2004, por el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la misma Circunscripción Judicial -tal y como se evidencia de la sentencia de fecha 31 de agosto de 2004 (folios 53 al 57), dictada por el Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró igualmente la inadmisibilidad del amparo.

Finalmente, debe esta Sala advertir que el *a quo* declaró inadmisibile *in limine litis* la solicitud de amparo con fundamento en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, siendo que es lógico tal pronunciamiento en esa fase primigenia del proceso, a diferencia de la improcedencia *in limine litis*, la cual si es posible declarar en ese estado de la causa en aquellos casos en los cuales el Juez de amparo considere que resulta innecesario abrir el contradictorio al constatar que la acción es manifiestamente improcedente (*Vid.* Sentencia de esta Sala del 05 de junio de 2002, caso “*Joffre Armando Núñez Cova*”).

C. Procedimiento

a. Audiencia Oral: Principio de inmediación

TSJ-SE (1)

3-3-2005

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Jorge Uzcátegui vs. Asociación Civil Centro Social Luso Venezolano.

En los procesos de amparo la audiencia oral constituye el momento más importante y esencial del juicio, y el juez, con el respaldo probatorio y documental correspondiente que se consolida en dicho acto, dicta su decisión fundamentado por igual en lo que expresan las partes en dicha audiencia.

En ese mismo orden de ideas, en lo concerniente a las actuaciones previas al fallo aquí anulado, se observa que en el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, según el cual los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, aplicable por remisión expresa del artículo 19, primer aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en principio, deben reputarse como válidas todas las actuaciones realizadas ante el Juzgado incompetente durante el proceso y con anterioridad a la sentencia.

Sin embargo, la anterior premisa debe ser matizada tomando en cuenta las particularidades que reviste el procedimiento de amparo constitucional, el cual ha sido objeto de adaptación a los postulados contenidos en la Constitución de 1999. En ese sentido la Sala Constitucional ha establecido que en dicho procedimiento, el cual se halla regido por el principio de inmediación, la audiencia oral representa el momento fundamental del proceso de amparo. Debe destacarse que la esencia de este importante principio procesal de inmediación radica en que, el Juez que va a decidir debe presenciar, tanto el debate, como la incorporación de las pruebas.

La relevancia de la audiencia constitucional ha sido advertida por la Sala Constitucional en diversas oportunidades. Así por ejemplo, ha expresado lo siguiente:

“La audiencia oral tiene una doble connotación, sirve para escuchar los alegatos de las partes, lo que permite fijar cuáles son los hechos controvertidos; y debido a la inmediatez existe la adquisición procesal de elementos probatorios que surgen del acto, ello sin perjuicio, que en dicha audiencia el supuesto agravante pueda promover pruebas” (Sentencia n° 144/00, 24-03-2000, Universidad Pedagógica Experimental Libertador)

Asimismo, mediante sentencia n° 1524/01, del 13-08-2001, B.D.TOX, C.A, expresó la Sala Constitucional que:

“Así pues, es en la audiencia oral que efectivamente se produce el contradictorio en el proceso de amparo, y es al momento de finalizar la misma que queda fijado por completo el tema decidendum, además de que una serie de actuaciones que originen las partes en dicha audiencia, sirvan para verificar sus alegatos. Es por ello que en los procesos de amparo la audiencia oral constituye el momento más importante y esencial del juicio, y el juez, con el respaldo probatorio y documental correspondiente que se consolida en dicho acto, dicta su decisión fundamentado por igual en lo que expresan las partes en la audiencia oral.”

En el mismo sentido, mediante fallo n° 154 dictado por esa misma Sala en fecha 24-03-2000, Caso *Lotería del Táchira*, se estableció lo siguiente:

*“Las consideraciones anteriores hacen **impretermisible que si hay nuevos jueces que van a conocer del proceso de amparo**, si ya fue sustanciado, se hace necesario, para cumplir con el principio de inmediatez, que se vuelva a realizar la audiencia oral, cuando se está en la primera instancia, con presencia de quienes ya concurrieron, o a quienes el tribunal de la causa, en los amparos contra sentencia, ordene comparecer”* (Resaltado de este fallo).

Por ello, con base en una interpretación cónsona con lo establecido reiteradamente por la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, relativa a la importancia que tiene en el proceso de amparo el principio procesal de inmediatez en la determinación de los hechos debatidos y en el conocimiento de las pruebas promovidas a través de la audiencia constitucional, esta Sala Electoral, como órgano al cual le corresponde decidir, debe ordenar la reposición de la causa al estado de realizar nuevamente la referida actuación procesal.

En virtud de lo anteriormente expuesto, y con fundamento en lo previsto en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, esta Sala Electoral ordena la reposición de la causa al estado de celebrar nuevamente la audiencia constitucional de las partes, previa notificación de las mismas por parte del Juzgado de Sustanciación. Así se decide.

b. *Medidas cautelares: Requisitos*

CSCA (2)

17-1-2005

Magistrado Ponente: Jesús David Rojas Hernández

Caso: Georgina Perozo de Romero y otros vs. INAVI.

El solicitante de una medida cautelar no está obligado a probar la existencia de los requisitos relativos al *fumus bonis iuris* y al *periculum in mora*, sino que, dada la celeridad y brevedad que caracterizan al proceso de amparo constitucional, depende únicamente del sano criterio del juez acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen.

Corresponde a esta Corte, en aras de garantizar a los accionantes en amparo el derecho a una tutela judicial efectiva, examinar en esta etapa del procedimiento de amparo si efectivamente concurren elementos suficientes para decretar la medida cautelar solicitada, y en tal sentido pasa a realizar las siguientes consideraciones:

Al respecto se observa que los quejosos en el presente caso solicitaron medida cautelar en los siguientes términos “Prohibición de enajenar y gravar las casas que (les) habían sido adjudicadas de acuerdo a la disposición establecida en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en concordancia con el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil”. Ahora bien, esta Sede Constitucional observa que la solicitud de la medida cautelar solicitada en el caso *sub iudice*, tiene como objeto principal evitar la adjudicación de los inmuebles de los cuales supuestamente eran adjudicatarios los accionantes y que forman parte del complejo habitacional al cual han hecho referencia.

Partiendo de tal consideración, observa esta Corte que respecto a la solicitud de medidas cautelares dentro de juicios de amparo constitucional, tal como lo estableció en su sentencia n° 156 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 24 de marzo de 2000 (caso *Corporación L' Hotels, C.A.*), criterio confirmado en numerosas sentencias posteriores, entre ellas la dictada el 5 de mayo de 2004 (caso *León Cohen C.A.*), el peticionante no está obligado a probar la existencia de los requisitos relativos al *fumus bonis iuris* y al *periculum in mora*, sino que, dada la celeridad y brevedad que caracterizan al proceso de amparo constitucional, depende únicamente del sano criterio del juez acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen.

Así, atendiendo al referido criterio, esta Corte aprecia según su prudente arbitrio, que no resultan suficientes los alegatos esgrimidos por los accionantes en cuanto a, por una parte, su inclusión en la lista de adjudicatarios de las viviendas del complejo habitacional mencionado en el cuerpo de este fallo y, por la otra, de la inminencia de la adjudicación de éstas en fecha 18 de enero de 2005, siendo que para la comprobación de la posibilidad de daño es necesaria la prueba en autos de tales afirmaciones, lo cual en el presente caso no se verifica, en virtud de que no se encuentra sustentado en el expediente prueba de los alegatos expuestos por los accionantes, al menos en esta etapa de admisión. Por tanto, se declara improcedente la solicitud de medida cautelar. Así se decide.

D. *Extinción del proceso*

a. *Falta de impulso del juez a quo*

TSJ-SC (11)

15-2-2005

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Andrés Hermoso vs. Consejo Universitario de la Universidad Católica Andrés Bello.

La Sala Constitucional modifica la doctrina contenida en fallo de 16 de diciembre de 2004, por cuanto considera que la falta de impulso del *a quo* en enviar los autos al juez de la consulta, no puede conducir al decaimiento de la acción y a la subsiguiente extinción del proceso.

Luego del examen de los recaudos existentes en el expediente remitido a esta Sala, se observa que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, ha partido del criterio que transcurrió el lapso señalado en el numeral 4 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, para considerar como consentido por el supuesto agraviado la violación sufrida.

Parte la Corte del hecho, que el recurso de reconsideración, última actuación del accionante, lo interpuso el 21 de mayo de 1990, y que es el 22 de febrero de 1991, cuando presentó la acción de amparo, considerando que como habían transcurridos largamente los seis meses establecidos en la ley citada, la acción era inadmisibile.

No comparte la Sala este criterio, por cuanto si bien es cierto, que se trata de un ente privado como lo es la Universidad Católica Andrés Bello y que el recurso efectivamente se introdujo el 21 de mayo de 1990, al no obtener la respuesta, si se aplica la disposición contenida en el artículo 134 de la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, relativo a la nulidad de los actos de efectos particulares y el lapso de caducidad allí establecido de seis meses, éste comenzará a contarse a partir del vencimiento de los noventa días hábiles, que tiene la administración para dar respuesta y ante el silencio administrativo, el lapso se contará a partir de la fecha de la interposición del recurso, contando primero los noventa días fijados como plazo para la respuesta de la administración y al vencimiento de ese lapso sin respuesta de la Administración, comenzará a contarse el lapso de caducidad.

Al respecto y sobre el cómputo de este lapso de caducidad en este ámbito administrativo, y con relación a la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 134) y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Sala en sentencia n° 2045 del 31 de julio de 2003, (Caso *RCTV C.A.*) estableció criterios al respecto y en ella expuso:

“...En criterio de esta Sala, negar el acceso a los órganos de administración de justicia, sobre la base de interpretaciones restrictivas o de aplicaciones impropias de las normas que regulan el ejercicio de tal derecho, constituye la forma más extrema de lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 26 de la Norma Fundamental, ya que una vez cercenada la posibilidad de plantear las razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la pretensión deducida para lograr la protección judicial de los derechos o intereses que se estiman amenazados o vulnerados por la actuación de entes públicos o particulares, se está al mismo tiempo desconociendo el derecho a que un juez competente, independiente e imparcial, examine y valore los alegatos y pruebas que se presenten en apoyo de la pretensión deducida, y que dicte una decisión fundada en derecho sobre el mérito de la petición planteada, ya sea para acordar o para negar lo demandado por la parte actora, todo ello dentro de plazos y en la forma establecida en las leyes procesales respectivas, conforme lo dispone el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por todo lo antes expuesto, y una vez constatado que en la decisión n° 1.378/2002, la Sala Político-Administrativa aplicó en contra del Texto Constitucional y del derecho en él garantizado de acceso a la jurisdicción, la norma contenida en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en vez de aplicar las disposiciones especiales contenidas en los artículos 42 y 91 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que permitían el efectivo acceso de RCTV C.A. al órgano judicial competente para resolver el conflicto, y visto que tal aplicación incorrecta de la mencionada norma procesal inobservó el criterio vinculante de esta Sala Constitucional contenido en su decisión n° 2.228/2002, del 20-09, en la que estableció con carácter previo al fallo revisado, precisamente, que los lapsos para interponer y decidir los recursos administrativos debían computarse de acuerdo a lo previsto en tal sentido por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y no según lo establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se declara que ha lugar a la solicitud de revisión planteada por el apoderado judicial de RCTV C.A. de la sentencia n° 1.378 de la Sala Político-Administrativa, publicada el 26 de noviembre de 2002 en el expediente n° 2001-000355 de la nomenclatura de dicha Sala.

Partiendo de este criterio, es evidente que la acción de amparo fue presentada tempestivamente, porque para el 22 de febrero de 1991, no habían transcurridos totalmente los seis meses fijados por la ley para considerar la caducidad, por lo cual no procedería la declaratoria de inadmisibilidad por tal causal.

No obstante lo antes expuesto, la Sala considera que la acción incoada es inadmisibles, porque lo que el solicitante pretende, no es la protección de un derecho constitucional, sino la nulidad de un acto, y el resarcimiento de los posibles daños causados, lo cual no puede ser objeto de una acción de amparo, sino de un recurso de nulidad previsto en la ley y que es un medio idóneo para obtener la reparación que el accionante pretende alcanzar mediante una

acción de amparo, razón por la cual la Sala modifica la decisión consultada, que la declaró inadmisibles por haberse producido, según su criterio, el consentimiento del interesado conforme a los términos expuestos en dicha decisión, para declararla inadmisibles conforme a lo dispuesto en el artículo 5, en concordancia con el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, porque existe un medio idóneo y eficaz para proteger los derechos supuestamente violados y así se decide.

Con este criterio se modifica la doctrina de esta Sala contenida en fallo de 16 de diciembre de 2004, por considerar que la falta de impulso del *a quo* en enviar los autos al juez de la consulta, no puede conducir al decaimiento de la acción y a la subsiguiente extinción del proceso. Así se decide.

b. *Abandono del trámite*

CSCA (460)

18-3-2005

Juez Ponente: María Enma León Montesinos

Caso: Adriana Cornejo Vitoria vs. Dirección de Educación y Deportes del Estado Trujillo.

De los autos que componen el presente expediente se extrae que la presunta agraviada no dio impulso procesal a su acción de amparo, lo que conllevó a la declaratoria de desistimiento por parte del *a quo*, fundado, lógicamente en “la falta de interés del accionante”.

Ahora bien, esta Corte constató a los autos que el último acto de procedimiento emanado de la actora es de fecha 30 de enero de 2002, por medio del cual, solicitó el avocamiento en la causa. Luego, en fecha 17 de junio del mismo año, el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo mediante auto declaró desistida la acción de amparo y extinguido el procedimiento remitiendo el expediente al Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro-Occidental.

No obstante lo anterior, destaca para esta Alzada el hecho que el *a quo* en lugar de declarar desistida la acción (fundándose en lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 6° de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales) debió declarar el abandono del trámite, ello conforme a lo sentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante decisión del 6 de junio de 2001 (Caso *José Vicente Arenas Cáceres*, sentencia n° 982) estableció:

“(…) El abandono del trámite expresa una conducta indebida del actor en el proceso, puesto que revela una actitud negligente que procura la prolongación indefinida de la controversia. (...) En criterio de la Sala, el abandono del trámite a que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales puede asumirse –entre otros supuestos, como la falta de comparecencia a la audiencia constitucional- una vez transcurrido un lapso de seis meses posteriores a la paralización de la causa por falta de interés procesal de la parte actora. Ello es producto del reconocimiento, a partir de signos inequívocos –el abandono, precisamente- de que dicha parte ha renunciado, al menos respecto a esa causa y a este medio procesal, a la tutela judicial efectiva y al derecho a una pronta decisión que le confiere la Constitución;

(...*omissis*...) Tal conclusión deriva de la propia naturaleza del amparo como medio judicial reservado para la tutela inmediata de los derechos y garantías constitucionales cuando las vías ordinarias no resultan idóneas, tal como se desprende de la letra del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.(...) En efecto, si el legislador ha estimado que, como consecuencia de ese carácter de urgencia que distingue al amparo, la tolerancia de una situación que se entiende lesiva de derechos fundamentales, por más de seis meses, entraña el consentimiento de la misma y, por tanto, la pérdida del derecho a obtener protección acelerada y preferente por esa vía, resulta lógico deducir que soportar,

una vez iniciado el proceso, una paralización de la causa sin impulsarla por un espacio de tiempo semejante, equivale al abandono del trámite que había sido iniciado con el fin de hacer cesar aquella situación lesiva o amenazadora de derechos fundamentales.

(..omissis..)

De conformidad con lo expuesto, la Sala considera que la inactividad por seis (6) meses de la parte actora en el proceso de amparo, en la etapa de admisión o, una vez acordada ésta, en la práctica de las notificaciones a que hubiere lugar o en la de la fijación de la oportunidad para la celebración de la audiencia oral, por falta de impulso del accionante, ocasiona el abandono del trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y, con ello, la extinción de la instancia. Así se declara". (Resaltado de la Sala)

Así establecido el criterio jurisprudencial, el Tribunal que conoció de la acción de amparo dada la inactividad de la accionante y basándose en el mismo, debió declarar el abandono del trámite. Razón por la cual, esta Corte Segunda visto el error en el que incurrió el *a quo* revoca la decisión dictada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro-Occidental de fecha 3 de febrero de 2004 y entra a conocer del fondo en los términos siguientes:

Como se señaló antes, en fecha 30 de enero de 2002 la quejosa solicitó el avocamiento de la causa pero después de dicha diligencia no hubo ni de parte de ella ni de su abogado actuación o trámite tendente a evidenciar el interés en el asunto. Adicionalmente, es de tener en cuenta que luego de declarado el desistimiento y hasta el momento de la remisión del expediente al Juzgado Superior corrieron exactamente cincuenta y nueve (59) días, en los que tampoco hubo actividad procesal alguna de parte de la accionante en amparo (*Vid.* folios sesenta y siete (67) al setenta y tres (73) del presente expediente).

Por tanto, es evidente el abandono del trámite de la acción, situación que atenta contra la naturaleza expedita y extraordinaria que posee la acción de amparo constitucional como herramienta para mantener inalterados los derechos constitucionales más aún si, como el caso *sub judice*, han sido invocados derechos de tal importancia como lo son el derecho al trabajo y el derecho al salario.

En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 5 de octubre de 2004, ratificando el criterio expuesto en el caso *José Vicente Arenas Cáceres*, dictado por esa misma Sala el 6 de junio de 2001, sanciona la inactividad de parte cuando indica que:

"(...) Es así, como la conducta pasiva de la parte actora, quien afirmó precisar la tutela urgente y preferente del amparo hace más de once (11) meses, encuadra en la calificación establecida por esta Sala en la sentencia antes transcrita. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se declara el abandono del trámite en la presente acción de amparo y, en consecuencia, terminado el procedimiento (...)"

En consecuencia, en atención al carácter vinculante que tienen las decisiones emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia, con lo dispuesto en el artículo 25 *eiusdem* se configura en el presente caso el abandono del trámite de la acción de amparo constitucional; en consecuencia, se declara terminado el procedimiento. Así se decide.

VIII. FUNCIONARIOS PÚBLICOS1. *Funcionarios que ejercen cargos de elección popular (responsabilidad)***TSJ-SC (174)****8-3-2005**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Cámara Municipal del Municipio Sucre del Estado Miranda vs. aclaratoria de sentencia.

En tal sentido, la sentencia n° 2444/2004 señaló que la destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objeto de referendo revocatorio, porque existe un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático y se rompa el carácter representativo del sistema de gobierno; sin embargo, aunque ello proscriba la posibilidad que el Contralor General de la República destituya o suspenda a cualquier ciudadano que ejerza un cargo de representación popular, se aclaró que lo expuesto no conduce a la irresponsabilidad del gobernante, sino a la debida proporcionalidad que deben guardar las potestades de control fiscal que la Constitución le atribuye al Contralor General de la República, con los hechos y con la naturaleza popular de la investidura del cargo, esto es, al hecho de que las sanciones que se impongan con ocasión de ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentren límites en la condición de representante popular del sancionado.

La consecuencia práctica de este postulado es que la sanción impuesta no puede entorpecer las funciones del representante popular en el período para el cual fue electo -así los hechos que hayan originado la sanción se hubieran producido en ese período-, con la lógica excepción del establecimiento de una responsabilidad penal. Se trata, pues, de una sanción cuyos efectos deben comenzar a verificarse una vez vencido el período.

En el caso de autos aunque el acto administrativo accionado en amparo, y el de todos los representantes populares que demostraron encontrarse en la misma situación de hecho del accionante, resolvió "(...) la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un período de tres (03) años, contados a partir de la notificación de (esa) Resolución" (paréntesis añadido), el mandato constitucional contenido en la sentencia n° 2444/2004 y en esta aclaratoria implica que la mencionada inhabilitación debe comenzar a surtir sus efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones, lo cual, como es lógico, descarta cualquier posibilidad que éste opte a la reelección como consecuencia inmediata de esa inhabilitación. Por tanto, se declara en estos términos parcialmente con lugar la aclaratoria solicitada. Así se decide.

Comentario Jurisprudencial

CONSIDERACIONES SOBRE EL “HECHO COMUNICACIONAL” COMO ESPECIE DEL “HECHO NOTORIO” EN LA DOCTRINA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Allan R. Brewer-Carías

Resumen: *Con fundamento en un “hecho notorio judicial”, la Sala Constitucional en esta sentencia, establece los elementos que configuran el “hecho comunicacional” como especie de “hecho notorio” conformado por hechos, sucesos o acaecimientos divulgados en noticias (no opiniones) a través de los medios de comunicación, y que no han sido desmentidas.*

I. ANTECEDENTES

La Sala Constitucional el Tribunal Supremo de Justicia, mediante la sentencia n° 98 de 15 de marzo de 2000, conforme al ordinal 1° del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (“Cuando haya cesado la violación”) declaró inadmisibles un recurso de amparo que había sido interpuesto por el Coronel Oscar Silva Hernández contra una decisión contentiva del auto de detención que había sido dictado por el Tribunal Instructor de la Corte Marcial, por considerar que había cesado la violación alegada por el accionante, por haberse dictado en el proceso respectivo una decisión absolutoria.

Para adoptar su decisión, la Sala consideró que la sentencia absolutoria que había sido dictada, aún cuando no constaba en autos, constituía un “hecho comunicacional” (“hecho notorio judicial”) que no requería prueba, argumentando como sigue:

La Sala ha hecho estas consideraciones, porque a este Tribunal consta, ya que reciben los Magistrados a diario un resumen de lo publicado en la prensa, y además existe en este Tribunal Supremo un archivo hemerográfico, que con fecha 22 de octubre de 1999 de manera coetánea en varios diarios de circulación en la ciudad de Caracas, se publicó que en el proceso militar que se siguió ante la Corte Marcial contra el General de Brigada Ramón Rodríguez Mayol, y los Coroneles Juan Jiménez Silva y Oscar Silva Hernández, el cual es el mismo proceso identificado en este amparo, fue absuelto el Coronel (Guardia Nacional) Oscar Silva Hernández. En el diario El Universal, de fecha 22 de octubre de 1999 se reseña la noticia, al igual que en el diario El Nacional de la misma fecha, en la página D-7, donde además se reprodujo una gráfica del Coronel Silva Hernández con el subtítulo: “El Coronel Oscar Silva fue absuelto de todos los cargos”.

Dicha información se convirtió en un hecho publicacional notorio, que fija como cierto esta Sala, y que demuestra que la posible violación denunciada por el recurrente cesó antes que se dicte decisión en esta Sala...

Es decir, la Sala Constitucional, para declarar inadmisibles una acción de amparo se basó en la existencia de un hecho cierto, que efectivamente había acaecido, que era que se había dictado una determinada sentencia, por un tribunal preciso, en un proceso determinado, en una fecha precisa y en relación con la persona que accionaba en amparo, hecho del cual tuvo conocimiento la Sala y que consideró como suficientemente probado como “hecho comunicacional”, aún cuando el texto de la sentencia no cursara en autos.

Para dictar su decisión, la Sala argumentó sobre qué debe entenderse primero por “hecho notorio”; segundo, por “hecho publicitado”; tercero por “hecho comunicacional”; considerando a este último, en definitiva, sólo al hecho publicitado mediante noticias (no opiniones) que no ha sido desmentido, el cual debe responder a las características que se precisaron en la misma sentencia, y que se citan al final.

La sentencia de la Sala Constitucional, sin embargo, ha sido mal leída y peor interpretada, tanto en decisiones administrativas como en sentencias, como en el foro, donde abogados y funcionarios han llegado a considerar como “hecho comunicacional” las solas opiniones de periodistas expresadas en artículos de prensa o en entrevistas de televisión, y ello para obviar la obligación de probar los hechos alegados. Por ello, resulta indispensable precisar qué debe entenderse por “hecho comunicacional” conforme a lo efectivamente decidido por la Sala.

II. SOBRE EL HECHO NOTORIO

La Sala comenzó su argumentación haciendo referencia al principio del derecho medieval “*notoria non eget probatione*”, conforme al cual se “exoneraba de prueba al hecho notorio”, agregando que:

“la conceptualización de que debe entenderse por dicho hecho, ha sido discutido por diferentes autores, siendo la definición del tratadista italiano Piero Calamandrei, en su obra *Definición del Hecho Notorio (Estudios Sobre El Proceso Civil*. Editorial Bibliográfica Argentina 1945), tal vez la de mayor aceptación. El maestro Calamandrei lo definía así: “se consideran notorios aquellos hechos el conocimiento de los cuales forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión”. El principio de que lo notorio no requiere prueba fue acogido en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, así como por el artículo 215 del Código Orgánico Procesal Penal, por lo que se trata de un principio que informa al proceso en general.

En efecto, en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil se dispone que “los hechos notorios no son objeto de prueba”; y en el artículo 198 del Código Orgánico Procesal Penal de 2001 (equivalente al artículo 215 del Código de 1998) dispone que “El tribunal puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio”.

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de que el “hecho notorio” para que no tenga que ser probado, forme parte de la cultura de un grupo social, la Sala señaló que ello:

“se hacía impermitible en épocas donde la transmisión del conocimiento sobre los hechos tenía una difusión lenta, sin uniformidad con respecto a la sociedad que los recibía, y tal requisito sigue vigente con relación a los hechos pasados o a los hechos que pierden vigencia para la colectividad, a pesar que en un momento determinado eran conocidos como trascendentales por la mayoría de la población. Dichos hechos no se podrán proyectar hacia el futuro, para adquirir allí relevancia probatoria, si no se incorporan a la cultura y por ello la Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en fallo de 21 de julio de 1993, acotó que la sola publicación por algún medio de comunicación social, sin la certeza de que el hecho fuere “conocido y sabido por el común de la gente en una época determinada”, no convertía al hecho en notorio, concepto que comparte esta Sala, ya que la noticia aislada no se incorpora a la cultura.

Ceñidos a la definición de Calamandrei, puede decirse que la concepción clásica del hecho notorio, requiere, por la necesidad de la incorporación del hecho a la cultura, que el, por su importancia, se integre a la memoria colectiva, con lo que adquiere connotación de referencia en el hablar cotidiano, o forma parte de los refranes, o de los ejemplos o recuerdos, de lo que se conversa en un círculo social. Por ello son hechos notorios sucesos como el desastre de Tocoa, la caída de un sector del puente sobre el lago de Maracaibo, los eventos de octubre de 1945, la segunda guerra mundial, etc.

La Sala, por tanto, comenzó su sentencia estableciendo que a los efectos de la concepción del “hecho notorio”, ante todo tiene que tratarse de un “hecho”, es decir, de un *acontecimiento, suceso o acaecimiento que efectivamente haya tenido lugar*, y que por haberse conocido entró a formar parte de la cultura, se integró a la memoria colectiva, constituye referencia en el hablar cotidiano de las personas, parte de sus recuerdos y de las conversaciones sociales.

El hecho notorio, por tanto, ante todo tiene que ser un hecho (suceso, acaecimiento) *cierto, real, que sucedió indubitadamente*, y que por su conocimiento por el común de la gente debido a su divulgación (ya que no todo el común de la gente pudo haber presenciado el hecho), entonces no requiere ser probado.

De allí los precisos ejemplos que utilizó la Sala en su sentencia, todos referidos a hechos ciertos, reales, que efectivamente sucedieron o acaecieron: “el desastre de Tocoa” referido al hecho del incendio de tanques de combustible en la Planta de la Electricidad de Caracas en Tocoa (Litoral Central); “la caída de un sector del puente sobre el lago de Maracaibo”, referido al hecho del choque de un barco tanquero contra una sección del puente sobre el Lago de Maracaibo y la caída de dicha sección que interrumpió el tránsito; “los eventos de octubre de 1945” referidos al hecho conocido como la “Revolución de octubre” de 1945 que originó el derrocamiento del gobierno del Presidente Isaías Medina Angarita y la instalación de una Junta de Gobierno; y “la segunda guerra mundial”, hecho acaecido desde 1939 hasta 1945.

Es precisamente frente a tales hechos ciertos, que la Sala, en otra parte de su sentencia afirmó que:

Resulta un despilfarro probatorio y un ritualismo excesivo, contrario a las previsiones de una justicia idónea, responsable, sin dilaciones indebidas y sin formalismos, que consagra el artículo 26 de la vigente Constitución, que se deba probar formalmente en un juicio, por ejemplo, que la Línea Aeropostal Venezolana es una línea aérea; que fulano es el Gobernador de un Estado; o que existen bebidas gaseosas ligeras, o que el equipo Magallanes es un equipo de béisbol; o que José Luis Rodríguez es un cantante; o Rudy Rodríguez una actriz; o que una persona fue asesinada, y que su presunto victimario resultó absuelto; se trata de conocimientos de igual entidad que el difundido por la prensa en el sentido que un día y hora determinado hubo una gran congestión de tránsito en una avenida, o se cayó un puente en ella, etc.

III. EL “HECHO PUBLICITADO” O “HECHO COMUNICACIONAL”

La Sala Constitucional, en su sentencia, pasó luego a hacer consideraciones sobre lo que denominó “hecho publicitado” y “hecho comunicacional”, argumentando que en el mundo actual:

“con el auge de la comunicación escrita mediante periódicos, o por vías audiovisuales, ha generado la presencia de otro hecho, cual es el hecho publicitado, el cual en principio no se puede afirmar si es cierto o no, pero que adquiere difusión pública uniforme por los medios de comunicación social, por lo que muy bien podría llamársele el hecho comunicacional y puede tenerse como una categoría entre los hechos notorios, ya que forma parte de la cultura de un grupo o círculo social en una época o momento determinado, después del cual pierde trascendencia y su recuerdo solo se guarda en bibliotecas o instituciones parecidas, pero que para la fecha del fallo formaba parte del saber mayoritario de un círculo o grupo social, o a el podía accederse.

Así, los medios de comunicación social escritos, radiales o audiovisuales, publicitan un hecho como cierto, como sucedido, y esa situación de certeza se consolida cuando el hecho no es desmentido a pesar que ocupa un espacio reiterado en los medios de comunicación social”.

La primera condición que precisó la Sala al precisar el concepto de “hecho comunicacional” es la necesidad de que *su certeza se haya consolidado porque el hecho no haya sido desmentido*. Por tanto, para que los hechos comunicacionales puedan ser una “categoría de los hechos notorios”, es indispensable *que los mismos no sean desmentidos*, lo que significa que en principio también tiene que tratarse de hechos reales, *acaecidos efectivamente*.

Un hecho falso, que no acaeció efectivamente, por más que se publicite “como cierto, como sucedido”, si es desmentido, nunca puede adquirir la categoría de hecho notorio. Es decir, un hecho que jamás acaeció en la realidad, nunca puede considerarse como “cierto” salvo que sea admitido por el común y nunca haya sido desmentido.

Por tanto, si el “hecho publicitado” es desmentido, nunca podría adquirir la categoría de hecho comunicacional como tipo de hecho notorio. La Sala, en esto, fue precisa indicando que en este caso de un hecho publicitado, si bien “no se puede afirmar si es cierto o no”, lo cierto es que los medios de comunicación lo “publicitan un hecho como cierto”; pero dicha *“certeza se consolida cuando el hecho no es desmentido* a pesar de que ocupa un espacio reiterado en los medios de comunicación”.

De allí la conclusión de la Sala en esta consideración sobre el carácter de los hechos publicitados *“mientras no se desmientan”*:

De esta manera, el colectivo se entera de conflictos armados, de los viajes del Presidente de la República, de los nombramientos que hace el Congreso, de la existencia de crímenes y otros delitos, de la existencia de juicios, etc.

Estas noticias publicitadas por los medios (por varios) de manera uniforme, podrían ser falsas, pero mientras no se desmientan y se repitan como ciertas, para el que se entera de ellas son hechos verdaderos sucedidos, así su recuerdo no se haya dilatado en el tiempo.

Se trata de un efecto de la comunicación masiva, que en forma transitoria y puntual hace del conocimiento general un hecho que durante cierto espacio de tiempo, a veces breve, permite a los componentes de la sociedad referirse a él y comentar el suceso, o tomar conciencia de un mensaje, como sucede con la propaganda o publicidad masiva.

La Sala, además, fue precisa en indicar que sería una “irrealidad” “pensar que este hecho del cual toma conciencia no sólo el juez, sino un gran sector del colectivo, es de igual entidad que los otros hechos litigiosos”; agregando “Tan irreal es, que la doctrina enseña que es un requisito de validez del reconocimiento de individuos en rueda de personas, el que las fotografías de los posibles reconocidos no deben haber recibido publicidad previa al acto de reconocimiento”.

En consecuencia, para que un “hecho” que nunca acaeció, que sea falso y que sin embargo haya sido publicitado como cierto, pueda llegar a considerarse como un “hecho comunicacional” como categoría de hecho notorio, tal “hecho” no debe haber sido desmentido, es decir, debe haber sido aceptado.

IV. LOS “HECHOS COMUNICACIONALES” Y LOS HECHOS FALSOS

De lo anterior podría sin duda resultar el absurdo de que un hecho falso, es decir, que no haya sido tal, que no haya acaecido jamás, a pesar de ello podría llegar a convertirse en la ficción de “hecho comunicacional”, si el mismo se ha repetido en los medios de comunicación como verdaderamente sucedido, y haya consolidado certeza *porque nadie lo haya desmentido*. Sin duda, se trata de una situación excepcionalísima, delineada por la Sala Constitucional partiendo de la exigencia fundamental de que tales “hechos” no hubieran sido desmentidos.

Precisamente por ello, aún cuando un hecho falso pueda llegar a constituirse en un “hecho comunicacional”, porque no haya sido desmentido, en la misma sentencia la Sala Constitucional destacó que:

El que el hecho sea falso, como ya se dijo, es una posibilidad mínima, pero que siempre puede ser opuesto y constatado en la misma instancia, si es la parte quien pretende valerse de él, o en la alzada si proviene del juez; y hasta puede ser confrontado dentro del recurso de Casación, mediante el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

En otra parte de la sentencia, la Sala insistió sobre este aspecto del hecho comunicacional destacando que en el caso de esa “posibilidad mínima” de que tal hecho sea falso, “no se ocasionaría para nadie daño alguno” pues para ello está la facultad judicial de control, a cuyo efecto indicó lo siguiente:

Los medios de comunicación se proyectan hacia una sociedad de masas, que recibe conocimientos por diversos medios: prensa, radio, audiovisuales, redes informáticas, que unifican el saber colectivo sobre los hechos que se presentan como ciertamente acaecidos (eventos), donde las imágenes que se transmiten o se publican someten con su mensaje a la masa a la cual pertenece el juez y las partes. Siendo así, ¿para qué exigir pruebas sobre esos hechos comunicados, si todos –así sean falsos- creen que al menos ocurrieran verazmente? Con aceptar que el juez como parte de ese conocimiento colectivo, así este sea transitorio y temporal, fije en un fallo un hecho, no se ocasiona para nadie ningún daño, porque si el juez inventare el hecho, la alzada y hasta la casación, al no conocerlo, lo eliminarían del mundo de los hechos ciertos, necesarios para poder sentenciar, y para ello bastaría la consciencia del sentenciador de la alzada de no conocer el hecho como cierto, ni poder tomar cuenta de él por no saber dónde buscarlo.

V. EL JUEZ Y EL HECHO COMUNICACIONAL

Ahora bien, delineado en los términos anteriores lo que la Sala Constitucional consideró como “hecho comunicacional”, la misma Sala en la sentencia se preguntó si “¿Puede el juez fijar al hecho comunicacional, como un hecho probado, sin que conste en autos elementos que lo verifiquen?, dándose le siguiente respuesta:

Si se interpreta estrictamente el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual es un principio general, el juez sólo puede sentenciar en base a lo probado en autos, con excepción del hecho notorio. Tiene así vigencia el vetusto principio que lo que no está en el expediente no está en el mundo. Pero si observamos las sentencias, encontramos que ellas contienen un cúmulo de hechos que no están probados en autos, pero que son parte del conocimiento del juez como ente social, sin que puedan tildarse muchos de ellos ni siquiera como hechos notorios. Así, los jueces se refieren a fenómenos naturales transitorios, a hechos que están patentes en las ciudades (existencia de calles, edificios, etc.), a sentencias de otros tribunales que se citan como jurisprudencia, a obras de derecho o de otras ciencias o artes, al escándalo público que genera un caso, a la hora de los actos, sin que existan en autos pruebas de ellos.

Si esto es posible con esos hechos, que casi se confunden con el saber privado del juez, con mucha mayor razón será posible que el sentenciador disponga como ciertos y los fije en autos, a los hechos comunicacionales que se publicitan hacia todo el colectivo y que en un momento dado se hacen notorios (así sea transitoriamente) para ese colectivo.

Esta realidad lleva a esta Sala a considerar que el hecho comunicacional, como un tipo de notoriedad, puede ser fijado como cierto por el juez sin necesidad que conste en autos, ya que la publicidad que él ha recibido permite, tanto al juez como a los miembros de la sociedad, conocer su existencia, lo que significa que el sentenciador realmente no está haciendo uso de su saber privado; y pudiendo los miembros del colectivo, tener en un momento determinado, igual conocimiento de la existencia del hecho, porque negar su uso procesal.

VI. ACREDITACIÓN DE LOS “HECHOS COMUNICACIONALES”

Sobre la acreditación en autos de los hechos comunicacionales, la Sala en su sentencia señaló lo siguiente:

En primer lugar, precisó que se trata de instrumentos contentivos de noticias, así:

El hecho comunicacional puede ser acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión del hecho, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia.

En segundo lugar, precisó que el juez también puede fijarlo, cuando tenga conocimiento cierto del hecho comunicacional, indicando:

Pero el juez, conocedor de dicho hecho, también puede fijarlo en base a su saber personal, el cual, debido a la difusión, debe ser también conocido por el juez de la alzada, o puede tener acceso a él en caso que no lo conociera o dudase. Tal conocimiento debe darse por cierto, ya que solo personas totalmente desaprensivos en un grupo social hacia el cual se dirige el hecho, podrían ignorarlo; y un juez no puede ser de esta categoría de personas.

En cuanto a la forma de acreditar los hechos comunicacionales, en otra parte de la sentencia, la Sala indicó lo siguiente:

No existe en las leyes procesales una oportunidad para que las partes consulten a los jueces sobre su conocimiento del hecho notorio clásico, o del notorio comunicacional, lo que carga a las partes, sobre todo con respecto a estos últimos, a probarlos mediante las publicaciones o copias de los audiovisuales, si es que dudan que el juez no los conozca. A tenor del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil los actos que la ley ordena se publique en periódicos son considerados fidedignos, lo que involucra que el periódico que los contiene también lo son, salvo prueba en contrario. Ahora bien, si el ejemplar de la prensa se reputa, sin más, que emana del editor en esos casos, y que dicho ejemplar representa la edición de ese día, igual valor probatorio debe tener el periódico como tal en lo que al resto de su contenido expresa.

En su sentencia, la Sala Constitucional concluyó su apreciación sobre el hecho comunicacional conforme a los principios del proceso y de la justicia expedita e idónea establecidos en la Constitución (arts. 2, 26, 257) señalando que:

a pesar de que el hecho comunicacional y su incorporación a los autos de oficio por el juez, no está prevenido expresamente en la ley, ante su realidad y el tratamiento que se viene dando en los fallos a otros hechos, incluso de menos difusión, esta Sala considera que para desarrollar un proceso justo, idóneo y sin formalismos inútiles, el sentenciador puede dar como ciertos los hechos comunicacionales con los caracteres que luego se indican, y por ello puede fijar como cierto, los hechos que de una manera uniforme fueron objeto de difusión por los medios de comunicación, considerándolos una categoría de hechos notorios, de corta duración.

VII. LA NOTICIA COMO FUENTE DEL “HECHO COMUNICACIONAL”

Por otra parte, en la misma sentencia, la Sala Constitucional fue precisa al destacar que la fuente de los hechos comunicacionales tiene que ser la “noticia” precisamente como reseña de sucesos, eventos o acaecimientos que se han sucedido y que se publicitan, por lo que nunca pueden ser fuente de tales hechos comunicacionales, por ejemplo las opiniones, entrevistas o apreciaciones de periodistas o personas que se publican. La Sala, en efecto, señaló lo siguiente:

El ejercicio del periodismo se hace efectivo mediante la comunicación de la noticia, que informa sobre el suceso nacional o internacional que se considera debe conocer el público. El área de la noticia es extensa: eventos naturales, humanos, sociales, culturales, judiciales, etc., son reseñados y transmitidos al colectivo. En los medios de comunicación, la noticia destaca ya que es uno de los fines primordiales del medio, y el periodismo se ejerce de esta manera, siendo el informante, el periódico o el noticiero; es decir, la empresa de comunicaciones.

La noticia, entendida como suceso reseñado, contrasta con otros contenidos de los medios, tales como artículos de opinión, entrevistas, remitidos, propaganda comercial, comunicaciones públicas, y avisos o llamados que ordena la ley se hagan mediante la prensa impresa y que muy bien pudieran ser parte de la comunicación radial o audiovisual, aunque la ley no los contemple.

De acuerdo con la doctrina de la Sala, por tanto, no pueden ser fuente de los hechos comunicacionales las “opiniones, testimonios, anuncios, cuya autoría y veracidad no consta”, pues “de este residuo se tiene certeza de que fueron difundidos, más no de su veracidad”; en cambio, “el hecho del cual se hace responsable el medio de comunicación y que varios medios lo presentan como sucedido efectivamente, resulta captado por el colectivo como un hecho veraz”. Por ello concluyó la Sala señalando que:

El hecho comunicacional es preferentemente la noticia de sucesos, pero de él pueden formar parte, como realidades, la publicidad masiva.

Sobre este último aspecto de la noticia y de la publicidad a los efectos del hecho comunicacional, la Sala indicó:

Si las publicaciones que la ley ordene se hagan por la prensa, como carteles de citación, edictos, balances, etc., producen efectos jurídicos y se tienen por conocidos por todos, no hay razón para considerar que el resto de lo que se comunica como noticia importante no goce del conocimiento común, aunque hay que distinguir del material publicitado de aquel que la ley ordena se publique y que por mandato legal se hace, para que la ficción de conocimiento abarque al colectivo, del resto de lo informado. De ese resto, existe la información de sucesos que es el meollo de la noticia, y que debe separarse del resto del contenido de lo difundido, como la publicidad, artículos de opinión, etc., que forman un sector del periodismo o de la comunicación diferente a la información de eventos, los cuales –como tales- deben interesar a la colectividad y le dan a la función periodística (en cualquiera de sus expresiones) el carácter de servicio público. Ello no quiere decir que la publicidad comercial, no llegue a surtir los mismos efectos que el nuevo difundido en cuanto a su conocimiento, ni que las ruedas de prensa reseñadas por diversos medios, no adquieran la dimensión de suceso de actualidad; pero en lo comunicado por los medios masivos, hay que distinguir aquellos que forman la noticia y que llaman la atención por su forma de presentarlos o exponerlos, de aquellos que no conforman el meollo del mensaje, como avisos, carteles, etc., que no son destacados por el medio de comunicación social y que no son del interés colectivo como eventos ocurridos.

Ahora bien, volviendo al meollo de la fuente del hecho comunicacional vinculada a la noticia, la sala precisó:

Desde este ángulo, las informaciones sobre sucesos y eventos que en forma unánime y en el mismo sentido hacen los medios de comunicación social de alta circulación o captación, son aprehendidos por toda la colectividad, que así sabe, por ejemplo, que se interrumpió una vía, se produjo un accidente aéreo, se dictó una decisión judicial en un caso publicitado, etc. Esta noticia tiene mucho mayor impacto que el cartel de citación, o la información que legalmente debe publicarse, que con su difusión por la prensa adquiere la ficción de ser conocida por la colectividad, sin tener el poder de captación que tiene la noticia destacada del suceso, a veces potenciada con gráficas, letras de mayor tamaño y otros elementos para su aprehensión visual (o conozca, según los casos), faltando además en los hechos puntuales (carteles, etc.), la mayoría de las veces, la publicación coetánea por varios medios.

Por la vía de la información periodística, el colectivo adquiere conocimiento, al menos en lo esencial, de determinados hechos y al todo el mundo conocer el hecho o tener acceso a tal conocimiento, no se hace necesario con respecto al proceso, mantener la prohibición del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, principio general del derecho (que no se puede sentenciar sino de acuerdo a lo probado en autos). Tal principio persigue que el juez no haga uso de su saber personal sobre el caso, ya que de hacerlo surgiría una incompatibilidad psicológica entre la función de juez y la de testigo, tal como lo decía el Maestro

Calamandrei en la página 195 de la obra antes citada; además de coartarle a las partes el control de la prueba, ya que ellas no podrán ejercer el principio de control de hechos que solo conoce el juez y los vierte al proceso, minimizando así el derecho de defensa que consagra el artículo 49 de la vigente Constitución.

Pero con los hechos publicitados la situación es distinta, todos conocen o pueden conocer de ellos lo mismo, y mal puede hablarse que se trata de un conocimiento personal del juez incontrolable para las partes. Es por ello que la prohibición del artículo 12 Código de Procedimiento Civil, con su sentido protector de las partes, no opera ante este tipo de hecho, producto de los tiempos actuales y del desarrollo de la comunicación.

VIII. CARACTERÍSTICAS DEL “HECHO COMUNICACIONAL”

Después de haber realizado todas las consideraciones anteriores, la Sala concluyó precisando las características del hecho comunicacional, indicando que si bien “Es cierto que el hecho comunicacional, como cualquier otro hecho, puede ser falso”, “dicho hecho tiene características que lo individualizan y crean una sensación de veracidad que debe ser tomada en cuenta por el sentenciador”; de manera que:

Esos caracteres confluyentes son:

1) Se trata de un hecho, no de una opinión o un testimonio, sino de un evento reseñado por el medio como noticia;

2) Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales, o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes;

3) Es necesario que el hecho *no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo*, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes la **consolidación del hecho**, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación; y

4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta.

En consecuencia, el “hecho comunicacional” como especie del hecho notorio que no requeriría prueba, conforme a la doctrina de la Sala Constitucional, sólo podría ser un hecho (un acaecimiento, un suceso o un evento y no una opinión o testimonio de un periodista), reseñado en los medios como una “noticia” (no como apreciaciones de periodistas), que por ser cierto, no puede estar sujeto a rectificaciones o dudas sobre su existencia o a presunciones sobre su falsedad, y que además, no haya sido desmentido.

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

- Acción de Amparo. 201
 - Abandono de trámite. 222
 - Admisibilidad. 209
 - Audiencia Oral. 218
 - Condiciones de Admisibilidad. 209
 - Existencia de medios judiciales ordinarios. 214
 - Extinción del proceso. 220
 - Falta de impulso procesal del juez *a quo*. 220
 - Medidas cautelares. Requisitos. 219
 - Órganos. 201
 - Principio de Inmediación. 218
 - Procedimiento. 218
- Acción de Inconstitucionalidad. 191
- Acción popular. Legitimación. 193
- Actos Administrativos. 160
 - Competencia. 160
 - Delegación. 162
 - Requisitos de fondo. 160
- Administración de Justicia. 135
 - Gratuidad de la justicia. 135
 - Principios. 135
- Amparo contra Sentencias. Copia auténtica del fallo. Consignación. 210
- Antejuicio de Merito. 141

-C-

- Contencioso Administrativo. 165
 - Admisibilidad. 168
 - Causales de inadmisibilidad. Caducidad de la acción. 168
 - Medidas Cautelares. Requisitos. 172
 - Órganos. 165
 - Sentencia. 178
 - Suspensión de efectos del acto Administrativo. 169
- Contencioso Administrativo contra la abstención o negativa de la Administración. 178
 - Admisibilidad. 179
 - Medidas Cautelares. 182
 - Órganos. 178

- Contencioso Administrativo de las Demandas. 183
 - Pruebas. 183
- Contencioso Administrativo de los Conflictos. Controversias. 187
- Contencioso Administrativo Especial. 195
- Contratos Administrativos. Otorgamiento de la buena pro. 163
- Control Concentrado de la Constitucionalidad. 191
 - Acción de Inconstitucionalidad. 191
- Control de la Inconstitucionalidad por omisión. 197
- Cortes de lo Contencioso Administrativo. 157, 166, 178, 206

-D-

- Derecho a la seguridad social. 105
 - Pensión de jubilación. 105
 - Régimen prestacional de empleo. 100
- Derecho al Deporte. 125
- Derecho al sufragio. 127
- Derecho de asociación. 98
- Derecho de petición y a la oportuna respuesta. 97
- Derechos Culturales y Educativos. 125
- Derechos Económicos. 164
 - Libertad Económica. 164
- Derechos Individuales. 97
- Derechos Laborales. 118
 - Naturaleza progresiva e intangible. 118
 - Organizaciones sindicales. 125
- Derechos Políticos. 127
- Derechos sociales. 100

-E-

- Expropiación. 157
 - Procedimiento judicial. 157
 - Solicitud. Admisibilidad. 158

-F-

- Funcionarios Públicos. 224
 - Cargos de elección popular. Responsabilidad. 224

-G-

Garantía de acceso a la justicia. 88
 Garantía de acceso a la justicia. Protección de los derechos e intereses colectivos o difusos. 91
 Garantía de la reserva legal. 87
 Garantías Constitucionales. 87
 Garantías del debido proceso. Derecho a ser juzgado por el juez natural. 92

-I-

Inconstitucionalidad. Acción. 191
 Inspectorías del Trabajo. Actos. 166

-J-

Jueces de Paz. Elecciones. 151
 Juicio de Amparo pendiente de decisión. 216

-L-

La Ley. 84
 La Ley. Irretroactividad de la ley. 84

-N-

Nuevos Criterios jurisprudenciales. 137

-O-

Ordenamiento Jurídico. 84
 Organizaciones sindicales. 125

-P-

Poder Ejecutivo. 134
 Poder Electoral. 158
 -Elecciones de los jueces de Paz. Organización. 158
 Poder Judicial. 135
 Poder Nacional. 132
 -Competencia seguridad Social. 132
 -Ejercicio. 132
 Poder Público. 131
 -Asignación de funciones estatales. 131
 -Distribución. 131
 -División. 131
 Potestad Sancionadora. 134
 Principio de proporcionalidad. 134
 Pruebas. Régimen. 137

-R-

Recurso de Revisión Constitucional. 198

-S-

Sentencias. 178,196
 Sentencias. Vicios. Inmotivación. 178
 Suspensión de una norma como medida cautelar. 194

-T-

Tribunal Supremo de Justicia. 141, 165.
 - Sala Constitucional. Competencia. 191, 201
 - Sala Constitucional Poderes de Oficio. 191
 - Sala Electoral. 204
 - Sala Plena. 141
 - Sala Político Administrativa. 165