

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

COMITÉ ASESOR

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

CONSEJO CONSULTIVO

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

Revista de Derecho Público

Email: revistadederechopublico@bblegal.com

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

Email: fejv@cantv.net

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

© 1980, EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

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

Publicación Trimestral

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

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

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

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

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

Impresión litográfica: Anauco Ediciones

La edición consta de 500 ejemplares

Portada: Lilly Brewer

Normas para el envío de originales

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

Se solicita atender a las normas siguientes:

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

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

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

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

SUMARIO

ESTUDIOS

Artículos

- Las prerrogativas de la administración en los contratos de las Administraciones Públicas*, Jaime **RODRÍGUEZ-ARANA** 7

Comentarios Monográficos

- Régimen Jurídico Administrativo del Desarrollo Endógeno, del nuevo modelo productivo y de las empresas de producción social*, por Cesar A. **ESTEVEZ A.** 21

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el tercer trimestre de 2006*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 47

Comentarios Legislativos

- Comentarios a la Ley Especial de Regularización integral de la tenencia de la tierra de los asentamientos urbanos populares* por Judith **RIEBER DE BENTATA** 55

DOCTRINA

Doctrina Administrativa

- Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia dictadas durante el tercer trimestre de 2006*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 75

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): tercer trimestre de 2006, por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Marianna VILLEGAS SALAZAR</i>	85
--	----

ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	219
--	-----

ESTUDIOS

Artículos

*Las prerrogativas de la administración en los contratos de las Administraciones Públicas**

Jaime Rodríguez-Arana
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de la Coruña

Resumen: *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas son concebidas, en el artículo, como potestades legales de naturaleza reglada cuyo ejercicio debe cohonestarse con el respeto de los derechos fundamentales. Se concluye en este sentido que el ejercicio razonable, mensurado y proporcionado de los poderes administrativos al servicio objetivo del interés general es el gran desafío del moderno Derecho Administrativo.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. "POTESTAS VARIANDI"
- III. INTERPRETACIÓN UNILATERAL
- IV. RESOLUCIÓN UNILATERAL
- V. PODER DE INSPECCIÓN Y CONTROL
- VI. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO
- VII. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

I. INTRODUCCIÓN

El contrato administrativo, o mejor, los contratos administrativos, constituyen, es bien sabido, un tema central del programa del Derecho Administrativo. Actos y contratos son, es bien sabido, las dos expresiones más conocidas de la manera en que la Administración pública intenta servir objetivamente el interés general.

En efecto, a través de la actuación contractual, la Administración pública aparece en el tráfico jurídico para proporcionar servicios públicos a los ciudadanos y se presenta como garante de los intereses públicos, investida de todo un conjunto de potestades que se justifican, en definitiva, en la medida del servicio objetivo al interés general¹.

* Texto de la intervención en el curso sobre contratación administrativa organizado por el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Intermunicipal de Granada el 5 de mayo de 2006.

1 En general, *Vid.* F. Albi, "Contratos administrativos", NEJ SEIX, 1992; G. Ariño Ortiz, "La reforma de la Ley de Contratos del Estado", Madrid, 1984; P. García Ortega, *Manual de Contratos del Estado*, Madrid, 1987; J.I. Monedero Gil, *Doctrina del Contrato del estado*, Madrid, 1977 y J.L. Villar Palasí-J.L. Villar Ezcurra, *Derecho Administrativo*, Tomo III, "Contratación administrativa", Madrid, 1983.

Ciertamente, en el ámbito contractual la idea de la colaboración (BASSOLS) es la que explica la naturaleza de las relaciones entre la propia Administración pública y el empresario que finalmente presta el servicio o realiza la actividad objeto del contrato de que se trate. Ahora bien, para que ese servicio o esa actividad se realice de acuerdo con el interés público, la Administración pública dispone de un conjunto de potestades, prerrogativas las llama el legislador, muy relevantes que ayudan a entender la posición peculiar que también tiene la propia Administración en los denominados contratos públicos. En cualquier caso, interesa dejar constancia, en efecto, de que la idea de la colaboración constituye el meollo de la cuestión, adquiriendo, por ello, las “prerrogativas” un marcado carácter instrumental en orden a garantizar que el objeto del contrato sigue las exigencias del interés público ordinariamente explicitadas en el propio pliego del contrato. Hoy esta doctrina que nace en Francia de la mano de HAURIOU es una realidad confirmada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, dónde encontramos algunos pronunciamientos que no dejan lugar a dudas: “en la más moderna concepción del contrato administrativo el contratista ha dejado de ser un titular de intereses antagónicos a los de la Administración, para convertirse en un colaborador voluntario de la misma, aunque desinteresado; en esta colaboración se entra, por cierto, contando de antemano con la voluntad predominante de los entes públicos, en cuanto, en cierta forma, el contrato administrativo puede considerarse un contrato de adhesión o un contrato tipo”(sentencia de 15 de junio de 1972).

En los contratos administrativos, el juego del interés público, al que debe servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1984 establece que “la inalterabilidad del contrato administrativo tiene excepciones que responden a la prevalencia del fin público que con él se persigue, y que de una parte se traduce en facultades exorbitantes de la Administración, muy especialmente en el reconocimiento del *ius variandi*”.

Como ha señalado el profesor MEILÁN GIL, el término “prerrogativa” o “privilegio” supone ya un determinado planteamiento del problema contemplado desde la perspectiva constitucional del Derecho Administrativo².

Independientemente de los presupuestos históricos que han configurado la esencia del Derecho Administrativo, la operatividad del Estado social de Derecho y la esencia “vicarial” de la Administración, aconsejan, puesto que se tratan de una función-servicio, el uso del término “potestad”, en lugar de las expresiones “privilegios” o “prerrogativas”. En este sentido, para MEILÁN GIL “es urgente, no tanto luchar obviamente contra excesos de la Administración levantada sobre la prerrogativa, cuanto situar a la Administración en el nuevo contexto constitucional y extraer de ello las consecuencias lógicas”. Por eso, las potestades no son un privilegio sino poderes mensurables por su fin en todas sus facetas. El canon de la proporcionalidad, de la razonabilidad, de la oportunidad, permiten la ponderación en el ejercicio de las potestades³. En este sentido, habrá que entender las prerrogativas que el legislador atribuye a la Administración pública en materia contractual.

Es más, el ejercicio mensurado y ponderado de las potestades facilitará que la motivación sea un elemento esencial en la funcionalidad de estas concretas potestades hoy definidas en el artículo 59 de la vigente ley de contratos de las Administraciones públicas.

2 J.L. Meilán Gil, “Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Administración”, *Prólogo al libro de J. Rodríguez-Arana, La suspensión del acto administrativo*, Madrid, 1986, p. 22.

3 *Ibidem*, p. 31.

La Administración, dice el artículo 103 de la Constitución “sirve con objetividad los intereses generales”. De ahí que la actuación de la Administración no queda cubierta por el manto del privilegio. Sobre ella mandan los intereses generales, de la que es servidora; como poder público está sometida a la Constitución -derechos fundamentales- y al resto del ordenamiento jurídico (MEILAN GIL)

Las potestades, por tanto, constituyen ejercicio del interés general en un contexto en el que la Administración, ni es dueña de los procedimientos, ni puede actuar sin tener en cuenta los principios constitucionales y su vinculación a los derechos fundamentales que, hoy por hoy, constituyen un elemento esencial en toda actuación administrativa. En este sentido, pues, las prerrogativas de la Administración, deben entenderse en este contexto.

El artículo 10.1 de la Constitución española subraya el carácter central de la dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes y del libre desarrollo de la personalidad. Estos tres elementos constituyen nada más y nada menos, que el fundamento del orden político y la paz social. En otras palabras, el Estado social y democrático de Derecho en buena medida descansa sobre la realización de estos valores constitucionales que, como señala la Constitución en el artículo 9 vinculan a ciudadanos y poderes públicos.

En este sentido, los poderes públicos han de comprometerse, como señala GONZÁLEZ PÉREZ⁴, en “una acción decidida a fin de promover las condiciones para que la dignidad sea efectiva y remover cuantos obstáculos dificulten su plena realización a través del sistema tributario, de la actividad de fomento, y hasta de servicios públicos, cuyo objeto sean prestaciones de cosas y servicios ineludibles para que queden garantizadas unas condiciones mínimas de existencia, que permitan vivir con dignidad”⁵.

Por ello, los derechos fundamentales “dan sus contenidos a dicho Ordenamiento, en nuestro caso al 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 fundamental de la unidad política sin mediación alguna”⁶.

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”.

No se trata de una consideración aislada en 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 del Tribunal Constitucional español.

En los tiempos que corren, las modernas tendencias apuntan a que será un derecho fundamental de la persona el derecho al buen gobierno y a la buena administración de las instituciones públicas. Derecho que ya figura con tal calificación en el proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa como es bien sabido. Y entre las características de este nuevo derecho fundamental habrá que tener presente el fomento de la

4 J. González Pérez, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, p. 63.

5 *Ibidem*.

6 STC de 14 de julio de 1981.

publicidad y la concurrencia en la contratación administrativa, valores constitucionales desde los que hay que entender el sentido y la funcionalidad de los poderes, o como dice la Ley prerrogativas, de la Administración pública en materia de contratación administrativa.

Por otra parte, la sentencia, del Tribunal Constitucional Español 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”.

En definitiva, la tarea de protección y promoción de los derechos fundamentales⁷ debe ser asumida por el Estado hasta el punto de constituir una de sus principales funciones tal y como señala la anterior sentencia:

“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...”⁸.

Por tanto, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, puede afirmarse que 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).

Si estamos de acuerdo en que los límites a los derechos fundamentales son parte integrante de su contenido, dichos derechos y sus límites no deben perderse de vista para comprenderlos mejor en su inserción en el Estado social y democrático de Derecho:

“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”⁹.

Ahora bien, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, el Estado Social de Derecho impide que la propia Administración pública monopolice el interés general¹⁰. En este contexto encaja adecuadamente la idea de colaboración que guía las relaciones entre Administración y particulares en lo que se refiere a la contratación administrativa:

7 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 la Constitución) y no el objetivo a eliminar para una traspersonalización 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”.

8 En el mismo sentido la STC de 16 de octubre de 1984.

9 STC de 11 de abril de 1985.

10 STC de 12 de diciembre de 1986.

“La configuración del Estado como social de Derecho viene 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” (sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de febrero de 1984).

Dicha Sentencia también dispone que:

“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”.

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 Pública, sino en una perspectiva abierta que ha de ser definida a través de la colaboración entre poderes públicos y agentes sociales¹¹.

El Derecho de la Contratación administrativa, en la medida en la que parte de la colaboración entre la Administración y los particulares para realizar tareas de interés público, encaja francamente bien con esta idea del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual el interés público se define, debe definirse insisto, de una manera abierta y complementaria entre poderes públicos y agentes sociales.

Estas reflexiones encuentran fundamento en lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 cuando señala:

“Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes públicos 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”.

La sentencia que acabo de transcribir ofrece dos importantes consideraciones respecto a la operatividad del Derecho Administrativo Constitucional que, obviamente, tienen su proyección sobre la teoría de los poderes públicos en general y sobre las prerrogativas de la Administración en materia contractual, en particular.

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 Administración¹².

11 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 representativa 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”.

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

Segunda: esa asunción de los derechos fundamentales, además de ser “impulso y línea directiva” que presida el sistema del Derecho Administrativo Constitucional, introduce un elemento bien relevante. 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 el conjunto del orden jurídico como de cada una de las ramas que la integran, el Derecho Administrativo se encuentra condicionado, en su marco constitucional, por los derechos fundamentales hasta el punto de que la actividad administrativa en su conjunto debe plantearse hacia la realización efectiva de los derechos fundamentales¹³ y, como dice el Tribunal Constitucional, los valores que representan, entre los que la publicidad y la concurrencia, expresiones de la transparencia, son principios medulares.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que el ejercicio de las prerrogativas de la Administración en materia contractual ha de realizarse “dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la normativa jurídica, sin que ello quiera decir que tal modificación unilateral pueda afectar a las estipulaciones esenciales del contrato” (sentencia de 28 de febrero de 1989). La Administración, sentencia de 16 de septiembre de 1988, no cuenta entre sus prerrogativas la de “poder desligarse unilateralmente de sus compromisos” puesto que, en todo caso, está vinculada por el interés público. Por ello, sentencia de 18 de abril de 1988, un contrato tiene la condición de administrativo cuando la vinculación de su objeto al interés público alcanza una entidad tal que dicho interés no tolera que la Administración se despoje de sus prerrogativas exorbitantes.

Las “potestades” administrativas de interpretar los contratos, de resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, de modificación o de resolución unilateral que ahora recoge el artículo 59 de la Ley coinciden con las potestades recogidas en el art. 18 de la Ley de 1965. Dichas potestades, en la medida que definen la posición jurídica de la Administración en el marco contractual, deben venir justificadas en concretas razones de interés público y su ejercicio, en la medida que supone una posición especial, debe siempre motivarse tal y como ahora exige la vigente Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del procedimiento administrativo común.

Como ha señalado el profesor ARIÑO ORTIZ, los “privilegios” o “prerrogativas de la Administración en la contratación son consecuencia obligada de dos factores: 1) la posición jurídica general de la Administración en el Estado moderno y 2) la tutela que el Derecho presta a los intereses públicos¹⁴.

Esa protección del interés público que la obra o el servicio público vienen a satisfacer, constituye el fundamento de esa especial posición jurídica de la Administración en la contratación administrativa, en cuyo seno es bien sabido no se produce esa igualdad entre las partes característica del contrato privado.

Pues bien, los principales privilegios administrativos en materia de contratación son: el poder de dirección, inspección y control de las obras, el poder de interpretación unilateral del contrato, la potestad de modificar el contrato por razón de interés público (“*potestas variandi*”),

13 En este sentido K. Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik, EUUGRZ 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.

14 G. Ariño, *La Reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Madrid, 1984, p. 95.

la potestad de suspender las obras por motivos de interés general, la inaplicación general de las excepciones de incumplimiento administrativo, el régimen especial de mora administrativa, potestad de resolución unilateral del contrato y del principio de ejecutividad de los acuerdos.

Las prerrogativas públicas en la contratación administrativa traen su causa, desde otro plano, no del contrato, sino de la Ley, no son expresión de un derecho subjetivo, sino de una potestad atribuida “*ex lege*” para atender los intereses públicos. En otras palabras, la especial posición de la Administración en materia contractual trae su causa de la necesidad de asegurar la realización de las obras públicas contratadas o de la prestación de los servicios públicos objeto del contrato de que se trate.

Las prerrogativas de la Administración en esta materia son potestades legales de naturaleza reglada, ya que sólo la Ley puede conferir potestades que modulen el contenido de las relaciones contractuales reguladas por la propia Ley. Estas potestades, como ya hemos indicado apoyados en el Tribunal Supremo, sólo pueden ejercerse dentro de los límites y con sujeción a los requisitos establecidos en la Ley. Por tanto, no son atribuciones legales que permitan a la Administración actuar indiscriminadamente. No son poderes arbitrarios, esto es, carentes de racionalidad. Por ello, no se pueden modificar irracionalmente los contratos administrativos por parte de la Administración. El ejercicio de estas potestades ha de conducirse dentro de límites que no desnaturalicen el objeto del contrato. Por ello, el interés público que justifica el ejercicio de estos poderes ha de ser expreso, claro y bien motivado.

Desde la consideración del contratista como colaborador de la Administración para llevar a buen fin la obra pública o el servicio público objeto de contratación, también puede entenderse mejor el alcance de las llamadas prerrogativas de la Administración en materia contractual. Si el contratista es colaborador de la Administración, entonces actúa en coordinación con ella y en plena sintonía con el interés público. Actúan conjuntamente, Administración y contratistas, en orden a la realización de la obra pública o la prestación del servicio. Esta posición de dirección que corresponde a la Administración la compromete en orden a que las potestades que deba operar se enmarquen necesariamente en llevar a buen puerto la obra pública o el servicio público de que se trate en cada caso.

El artículo 59 de la Ley de Contratos, que es el que regula esta materia, señala en su párrafo 2º que “los acuerdos correspondientes pondrá fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”. Es la expresión, en materia contractual, de la autotutela administrativa que hoy parece que, de acuerdo con el marco constitucional, debe entenderse como un poder, por supuesto, susceptible de control judicial antes de materializarse pues, de lo contrario, nos encontraríamos ante la posible consolidación de situaciones irreversibles que lesionan gravemente el derecho a la efectividad de la tutela judicial. En estos casos, nos topamos con la llamada justicia cautelar, hoy tan relevante cuando la lentitud es inherente, desgraciadamente, a la administración de justicia. En cualquier caso, la ejecutividad de estos acuerdos que explicitan las llamadas prerrogativas de la Administración es la regla general, salvo que se acrediten situaciones irreversibles. Regla general sometida, como sabemos, a ciertos límites: audiencia del contratista, informe previo de los servicios jurídicos y dictamen del Órgano consultivo competente en los casos de interpretación, nulidad y resolución cuándo se formule oposición por el contratista o también en los supuestos de modificaciones superiores a un 20% del precio original del contrato y éste sea igual o superior a 1.000 millones de pesetas.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de sentar que cualesquiera que sean las modulaciones que la posición de una Administración pública introducen, nunca pueden llegar sus potestades de dirección o interpretación a atribuir a su exclusivo arbitrio la validez o el cumplimiento de los contratos, en contra de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil (sentencia de 24 de septiembre de 1991).

El poder de dirección de dirección y control de la Administración y la consiguiente función de colaboración del contratista ayudan a entender el sentido y funcionalidad del conjunto de poderes concretos que a continuación vamos a comentar. Es este un poder que comprende lógicamente la impartición de órdenes o instrucciones por parte de la Administración al contratista, que éste debe cumplir en todo caso, salvo que entienda que dichos poderes son arbitrarios o van directamente contra el propio interés público ínsito en la obra pública o servicio público de que se trate.

En el artículo 128 del Texto refundido, para el contrato de obras, se dispone que “el contratista estará obligado a presentar un programa de trabajo” y se prevé que la “Administración puede imponer la introducción de modificaciones o el cumplimiento de determinadas prescripciones, siempre que no contravengan las cláusulas del contrato”. Además, el artículo 130 establece que “las obras se ejecutarán conforme a las instrucciones que en interpretación de éste diera el contratista al facultativo de la Administración, que serán de obligado cumplimiento para aquel, siempre que lo sean por escrito”. En el mismo sentido, el artículo 131 señala que “una vez iniciados los trabajos, cuantas incidencias puedan surgir entre la Administración y el contratista serán tramitadas y resueltas por la primera a la mayor brevedad posible, adoptando las medidas convenientes para no alterar el ritmo de las obras”.

Por lo que se refiere al contrato de gestión de servicios públicos, el artículo 155.3 del Texto refundido dispone que “en todo caso la Administración del Estado conserva los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio de que se trate”. Por lo que se refiere al contrato de suministro, hemos de ir al artículo 188: “la Administración tiene facultad de inspeccionar y de ser informada, cuando lo solicite, del proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato, pudiendo ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos y pruebas de los materiales que se vayan a emplear, establecer sistemas de control de calidad y dictar cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido”. Finalmente, para el contrato de consultoría, el artículo 212.1 establece que “el contrato se ejecutará con arreglo a las cláusulas del mismo y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere el contratista de la Administración”.

En el marco de estas consideraciones, examinaremos brevemente el conjunto de prerrogativas que el artículo 59 de la Ley confiere a la Administración:

“1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

II. “POTESTAS VARIANDI”

El término “*potestas variandi*” o “*ius variandi*” se refiere al poder unilateral de modificación que posee la Administración en virtud de la atribución realizada por el Ordenamiento.

Como señala MESTRE DELGADO, este privilegio de la Administración se circunscribe al poder que la Administración tiene de modificar, amparado en razones de interés público, el objeto o las condiciones del contrato¹⁵.

15 J.F. Mestre Delgado, “La posición singular de la Administración en la contratación administrativa”, *REDA*, N° 47, p. 428.

En este sentido, hemos de llamar la atención sobre el hecho, bien expresivo, de que teniendo todas las prerrogativas el telón de fondo del interés público, el actual legislador ha querido dejar en la letra de la ley la vinculación expresa entre poder de modificación e interés público.

La razón de este proceder la podemos encontrar en el hecho de que estadísticamente el poder de modificación es la prerrogativa más utilizada por la Administración en materia contractual, por lo que dicha vinculación resulta bien ilustrativa de la intención de la Ley.

El principio de inalterabilidad contractual implica que los pliegos de condiciones particulares no pueden ser modificados en razón de la necesidad de preservar el principio de igualdad de los ciudadanos ante los beneficios públicos. Sin embargo, en la contratación pública, la Administración tiene la facultad de modificar unilateralmente y por razones de interés público el contrato, modificación que es obligatoria para el contratista dentro de ciertos límites y que, si supone una mayor carga para él, irá acompañada de la correspondiente compensación económica de forma que se mantenga el equilibrio financiero del contrato.

El “*ius variandi*” constituye, como dice el Tribunal Supremo en una sentencia de 30 de marzo de 1978 “un acto de poder público, como ejercicio de un derecho que le pertenece en cuanto Administración” y en cuya virtud, dice también el Supremo en sentencia de 13 de abril de 1981, “se han superado los principios propios de la contratación civil (*lex inter partes* y *pacta sunt servanda*) en aras de los principios de mutabilidad del contrato administrativo, Administración-poder y contratista-colaborador, equilibrio financiero y honesta equivalencia de prestaciones”.

El Texto refundido establece con carácter general en su artículo 101 que “una perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”. El precepto es relevante. Primero porque remarca el criterio de la vinculación de esta potestad al interés público. Segundo porque delimita extraordinariamente el ámbito de operatividad del *ius variandi* pues solo podrá operar en los supuestos de necesidades nuevas o causas imprevistas, lo que permite calificar el ejercicio de esta potestad sin excesivos problemas. Y tercero porque se obliga a la Administración que lo utilice a justificar su uso “debidamente” en el expediente. Es decir, se requiere de una debida motivación, puesto que limita derechos subjetivos (Artículo 54.1.a LRJPAC). En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de abril de 1984, sentó que “el ejercicio del poder de modificación requiere en todo caso de una singular motivación porque no es una atribución legal indiscriminada, de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, necesidades que hagan indispensable su uso para el mejor servicio del interés público con la consiguiente compensación”.

Nos encontramos, pues, con una potestad sometida al interés público y que jugará cuándo existan necesidades nuevas o causas imprevistas. En relación con la presencia del interés público, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de señalar, en sentencia de 29 de junio de 1986, que “el *ius variandi* debe ejercerse atendiendo al interés público que demanda la prestación del servicio y que constituye su causa o finalidad, no estando justificado su ejercicio en aras de un interés particular como es el económico del concesionario, en detrimento del propio servicio y de los derechos de los demás interesados en su prestación”. Se trata, obviamente, de “una prerrogativa excepcional sometida a interpretación restrictiva” (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1988).

La operativa de la modificación requiere que se formalice de la misma manera que los contratos originales, que se pida informe jurídico del Órgano consultivo competente si se supera el 20% del presupuesto y este es igual o superior a 1.000 millones de las antiguas pesetas, que se someta a fiscalización previa y que se exijan determinados documentos en los casos a que se refiere el artículo 101.3 del texto refundido.

Es posible que el ejercicio del *ius variandi* altere sustancialmente el equilibrio financiero. En estos casos, el contratista tiene derecho a la correspondiente indemnización. Este derecho está reconocido para los contratos de obra en el artículo 144 de la Ley, en el artículo 162 para los de gestión de servicios públicos, en el artículo 188 para el contrato de suministro y en el artículo 211 para los contratos de consultoría y asistencia, de los trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración. Es relevante, a estos efectos, el régimen jurídico diseñado para el derecho a indemnización como consecuencia de la suspensión temporal o definitiva de los contratos. En estos casos llama la atención que, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley, parece que sólo procederá la indemnización si la suspensión lo fuera por tiempo superior a una quinta parte del plazo total del contrato o, en todo caso, si la suspensión se prolongara más allá de seis meses. Entonces, la Administración abonará al contratista los daños o perjuicios efectivamente sufridos por éste. El problema estriba en que es posible que la suspensión pueda ser utilizada arbitrariamente, sin traspasar los plazos legales, ocasionando evidentes perjuicios al contratista que, en mi opinión, habrá que resolver en atención a las reglas generales y a los principios generales del Derecho, pues no parece que encaje con una Administración que sirve objetivamente el interés general el uso arbitrario del poder.

En definitiva, como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de mayo de 1995, el *ius variandi* trae su causa de “la más inmediatamente posible satisfacción del interés público, procurándose en todo caso, que la prestación incumplida o defectuosamente cumplimentada se interrumpa o cese con grave quebranto del interés público(...); tal prerrogativa pretende asegurar el buen funcionamiento del servicio y la prestación del mismo de forma regular y continua(...). Es un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas, con el fin de que se construya la obra que demanda el interés público, o sea, su correcta ejecución que es el sentido finalista que justifica toda la especialidad de las normas reguladoras de esta singular materia de los contratos administrativos en que el interés general es el que debe prevalecer en todo caso y como indica la sentencia de 2 de julio de 1979, la prevalencia del fin sobre el objeto, una de las características del contrato de obra pública es la que justifica la habilitación a la Administración con una potestad de promover adaptaciones del objeto pactado para así conseguir tal fin”.

III. INTERPRETACIÓN UNILATERAL

El privilegio de interpretación unilateral se recoge, como ya sabemos, en el artículo 59 de la Ley en términos generales. En la doctrina, como se sabe, hay dos direcciones distintas en relación con la cuestión del interés público como criterio propio de interpretación del contrato.

La primera se centra en configurar el interés público, no como criterio sustantivo de interpretación sino como parámetro a tener en cuenta por la Administración y, que, posteriormente aparecerá al investigar la voluntad negocial (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ). La segunda orientación mantiene, como recuerda DE SOLAS, que la interpretación de los contratos administrativos se caracteriza, sobre todo, por su aspecto material o sustantivo. Es decir, el interés público interviene como criterio autónomo de interpretación porque, como es lógico, si la razón de ser de los contratos públicos se encuentra en satisfacción del interés público el principal criterio de interpretación será precisamente el del “interés público” y, para que ello sea así, es por lo que el Ordenamiento concede dicho privilegio unilateral.

Esta prerrogativa ha sido, desde hace tiempo, perfilada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, la sentencia de 8 de octubre de 1990 señala que esta facultad “no tiene otro alcance que evitar el perjuicio para el interés público que seguiría de la interrupción de la prestación del servicio público en tanto se despejan las dudas y no se traduce en reglas interpretativas distintas de las que, con carácter general, se establecen en los artículos 1.281 y ss. En relación con el artículo 3, todos del Código Civil para los contratos, a las que, en todo caso, debe ajustarse el ejercicio de esta potestad interpretativa”. El ejercicio de esta potestad, obviamente, no excluye la intervención de los Tribunales para revisar dicha prerrogativa (sentencia de 20 de abril de 1999). Su alcance es el de “encontrar el verdadero sentido y contenido de las cláusulas a que se someten las partes, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las reglas que con carácter general se establecen en los artículos 1281 y siguientes de Código Civil, criterio que, además, se ha tenido en cuenta por el Consejo de Estado (...) pudiéndose llegar a la consideración final que, si bien en determinada jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo se ponía de manifiesto que existía una presunción de autenticidad en la interpretación llevada a cabo por la Administración, lo que significaba que debía aceptarse ésta, mientras no se acreditase que fuera errónea, la jurisprudencia más reciente acepta, sin más, los criterios interpretativos del Código Civil” (sentencia de 10 de febrero de 1999). Es una prerrogativa “que tiene su razón de ser en la mejor satisfacción posible del interés público, ínsito en toda actividad administrativa, y desde luego no supone una facultad ejercitada caprichosa o arbitrariamente rotundamente prohibida por el artículo 9.3 de nuestra Constitución. La finalidad perseguida (...) no es otra que la de solucionar cualquier divergencia o conflicto durante la ejecución del respectivo contrato, siempre, desde luego en aras del interés público. Más esta facultad o poder de decisión ejecutoria es objeto, en todo caso, de control judicial” (sentencia de 14 de diciembre de 1995).

La prerrogativa de interpretación no autoriza a la Administración a imponer a la otra parte cláusulas o condiciones que no estuviesen incluidas en el pliego de condiciones (sentencia de 9 de julio de 1988).

Ciertamente, como se señala en la sentencia de 29 de febrero de 1984, este privilegio no se mantiene cuando el administrado no se aquieta o conforma y el asunto traspasa las fronteras jurisdiccionales ya que, de lo contrario, el contencioso se convertiría en una pura máscara o en una ficción, lo que implica que el control o la revisión judicial debe servir para impedir que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance de lo pactado. Ahora bien, como también señala el Tribunal Supremo en esta sentencia, también es cierto que esta facultad permite la ejecución sin dilaciones del contrato puesto que puede servir para conocer la auténtica voluntad de lo convenido, de difícil intelección en caso contrario debido a que, en primer lugar, las cláusulas están redactadas por la propia Administración y, por ello, es ella quien está mejor dotada para conocer su verdadero sentido; en segundo lugar, las cláusulas contienen diversas expresiones (flexibilidad en el comportamiento de los precios) que, por su indeterminación, nadie mejor que ella puede conocer la finalidad con que han sido empleadas y, en tercer lugar, porque salvo abuso de poder, error o irracionalidad, la Administración puede acometer estas tareas sin propósitos egoístas o partidistas, ya que los agentes que por ella obran en nada se favorecen particularmente.

Esta prerrogativa debe atemperarse en función de los principios de prohibición de la arbitrariedad (sentencia de 24 de enero de 1984), debe aplicarse en el marco del principio *in claris non fit interpretatio* (sentencia de 4 de octubre de 1980).

Las facultades de interpretación no han de incurrir en el olvido de que la finalidad de la labor exegética no es otra que la indagación de lo pactado, no siendo por ello sustituible la voluntad realmente emitida por otra de construcción (sentencia de 20 de noviembre de 1974).

IV. LA RESOLUCIÓN UNILATERAL

El interés público también puede aconsejar en determinados casos que la propia Administración decida unilateralmente la resolución del contrato. Sobre todo, se producirá en aquellos casos en que se constate la existencia de un incumplimiento grave por parte del contratista (caducidad) o cuando las razones de interés público determinen la extinción de la relación contractual.

En realidad esta prerrogativa constituye una de las causas de extinción de los contratos administrativos. Con carácter general, se puede decir que se trata, por supuesto, de una potestad exorbitante de la Administración que solo puede desencadenarse si se dan los requisitos del artículo 112 de la Ley, completados, para cada tipo de contrato, por los preceptos que les son de aplicación. El artículo 113 de la Ley remite, en cuanto al procedimiento, al Reglamento.

La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista. En este caso, se incluyen los supuestos en los que el contratista tiene derecho a exigir la resolución del contrato. Así, por ejemplo, los supuestos de modificación que implican alteraciones del precio del contrato en cuantía igual o superior al 20% de su importe, representen una alteración sustancial del mismo o en caso de retraso de más de ocho meses en el pago por la Administración son, según los casos, causas de resolución a instancias del contratista.

V. LA POTESTAD DE INSPECCIÓN Y CONTROL DEL CONTRATO

Esta potestad no encuentra su reconocimiento general en el artículo 59 de la Ley sino que va a ser objeto de regulación en los distintos tipos de contratos.

En este sentido, puede contemplarse el artículo 143 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, referido a las obras públicas, que obliga al contratista a someterse a las instrucciones técnicas; el artículo 156.3 de la Ley, en el marco del contrato de gestión de servicios públicos, que atribuye a la Administración los poderes de policía necesarios para garantizar la buena marcha de los servicios; el artículo 189 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para contrato de suministros, que recoge la facultad de la Administración de inspeccionar y de ser informada en el proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato pudiendo establecerse ensayos, pruebas, sistemas de control de calidad,...; y, finalmente, el artículo 212 Ley, para los contratos de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración.

Del análisis de la doctrina del Consejo de Estado sobre esta potestad, pueden extraerse estos criterios:

1. La garantía de que se ejecuten con sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y al proyecto que sirve de base al mismo.
2. La posibilidad de tramitar y resolver a la mayor brevedad cuantas incidencias surjan.
3. La formulación oportuna y por escrito de instrucciones de obligado cumplimiento para el contratista.
4. La vigilancia de que las obras se acomoden al programa de trabajos.
5. La opción de medidas convenientes para no alterar el ritmo de las obras.
6. La seguridad de que las certificaciones expedidas se ajustan a las obras ejecutadas, etc.

VI. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR LA ADMINISTRACIÓN

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha distinguido entre la suspensión como consecuencia de causas derivadas de la *potestas variandi*, y la suspensión acordada como medida previa a la resolución del contrato.

En efecto, la suspensión vinculada a la modificación del contrato encuentra su regulación en el artículo 103 de la y la suspensión relacionada con la resolución del contrato se aborda para cada tipo de contrato en su regulación específica (art. 152.3 y 4 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para el de obras, 168 y 170 en el de servicios públicos, 194. 2 y 3 en suministros y 214 y 215.2 y 3 en los casos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración).

En todos los supuestos y tipos de contratos se sigue una solución idéntica, es decir:

-suspensión vinculada a la modificación: la solución que arbitra la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es la de indemnizar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el contratista.

-suspensión, como consecuencia de motivos de interés público, que pueda ocasionar la resolución o desistimiento del contrato.

En la suspensión temporal superior a seis meses e inferior a un año se establece una indemnización equivalente al 3% del precio de adjudicación.

En la suspensión definitiva la indemnización que se establece es del 6% de las obras dejadas de realizar, de los suministros dejados de prestar, etc, que como puede comprobarse es equivalente a la cuantía del beneficio industrial.

De otro lado, queda perfectamente clara la posibilidad de que se acumulen ambas indemnizaciones, cuestión que había planteado cierta problemática.

En cualquier caso, el artículo 103.1 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas exige que se levante Acta en la que se consignen las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél.

VII. REFLEXIÓN FINAL

Para terminar este breve estudio, tres reflexiones: una de Ética pública, otra sobre motivación de la actuación administrativa y, una última, sobre el sentido de los privilegios administrativos en la contratación pública.

El Tribunal Supremo, en una sentencia de la que fue ponente MARTÍN DEL BURGO, de 7 de abril de 1983, nos alerta de la importancia que tiene el principio de igualdad de oportunidades de los ciudadanos en relación con la moralidad pública:

“en la contratación administrativa -en su regulación-, existe una idea básica, un principio general: el de garantizar la igualdad de oportunidades de los administrados que asegure, de paso, la moralidad administrativa, evitando confabulaciones o favoritismos; principio que, ciertamente, no ha sido preservado a ultranza, sobre todo al permitirse y regularse los sistemas del concurso y del concierto, directo, desgraciadamente puestos en juego en mayor número de casos de lo que fuera deseable; constituyendo el sistema del concurso-subasta, utilizado en el supuesto de autos, una fórmula híbrida pensada para servirse de lo que hay de más positivo en las dos técnicas que, amalgamadas, articuladas en dos fases, la segunda de las cuales, la de la subasta, encargada de dilucidar las proposiciones económicas (art. 39-4º. Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 enero 1953 -R. 1054 y N. Dicc. 22515-) es la que aquí y ahora ocupa y centra, en exclusiva, nuestra atención enjuiciadora”.

“aunque en los sistemas de selección de los contratistas no sujetos al automatismo absoluto de la subasta, o al automatismo relativo del concurso-subasta, no se dejan adoptar medidas y formalidades, garantes de un grado conveniente de objetividad e imparcialidad; lo que no cabe duda es que, sobre todo en los dos sistemas primeros, la observancia del procedimiento establecido en el ordenamiento es esencial, ya que, en pocos campos como en éste el procedimiento es garantía jurídica, tanto para la Administración, como para los particulares interesados”.

En relación con la motivación de los actos administrativos hay que reconocer, al menos en este punto, el acierto de la regulación de la LRJAPPAC, porque, en efecto, el Estado Social y Democrático de Derecho me parece que exige, como regla, la motivación de la actuación administrativa: en unos casos, con mayor intensidad y, si se quiere, en otros, con menor rigor.

En materia de adjudicación de contratos, como también ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, en ponencia del profesor GONZÁLEZ NAVARRO, de 7 de mayo de 1987, es evidente que:

“la motivación es inexcusable cuando como aquí ocurre la Administración ha de optar entre varios contratistas. Porque la motivación es, de una parte, la garantía de que la decisión no se toma arbitrariamente sino fundada y razonadamente; y de otra, es el medio de que los demás interesados puedan combatir esa fundamentación cuando haya discurrido fuera de los márgenes legales y jurídicos (que la Administración ha de actuar conforme a la ley y derecho, artículo 103 de la Constitución) (R. 1978, 2836, y Ap. 1975-85, 2875) en que el contenido decisional de todo actuar administrativo debe moverse.

En contra de lo afirmado por la Sentencia apelada, la motivación ha de ser expresa (aunque lo fuere por remisión a otra). Porque afirmar, como hace aquella, que “la motivación de toda decisión de adjudicación definitiva de un concurso viene de suyo implícita en el mismo acuerdo, y no es sino el criterio del órgano decisor de que la proposición vencedora reúne las condiciones óptimas, según el régimen de adjudicación de que se trate, para cubrir el servicio público sacado a concurso”, equivale a dar un cheque en blanco a la Administración para eludir la expresa motivación de un acto que afecta a los destinatarios con intereses encontrados”.

Finalmente, ante la problemática de los privilegios o, mejor, potestades administrativas caben dos soluciones. Suprimirlos, para que ciudadano y Administración actúen en pie de igualdad o, más bien, mantener dichas potestades buscando, eso sí, que su ejercicio esté de acuerdo “con el servicio objetivo a los intereses generales”. El ejercicio razonable, mensurado y proporcionado de los poderes administrativos al servicio objetivo del interés general es el gran desafío del moderno Derecho Administrativo.

Comentarios Monográficos

RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DEL DESARROLLO ENDÓGENO, DEL NUEVO MODELO PRODUCTIVO Y DE LAS EMPRESAS DE PRODUCCIÓN SOCIAL

Cesar A. Esteves A.

Profesor de Postgrado de la UCAB

Resumen: *En este artículo se analizan, las disposiciones legales que rigen el novedoso sistema de desarrollo endógeno promovido por el Ejecutivo Nacional, cuyas bases y posterior implantación, descansan fundamentalmente en los principios de la libertad económica y papel del Estado y de la promoción de asociaciones y cooperativas contenidos en normas constitucionales y en resoluciones e instructivos que desarrollan las primeras.*

En el mes de noviembre de 2005, se hizo del conocimiento público, el anuncio de la presidencia de Petróleos de Venezuela, C. A., relativo a “(...) la implantación de un nuevo Sistema de Registro de Empresas de Producción Social (EPS), con la finalidad de transformar las relaciones de producción y de negocios entre las empresas de bienes y servicios del sector de los hidrocarburos e incentivar, al mismo tiempo, un cambio de actitud hacia las necesidades de las comunidades y el desarrollo de la nación”¹. Se indicó así mismo que, “(...) Deberán registrarse en el nuevo Registro de Empresas de Producción Social (REPS) las Empresas de Producción Social (EPS), es decir, aquellas unidades de producción de bienes, obras y servicios, constituidas bajo la figura que corresponda, con la particularidad de destinar sus ganancias a un reparto igualitario entre sus asociados...etc.”².

El tema a tratar en este breve análisis, que se hace de las precitadas empresas de producción social, abarcará el régimen jurídico administrativo naciente, cuyo objetivo como acción propia del gobierno, expresamente reservada al Ejecutivo Nacional por mandato y con el apoyo de las *normas constitucionales y de la norma legal respectiva*³, fue declarado

1 El Diario de Caracas, viernes 11 de noviembre de 2005, p. 6.

2 *Ibidem*.

3 En relación a la Norma Constitucional: Artículo 112 sobre la promoción de la libertad económica, iniciativa privada y el papel garantizador del Estado entre otras, en la creación y justa distribución de las riquezas; Artículo 118 relativo al reconocimiento y protección por parte del Estado de las asociaciones cooperativas destinadas a mejorar la economía popular y alternativa; Artículo 301 mediante el cual el Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas públicas nacionales y privadas; Artículo 302 la reserva que el Estado hace de las industrias estratégicas, y el compromiso del Estado en la promoción de la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables con el propósito de generar empleos y crecimiento económico, crear riquezas y bienestar para el pueblo; Artículo 308 mediante el cual el Estado se compromete a promover y proteger la pequeña y mediana industria, cooperativas y otras formas asociativas para el trabajo; y Artículo 226 referido a la acción de gobierno reservada al Presidente de la República, Jefe del Estado y cabeza del Ejecutivo Nacional; todos los precitados Artículos publicados en la Constitución Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5453 Extraordinaria de fecha 24 de marzo de 2000. Por lo que con-

entre otros, en el primer Considerando del Decreto N° 3.895 dictado por el Ejecutivo en fecha 12 de septiembre de 2005⁴, que expresa lo siguiente:

“CONSIDERANDO

Que corresponde al Ejecutivo Nacional impulsar el desarrollo endógeno⁵ que permita la transformación, en el país de materias primas e insumos provenientes del territorio nacional a través de la producción, transferencia, difusión y uso de conocimientos y tecnologías al sector transformador, dirigido al sector industrial, teniendo en cuenta su potencial para sustentar un proceso de crecimiento económico y el empleo productivo, estable y bien remunerado”.

En tal sentido, y a los efectos de estimular y alcanzar ese desarrollo endógeno, a través de la participación tanto de las precitadas Empresas de Producción Social (EPS) como de la incorporación del sector privado, representado por las Sociedades o Empresas Mercantiles, con el fin dar cumplimiento efectivo a las diversas etapas de industrialización, y particularmente, de transformación de recursos naturales en productos destinados a su comercialización interna y foránea, el mencionado decreto garantiza el suministro de los insumos y productos semielaborados, provenientes de las industrias básicas venezolanas, léase, Corporación Venezolana de Guayana, CVG- Ferrominera del Orinoco, Edelca, Venalum, Bauxilum, Alcasa, Carbonorca, Tecmin, CVG-Internacional, Minerven, Ferrocasa y Conacal, SIDOR, y otras, mediante la suscripción de Convenios de Aseguramiento de Materias Primas y Productos Semielaborados provenientes de sectores como el del aluminio, hierro y acero y sector forestal, que proveerán de soluciones a los problemas derivados de los despachos, calidad, precio, condiciones de pago, oportunidades de entrega, con el propósito de incentivar la producción de bienes intermedios y finales, con alto valor agregado generados en el país y requeridos por el mercado nacional e internacional.

Como resultado de esas acciones primarias tomadas por el Ejecutivo Nacional, se concretó un instrumento normativo -el cual será objeto de revisión y comentarios-, con el propósito de precisar los conceptos y las finalidades propuestas en el aludido Decreto N° 3.895, concretamente en todo aquello relacionado a la figura de las Empresas de Producción Social y de otras especies similares, de los incentivos y de la participación privada, comprometidas o por comprometerse en la construcción del nuevo modelo productivo para el país.

cierne a la Norma Legal, ver, Artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001.

4 En *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.271 de fecha 13 de septiembre de 2005.

5 Este desarrollo endógeno es visto por PDVSA y el Ministerio de Energía y Petróleo como una política basada “... en el proceso de cambios que está viviendo el país desde 1999, impulsado desde el Ejecutivo Nacional, que busca la participación de las mayorías en el destino de la nación, la democratización de los recursos petroleros, la construcción de una sociedad más justa y el mejoramiento en las condiciones de vida de poblaciones históricamente olvidadas y desasistidas. Al respecto, el Artículo 61 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala: “Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos...la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública, es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo...”; ver, página web www.pdvsa.com.

I. COMENTARIOS AL DECRETO N° 3.895 RELATIVO AL DESARROLLO ENDÓGENO Y EMPRESAS DE PRODUCCIÓN SOCIAL

I.1. El referido Decreto N° 3.895, está motivado por la iniciativa del Estado dirigida a impulsar el desarrollo endógeno, que a su vez permitirá, por lo medios que más adelante se comentarán, la transformación en el país, de materias primas e insumos propios⁶. A tales fines, el Estado se ha comprometido a garantizar el suministro de esas materias primas e insumos en poder de las empresas transformadoras mejor conocidas como las Industrias Básicas y de Minería, los cuales se destinarán por los entes denominados *Empresas de Producción Social (EPS) y otros entes conexos*, a la elaboración o manufactura de bienes de alto Valor Agregado Nacional -VAN- con miras al incremento de la producción nacional, las posibilidades de nuevas fuentes de trabajo, con destino al desarrollo económico del país o como igualmente se ha afirmado en otras normas, *la construcción del nuevo modelo económico o productivo del país*⁷, fundamentalmente, esto significa, *que las empresas deberán avanzar hacia un sistema productivo que implique mayores responsabilidades sociales y que se promueven nuevas relaciones de producción basadas en la solidaridad, cooperación, reciprocidad, propiedad colectiva, sustentabilidad y bien común*⁸.

I.2. El comentado Decreto tiene por objeto, garantizar el suministro de materias primas y productos semielaborados por las Industrias Básicas⁹. Se entiende de este Artículo 1° del Decreto, que estos insumos facilitarían la resolución de ciertos problemas relacionados con el tamaño de los despachos, calidad exigida por el mercado nacional, precios, condiciones de pago, momento de la entrega de esa materia prima o de los productos semielaborados, lo cual incidiría en el estímulo a la producción en el país de bienes intermedios y finales con *alto valor agregado nacional -VAN-*¹⁰ requeridos tanto por el mercado nacional o foráneo.

Como participantes en el aludido desarrollo endógeno, el Decreto indica como sujetos del mismo, a las empresas productoras-transformadoras de materias primas y productos semielaborados, públicas o privadas, las personas naturales o jurídicas ubicadas en el sector industrial, domiciliadas en el país y fabricantes o proveedores de bienes y servicios (Artículo 2°); las cooperativas artesanales, consorcios y cualesquiera otras especies de asociaciones o

6 Se entiende por Materia Prima e Insumos en la letra del Decreto, todos los bienes susceptibles de ser transformados y destinados al sector industrial, para su posterior agregación de valor, y servicios producidos o fabricados en el país (Artículo 3°).

7 "...corresponde al Estado dictar las políticas comerciales para defender, actividades económicas de las empresas nacionales, promover la manufactura nacional de materias primas y proteger a la pequeña y mediana Industrias"; ver último Considerando del Decreto N° 3.895.

8 Ver, Presentación sobre las EPS de la Sra. Maribel Rosario, CVG., en 10_maribel_rosario_cvg.ppt

9 Entre las Materias Primas se identifican: Caliza, Carbón, Acero Líquido, Alúmina, Fino Seco, Pellas Baja Ganga. Entre los Productos Semielaborados se encuentran: Cabillas, Barras, Alambrón, Pletinas, Perfiles Pesados, Chapas Gruesas, Hojalata y Hojalata Cromada, Chapas y Bobinas Delgadas en Caliente: en Hojas, Chapas y Bobinas Laminadas en Frío: en Hojas, Overrolling, Tubos sin Costuras; Fuente: Consejo Nacional de Promoción de Inversiones (CONAPRI).

10 El Decreto define el Valor Agregado Nacional (VAN), el porcentaje del precio que sea el resultado de la sumatoria de las contribuciones porcentuales respecto al precio de los bienes y servicios nacionales (Artículo 3°); en conexión con el VAN y la forma de determinarlo, se recomienda, consultar el Artículo 3° y siguientes del Decreto N° 4000 de fecha 17 de octubre de 2005, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.296 de fecha 19 de octubre de 2005.

sociedades civiles o mercantiles con domicilio en el país, incluidas las Empresas de Producción Social (EPS) (Artículo 3°), que requieran de esa materia prima e insumos para su transformación e incorporación de valor nacional.

I.3. El Decreto en comento, *conceptualiza tanto a las Empresas de Producción Social (EPS) como a las Empresas o Sociedades Mercantiles*, que tendrían una participación preponderante en la construcción del nuevo modelo productivo del país. En tal sentido y a la luz del Decreto, *por Empresas de Producción Social (EPS)* (Artículo 3°), se entiende aquellas unidades de producción comunitaria, constituida bajo la figura jurídica que corresponda, que tienen por objeto fundamental generar bienes y servicios que satisfagan las necesidades básicas y esenciales de la comunidad y su entorno, incorporando hombres y mujeres de las misiones, privilegiando los valores de solidaridad, cooperación, complementariedad, reciprocidad, equidad y sustentabilidad, ante el valor de rentabilidad o de ganancia. En todo caso, esas unidades económicas deben mantener el equilibrio financiero que permita seguir invirtiendo en el mencionado entorno socio-ambiental, en forma sustentable y sostenible.

Estas Empresas de Producción Social nacen, son creadas y promovidas y bajo la tutela y el amparo del Estado a través del Poder Público Nacional o Administración Pública Central y Descentralizada, como ha sido el caso de CONIBA. Por lo que concierne a las Empresas o Sociedades Mercantiles, el Decreto las define (Artículo 3°) como aquellas formas asociativas establecidas en la legislación comercial o mercantil, como las compañías anónimas, la sociedad de responsabilidad limitada, las compañías en comanditas y las sociedades occidentales o consorcios cuyo valor principal es la rentabilidad y productividad de los asociados y/o accionistas, y que evolucionarían hacia la forma, contenido y meta de una Empresa de Producción Social (EPS) y consecuentemente, avanzarían hacia la construcción y desarrollo de ese nuevo modelo productivo.

I.4. Ahora bien, esa garantía de suministro de materias primas y productos semielaborados, a la cual alude el precitado Artículo 1° del Decreto, se hará efectiva a través de la suscripción de los Convenios de Aseguramiento de Materia Prima y Productos Semielaborados entre las empresas productoras de semielaborados y transformadoras finales¹¹ (o del Sector Transformador Final, Artículo 3°) sean Públicas o Privadas (Artículo 4° Aparte Final) en áreas industriales tales como, aluminio, hierro, acero, forestal, etc., y el Ministerio de Industrias Básicas y Minerías (MIBAN).

Estos Convenios de Aseguramiento según el Decreto, se establecerán para y en provecho de las empresas transformadoras en los sectores o áreas antes referidas incluidos el sector petroquímico, gas y energía eléctrica, por parte de los Ministerios de Industrias Básicas y Minerías, Energía y Petróleo, Planificación y Desarrollo, Ambiente y Recursos Naturales, Finanzas, Agricultura y Tierras, Infraestructura; por el Seniat, Bandes, empresas básicas, empresas del Estado y privadas e instituciones financieras del Estado y privadas (Artículo 4°), con el fin de alcanzar el objeto del Decreto descrito en su Artículo 1°.

Debido al modo en que está redactado ese artículo, necesariamente la noción y la finalidad de los Convenios de Aseguramiento se adaptarán en cada uno de los precitados entes, a las materias primas y semielaborados e insumos que manufacturen o generen en sus actividades medulares.

11 Por Sector Transformador final se entiende, las unidades productivas que procesa y convierten las materias primas, productos semielaborados e insumos en bienes elaborados.

I.5. En efecto, la República representada por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería (MIBAM), suscribió en fecha 24 de octubre de 2005, con empresas del sector público y del sector privado, tres Convenios de Aseguramiento de Materias Primas y Productos Semi-elaborados en las áreas del Aluminio, Forestal y Hierro y Acero, cuyo objeto es:

“(...) servir de instrumento de concertación entre el Ejecutivo Nacional por órgano del MIBAM, y el sector respectivo, con la finalidad de impulsar las cadenas y redes productivas estratégicas para el desarrollo endógeno del país y promover simultáneamente la corresponsabilidad social”; quedando abiertos los comentados Convenios, a aquellas empresas que manifiesten su voluntad de adherirse a los mismos¹².

Los aludidos Convenios llenan los extremos de las disposiciones contenidas en los Artículos 4° al 6° del Decreto N° 3.895 bajo análisis, por lo que respecta entre otros, al plan de desarrollo endógeno industrial¹³, la misión de la empresa, productos y mercados que abastece y su plan de desarrollo; los aspectos tanto técnicos, económicos, financieros, ambientales, legales; como los que conciernen a la responsabilidad social de la empresa o del proyecto, y la corresponsabilidad de las empresas mercantiles en la contribución al entorno socio ambiental (Artículo 5°); al establecimiento de condiciones de suministro y precios y su descuento, los términos y condiciones mínimas requeridos y acordados para garantizar el suministro de materias primas y productos semielaborados al sector industrial transformador nacional mediante la suscripción de contratos de suministro y la determinación de los beneficios e incentivos a las empresas o industrias que producen productos semielaborados y las transformadoras, que se comprometan activamente con el desarrollo del nuevo modelo socio productivo¹⁴ (Artículos 6° y 7°).

En síntesis, se describiría la finalidad y/o el propósito de los Convenios de Aseguramiento:

12 Los referidos Convenios de Aseguramiento, mediante tres Resoluciones (050-2005, 051-2005 y 052-2005) dictadas por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, fueron publicados en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.307 de fecha 04 de noviembre de 2005; posteriormente, el Convenio de Aseguramiento de Materias Primas y Productos Semielaborados en el Sector del Hierro y Acero fue reimpreso por error de copia en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.313 de fecha 14 de noviembre de 2005.

Por Sector Transformador Final, se identifica en el Decreto a las unidades productivas que procesan y convierten las materias primas, productos semielaborados e insumos en bienes elaborados (Artículo 3°).

13 El Plan de Desarrollo Endógeno Industrial, es un instrumento mediante el cual se establecen las estrategias de crecimiento, de factibilidad y/o de viabilidad de un proyecto a ser ejecutado por las empresas. Este Plan deberá ser presentado por las empresas interesadas en adherirse a los Convenios de Aseguramiento de Materias Primas y Productos Semielaborados del sector que corresponda, debiendo esas empresas cumplir con una serie de requerimientos contenidos en la Resolución N° DM/056-2005, MIBAM de fecha 25 de noviembre de 2005, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.323 de fecha 28 de noviembre de 2005.

14 Los parámetros para el otorgamiento de los beneficios e incentivos dependerán de los grados de compromiso que hayan asumido las empresas adheridas a los Convenios de Aseguramiento de Materias Primas y Productos Semielaborados del sector de que se trate, y hayan celebrado los correspondientes contratos de suministros; a los efectos de la determinación de esos beneficios–incentivos, ver la Resolución N° DM/059-2005, MIBAM, de fecha 25 de noviembre de 2005, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.323 de fecha 28 de noviembre de 2005.

...como un acuerdo suscrito en cada área de las antes indicadas, entre el Estado por órgano del MIBAM y sus empresas básicas, léase, CVG FERROMINERA DEL ORINOCO, CVG PROFORCA, CVG VENALUM, CVG ALCASA (primeras nombradas: entes públicos de la Administración Central y Descentralizada), por una parte, y por la otra, empresas tales como ALUCENCA, ALABARCA, ASOINBOSQUES, ANIP, RUALCA, SOMETAL, FAVENPA, AIMM, (segundas nombradas: sector privado de la economía e industria nacional) por mencionar algunas; mediante los cuales, las *primeras nombradas*, empresas productoras de materias primas y productos semielaborados, le garantizan a las *segundas nombradas*, empresas del sector industrial transformador nacional, generadoras de productos semielaborados, el suministro de materias primas y productos semielaborados (ver nota 9 a la página 3 *supra*, sobre las diferentes especies de materias primas y productos semielaborados) en los términos y condiciones acordados en esos Convenios, destinados a la manufactura de esos productos semielaborados; ahora bien, estas segundas nombradas, en cumplimiento de los acuerdos alcanzados en los referidos Convenios de Aseguramiento, le garantizarán al eslabón transformador siguiente o al consumidor final nacional mediante la suscripción de Convenios de Suministro, productos semielaborados, en similares condiciones de cantidad, calidad, oportunidad, precios, descuentos y condiciones de pago, a los establecidos entre las primeras y las segundas en los Convenios de Aseguramiento por ellas suscritos.

Lo antes transcrito, nos muestra la finalidad de ese mecanismo por eslabones, dirigido al estímulo y generación o creación de cadenas y redes productivas estratégicas como fue inicialmente establecido en la Condición Segunda (en nuestro criterio, el objeto de los Convenios) de los mencionados Convenios y en el Aparte Primero del Artículo 6° del Decreto 3.895.

I.6. El Decreto en comento, establece los lineamientos y la justificación para la creación conjunta entre el MIBAM y las empresas productoras de materias primas y semielaborados, del Registro de Industrias¹⁵, en el cual se deberán inscribirse todas aquellas empresas o industrias que manufacturen semielaborados, así como las transformadoras y las empresas potencialmente beneficiarias de los Convenios de Aseguramiento, léase, las Empresas de Producción Social (EPS), Sociedades Mercantiles y otras formas asociativas.

La finalidad de ese Registro estará dirigida a la determinación de los volúmenes requeridos por las empresas inscritas, y las inversiones a ejecutar por las mismas. Cumplido con el requerimiento de inscripción en el Registro y celebrada la suscripción de los contratos de suministro antes aludidos, fluirán hacia esas empresas los beneficios relativos a la garantía de suministro comentada, debiendo esas empresas presentar el plan de desarrollo endógeno industrial -plan de producción- y el cronograma de ejecución al MIBAM, al Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio (MILCO) y a las empresas productoras de materias primas (empresas básicas) para su aprobación, evaluación, seguimiento.

Lo anterior igualmente aplica, para las nuevas empresas transformadoras de materia prima, que se adhieran a los Convenios de Aseguramiento o aquellas ubicadas en los eslabones siguientes, que suscriban los contratos de suministro ya comentados (Artículos 8, 9, 10 y 11).

15 Mediante Resolución N° DM/ 058-2005 del MIBAM de fecha 25 de noviembre de 2005 publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.323 de fecha 28 de noviembre de 2005, se creó el Registro de Industrias, en el cual se inscribirán las empresas que se adhieran a los Convenios de Aseguramiento de Suministro de Materias Primas y Productos Semielaborados, de conformidad con el Artículo 9° del Decreto *en comento*.

I.7. En cumplimiento de las disposiciones constitucionales contenidas en los Artículos 118 y 308 de la Constitución de la República relativas a la promoción y protección de las asociaciones cooperativas¹⁶ y de la pequeña y mediana industria¹⁷, empresas alternativas: microempresas, empresas familiares¹⁸ y otras, el Decreto le da cabida a esas formas asociativas y sectores industriales actuando de manera individual o mediante asociaciones o consorcios industrial¹⁹ para la adquisición de las empresas productivas, de materias primas, productos semielaborados e insumos, previa negociación de la condiciones para poder obtener los beneficios y garantías que establece el Decreto por vía de los Convenios y de los comentados contratos de suministros (Artículo 12).

I.8. Según el Decreto, del Ejecutivo Nacional prescribirá medidas (a ser dictadas en resolución conjunta de los Ministerios de Industrias Básicas y Minería y Ministerio de Finanzas), dirigidas a la entidades financieras públicas y privadas, a los efectos del establecimiento de programas especiales de financiamiento y asistencia técnica en beneficio de la pequeña y mediana industria, cooperativas y otras formas de asociación, que suscriban los contratos de suministro, (sujetos igualmente a revisión periódica por una Comisión de Evaluación y Seguimiento del MIBAM²⁰, Artículo 14), a los efectos de participar activamente en la cadena productiva, siempre dentro de los términos y condiciones fijadas en el Decreto y en los Convenios de Aseguramiento (Artículo 13).

I.9. Finalmente, el Decreto expresamente estableció la prohibición general de exportación de la chatarra ferrosa y no ferrosa así como de la fibra secundaria producto de reciclaje del papel y cartón, dirigida a las empresas básicas del Estado y a las industrias de semielaborados y transformadoras públicas y privadas, por considerarse esos bienes de carácter estratégico, y resultando esas exportaciones adversas a la industria nacional (Artículo 16).

II. COMENTARIOS AL INSTRUMENTO NORMATIVO INTERNO SOBRE LA PROMOCIÓN, FUNCIONAMIENTO Y FISCALIZACIÓN DE LAS EMPRESAS DE PRODUCCIÓN SOCIAL (EPS) Y AQUELLAS SOCIEDADES MERCANTILES COMPROMETIDAS CON LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO MODELO PRODUCTIVO

II.1. A los fines de dar cumplimiento al Artículo 17 del Decreto N° 3.895 precedentemente comentado, el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Industrias Básicas y

16 Ver, Ley Especial de Asociaciones Cooperativas publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.285 de fecha 18 de septiembre de 2001.

17 Ver, Ley Para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.583 de fecha 03 de siembre de 2002

18 Ver, Decreto N° 3.798 de fecha 01 de agosto de 2005, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.242 de fecha 03 de agosto de 2005.

19 Según el Decreto que se analiza, el Consorcio Industrial se define como, la unión de empresas transformadoras de materias primas para participar en un determinado negocio y obtener un beneficio por la actividad que realizan mancomunadamente (Artículo 3°).

20 Mediante Decreto N° 4.023 de fecha 24 de octubre de 2005, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.299 de fecha 25 de octubre de 2005, se creó la Comisión de Evaluación y Seguimiento del cumplimiento de los Convenios de Aseguramiento de Materias Primas y Productos Semielaborados de los Planes de Desarrollo Endógenos Industrial presentados y de los Contratos de Suministro que se celebren entre las industrias básicas públicas y privadas y las empresas del sector transformador nacional, conformada por los Ministerios de Industrias Básicas y Minería, Industria Ligera y Comercio, de Energía y Petróleo, de Finanzas, del Ambiente y de los Recursos Naturales, y de Planificación y Desarrollo.

Minería, dictó en fecha 15 de junio de 2006 la Resolución N° DM/256-2005²¹ en lo adelante Resolución Normativa, que materializa un instrumento regulatorio-normativo, que por una parte, y sin alterar el espíritu, propósito y razón del Decreto, *precisa los conceptos y la finalidad de la participación contractual de las formas asociativas aludidas en el Decreto como Empresas Básicas, Empresas de Producción Social (EPS) y sociedades mercantiles*, figuras o actores principales en la construcción del nuevo modelo productivo; y por otra parte, establece mediante anexos, los mecanismos relativos a los beneficios-incentivos-compromisos y matrices correspondiente, previamente anunciados tanto en el mencionado en el Artículo 6° del Decreto como en la Resolución N° DM/059-2005 del MIBAM ya comentada en la nota 14 a la página 5 *supra*.

Los CONSIDERANDOS de la Resolución Normativa precisan aun más las comentadas figuras asociativas, su objetivo y la razón de su existencia, que parafraseados se transcribe lo que sigue:

“Las Empresas Producción Social (EPS), son claves y fundamentales en el desarrollo y construcción de la economía social, en términos de la existencia de nuevas formas de organización y participación de trabajadores, empresarios, comunidad y gobierno, en la transformación del modelo productivo y en la construcción del nuevo sistema socio económico”;

“Por Empresas Transformadoras se entienden, las Industrias Básicas y de Minería; su fin es apoyar a las EPS en su participación en el nuevo modelo socio-productivo, a los efectos de alcanzar y fortalecer el desarrollo económico y social del país a través de la capacitación, asistencia técnica, financiamiento oportuno y el otorgamiento de incentivos, dirigidos al desarrollo de proyectos de interés social”;

“Es interés del Estado con vista al nuevo modelo productivo o socio productivo, esperar la evolución (auspiciarla y estimularla) de las sociedades mercantiles privadas hacia una nueva relación empresarial, en la que asuman mayores compromisos con base en la solidaridad, cooperación, reciprocidad, propiedad colectiva, sustentabilidad y bien común”.

Según la información divulgada sobre el progreso de las Empresas de Producción Social (EPS), y en particular las reseñadas para el día 21 de junio de 2006 por la página web del Servicio Nacional de Contrataciones (SNC) adscrito al Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio (MILCO), se dice que:

EPS sustituirán gran parte de las importaciones. El creciente apoyo a la creación de Empresas de Producción Social es una de las estrategias del Ejecutivo Nacional²² para sustituir las importaciones por productos nacionales. El viceministro de Comercio Interior, confirmó que hasta ahora suman 163 las empresas que están desarrollando proyectos de sustitución de importaciones y aseguró que para finales de año la cifra ascenderá considerablemente.

21 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.462 de fecha 20 de junio de 2006.

22 Esta es una muestra del creciente apoyo del Ejecutivo Nacional al incremento de la EPS: Decreto N° 4.228, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa del Estado, bajo la forma de compañía anónima, la cual se denominará Empresa de Producción Social Constructora Nacional de Rieles para Vías Férreas y Estructuras Metálicas para ser destinadas en la Construcción de Viviendas y otras Aplicaciones, C.A; y Decreto N° 4.229, mediante el cual se autoriza la creación de la empresa del Estado, bajo la forma de compañía anónima, la cual se denominará Empresa de Producción Social de Insumos Básicos para la Construcción de Viviendas, C.A., publicados en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.363 del 23 de enero de 2006.

El viceministro detalló que conforme a la estimación global que se ha hecho de la cifra de empresas de Acuerdo Marco, así marchará la cifra de empresas que están adquiriendo su materia prima en Venezuela y no en el extranjero. Esto se traduce en que si hasta este momento se han cuantificado 595 empresas de producción social, y que para diciembre de 2006, la cifra ascenderá a mil, el número de EPS que están sustituyendo importaciones sobrepasará las 300. "Si para diciembre duplicaremos el número de EPS, es muy factible que ocurra igual con las que están sustituyendo materia prima importada por la nacional".

Recordó -el Viceministro- además que ese proceso de reducción al máximo de las importaciones, por parte de las EPS, responde a la estrategia de seguir mejorando la capacidad de producción interna, incrementar la capacidad de consumo y garantizar la soberanía industrial y productiva. "Así avanzamos hacia el modelo que queremos, que contempla que las EPS sustituyan gran parte de las importaciones que hasta este momento hemos tenido".

Por otra parte, sostuvo que la creación de las EPS y el incentivo ofrecido por el Ejecutivo Nacional de eliminar el cobro de intereses representan la conformación de las bases de la transformación industrial y de un nuevo modelo de carácter económico y productivo. En ese sentido, dijo que las 595 empresas que han recibido financiamiento por parte del Ejecutivo Nacional han ratificado su compromiso en términos de repartición y democratización de la propiedad, también de participación accionaria de los trabajadores y de participación directa de las comunidades.

Un total de 211,7 millardos entregó el Ejecutivo Nacional, a través del órgano ejecutor del Acuerdo Marco, Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio, a 595 semilleros de empresas de producción social.

Los 211,7 millardos de bolívares servirán para realizar un segundo aporte a los 266 Semilleros de Producción Social (EPS) ya existentes y otorgar financiamiento a otras 329 nuevas empresas adheridas al Acuerdo Marco²³, de los cuales 62 empresas tienen acuerdos de Cogestión²⁴ y 267 empresas con compromisos de Responsabilidad Social²⁵.

II.2. La Resolución Normativa dictó el llamado Instrumento Normativo Sobre la Promoción, Funcionamiento y Fiscalización tanto de las Empresas de Producción Social (EPS) como de las Empresas o Sociedades Mercantiles Privadas, que hayan declarado comprometerse con el desarrollo del nuevo modelo productivo o socio económico del país, por ante el

23 Ver, Acuerdo Marco de Corresponsabilidad para la Transformación Industrial del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 26 de mayo de 2005, en www.acuerdomarco.gob.ve.; que determina entre otros, Primero: El Acuerdo Marco tiene por objeto servir de referencia y facilitar el establecimiento de compromisos específicos con el desarrollo endógeno y la transformación industrial, mediante el esfuerzo conjunto de empresarios, empresarias, trabajadores, trabajadoras y gobierno nacional, para garantizar la soberanía económica y la inclusión productiva de los ciudadanos y ciudadanas. Podrán adherirse a este Acuerdo Marco, los empresarios y empresarias, los trabajadores y trabajadoras, de pequeñas, medianas y grandes industrias o empresas del sector industrial, domiciliadas en cualquier parte del territorios nacional, y dedicadas preferentemente a la producción de bienes o servicios en los sectores agroindustrial, plástico, químico, farmacéutico, textil, confección, calzado, metalmecánica, construcción turismo, industrias blandas y duras así como aquellas empresas cuyo objeto sea el desarrollo, aguas debajo de las industrias propiedad del Estado.

24 La cogestión propone la participación de los trabajadores en las compañías. Dicha participación históricamente ha incluido: 1) apropiación accionaria y 2) participación en la gerencia y toma de decisiones empresariales; tomado de Unidad de Análisis Económico de VenAmCham.

25 Ver, Página Web. Servicio Nacional de Contrataciones. Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio. <http://www.snc.gob.ve/noticias.php>. Noticias del 02 y del 21/06/2006. Ver, ENELVEN, Acuerdo de Responsabilidad Social Empresarial: www.enelven.com.ve/desa-rollo.htm

Ministerio de Industrias Básicas y de Minería y de sus entes adscritos, todo de acuerdo con las directrices contenidas en esa Resolución Normativa y sus Anexos y en el Decreto 3.895 previamente comentado en este estudio.

Cada uno de los indicados Anexos marcados “A” y “B”, se refieren a los conceptos básicos y demás pormenores referidos a las Empresas de Producción Social (EPS), a las Unidades Productivas Comunitarias (UPC) y a las Sociedades Mercantiles y otros entes asociativos; de los incentivos, de los compromisos y de los aportes de las empresas, del Comité de Seguimiento de las Empresas de Producción Social, del Comité Técnico Social, del Fondo Social, de la Fiscalización, Control, Seguimiento y Registro; así como de la Matriz Compromiso-Incentivo, respectivamente (Artículo 1° del Instrumento Normativo).

Solo a la Corporación Venezolana de Guayana, al Instituto Nacional de Geología y Minería (INGEOMIN) y la Compañía Nacional de Industrias Básicas (CONIBA) y demás filiales, se les aplicarán las normas contenidas tanto en la Resolución Normativa como en el Instrumento Normativo en comento, quedando encargadas del cumplimiento estricto del Instructivo Normativo y de la Matriz Incentivo-Compromiso referidos, que más adelante se comentará, ordenándoseles a las máximas autoridades de esos entes y de sus filiales, incorporar en sus normativas internas, el aludido Instrumento Normativo, sujetándose en consecuencia a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal²⁶.

Finalmente, la Resolución Normativa indica, que será el Ministerio de Industrias Básicas y de Minería el órgano con competencia para reformar tanto la Resolución como el Instrumento Normativo y sus Anexos, siguiendo tanto el criterio de conveniencia como las directrices emanadas del Ejecutivo Nacional, en el entendido, que esa Resolución Normativa, el Instructivo y sus anexos entrarán en vigencia dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la publicación en *Gaceta Oficial* (Artículos 1° al 4° de la Resolución Normativa).

II.3. Tiene por objeto el Instrumento Normativo, regular la aplicación y el tipo de incentivo que le correspondería a las Empresas de Producción Social (EPS), Unidades Productivas Comunitarias (UPC) y Empresas Mercantiles, dado el compromiso que estas adquieran en la construcción del nuevo modelo económico social o nuevo modelo productivo en conexión con el Ministerio de Industrias Básicas y Minería y sus entes adscritos o filiales, que conjuntamente con el INGEOMIN y CONIBA²⁷ le son aplicables las normas de ese Instrumento Normativo (Artículo 1° y 2° Instrumento Normativo).

II.4. El Instrumento Normativo define las diferentes especies de grupos asociativos que podrían calificar según su aporte y beneficiarse de los incentivos regulados por el Instrumento Normativo, y en tal sentido indica:

26 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.347 de fecha 17 de diciembre del 2001.

27 Entre las filiales de Compañía Nacional de Industrias Básicas (CONIBA) mencionadas en la presentación Empresas de Producción Social de la Sra. Maribel Rosario CVG, Ciudad Guayana, Junio 2006, se citan: EPS para la Concentración de Mineral de Hierro, C. A., EPS Siderúrgica Nacional, EPS de Tubos sin Costura, S.A., EPS Recuperadora de Materias Primas, C. A., EPS Constructora Nacional de Rieles, C. A., EPS de Laminación de Aluminio, C. A., EPS de Pulpa y Papel, C. A., EPS de Desmonte de Algodón, C. A., EPS Cemento Cerro Azul, C. A., EPS Insumos Básicos para la Construcción, C. A., y EPS Minería Nacional, C. A.; ver: Presentación 10_maribel_rosario_cvg.ppt

a. Empresas de Producción Social (EPS), se entiende por tales, las entidades económicas dedicadas a la producción de bienes y servicios en las cuales el trabajo tiene significado propio, no alienado y auténtico; no existe discriminación social en ningún tipo de trabajo, ni privilegio en el trabajo asociado a la posición jerárquica, existe igualdad sustantiva entre sus integrantes, basada en una planificación participativa y protagónica y pueden funcionar bajo régimen de propiedad estatal, propiedad colectiva o la combinación de ambas.

La Empresas de Producción Social (EPS) asumirán compromisos que generen beneficios en las comunidades en que se desenvuelven.

La Empresa de Producción Social (EPS) no es un ente asociativo específico, predeterminado o definido por la legislación nacional; representa una forma de hacer industria, una meta, un alcance, un logro que reporte beneficios a una determinada comunidad, y a la cual se incorporarían y se convertirían verdaderas formas asociativas de carácter mercantil o civil o las empresas denominadas alternativas: asociaciones cooperativas, pequeña y mediana industria, empresas de familia, microempresas²⁸ dispuestas a asumir el compromiso de construir y desarrollar el nuevo modelo productivo que beneficie comunidades y gentes.

A mayor abundamiento, se mencionan a continuación los *10 Principios de esta Empresas de Producción Social (EPS)*²⁹ como sigue:

1. El tipo de propiedad será colectiva en función de las comunidades.
2. El objetivo de las Empresas es generar empleos y satisfacer las necesidades básicas y esenciales de la población.
3. El tipo de relación de producción es basado en la solidaridad, la cooperación y la complementariedad.
4. La relación del individuo con el trabajo es de compromiso social y desarrollo integral.
5. El tipo de bien que producen tiene la función de suplir las necesidades básicas y esenciales de la sociedad.
6. El carácter de los bienes que producen cumple un papel social, no es simplemente mercancía.
7. La distribución del excedente (Superavit) es reinvertido en la producción social y no apropiado como ganancia por los capitalistas.
8. El precio de venta (intercambio) es solidario y no regido por la mano insensible del “mercado”.
9. La ubicación territorial de la empresa es dentro de las comunidades, impulsando la desconcentración de la población en todo el país.
10. La relación con el medio ambiente es de armonía y no de depredación.

b. Sociedades Mercantiles y demás formas asociativas comprometidas con la construcción del nuevo modelo productivo, son aquellas empresas privadas, cualquiera que sea su figura mercantil, que manifieste su consentimiento de evolucionar hasta convertirse en una

28 Ver, notas 16, 17 y 18 a la página 7 *supra*.

29 “Promoción, Funcionamiento y Fiscalización de la EPS en el Ministerio de Industrias Básicas y Minería”; y sus entes adscritos. Publicación del *MIBAM*, p. 3.

Empresa de Producción Social (EPS), en la medida que asuman voluntariamente mayores compromisos sociales con sus trabajadores, sus familias y la comunidad donde desarrollan sus actividades.

c. Unidades Productivas Comunitarias (UPC), son un tipo de Empresa de Producción Social (EPS), dedicadas a la producción de bienes y servicios, en las cuales, sus productos satisfacen necesidades humanas fundamentales de los integrantes de las comunidades, de forma solidaria, transparente y corresponsable, se practica una coordinación voluntaria de las actividades distributivas, se ejerce una toma de decisiones de una forma sustantivamente democrática, se desarrollan a plenitud las energías y actitudes creadoras del pueblo. Las Unidades Productivas Comunitarias (UPC) asumirán compromisos que generen impacto significativo en las comunidades donde se desenvuelven (Artículo 3° Instructivo Normativo).

II.5. Es de interés del Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Industrias Básicas y de Minería, *auspiciar y estimular la participación privada en el desarrollo del nuevo modelo productivo*, y en tal sentido el Instrumento Normativo prevé *el otorgamiento o la asignación de Incentivos, a las Empresas de Producción Social (EPS) y por consiguiente a la Unidades Productivas Comunitarias (UPC) y cualesquiera otras empresas societarias o formas asociativas* ya antes comentadas, que estén comprometidas con el desarrollo de ese nuevo modelo productivo. *El otorgamiento de ese incentivo, estará adecuado o ajustado al grado de compromiso asumido por esos entes*. El Instrumento lista *los tipos de incentivos* que autoriza el Ejecutivo Nacional, como lo son:

1. Suministro de materias-primas.
2. Asistencia técnica (formación, capacitación, acompañamiento y seguimiento).
3. Compras gubernamentales.
4. Donación y/o préstamo de activos; y
5. Financiamiento bajo las condiciones preferenciales establecidas en la ley.

Se indica igualmente, que a través de otros entes del Estado y otros instrumentos normativos (léase, Poder Legislativo, Presidencia de la República, Ministerio de Finanzas, Banco Central de Venezuela, etc., mediante modificación de leyes, emisión de Decretos o Resoluciones, Convenios), *se podrán otorgar otros beneficios adicionales, de tipo fiscal o cambiario para esas empresas (léase, EPS, UPC, y otras formas asociativas públicas y privadas) comprometidas con el desarrollo del modelo productivo* (Artículo 4° Instrumento Normativo).

II.6. Ahora bien, explicando brevemente cada uno de esos *incentivos*, cuando el Instrumento alude al *suministro de materias primas*, se refiere al *aseguramiento de materias primas y productos semielaborados*, lo cual se consigue mediante *la adhesión de las EPS, UPC y de las demás formas asociativas antes descritas, a los comentados Convenios de Aseguramiento y a la suscripción de los contratos de suministros* correspondientes -Decreto N° 3.895- (Artículo 5° Instrumento Normativo).

II.7. Por lo que concierne al *incentivo* denominado *asistencia técnica integral*, el Instrumento la considera *optativa*, es decir, será la EPS, UPC o las demás formas asociativas las que requerirán del MIBAN o sus entes adscritos y /o filiales, el suministro de esa asistencia técnica. Es integral porque abarca materias tales como: capacitación, cumplimiento de normas, seguridad industrial y ocupacional, gestión ambiental, indicadores de gestión, justicia laboral, gestión comercial, corresponsabilidad social y participación comunitaria; en el entendido que esa asistencia técnica integral y permanente *sería facilitada por profesionales y especialista en el área requerida*, dirigidas al fortalecimiento de las EPS y otras formas aso-

ciativas públicas o privadas; a través de *equipos técnicos de profesionales multidisciplinarios* a los efectos de complementar el proceso de formación sociopolítica y técnico-productivo desde el MIBAM (Artículo 7° Instrumento Normativo).

II.8. Según el Instrumento Normativo bajo análisis, la *asistencia técnica* se ofrecerá bajo diferentes formas (Artículo 8° Instrumento):

a. Asistencia técnica para la elaboración de las propuestas o proyectos. Apoyo a las EPS, UPC y demás formas asociativas comprometidas con el nuevo modelo productivo en relación con el MIBAM y entes adscritos para la formulación de proyectos, definición del alcance de conformidad con la metodología sugerida por los entes financieros, basados en estudios de mercado, técnico y financiero, resultante en un proyecto factible que justifique un financiamiento.

b. Asistencia técnica para la instalación. Apoyo en la administración de los recursos monetarios (flujo de caja) y tecnológicos del proyecto antes del inicio de su ejecución.

c. Asistencia técnica para la puesta en marcha y operatividad. Apoyo en lo relativo al capital de trabajo, entrenamiento de personal en áreas de administración de negocios, calidad de productos y servicios, licitaciones públicas y ruedas de negocios.

II.9. El Instrumento Normativo expresamente indica, que en los procesos de licitación pública, léase, licitación general, selectiva o adjudicación directa para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, abiertos por el MIBAN, se indicarán expresamente en los pliegos de licitación como condición preferente y adicional a las establecidas en la Ley de Licitaciones, la referida al compromiso social para la construcción del nuevo modelo productivo (Artículo 9° Instrumento).

II.10. El Instrumento Normativo prevé las gestiones del MIBAM dirigidas a la negociación de créditos en condiciones especiales, (de acuerdo al grado de compromiso asumido) con otros *entes financieros del Estado*, dirigidos a la creación y al fortalecimiento de las EPS, UPC y demás formas asociativas públicas y privadas, que se hubiesen comprometido con el desarrollo del nuevo modelo productivo, (Artículo 10° Instrumento).

II.11. Según el texto del Instrumento Normativo, *solamente* las Empresas de Producción Social (EPS) y su subespecie, las Unidades de Producción Comunitaria (UPC), promovidas o auspiciadas por el MIBAM, *podrán beneficiarse de créditos o financiamiento proveniente del Fondo para la Producción Social (FPS)*, que dependerá su monto del grado de compromiso asumido por la EPS o las UPC en el desarrollo del nuevo modelo productivo (Artículo 11° Instrumento). En materia de financiamiento, *las ventajas derivadas del compromiso y del Fondo Social* estarían representadas por: *Tasa de interés Desde 0 hasta 10% anual. Garantías: Fianza solidaria, financiera, mobiliaria o inmobiliaria, cesión de facturas, valuaciones, órdenes de compra y órdenes de pago. Proporción 1:1 Período de Gracia: Hasta 24 meses y Amortización: Hasta 10 años Período muerto: Hasta 12 meses*³⁰.

II.12. Según el Instrumento Normativo, el MIBAN y sus entes adscritos, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en sus normas internas, *podrán otorgar solo a las EPS ya su subespecie las UPC, bienes en comodato o en donación* (léase, bienes muebles o inmuebles), destinados a los fines propios de éstos últimos. El incumplimiento por parte de las EPS, las UPC, y otras formas asociativas públicas o privadas de los compromisos que

30 Tomado de presentación Empresas de Producción Social de la Sra. Maribel Rosario CVG. Ciudad Guayana, Junio 2006. 10_maribel_rosario_cvg.ppt

asuman derivados de estas normas, será causa para suspender los incentivos y ejercer las acciones legales en protección de los derechos e intereses del Estado (Artículos 12° y 13° Instrumento).

II.13. Por lo que respecta a los compromisos e incentivos, el Instrumento Normativo explica el compromiso como la voluntad expresa de la sociedad mercantil y demás formas asociativas, de contribuir en la construcción del nuevo modelo productivo, a través de diversas acciones en lo económico, social, político, territorial, ambiental e internacional. Ese compromiso deberá establecerse, en los documentos del ente asociativo, como por ejemplo, en el acta de asamblea de socios o accionistas de la empresa beneficiaria del incentivo y en los documentos que se suscriban con el ente del Estado al momento de la suscripción del otorgamiento de ese incentivo (Artículo 14° Instrumento).

II.14. A los efectos de la determinación del incentivo, el ente del Estado respectivo deberá aplicar a las sociedades mercantiles y demás formas asociativas que opten voluntariamente por uno o varios incentivos, *la Matriz Compromiso-Incentivo* en sus varias formas como lo establece ese Instrumento en su Anexo "B". Una vez aplicada la Matriz, su resultado deberá ser remitido a un Comité Técnico Social adscrito al MIBM al cual se refiere el Artículo 22° de este Instrumento, para su debida certificación (Artículo 15° Instrumento).

Queda entendido, que los aludidos incentivos se otorgarán en conjunción o concordancia con las disposiciones contenidas en la Resolución N° DM/059-2005 de fecha 25 de noviembre de 2005, la cual en su Artículo 1° *dispone entre otros: "Artículo 1°. Los parámetros para el otorgamiento de los beneficios e incentivos dependerán de los grados de compromiso que hayan sido asumidos por las empresas adheridas a los Convenios de Aseguramiento de Materias Primas y Productos Semielaborados del sector de que se trate, y hayan celebrado los correspondientes Contratos de Suministro"*³¹ ... Artículo 2°. *A los fines de determinar los beneficios e incentivos aplicables, conforme a los Convenios de Aseguramiento d Materias Primas y Productos Semielaborados del sector que se trate, la Comisión de Evaluación y Seguimiento, ponderará los compromisos que asuman las empresas según los grados que a continuación se especifican en el cuadro (Equilibrio-Compromisos), dentro de los ámbitos económico, social, político, territorial, internacional y ambiental*³² ... Artículo 6°.

Las empresas beneficiarias de los incentivos, deberán garantizar la transferencia de los mismos al eslabón transformador (eslabón siguiente o cadena productiva), y así sucesivamente hasta el consumidor final nacional, en similares términos y condiciones a los que se establecieron en los respectivos contratos de suministro (entre paréntesis, nuestro)".

Ahora bien, las disposiciones referidas en esa Resolución Ministerial, fueron posteriormente ratificadas y complementadas con la Resolución Normativa y sus Anexos "A" y "B", que estamos comentando, en particular, nos referimos al "Anexo B" Matriz Compromiso-Incentivo (mayo 2006, de la Oficina de Evaluación de Políticas Públicas del MIBAM) que sugerimos se revise directamente en la Resolución Normativa en comento, la cual a los efectos de este estudio, sintetizamos y esquematizamos su estructura y clasificación como sigue:

- Evolución de las Empresas Mercantiles hacia el Nuevo Modelo Productivo
- Nuevo Modelo Productivo. Compromisos según los Equilibrios: Económicos-Sociales (Grados 1, 2 y 3)

31 Ver, nota 14 a la página 5 *supra*.

32 Ver, nota 20 a la página 7 *supra*.

- Nuevo Modelo Productivo. Compromisos según Equilibrios: Políticos-Participativos-Territoriales (Grados 1, 2 y 3)
- Nuevo Modelo Productivo. Compromiso según Equilibrios: Ambientales-Internacionales (Grados 1, 2 y 3)
- Nuevo Modelo Productivo. Matriz Compromiso Social: Educación, Vivienda y Hábitat, Alimentación, Salud (Grados 1, 2 y 3)
- Nuevo Modelo Productivo. Matriz Compromiso Político-Territorial: Modelos de participación (Grados 1, 2 y 3)
- Nuevo Modelo Productivo. Matriz Compromisos Ambiental-Internacional (Grados 1, 2 y 3)
- Nuevo Modelo Productivo. Metodología de Evaluación: Sistema de Ponderación
- Nuevo Modelo Productivo. Metodología de Evaluación: Sistema de Cálculo
- Nuevo Modelo Productivo. Metodología de Evaluación: Fases de Evaluación
- Nuevo Modelo Productivo. Incentivos a Otorgar

II.15. Como requisito adicional, el Instrumento Normativo establece que *deberá ese Comité Técnico certificar la Matriz Compromiso-Incentivo a los fines de la obtención de cualquier incentivo* de los estipulados en el Anexo “B” de ese Instrumento (Artículo 17° Instrumento).

II.16. Dos modos o modalidades de compromiso fija el Instrumento Normativo a los efectos, tanto de la participación de las Empresas de Producción Social (EPS) y de las sociedades mercantiles y otras formas asociativas en el desarrollo del nuevo modelo productivo, y *en virtud de ese compromiso asumido, recibir el incentivo o los incentivos* a que alude ese Instrumento. Ahora bien, la norma señala, *que el grado de compromiso asumido voluntariamente por las empresas privadas, puede hacerse efectivo a través de un Aporte Social o de un Proyecto.*

El Aporte social podrá hacerse, ya sea mediante un desembolso en dinero al Fondo para la Producción Social (ver, Artículo 11 *supra*), el cual sería colocado en un Fideicomiso, presumimos, en una institución financiera del Estado, que se destinaría a financiar proyectos sociales en comunidades. Ese Fondo para la Producción Social (previsto en los Artículos 23° y 24° del Instrumento), abreviado, Fondo Social, se creará en los entes adscritos al MIBAM y los fondos, serán como dijimos, colocados en entidades financieras del Estado, y su administración le corresponderá al Comité Técnico Social ya comentado y regulado en el Artículo 22° del Instrumento. En fin, los fondos se destinarán a proyectos en cartera del Comité Técnico, en áreas de salud, educación, alimentación, hábitat y vivienda, recreación, cultura, deportes, política, ambiente, y otras áreas consideradas prioritarias (Artículo 24° Instrumento).

El compromiso que la empresa privada asuma y se materialice, como dice el Instrumento, en un “Proyecto”, significará un aporte social representado por obras civiles y servicios igualmente destinada a favorecer a comunidades. En tal sentido y en el caso de empresas privadas, la norma indica que será el ente público contratante el que determine el tipo de aporte a efectuarse y a comprometerse, lo cual se hará al momento de fijar los términos y condiciones de la relación contractual.

Todo aporte social, sea en dinero o en proyectos, deberá ser documentado y aprobado mediante una declaración jurada de cumplimiento y la celebración de una asamblea de accionistas o socios de la empresa o sociedad comprometida con el desarrollo del nuevo modelo productivo; dicha acta de asamblea deberá ser registrada por ante la Oficina de Registro Civil o Mercantil, según sea la forma de sociedad (Artículos 18° y 19° Instructivo).

II.17. Los dos últimos aspectos del Instrumento por comentar, están relacionados con el Comité de Seguimiento de las Empresas de Producción Social (EPS) y con la Fiscalización, Control, Seguimiento y Registro.

Por lo que concierne al primero de ellos, dicho Comité estará integrado por representantes del MIBAM, uno de ellos deberá pertenecer la Consultoría Jurídica y serán designados por el Ministro; representantes de la Corporación Venezolana de Guayana, del Instituto Nacional de Geología y Minería (MIBAM) y de la Compañía Nacional de Industrias Básicas (CONIBAN) y de las empresas filiales, las cuales tendrán la responsabilidad entre otras de la coordinación de funcionamiento los Comités Técnicos, Coordinación de la administración de los Fondos derivados de los aportes referidos en el punto anterior, evaluación del desarrollo de las EPS, seguimiento y control de los compromisos y de las ofertas social, de las sociedades mercantiles y demás entes societarios comprometidos con el nuevo modelo productivo, certificación de la matriz compromiso incentivo, etc. (Artículo 20° y 21° Instrumento).

En cuanto al segundo de los aspectos anotado, se puede sintetizar la fiscalización, control, seguimiento y registro, al decir que todas la EPS deberán registrarse³³ en el sistema electrónico del Registro Nacional de Contratistas -RNC- adscrito al Servicio Nacional de Contrataciones -SNC- adscrito al Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio -MILCO-.

A los efectos de la *fiscalización y control de las EPS, de las empresas o sociedades privadas y otras formas asociativas*, se aplicarán los controles, fiscalizaciones y procedimientos legales administrativos que se requieran, a los fines de verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos e incentivos adquiridos por las mismas frente al Ministerio de Industrias Básicas y Minería para ser parte activa y fundamental en el desarrollo del nuevo modelo productivo³⁴.

III. IMPLANTACIÓN DEL PROGRAMA DE EMPRESAS DE PRODUCCIÓN SOCIAL EN PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A. Y SUS EMPRESAS FILIALES

III.1. En la Introducción a este estudio, comentamos sobre la información suministrada por el Presidente de la estatal petrolera PDVSA a los medios de comunicación, en lo relativo a la incorporación de ese ente descentralizado en el programa de desarrollo de las Empresas de Producción Social (EPS). Dos meses antes de la fecha en que se facilitó esa información, el 27 de octubre de 2005, el Presidente de la estatal petrolera y Ministro de Energía y Petróleo, afirmó ante la Asociación Latinoamericana de Información y Análisis 2-Venezuela, que la estatal petrolera invertiría 100 millones de dólares para la conformación de las Empresas de Producción Social (EPS) en el Estado Zulia.

33 Ver, nota 15 a la página 6 *supra*.

34 Ver, Publicación del MIBAM: Promoción, Funcionamiento y Fiscalización de las EPS en el Ministerio de Industrias Básicas y Minería; y sus entes adscritos.

Asimismo afirmó, que ese aporte se debe entender *como un mecanismo viable que permitirá distribuir la renta petrolera en forma equitativa* y cuyo primer encuentro con las empresas cooperativas sería en el Municipio Lagunillas -Costa Oriental del Lago- del Estado Zulia.

Destacó además el referido Ministro que, "...se trata de que acá en PDVSA tenemos todavía una alta concentración de actividades de bienes y servicios en manos de pocos empresarios; por ello hemos decidido volver a abrir el Registro de Contratistas de Petróleos de Venezuela para establecer un nuevo pacto, una nueva relación con las cooperativas y pequeñas y medianas empresas, ya que en la actualidad PDVSA cuenta con un total de 5 mil organizaciones productivas; no obstante, apenas 20 por ciento de ellas está activa y muchas de las que no participan están quebradas debido a los desmanes ocurridos durante la apertura petrolera ya que todo se trae de afuera. El nuevo reto es la participación igualitaria de la nueva empresa".

III.2. En armonía con esas declaraciones del Ministro de Energía y Petróleos, Presidente de PDVSA, S.A., la Ley Orgánica de Hidrocarburos³⁵ incluyó en su régimen normativo, el Artículo 18°, que faculta al Ejecutivo Nacional a dictar medidas tendentes a incorporar en el negocio petrolero la nueva visión de empresas de capital nacional operadoras, de servicio, de producción de bienes de origen nacional y en tal sentido y de manera imperativa, la propia Ley Orgánica ordena que en todos los procesos de contratación de PDVSA y sus empresa filiales y empresas mixtas, "(...) *deberán incorporar...la participación de empresas de capital nacional en condiciones tales que se asegure el uso óptimo y efectivo de bienes, servicios, recursos y humanos y capital de origen venezolano*"³⁶.

Ya con anterioridad a la promulgación de la reforma parcial de la mencionada Ley Orgánica, el Decreto N° 310 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos³⁷, le había dado cabida a la incorporación del capital nacional en el negocio gasífero al prescribir en su Artículo 7° que, "*El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, dictará medidas que propicien la formación y participación del capital nacional en las actividades señaladas en esta Ley, así como aquellas necesarias para que los bienes y servicios de origen nacional concurren en condiciones de transparencia y no desventajosas en el desarrollo de proyectos relacionados con las indicadas actividades*".

Igualmente, el Decreto N° 840 que dicta el Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos³⁸, ratificó y precisó el contenido del Artículo 7° transcrito, al indicar en su Artículo 3° que, "*Quiénes realicen las actividades contempladas en la Ley deberán propiciar*

35 Ver, Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 38.443 de fecha 29 de mayo de 2006.

36 Artículo 18: El Ejecutivo Nacional adoptará medidas que propicien la formación de capital nacional para estimular la creación y consolidación de empresas operadoras, de servicios, de fabricación y suministro de bienes de origen nacional para las actividades previstas en esta Ley. En tal sentido, el Estado, los entes y las empresas a que se refiere esta Ley, deberán incorporar en sus procesos de contratación, la participación de empresas de capital nacional en condiciones tales que se asegure el uso óptimo y efectivo de bienes, servicios, recursos y humanos y capital de origen venezolano.

37 Publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.793 de fecha 23 de septiembre de 1999.

38 Publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.471 Extraordinario de fecha 05 de junio de 2000.

la mayor participación posible de la gerencia y personal nacional, de bienes y servicios prestados por personas nacionales, entre otros, servicios técnicos, ingeniería y de consultoría, así como el adiestramiento del personal nacional en las especialidades en que se considere necesario y lograr una eficaz transferencia de tecnología, con la finalidad de incentivar la creación o expansión de empresas nacionales”.

Ahora bien, lo anteriormente comentado fue recogido y plasmado con un sentido y con un mayor énfasis en el aspecto social de la participación de las comunidades y otras formas asociativas en el negocio de los hidrocarburos, -siendo consecuentes con las aludidas declaraciones del Ministro de Energía y Petróleo-, en la Normativa Interna de PDVSA, específicamente, en el Manual de Contratación, efectivo al mes de Enero de 2005, el cual en su Capítulo II sobre Políticas y Lineamientos Generales que Regulan el Proceso de Contratación de PDVSA y de sus Empresas Filiales. En concreto, la referida Normativa establece:

“3. POLÍTICA EN LA PARTICIPACIÓN NACIONAL DE PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A. Y SUS EMPRESAS FILIALES

3.1 Es política de Petróleos de Venezuela, S.A., promover y apoyar la máxima participación nacional, contribuyendo al desarrollo del sector privado nacional, particularmente al sector de la Pequeña y Mediana Empresa; y empresas alternativas, tales como: cooperativas, empresas familiares, microempresas y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, para que suministren la mayor cantidad y variedad posible de bienes, obras y servicios, con estándares de calidad, precio y tiempo de entrega, competitivos y que sea factor permanente de creación de valor para el país.

3.2 Esta contribución debe concretarse en una actividad permanente de las Filiales, dando a las empresas nacionales la oportunidad de participar en los procedimientos de adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, para los cuales califiquen legal, técnica y financieramente.

3.3 En tal sentido, deberá incorporar en los procesos de contratación, la participación de empresas de capital nacional en condiciones tales que se asegure el uso efectivo de los bienes, servicios, recursos humanos y capitales, de origen venezolano.

3.4 Asimismo, brindará la máxima oportunidad de participación a las contratistas nacionales, incluidas la Pequeña y Mediana Empresa y, empresas alternativas, en general, todas aquellas que cumplan los requisitos exigidos y califiquen en los procedimientos de contratación, con sujeción a la normativa legal vigente y a las disposiciones contenidas en el Capítulo VII³⁹ de este Manual”.

Sin embargo, ni en la anterior norma interna ni en las disposiciones legales y reglamentarias acotadas, se contemplan las Empresas de Producción Social (EPS), siendo éstas, como se comentó en los tres capítulos anteriores, novedosas entidades económicas o unidades de producción comunitaria dirigidas a la generación de bienes y servicios; no son entes asociativos *per se*, específico, predeterminado o definido por la legislación nacional; representan una forma de hacer industria, una meta, un alcance, un logro que se espera reporte beneficios a una determinada comunidad.

39 Se refiere ese Capítulo VII a: Tipos, Elaboración y Firma del Contrato.

Lo que si es cierto, es que las sociedades mercantiles y cualesquiera otras formas asociativa, existentes y aquellas en proceso de constitución, podrán llegar a ser o transformarse en Empresas de Producción Social (EPS), por lo que respecta a los fines, metas y compromisos que asuman voluntariamente (en vista de una matriz compromiso-incentivo), en la construcción y en el desarrollo del nuevo modelo productivo del país.

Son esas entidades o unidades de producción comunitaria denominadas Empresas de Producción Social (EPS), cualquiera que sea la forma jurídica asociativa prevista en la ley que hayan adoptado o adopten en el futuro, las que se desarrollan ampliamente a través del plan de inserción de PDVSA y sus Empresas Filiales.

Ahora bien, en concordancia con todo lo acotado, se hace imperativo destacar las acciones internas que recientemente fueron tomadas por la estatal petrolera, dirigidas a la inserción del programa de Empresas de Producción Social (EPS) en el Proceso de Contratación de PDVSA y sus empresas filiales, como se expondrá a continuación.

III.3. El plan de inserción de las Empresas de Producción Social (EPS)⁴⁰ ideado por Petróleos de Venezuela, S.A., y sus Empresas Filiales, responde tanto a las metas previstas en las disposiciones legales contenidas en las precitadas Leyes Orgánicas y Reglamento como en las Políticas y Lineamientos Generales en materia de contratación, incorporadas en el Manual de Contratación de PDVSA, de obligatoria observancia por la estatal petrolera.

A. En tal sentido, la inserción de las Empresas de Producción Social (EPS) en el proceso de contratación de PDVSA y sus Empresas Filiales, tiene su origen en la iniciativa asumida por su Junta Directiva y la Vicepresidencia de Exploración y Producción *en la creación de la Gerencia Corporativa de las Empresas de Producción Social (EPS), que emite políticas y lineamientos y controla el proceso de implantación de las EPS. Se crea además un Comité de Apoyo de la Junta Directiva y Comisiones de Licitaciones, a los fines de asegurar la incorporación del programa EPS en los pliegos de licitación y el cumplimiento de la responsabilidad social de las empresas participantes en los procesos de selección de contratistas.*

B. Paralelamente, las diversas funciones de la estatal petrolera y sus filiales, como lo son los Comités Ejecutivos de las filiales, las Direcciones Ejecutivas, las Gerencias Corporativas y las Gerencias de Organizaciones, promueven y ejecutan los programas de las EPS hacia los Comités de las EPS (CODEPS). Estos Comités son creados en los negocios, filiales, Divisiones y Distritos petroleros con las siguientes atribuciones:

1. Coordinar los asuntos relacionados con el establecimiento y desarrollo de las EPS.
2. Prestar capacitación, asistencia técnica y apoyo financiero.
3. Implementar estrategias de contratación derivadas de nuevos lineamientos y políticas de contratación de PDVSA.

Así mismo, los precitados Comités, informan sobre el avance e implantación de las EPS, asumiendo la creación del banco de datos de los proyectos sociales. La actuación y el trabajo de este Comité de la EPS fluye hacia los Distritos Sociales definidos por la filial, por el negocio y área geográfica, los cuales actuando conjuntamente con los Consejos Comunales y otros organismos del Estado, identifican las necesidades.

40 Tomado de la presentación hecha a la Cámara Petrolera (www.camarapetrolera.org), sobre las 1ª Jornadas de Empresas de Producción Social. Presentación: 2_nicolas_vera-cierta_contratacion_pdvsa.pdf

C. El comentado plan de inserción, necesariamente enfrenta *la visión tradicional de la contratación* con PDVSA y sus Empresas Filiales, en la cual el elemento predominante para el sector privado contratista-consultor, era la obtención de ganancias, por supuesto bien habidas, derivadas de la adquisición de bienes, de la prestación de servicios y de la ejecución de obras, para y en provecho de la estatal petrolera, pero sin ningún tipo de compromiso social ni comunitario; con *la nueva visión de contratación* en la cual se busca *la concientización y la participación del sector privado mediante su compromiso social*, en conjunción con PDVSA y sus Empresas Filiales en su condición de *Empresa con Orientación Social*, en el llamado *Plan de Siembra del Petróleo*, al que se sumarían, *los entes del Poder Ejecutivo, los Consejos Estadales de Planificación, los Consejos Comunales y la Contraloría Social con el propósito de precisar y actuar frente a la necesidades de la comunidad*, a través de los programas *EPS, el Fondo de Financiamiento y el establecimiento del Registro de las Empresas de Producción Social (REPS)*.

D. Por lo que concierne al *Registro y el Fondo de Financiamiento* de las Empresas de Producción Social (EPS)⁴¹, PDVSA ha creado:

A) Un nuevo Registro para el sector petrolero e interno de PDVSA, paralelo al Registro Nacional de Contratistas y que coexiste con el Registro Auxiliar de Contratistas de PDVSA (RAC), cuya función será recibir, organizar y centralizar la información de las empresas que se suscriban al Programa de Empresas de Producción Social (EPS), suministrando en forma oportuna y confiable a los entes contratantes de la corporación, información sobre la calificación legal, financiera y de su especialidad⁴². Así mismo, se concibió ese Registro de EPS, como un mecanismo que tiene por objeto servir de soporte al Programa de las EPS, para promover un cambio de actitud hacia las necesidades de las comunidades y el desarrollo de la nación⁴³.

Podrán inscribirse en el mencionado Registro, las nuevas empresas donde se evidencie el cumplimiento:

- La distribución igualitaria de las ganancias o excedentes entre los asociados.
- Los aportes al Fondo Social de PDVSA o mediante la prestación de bienes y servicios a la comunidad.
- Participar en el desarrollo de Empresas de Producción Social, distribución y servicios comunales.

De igual manera podrán inscribirse:

- Las empresas promotoras que participen en el Programa de Empresas de Producción Social, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:
 - a. Participen en el Fondo Social de PDVSA.
 - b. Presenten oferta social en procesos licitatorios.
 - c. Desarrollen y acompañen a las empresas pequeñas y a las Empresas de Producción Social.

41 Tomado de la presentación realizada en la 1ª Jornada de las Empresas de Producción Social promovida por la Cámara Petrolera; presentación hecha por la Sra. Susana Manzano bajo el título Constitución, Desarrollo y Características de las Empresas de Producción Social.

42 Cita tomada del tríptico de PDVSA sobre el Registro de Empresas de Producción Social (EPS).

43 Cita tomada de la presentación ya mencionada en la nota 41 *supra*.

- d. Consorcién con empresas medianas y Empresas de Producción Social.
- e. Contribuyan al desarrollo de empresas de producción, de distribución y de servicio comunal.

Según el instructivo del REPS de PDVSA, una vez efectuado el registro, las empresas *adquieren el carácter de elegibles para participar en el Programa EPS y ser contratados por PDVSA*; o lo que es lo mismo, es *conditio sine que non*, para ser contratado por PDVSA, entre otras condiciones precontractuales y licitatorias a ser cumplidas por lo entes privados contratistas, estar adicionalmente *registrados en el REPS, y ser participantes activos en el Programa EPS*.

B) Por lo que concierne al *Fondo Social o Fondos de Apoyo a las Empresas de Producción Social (EPS)*⁴⁴, PDVSA diversificó los referidos Fondos en B.1. Fondo Social y B.2. Fondo de Financiamiento.

B.1. Fondo Social.

- Su finalidad es recibir aportes provenientes de las empresas registradas en el REPS, una vez contratadas.
- Está destinado a desarrollar proyectos en beneficio de las comunidades.
- Será administrado a través de un Fideicomiso en una entidad financiera.
- Los proyectos financiados serán identificados por “gabinetes móviles” aprobados por el Ejecutivo Nacional.

B.2. Fondo de Financiamiento.

- Creado por PDVSA por un monto de MM \$ 100 para préstamos.
- Su finalidad es fortalecer y consolidar las Empresas de Producción Social.
- Está destinado para que las empresas alcancen su autonomía económica y mejoren su eficacia operacional; y
- La Corporación Venezolana de Petróleo será responsable de su administración.

III.4. Otro aspecto dentro de la *visión de cambio*⁴⁵ proyectada por PDVSA, es lo relativo al *proceso de evaluación de ofertas para procesos competitivos*, es decir, para los procesos de selección de contratistas para la ejecución de obras, adquisición de bienes muebles y la prestación de servicios comerciales regidos por la Ley de Licitaciones⁴⁶ y por otros instrumentos regulatorios a ser aplicables, entre otros, en los procesos competitivos de selección de contratistas para el sector público.

44 Presentación de Susana Manzano, *op.cit. supra*, nota 41, p. 23.

45 *Ver*, presentación Nicolás Veracierta, *op.cit. supra*, nota 40, p. 21.

46 *Ver*, Decreto N° 1.555 con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.556 Extraordinario de fecha 13 de noviembre de 2001. Se excluye la Adjudicación Directa (de contratos) ya que el proceso de adjudicación es no competitivo; es optativo, o por Concurso Privado o Concurso de Credenciales o por Lista de Precios, ver Artículo 28 del Reglamento Parcial del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.313 de fecha 14 de noviembre de 2005. *Ver*, Normativa Interna de PDVSA en materia de Contratación.

(A) En tal sentido, la *visión tradicional de contratación de PDVSA y sus Empresas Filiales* se reducía a un esquema con tres tipos de evaluación y un resultado:

1. Evaluación de Documentos Legales... 2. Evaluación Oferta Técnica... 3. Evaluación Oferta Económica... 4. Otorgamiento de la Buena Pro del Contrato.

Según la estatal petrolera, la nueva visión de cambio de la contratación, amplía la visión tradicional, mediante la concientización y humanización de la contratación petrolera al proponer y hacer efectivo el siguiente esquema:

Registro de Empresas como:

- Empresas de Producción Social (EPS); o
- EP (empresas pequeñas) Empresas de Producción Social (EPEPS)

1. Evaluación Documentos Legales... 2. *Evaluación Compromiso Social del Participante u Ofertante*... 3. Evaluación Oferta Técnica... 4. Evaluación Oferta Económica... 5. Otorgamiento de la Buena Pro del Contrato.

(B) Ahora bien, por lo que concierne a ese particular aspecto denominado *Evaluación Compromiso Social del Participante u Ofertante*, según la estatal petrolera esa evaluación cubre los siguientes aspectos:

- Aporte al Fondo Social (Opción aporte en dinero) según el monto del Contrato, siguiendo el siguiente planteamiento:

ESCALAS	MONTO DEL CONTRATO EN MM BS.	PORCENTAJE DE CONTRIBUCIÓN
I	<500	2%
II	>500 Hasta 2000	3%
III	>2000 Hasta 5000	4%
IV	>5000	5%

- Contribuir al desarrollo de las empresas de producción, distribución y servicios. Esto no aplica a los contratos de (adquisición de) bienes (muebles) de bajo monto (hasta 15.000 UT, siendo en la actualidad el valor de la UT Bs. 33.600) y de baja complejidad.

- Promover y desarrollar las Empresas de Producción Social (EPS). Esto no aplica a los contratos (de ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios comerciales) de bajo monto (hasta 15.000 UT, siendo en la actualidad el valor de la UT Bs. 33.600) y de baja complejidad.

- Consorciarse con la Pequeña y Mediana Industria (PyMIs) y con las Empresas de Producción Social (EPS). Esto no aplica a los contratos (de ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios comerciales) de bajo monto (hasta 15.000 UT, siendo en la actualidad el valor de la UT Bs. 33.600) y de baja complejidad.

-Oferta Social (Opción Proyectos Sociales: Ejecución de obras, prestación de servicios comerciales y suministro de bienes muebles), donde PDVSA establece la demanda social (las necesidades de una comunidad determinada), y suministra el alcance (objeto del proyecto o contrato) y las especificaciones técnicas.

III.5. Continuando con nuestros comentarios finales al programa de inserción que nos ocupa, y tomando en consideración las anteriores acotaciones, según la estatal petrolera en todas la *Matrices de Evaluación* y con respecto al para los *contratos con montos estimados superiores a (>) 15.000 UT sean de alta y baja complejidad, de bajos y altos montos (partiendo de 15.000 UT) en la ejecución de obras, adquisición de bienes y en la prestación de servicios comerciales, con duración menor a (<)180 días o mayor (>) a 180 días hasta 1 año o superiores (>) a 1 año; se expresa que el Compromiso Social, léase, su “Aspecto Cuantitativo”, se materializa a través de los rubros aportes al Fondo Social u Oferta Social, son elementos claves y determinantes al practicarse el análisis de las ofertas, en el proceso de calificación de los participantes/ofertantes versus las precitadas matrices, que han incorporado en sus formas las menciones para esos rubros “PASA O NO PASA”.*

Por lo que concierne al “Aspecto Cualitativo” de ese Compromiso Social, representado en esas Matrices de Evaluación bajo los rubros Desarrollo/Acompañamiento de PyMe’s y EPS, Consorcio con PyMe’s y EPS y Desarrollo de las Unidades Productivas Comunitarias (UPC), se le asignaron diversos porcentajes de calificación según la complejidad, el término y el alcance u objeto a ser contratado⁴⁷.

Según esas Matrices de Evaluación, la oferta que resulte beneficiada con la buena pro (no solo lo será porque llegue a ser la más conveniente en términos de oportunidad, calidad y precio), será aquella que califique en las Evaluaciones (PASA O NO PASA) y obtenga la mejor evaluación integral.

IV. CONCLUSIONES

De manera conclusiva, el régimen legal comentado ordena todo lo relativo al impulso y desarrollo endógeno del país, lo cual se alcanzaría a través de la construcción del nuevo modelo productivo con la participación no sólo del sector público a través de las empresas del Estado, del Poder Ejecutivo y de sus Industrias Básicas y entes adscritos, de la Industria Petrolera, Petroquímica y Gasífera Nacional, del apoyo irrestricto del Ejecutivo Nacional a las Empresas de Producción Social (EPS) y empresas alternativas, sino que ha incorporado mediante actos administrativos formales (Decretos Ejecutivos y Resoluciones Ministeriales), a las empresas del sector privado como las sociedades mercantiles y cualquier otra forma asociativa, que voluntariamente se adhieran a los Convenios de Aseguramiento de Materias Primas y Productos Semielaborados y consecuentemente, suscriban los contratos de suministro que deriven de la referida adhesión; o como en el caso de PDVSA y sus Empresas Filiales, con la nueva Visión de Cambio en sus Contrataciones, en la cual los entes privados contratistas de la estatal petrolera, establecerían voluntariamente su Compromiso Social, ya sea a través de Aportes al Fondo Social o mediante la presentación de la Oferta Social o Proyectos; y en definitiva, se espera que dichos entes públicos superiores concierten y aprueben esas contribuciones o aportes como prueba del compromiso asumido en la construcción y desarrollo del nuevo modelo productivo.

Tal apertura y visión de desarrollo de país, tenderá a una mayor participación interna de la sociedad privada productiva (nacional o extranjera) en los planes y negocios del Estado, lo cual se traducirá en mayores fuentes o posibilidades de trabajos y ocupaciones, de un incremento de la industria y de la manufactura de bienes y de la prestación de servicios comerciales, de una corriente sostenida de transferencia tecnológica y de know how especializado, de

⁴⁷ En cuanto a las matrices de evaluación, y sus Aspectos Cuantitativo y Cualitativos, se recomienda ver la presentación del Lic. Nicolás Veracierta mencionada en la nota 40 de la p. 21 *supra*.

un decrecimiento paulatino e independencia de las importaciones de productos cautivos, con una creciente exportación de bienes nacionales, y consecuentemente, la penetración de nuevos mercados foráneos diferentes a los negocios tradicionales del país.

Todo ello sin lugar a dudas podrá lograrse, en la medida o en tanto en cuanto, la sinceridad, la seguridad jurídica, el sostenimiento de las garantías constitucionales y la apertura que aseguran, tanto la Carta Magna como las comentadas normas reguladoras, se hagan efectivas y fluyan hacia todos los estratos de la sociedad venezolana, sin ningún tipo de diferencias, distinciones o exclusiones, y sean el reflejo de la transparente, equilibrada, justa, moderada, integradora, tolerante e incluyente voluntad, expresión y participación del Estado como Estado Democrático y Social de Derecho (actuando como El Estado Regulador, El Estado de Fomento, El Estado de Promoción Social como lo ha afirmado el Profesor Brewer-Carías en su obra *Fundamentos de la Administración Pública*), a través de su Poder Público, órgano ejecutor de las mencionadas disposiciones legales y políticas públicas en sus relaciones con todos los ciudadanos y personas jurídicas, teniendo siempre presente como norte, el provecho, el bienestar y el progreso del país como un todo.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

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

Recopilación y selección
por Marianella Villegas Salazar

Abogado

SUMARIO

- I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
 - 1. *Poder Judicial: Tribunales.*
- II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO
 - 1. *Sistema de Control: Control de los Órganos del Poder Público Nacional.* 2. *Sistema Impositivo.* A. Impuestos: Impuesto Sobre la Renta.
- III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA
 - 1. *Símbolos patrios: Día de la Bandera Nacional.* 2. *Política de Relaciones Exteriores.* A. Tratados, Acuerdos y Convenios: Acuerdos y Tratados Bilaterales. B. Integración Latinoamericana y Caribeña. C. Servicio Exterior. 3. *Seguridad y Defensa: Funcionarios Policiales.*
- IV. DESARROLLO ECONÓMICO
 - 1. *Régimen Cambiario: Administración de Divisas.* 2. *Régimen de las Instituciones Financieras.* A. Cajas de Ahorro. B. Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras. 3. *Régimen del Comercio Interno: Precio Máximo de Venta al Público.* 4. *Régimen de la industria.* 5. *Régimen de la Pequeña y Mediana Industria.: Asociaciones Cooperativas.* 6. *Régimen de Energía y Petróleo.* 7. *Régimen de Desarrollo Agropecuario.* 8. *Régimen del Desarrollo Endógeno.*
- V. DESARROLLO SOCIAL
 - 1. *Salud.* A. Consultorios Populares. B. Productos Farmacéuticos. C. Lactancia: Período. 2. *Educación.* 3. *Trabajo.* A. Jubilaciones y Pensiones. B. Inamovilidad Laboral. 4. *Cultura: Obras Cinematográficas.* 5. *Régimen de Protección de Niños y Adolescentes.* 6. *Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas: Loterías.*
- VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO
 - 1. *Régimen de la Ordenación del Territorio y del Desarrollo Urbano.* A. Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio. B. Asentamientos Urbanos Populares. 2. *Régimen de las Telecomunicaciones.* A. Habilitaciones. B. Difusión por Suscripción. C. Integración de Personas con Discapacidad Auditiva. 3. *Régimen del Transporte y Tránsito: Régimen del Transporte y Tránsito Terrestre: Transporte Público de Pasajeros.*

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

- 1. *Poder Judicial: Tribunales*

Resolución N° 2006-0015 del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se atribuye competencia a los Juzgados Primero y Segundo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución y; al Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio, todos del Ré-

gimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, con sede en Valencia, para tramitar las causas del Nuevo Régimen Procesal del Trabajo en la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, con sede en Valencia. *G.O.* N° 38.487 de 27-7-2006.

Resolución N° 2006-0016 del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se atribuye competencia al Juzgado Tercero de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con sede en Guarenas, para tramitar las causas del Nuevo Régimen Procesal del Trabajo en la Circunscripción Judicial del Estado Miranda. *G.O.* N° 38.487 de 27-7-2006.

Resolución N° 2006-00018 del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se le atribuye competencia al Juzgado de Primera Instancia de Sustentación, Mediación y Ejecución del Trabajo y, al Juzgado de Primera Instancia de Juicio, ambos del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, para tramitar las causas del Nuevo Régimen Procesal del Trabajo en la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta. *G.O.* N° 38.492 de 3-8-2006.

Resolución N° 2005-00036 del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se dispone que los Jueces de Primera Instancia de la extensión Tucacas del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, conocerán única y exclusivamente de la materia Penal Ordinaria. *G.O.* N° 38.492 de 3-8-2006.

II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema de Control: Control de los Órganos del Poder Público Nacional*

Resolución N° 01-00-000237 de la Contraloría General de República, por la cual se dictan las Normas para la Formación, Rendición y Examen de las cuentas de los Órganos del Poder Público Nacional. *G.O.* N° 38.494 de 7-8-2006.

2. *Sistema Impositivo*

Providencia N° 0259 del Servicio Nacional de Administración Tributaria (SENIAT), que establece el Régimen Transitorio de Facturación para los Sujetos Pasivos creados por los entes Públicos Nacionales, Estadales y Municipales que fueron objeto de Modificación del número de Registro Único de Información Fiscal. *G.O.* N° 38.514 de 4-9-2006.

A. *Impuestos: Impuesto Sobre la Renta*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto Sobre la Renta. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006.

III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Símbolos patrios: Día de la Bandera Nacional*

Decreto N° 4.754, mediante el cual se instituye como “Día de la Bandera Nacional”, el 3 de agosto de cada año. *G.O.* N° 38.504 de 21-8-2006.

2. *Política de Relaciones Exteriores*

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

Resolución N° DM 218 del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante la cual se ordena la publicación del texto del Memorandum de Entendimiento suscrito entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Panamá, para el establecimiento de un Mecanismo de Consulta y Concertación Política. *G.O.* N° 38.477 de 12-7-2006.

Resolución N° DM 227 del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante la cual se ordena la publicación del texto del Convenio suscrito entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam, sobre Supresión de Visas para los Titulares de Pasaportes Diplomáticos Oficiales o de Servicio. *G.O.* N° 38.481 de 18-7-2006.

Resolución N° DM 240 del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante la cual se ordena la publicación del Memorándum de Entendimiento suscrito en materia de interconexión Gasífera entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia. *G.O.* N° 38.488 de 28-7-2006.

Resolución N° DM/247 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo para el Establecimiento de una Alianza Estratégica Argentina-Venezuela. *G.O.* N° 38.494 de 7-8-2006.

Resolución N° DM/248 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorando de Constitución de un Comité de Negociación en Materia de Interconexión Gasífera entre la República Bolivariana de Venezuela, la República de Colombia y la República de Panamá. *G.O.* N° 38.494 de 7-8-2006.

Resolución N° DM/249 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Addendum N° 6 al Convenio Integral de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina. *G.O.* N° 38.494 de 7-8-2006.

Resolución N° DM 263 Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorando de Entendimiento en el campo de la Cooperación para la Instalación de una Planta de Moldes Industriales, entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán. *G.O.* N° 38.505 de 22-8-2006.

Resolución N° DM 273 Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Malí, sobre la Supresión del Requisito de Visado para Titulares de Pasaportes Diplomáticos o de Servicio. *G.O.* N° 38.521 de 13-9-2006.

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia, para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuesto Sobre la Renta y Sobre el Patrimonio. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.822 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del “Convenio Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Panamá”. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.822 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del “Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Benin”. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.822 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del “Acuerdo de Cooperación en Materia Agropecuaria y de Desarrollo Rural entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Bolivia”. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.822 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.822 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria de la “Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial entre la República Bolivariana de Venezuela y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)”. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.822 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación Técnica en el Campo de la Salud y la Medicina entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Bolivia. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.822 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia, Complementario al Convenio Básico de Cooperación Técnica y Científica entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.822 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del “Programa Complementario al Acuerdo Marco de Cooperación Económica, Industrial de Infraestructura y para el Desarrollo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Italiana para la Construcción del Tramo San Juan de los Morros-Dos Caminos-Calabozo-San Fernando de Apure”, suscrito en la ciudad de Caracas, el 6 de abril de 2006. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.822 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en el Área Educativa y Deportiva, entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Bolivia. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.822 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del “Convenio de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue (ORAS-CONHU)”. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.822 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley Aprobatoria del Convenio para el Desarrollo Social entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Bolivia. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.822 Extraordinario de esa misma fecha).

B. *Integración Latinoamericana y Caribeña*

Ley Aprobatoria del “Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR” y sus anexos: “Tratados de Asunción”, “Protocolo de Ouro Preto”, “Protocolo de Olivos para la solución de controversias del MERCOSUR” y la “Lista de Productos paraguayos y uruguayos que, conforme al artículo 5 del Protocolo, gozarán de desgravación total e inmediata por parte de la República Bolivariana de Venezuela”. *G.O.* N° 38.482 de 19-7-2006.

C. *Servicio Exterior*

Resolución N° DM/DGRH 247-C del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se dictan las Normas sobre Pasajes, Viáticos y Gastos de Instalación y Transporte de Equipajes del Personal del Servicio Exterior. *G.O.* N° 38.500 de 15-8-2006.

3. *Seguridad y Defensa: Funcionarios Policiales*

Resolución N° 364 del Ministerio del Interior y Justicia, por la cual se dicta el Código de Conducta para los funcionarios Civiles o Militares que cumplan funciones policiales en el ámbito Nacional, Estadal y Municipal. *G.O.* N° 38.527 de 21-9-2006.

IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen Cambiario: Administración de Divisas*

Providencia N° 077 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), que re-forma 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° 38.513 de 1-9-2006.

2. *Régimen de las Instituciones Financieras*

A. *Cajas de Ahorro*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Caja de Ahorro y Fondos de Ahorro. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.477 de 12-7-2006.

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

Resolución N° 06-09-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que los Bancos, Entidades de Ahorro y Préstamo y demás Instituciones Financieras, no podrán cobrar por sus operaciones activas, incluidos los créditos al consumo, una tasa de interés anual o de descuento superior a la tasa fijada periódicamente por el Directorio del Banco Central de Venezuela para las operaciones de descuento, redescuento, reperto y anticipo del Instituto. *G.O.* N° 38.517 de 7-9-2006.

Resolución N° 06-09-02 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las Normas que regirán la Constitución del Encaje. *G.O.* N° 38.517 de 7-9-2006. (Reimpresión por la Norma publicada en la *G.O.* 38.517 de 7-9-2006).

3. *Régimen del Comercio Interno: Precio Máximo de Venta al Público*

Resolución Conjunta N° DM/0190, DM/119 y DM/076 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio, de Agricultura y Tierras y de Alimentación, por la cual se fija el precio mínimo referencial del arroz paddy húmedo tipo "A", y del arroz paddy húmedo tipo "B". *G.O.* N° 38.503 de 18-8-2006.

Resolución Conjunta N° DM/0191, DM/120 y DM/077 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio, de Agricultura y Tierras y de Alimentación, por la cual se dispone que el precio mínimo del maíz es de quinientos sesenta bolívares por kilogramos (560,00 Bs/Kg). *G.O.* N° 38.503 de 18-8-2006.

Resolución Conjunta N° DM/0192, DM/121 y DM/078 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio, de Agricultura y Tierras y de Alimentación, por la cual se dispone que el precio mínimo del sorgo es de cuatrocientos veinte bolívares por kilogramo (420,00 Bs/Kg). *G.O.* N° 38.503 de 18-8-2006.

4. *Régimen de la industria*

Ley de Supresión del Pago del Derecho de Fabricación de Fósforos. *G.O.* N° 38.480 de 17-7-2006.

5. *Régimen de la Pequeña y Mediana Industria: Asociaciones Cooperativas*

Providencia N° 095-06 de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, por la cual se dictan las condiciones y requisitos para el otorgamiento de la Certificación de Cumplimiento a las Asociaciones Cooperativas. *G.O.* N° 38.514 de 4-9-2006.

Providencia N° 069-06 de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, por la cual se dictan los requisitos para el otorgamiento de la reserva de denominación y constancia de inscripción a las Asociaciones Cooperativas y Organismos de Integración. *G.O.* N° 38.519 de 11-9-2006.

6. *Régimen de Energía y Petróleo*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Estímulo al Desarrollo de las Actividades Petroquímica, Carboquímica y Similares. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.488 de 28-7-2006.

Ley de reforma parcial del Decreto N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.493 de 4-8-2006.

7. *Régimen de Desarrollo Agropecuario*

Resolución N° DM/141 del Ministerio de Agricultura y Tierras, por la cual se crea la Guía Única de Despacho para Movilización de Animales, Productos y Subproductos de Origen Animal. *G.O.* N° 38.524. Caracas, lunes 18 de septiembre de 2006.

8. *Régimen del Desarrollo Endógeno*

Ley de Creación del Fondo para el Desarrollo Endógeno. *G.O.* N° 38.500 de 15-8-2006.

V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Salud*

A. *Consultorios Populares*

Resolución Conjunta N° 203 y 339 de los Ministerios de Salud y para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se dictan las "Normas que establecen los Requisitos Mínimos para la Construcción de Consultorios Populares". *G.O.* N° 38.494 de 7-8-2006.

B. *Productos Farmacéuticos*

Resolución N° 212 del Ministerio de Salud, por la cual se dictan las Normas Venezolanas de Biodisponibilidad y Bioequivalencia de Productos Farmacéuticos. *G.O.* N° 38.499 de 14-8-2006.

Resoluciones N° 216 y 217 del Ministerio de Salud, por las cuales se autoriza el expendio de los Productos Biológicos y Farmacéuticos que en ellas se señalan. *G.O.* N° 38.512 de 31-8-2006.

C. *Lactancia: Período*

Resolución Conjunta N° 4.754 y 271 de los Ministerios de Salud y del Trabajo y Seguridad Social, por la cual se extiende el período de lactancia al que se refiere el artículo 393 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el artículo 100 de su Reglamento, a nueve (9) meses contados desde la fecha del parto. *G.O.* N° 38.528 de 22-9-2006.

2. *Educación*

Resolución N° 35 del Ministerio de Educación y Deportes, mediante la cual se dispone que el proceso de evaluación en el marco del Sistema de Educación Bolivariana como Continuo Humano debe atender a la diversidad del desarrollo de cada ser humano en los momentos propios de cada edad en su estado físico, biológico, psíquico, cultural, social e histórico, como proceso continuo, integral, cooperativo, participativo, de carácter humanista, cualicuantitativo y multidireccional, en los términos que en ella se indican. *G.O.* N° 38.490 de 1-8-2006.

3. Trabajo

A. Jubilaciones y Pensiones

Ley de Reforma Parcial 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. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.501 de 16-8-2006.

B. Inamovilidad Laboral

Decreto N° 4.848 de la Presidencia de la República, mediante el cual se proroga, desde el primero (1°) de octubre del año dos mil seis (2006), hasta el treinta y uno (31) de marzo del año dos mil siete (2007), la inamovilidad laboral especial dictada a favor de los trabajadores del sector Privado y del sector Público, regidos por la Ley Orgánica del Trabajo. *G.O.* N° 38.532 de 28-9-2006.

4. Cultura: Obras Cinematográficas

Providencia N° 003 del Ministerio de la Cultura, por la cual se dicta el Procedimiento para la Certificación de Obras Cinematográficas de Naturaleza o Interés Artístico y Cultural y de Salas Alternativas o Independientes. *G.O.* N° 38.525 de 19-9-2006.

5. Régimen de Protección de Niños y Adolescentes

Decisión del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente por la cual se dicta la Directriz para la Estructuración y Funcionamiento del Programa Familia Sustituta, Modalidad Colocación Familiar. *G.O.* N° 38.513 de 1-9-2006.

Ley para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en Sala de Uso de Internet, Videojuegos y otros Multimedia. *G.O.* N° 38.529 de 25-9-2006.

Decisión del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente por la cual se dicta la Directriz para la Estructuración y Funcionamiento del Programa de Localización de Familia de Origen. *G.O.* N° 38.531 de 27-9-2006.

6. Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas: Loterías

Ley de Reforma Parcial de la Ley Nacional de Lotería. *G.O.* N° 38.480 de 17-7-2006.

VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

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

A. Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio. *G.O.* N° 38.513 de 1-9-2006. (Véase *G.O.* N° 5.820 Extraordinario de esa misma fecha).

B. Asentamientos Urbanos Populares

Ley Especial de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares. *G.O.* N° 38.480 de 17-7-2006.

2. *Régimen de las Telecomunicaciones*

A. *Habilitaciones*

Providencia N° 843 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan las Condiciones Generales de las Habilitaciones de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta. *G.O.* N° 38.520 de 12-9-2006.

B. *Difusión por Suscripción*

Providencia N° 841 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan los Parámetros de Calidad de Servicio, para el Servicio de Difusión por Suscripción. *G.O.* N° 38.520 de 12-9-2006.

C. *Integración de Personas con Discapacidad Auditiva*

Providencia N° 866 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan las Normas Técnicas para la Integración de las Personas con Discapacidad Auditiva para la Recepción de los Mensajes Difundidos a través de los Servicios de Televisión. *G.O.* N° 38.530 de 26-9-2006.

3. *Régimen del Transporte y Tránsito: Régimen del Transporte y Tránsito Terrestre: Transporte Público de Pasajeros*

Resolución Conjunta N° 0188 y 069 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio y de Infraestructura, mediante la cual se ajustan las tarifas máximas a nivel nacional a ser cobradas en el servicio de transporte terrestre público de pasajeros en rutas suburbanas. *G.O.* N° 38.484 de 21-7-2006.

Resolución N° 0189 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio y de Infraestructura, mediante la cual se ajustan las tarifas máximas a nivel nacional a ser cobradas en el servicio de transporte terrestre público de pasajeros en rutas interurbanas. *G.O.* N° 38.484 de 21-7-2006.

Comentarios Legislativos

COMENTARIOS A LA LEY ESPECIAL DE REGULARIZACIÓN INTEGRAL DE LA TENENCIA DE LA TIERRA DE LOS ASENTAMIENTOS URBANOS POPULARES

Judith Rieber de Bentata

Abogado

Resumen: *En este artículo se analiza la Ley Especial de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares, publicada en G.O. del 12 de julio de 2006. Como veremos, en el caso de los terrenos públicos los ocupantes reciben solo un título de adjudicación, mas no la propiedad, mientras que en los terrenos privados, aún cuando la Ley no lo establece expresamente, en principio pareciera que los ocupantes sí pueden recibir el derecho de propiedad si llenan determinados requisitos que establece la Ley, uno de los cuales es intentar una acción mero declarativa de prescripción cuando han ocupado el terreno por diez años. Por otra parte, la Ley consagra la propiedad colectiva, que puede ser familiar o comunitaria.*

I. COMENTARIOS GENERALES

El 17 de julio de 2006 fue publicada en la *Gaceta Oficial* la Ley Especial de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos Populares, la cual tiene “por objeto ordenar y regularizar el proceso de tenencia de la tierra, ocupada por la población en los asentamientos urbanos populares, y contribuir a la satisfacción progresiva del derecho a la vivienda y el hábitat, dando prioridad a la familia, especialmente a aquellas en condición de vulnerabilidad social, y así consolidar los asentamientos urbanos populares ya existentes, de manera digna, equitativa y sostenible, mediante un proceso de cogestión integral con el Estado” (Art. 1).

Esta Ley pretende resolver un problema que ha aquejado a Venezuela a partir de los comienzos de la explosión urbana y que se ha venido agravando cada vez mas: la proliferación de viviendas en terrenos ajenos construidas por personas de bajos recursos, en franca violación de las normas municipales que rigen la materia, además de las normas del Código Civil que protegen la propiedad privada, sin olvidar la Constitución que también la consagra.

En la década de los años cincuenta del siglo pasado se trató de alcanzar una solución con el desalojo compulsivo de las zonas de construcción informal de ranchos y su sustitución por “superbloques”, a donde fueron a parar los antiguos ocupantes de los ranchos.

Finalizada la dictadura de Marcos Pérez Jiménez, con la democracia, por distintas razones, vino un aumento progresivo e incontenible de la población urbana, que no se vio acompañado por una adecuada política de viviendas que impidiera volver atrás. Comenzó a crecer nuevamente el número de ranchos en los alrededores de las ciudades en cantidades cada vez mayores, trayéndonos a la situación actual, en la cual su número es cada vez más grande, lo que dificulta la solución del problema.

Desde hace alrededor de veinte años o más se ha tratado de resolver esta situación, ya no mediante el desalojo, sino mediante la habilitación física de las áreas ocupadas y de las viviendas que en ellas se encuentran, siempre que no se trate de zonas de riesgo.

Sin embargo, hasta hace pocos años, poco se habían estudiado los problemas jurídicos que giran alrededor de la condición jurídica de dichas viviendas y de los terrenos sobre las cuales fueron construidas, ya que en ello encontramos enfrentados el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad sobre los terrenos, bien se encuentren aquéllas construidas sobre terrenos cuya titularidad corresponda a personas públicas o a personas privadas.

En este sentido se presentó ante el antiguo Congreso Nacional un proyecto de Ley para la Transferencia de la Propiedad de la Tierra en los Barrios, al cual siguieron otros más. El texto que aquí comentamos no tiene mayor relación con ninguno de ellos.

Expondremos ahora nuestros comentarios.

1. *Declaraciones de principios*

Se encuentran en la Ley que comentamos numerosas declaraciones de principios, que sirven tanto para orientar su interpretación basada en la intención del legislador al dictar la norma, como para hacer farragosa y enrevesada la lectura de la misma, y con ello complicar la interpretación.

Por una parte, llama la atención los calificativos que da el Legislador a esta Ley. Según el encabezamiento del artículo 5, se trata de una Ley “de naturaleza social, (que) tiene carácter estratégico y condición no lucrativa,…” Son expresiones muy poco precisas, que podrían dar pie a los distintos entes intervinientes, para realizar interpretaciones no basadas en el Derecho, sino entre otras cosas para imponer criterios que, en realidad lo que pretenden es fortalecer posiciones.

En este mismo sentido, la norma que señala el objeto de la Ley, a la cual ya nos hemos referido, mantiene la característica de ampulosidad que enturbia la interpretación de la norma, la cual se ve agrandada en el artículo 8 que establece que “los propósitos y valores de esta Ley son: la dignificación y desarrollo urbano integral para la familia, la comunidad, la incorporación armónica y democrática a la planificación local y el respeto a la diversidad”.

2. *Definiciones*

La Ley abunda en definiciones, lo cual tiene ventajas y desventajas. La ventaja indudable es la delimitación de términos poco precisos que permiten facilitar su aplicación; pero en la práctica, ello podría encasillar la ejecución de la Ley porque la realidad siempre es mas rica que la norma y lo que ha pensado y querido el legislador en este momento puede muy bien no abarcar las necesidades que surgen en la práctica, y mucho mas con el transcurso del tiempo.

Y la misma Ley nos da la razón. Su artículo 2 define como Asentamiento Urbano Popular, es decir lo que siempre hemos conocido como barrios, “un área geográfica determinada, habitada por la comunidad, conformada por viviendas que ocupan terrenos públicos o privados, identificado de forma integral e indivisible a partir de sus rasgos históricos, socioculturales, sus tradiciones y costumbres, aspectos económicos, físicos, geográficos, cuenten o no con servicios públicos básicos,…” Ahora bien, después de todo esto, agrega ese mismo artículo en su parte final que también son Asentamientos Urbanos Populares los que “no encontrándose en las condiciones antes descritas ameriten un tratamiento especial, siendo sus habitantes poseedores de tierra y no se les ha reconocido su derecho a la propiedad”. Es decir, que toda la larga definición inicial hubiera podido no existir y no hubiera hecho gran diferencia, ya que son Asentamientos Urbanos Populares los que responden a las características enumeradas, y los que no también. La precisión que se pretendió lograr con la definición inicial pierde toda su utilidad cuando se les da igual tratamiento a los asentamientos que, aún

cuando no tienen las condiciones anteriores, se aplica la Ley igualmente a los asentamientos caracterizados por algo tan vago como requerir un tratamiento especial, sin que haya ningún criterio que permita determinar cuándo un asentamiento requiere este un tratamiento especial ni en qué consiste tal tratamiento especial.

3. *Imprecisiones*

Hay una primera imprecisión en al establecer que la Ley “regula los asentamientos urbanos populares que ocupen tierras *públicas o privadas*, en barrios y urbanizaciones populares...” (artículo 4), lo que podría llevar a afirmar que si los mismos se encuentran en urbanizaciones que no corresponden al concepto de “populares” - lo cual por lo demás no está definido - no se aplica esta Ley.

Además, la Ley utiliza las expresiones tierras privadas y tierras públicas, para referirse a terrenos propiedad de particulares y a terrenos cuya titularidad corresponde una persona pública, sin distinguir en este último caso si se trata de bienes del dominio privado o del dominio público de tales personas públicas, situación esta última relativamente común, y en cuyo caso será necesario proceder a la desafectación de la dominialidad pública para luego proceder a su transferencia a los ocupantes, tal como lo establece el artículo 32 de la misma Ley. En estos casos, lo correcto hubiera sido referirse a las tierras del dominio público y a las tierras del dominio privado de personas públicas, a menos que el legislador hubiera querido modificar criterios que nos vienen desde los romanos.

Por otra parte, a lo largo de la Ley hay una gran imprecisión en cuanto a la autoridad competente para la ejecución de esta Ley que siempre se refiere al Estado, ya que esta expresión no es la que corresponde en este caso, porque el Estado es un concepto político y no jurídico por lo que no puede el Estado asumir competencias. Estas corresponden a la República como representación jurídica, y debieron ser atribuidas con precisión a la autoridad administrativa correspondiente y no crear las confusiones que se derivan de esta imprecisión.

Siguiendo con los organismos competentes, el artículo 7 de la Ley establece que la regularización de la tenencia de las tierras públicas nacionales estará a cargo del Ejecutivo Nacional a través de la Oficina Técnica Nacional para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, el “Poder Público Estadal” tendrá la competencia correspondiente al otorgamiento de los títulos de adjudicación de las tierras públicas estadales, y el “Poder Público Municipal” tendrá dicha competencia sobre las tierras públicas municipales a través de la respectiva Oficina Técnica Municipal de la Tenencia de la Tierra Urbana.

Ante una redacción como ésta pareciera que la titularidad sobre la tierra construida es la que determina la competencia, lo cual no resulta cierto en el desarrollo posterior de la Ley, porque con frecuencia las competencias se otorgan de manera general e indistinta a la Oficina Técnica Nacional de Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana y a la Oficina Municipal de Regularización de la Tierra Urbana y no se habla mas en toda la Ley de las autoridades estadales con lo cual, creemos, se crearán confusiones importantes. Mas adelante volveremos sobre este asunto al tratar sobre la Oficina Técnica Municipal para la Regularización de la Tierra Urbana.

Es nuestro criterio que la competencia debió haber sido otorgada a nivel municipal exclusivamente porque son éstas autoridades las mas cercanas al problema, además de ser la autoridad competente en materia de habilitación física, a lo cual nos referiremos mas adelante.

4. *Ley Especial*

El legislador califica esta ley como Ley Especial, dando así una interpretación legislativa que no necesariamente obliga al juez, quien deberá juzgar la especialidad de las disposiciones de esta Ley respecto de otras normas, individualizando cada una de ellas y no la Ley en bloque.

5. *Regularización de la tenencia y habilitación física*

Esta Ley regula la regularización de la tenencia de la tierra en los asentamientos urbanos populares, pero nada dice acerca de la habilitación física de estos terrenos.

A nuestro juicio, este criterio revela una solución a medias del problema aún cuando algunos teóricos argumentan que esta vía es la indicada, porque, una vez regularizada la tenencia, los nuevos propietarios se encargarán de presionar a las autoridades municipales para que asuman la realización de las obras necesarias para el mejoramiento del barrio.

La experiencia en Venezuela y en otros países ha demostrado que esta afirmación no siempre se corresponde con la realidad. Son numerosos los casos en los cuales se ha otorgado título de propiedad (y no adjudicación como establece esta Ley a lo que nos referiremos más adelante) y las autoridades municipales no han ejecutado las obras de acondicionamiento y urbanismo necesarias, con lo que se ha creado una gran frustración en la población como se evidencia, por ejemplo, en barrios del Municipio Libertador del Distrito Metropolitano de Caracas, donde se han entregado títulos y después de más de dos años no se ha iniciado la rehabilitación física.

De nuestra experiencia, si bien detentar un título sobre el terreno es importante, si ello no se traduce en una mejora de la calidad de vida del habitante de los barrios, éstos se sienten frustrados, mas aún si el título que se les otorga no les da claramente el derecho de propiedad individual con todos sus atributos, sino un certificado de posesión o un título de adjudicación, a lo cual nos referiremos más adelante. Para quienes han invadido considerando tal actuación casi como un derecho ante un Estado y una sociedad indiferentes a sus problemas, mientras no haya una modificación importante en su entorno, consideran que no ha habido el cambio que esperan.

En tal virtud, consideramos una carencia grave de la Ley no haber establecido la necesaria relación entre la regularización de la tenencia y la habilitación física de los barrios, aún cuando contiene algunas menciones importantes, pero no la obligatoriedad de la realización de ambos procesos paralelamente, sino solo una relación muy débil.

Así, según el artículo 10, la “ordenación de la ocupación de la tierra está vinculada con los planes integrales de co-gestión urbana y ordenamiento territorial, dentro de la visión integral de tenencia, riesgo natural, usos, infraestructura, servicios, sostenibilidad y equidad del asentamiento”.

Además, según el artículo 57, la Carta del Barrio, a la cual nos referiremos más adelante, “incorpora, en principio, las líneas maestras del plan de desarrollo urbano integral y las normas comunitarias sobre el ordenamiento urbano que lo regirán, siempre que sea debidamente refrendado por la municipalidad.” Es importante este requisito de intervención de las autoridades municipales para la validez del plan de desarrollo urbano que exige la Ley, ya que son estas autoridades las que tienen el fuero atrayente en razón de la materia y son ellas las que están más cerca de los ocupantes.

Aún cuando es importante la inclusión de estas normas, consideramos que no es suficiente porque, a nuestro juicio, es necesario que exista una vinculación necesaria y obligatoria entre ambos procesos.

6. *Participación ciudadana*

Una característica muy marcada de la Ley es la aceptación y a veces imposición de la participación ciudadana, como veremos a todo lo largo de este estudio.

Es además una característica muy positiva porque durante mucho tiempo, sobre todo en la habilitación física, las autoridades imponían sus criterios sin tomar en cuenta la voluntad de los beneficiados ni sus necesidades.

Entre otros, el artículo 6 establece que “La presente Ley promoverá la participación protagónica, cooperación activa, democrática, deliberante, autogestionaria, corresponsable y organizada, fortaleciendo el Poder Popular, a través de los Comités de Tierra Urbana incorporados a los Consejos Comunales y el trabajo voluntario de la comunidad en los asentamientos urbanos populares en el proceso de regularización de la tenencia de la tierra, en la ratificación de su compromiso de vida comunitaria, en la contribución a la satisfacción progresiva del derecho a la vivienda y hábitat, en la transformación integral de su entorno y en la inserción de su asentamiento a la ciudad.”

Con tantos adjetivos como contiene este artículo, resulta evidente la intención del legislador de propiciar la participación de la comunidad en los procedimientos a los cuales se refiere esta Ley, lo cual se dará a través de los Comités de Barrios que, como se verá, pueden llegar a adquirir un importante poder en la comunidad, para bien y para mal.

7. *Castigo al espíritu emprendedor*

Establece el artículo 16 que el título de permanencia o de adjudicación se otorgará por una sola vez y respecto de un único terreno. Siendo esto así, quienes hayan construido más de una vivienda en terrenos ocupados sólo pueden recibir un título, en cuyo caso deben decidir cuál de las viviendas conserva o sólo puede conservar aquella en la cual habita; pero qué sucede si no habita ninguna, y cuál es la situación de las otras viviendas construidas legítimamente –nótese que no decimos legalmente-, pasan a sus arrendatarios? Si no hay una indemnización en el caso de las viviendas adicionales, que no la menciona la Ley, nos encontraríamos ante una confiscación. Una solución podría ser que quienes ocupan estas viviendas de manera precaria paguen su precio a quienes las construyeron.

En este mismo sentido, debemos examinar el aparte único del artículo 18, el cual establece que el precio simbólico que debe pagar el ocupante de una vivienda para obtener el título de adjudicación es de Bs. 1 por metro cuadrado, norma que, por disposición expresa de la Ley, no es aplicable a los establecimientos industriales o comerciales. No es esto un castigo al espíritu emprendedor? en los asentamientos urbanos populares no resulta fácil encontrar un empresario explotador de los que tanto asustan a algunos, y con razón, no porque su condición de habitante de un barrio traiga consigo necesariamente la bondad infinita, sino porque la dimensión de tales instalaciones no lo facilita. Además, cuál es entonces la situación de los establecimientos industriales o comerciales y qué sucede cuando éstos coinciden con la vivienda.

A este respecto, queda también por revisar el artículo 38 según el cual quienes ocupan un mismo lote de terreno, por tratarse de una edificación de varios niveles, en construcciones horizontales o en edificaciones mixtas que manifiesten su voluntad de obtener la propiedad colectiva, podrán constituirse en Comités de Tierra Urbana. También en este caso el uso de estos terrenos será exclusivamente residencial, pero en este caso sí se permiten actividades

productivas familiares. Una de las dudas que se plantean al leer este artículo es si esta limitación a la propiedad es permanente, ya que nada dice la norma acerca de la sanción imponible en caso de que, obtenida la propiedad el terreno, alguno de sus titulares inicien una actividad comercial o industrial, porque no se dice que en los terrenos objeto de transferencia de la tenencia no se podrán establecer comercios o industrias. Además, pueden acaso estos Comités de Barrios formar parte de uno mayor que incluya estos inmuebles en “propiedad horizontal”?

Tanto este artículo como otros que se encuentran a lo largo de la Ley dan a entender que los títulos que se transfieren siempre son referentes a viviendas, pero nada dice la Ley de la manera de adquirir los inmuebles ocupados en los cuales funcionan comercios o industrias.

8. *Aplicación de conceptos de derecho formal a los asentamientos urbanos populares*

Uno de los inconvenientes más comunes en el tratamiento de la propiedad informal es la utilización de instituciones jurídicas consagradas por el Derecho formal a situaciones que han surgido y se mantienen dentro de la informalidad.

Siguiendo este criterio, la redacción de la Ley pareciera partir del supuesto de que la creación de los asentamientos urbanos populares son un fenómeno revestido de por lo menos cierto grado de formalidad, con una fecha de comienzo perfectamente determinable en el tiempo lo cual, evidentemente no es así. En principio, los barrios surgen por generación espontánea y de manera progresiva.

Sin embargo, la suposición de formalidad se desprende de distintas normas, como por ejemplo, del artículo 21 según el cual, en el caso de los asentamientos establecidos en terrenos privados, la posesión se presume desde el inicio del asentamiento. Quedará entonces por conocer la interpretación que se dará a esta norma en los litigios que creemos surgirán. Si esto sucede progresivamente, tal como hemos dicho, los que se instalen a última hora tendrán iguales derechos que aquéllos que invadan a última hora?

De igual manera, el planteamiento de la propiedad familiar parece partir del supuesto de que los grupos familiares que habitan en los barrios son grupos constituidos formalmente y “hasta que la muerte los separe”. Pero la realidad es otra: se trata de familias cuya composición va variando en el tiempo, y no solo porque los hijos crecen.

Es sabido que las uniones matrimoniales formales no son necesariamente las que predominan en los barrios y las variaciones son múltiples: es frecuente la familia compuesta por la madre y los hijos, los cuales, también frecuentemente, pertenecen a padres distintos quienes, también con frecuencia aparecen y desaparecen del núcleo familiar e incluso forman parte de varios grupos familiares a la vez o sucesivamente, sin negar la existencia de padres que asumen a sus hijos sin la presencia de la madre, situación que también se consigue. En estos casos, quiénes constituyen la familia, las personas unidas por lazos de consanguinidad que se encuentran bajo un mismo techo en el momento del censo? Eso incluye, además de los hijos, a padres, tíos, sobrinos? Qué sucede cuando el padre que aparece en el censo es sustituido por otro o cuando pasa a formar parte de otra familia? Conservan su derecho en la primera vivienda o adquiere un derecho en la segunda? Qué sucede cuando los hijos, antes o después de la mayoría de edad, forman su propia familia? Incluye también a los parientes por afinidad?

Pero hay más, y debemos insistir sobre este asunto, volvamos al artículo 16 que comentamos, según el cual el título que corresponda (adjudicación o permanencia) sólo se recibe “por una sola vez y respecto de un único terreno”. Siendo así, qué sucede cuando se incorpora un nuevo componente de la familia: cuando es un nuevo hijo pareciera no haber problemas pero cómo se resuelve el asunto cuando, por ejemplo quien se agrega es el marido de la hija o

la mujer del hijo? Pasa a formar parte del grupo familiar y en consecuencia se incorpora a los titulares del bien? Qué sucede si el marido de la hija o la mujer del hijo dejan de vivir en ese inmueble, desaparece su derecho sobre el mismo por una cuestión de hecho si no ha habido matrimonio? Si ha habido matrimonio, el derecho del hijo o de la hija sobre la vivienda forma parte de la comunidad conyugal? Cómo hace el miembro de una familia que crea su propio grupo familiar y quiere adquirir un terreno o una vivienda. Queda fuera del sistema? Teóricamente, esta Ley tiene una vigencia temporal limitada a 10 años (Disposición Transitoria Primera, párrafo tercero) y suponemos, también teóricamente, que su aplicación estará acompañada de la ejecución de una ambiciosa política de construcción de viviendas que desestime las invasiones, pero será esto así? Además, cómo se resuelve situación durante la vigencia de la Ley?

Lo único que se nos ocurre es que eso será desarrollado en los reglamentos de esta Ley pero la legalidad de esta solución nos siembra dudas, porque de esta manera se estarían creando o eliminando derechos por reglamento, sin base legal.

Además, establece también este artículo que el derecho que recibe el beneficiario estará libre de gravamen. Si esto es así, quién asume el gravamen sobre el terreno cuando éste existe?

Por otra parte, qué sucede cuando hay incertidumbre en cuanto a la titularidad sobre el terreno?

9. *Contraloría social*

Muy importante y conveniente es el artículo 64 según el cual todo integrante de una comunidad tiene derecho a conocer e intervenir en los procedimientos y resultados de las inspecciones realizadas por las dependencias técnicas que ejercen funciones inspectoras y contratos en el proceso de regularización, planificación y ejecución de proyectos y actuaciones que se lleven a cabo en los asentamientos urbanos populares...”.

No queda claro si las actuaciones a la que se refiere el final del artículo se refieren solo a las actividades que realicen las dependencias técnicas en los barrios, o si incluye a las actividades de los Comités de Barrio como pudiera inferirse de la parte final del artículo. Hubiera sido muy conveniente que se hubiera establecido esto con claridad, dadas las funciones del Comité y su importancia en la aplicación de esta Ley, ya que de esta manera se podría impedir que los mismos abusen de su poder.

En todo caso, se trata de un arma que tienen los ocupantes de los barrios contra las arbitrariedad de las autoridades y de los Comités.

10. *Lapso de vigencia de la ley*

Con toda razón la Disposición Transitoria Primera en su párrafo tercero pone un límite de diez años a la vigencia de la Ley. Esto es así porque, se supone, este es un plazo suficiente para regularizar todas las edificaciones que existen en el país realizadas en tierras ocupadas. Esperamos que ello suceda, aún cuando la magnitud de la tarea es enorme.

II. COMENTARIOS ESPECÍFICOS

1. *Beneficiarios de las normas*

Este tema es especialmente confuso. Para comenzar, establece la Ley que ella beneficiará a “las venezolanas y venezolanos y extranjeras y extranjeros residentes en el país, con las limitaciones que establezcan las leyes de la República” (artículo 4 aparte único).

Además, una de las cuestiones que pretende resolver este artículo es el espinoso asunto de los ranchos construidos por extranjeros que ingresaron al país ilegalmente. Presumimos que su redacción responde al principio general relativo a la capacidad para contraer derechos y obligaciones que recoge nuestro ordenamiento jurídico por lo que el calificativo “residentes” que se da a los extranjeros se refiere a aquellos titulares de una visa de residente, que es lo que debe ser, pero queda entonces por saber cuál será la solución que se dará a los casos de extranjeros ilegales que han ocupado terrenos públicos y privados, quienes en algunos casos han formado barrios enteros en todo el país. Serán desalojados?

Por otra parte, una de las características más destacadas es la no admisión de la propiedad individual sino solo la propiedad familiar o colectiva, aún cuando la Ley no lo dice así tan claramente.

En este sentido, establece el artículo 17 lo siguiente: “*A los efectos del carácter colectivo del proceso de regularización de la tenencia de la tierra, los habitantes que ocupan los asentamientos urbanos populares, podrán decidir, en asamblea de ciudadanos y ciudadanas la naturaleza familiar o colectiva de los títulos de permanencia o adjudicación a solicitar, delegando en el Comité de Tierra Urbana la continuación del procedimiento*”.

El encabezamiento del artículo se refiere al carácter colectivo del proceso de regularización, pero no habla de propiedad colectiva y, aún cuando la Ley no dice claramente que no admite la propiedad individual, pero el desarrollo de la Ley pudiera hacer pensar que es así, ya que sus normas están orientadas en este sentido.

2. *Derecho que se transfiere*

La Ley generalmente trata de manera conjunta la propiedad familiar y la propiedad colectiva, aún en casos en los que, por el contenido mismo de la norma, ésta no es aplicable a ambas, mientras que, por el contrario, se tratan separadamente y como si sólo fueran aplicables a tierras públicas o a tierras privadas, materias que debieran aplicarse a ambas, para no crear diferencias ante la ley que pueden ser objeto de recurso por violación del principio de igualdad ante la ley. A lo largo de este estudio veremos ejemplos de ambos casos.

Además, no es clara esta Ley en lo relativo al contenido del derecho que se transfiere a la familia o a la colectividad

Establece el artículo 19 que “*Dado el carácter transferible de la propiedad, cuando un titular desee enajenar a un tercero la parcela, sea familiar o colectiva, deberá ofrecerla en primera instancia al municipio, para ser transferido a la comunidad respectiva, a través de los Comités de Tierra Urbana, con fines de interés y uso colectivo. La bienhechuría deberá ser cancelada a justa tasación de personal experto*”.

La redacción no es precisa. Por una parte, en el caso de una propiedad colectiva no se enajena la parcela sino la participación en la propiedad común, pero en la parte final del artículo se menciona que la bienhechuría será cancelada a justa tasación de experto, y no se dice nada acerca del pago que se deberá hacerse a cambio de la participación en la comunidad titular del terreno adjudicado, aún cuando el artículo 18 de la Ley que examinamos establece que el precio de los terrenos objeto de adjudicación es de un bolívar (Bs. 1) por metro, o sea que para recibir la adjudicación, deberá pagarse un precio por la porción de terreno que adquiere como miembro de la comunidad, aún cuando sea simbólico pero, en caso de venta no recibe nada.

Presumimos que ha habido un error y el legislador quiso referirse al caso en que un titular desee enajenar su bienhechuría ubicada en un terreno que ha recibido en adjudicación o en posesión y no la parcela, porque de lo contrario la redacción de este artículo lleva a confusiones y absurdos. Si yo debo pagar una cantidad de dinero para ser titular de un derecho pero al enajenarlo no puedo recibir otra cantidad, nos encontramos ante una confiscación.

Insistiendo sobre nuestro planteamiento debe destacarse la última frase del artículo 37 relativo a la constitución del régimen de propiedad colectiva, “*en el que sus habitantes tienen el derecho exclusivo de uso, aprovechamiento y disfrute*”, mas no el derecho de disponer del bien que es uno de los atributos de la propiedad, mientras que según el artículo 35, la propiedad familiar es el derecho indivisible que el Estado confiere a la familia para usar, gozar y disponer de la tierra, de conformidad con lo previsto en esta Ley (destacado nuestro).

Visto todo lo anterior, no queda claro si el patrimonio del adjudicatario de terrenos públicos se enriquece o si en su patrimonio no entra nada adicional a lo que tenía antes de la adjudicación, puesto que ya era propietario de las bienhechurías, salvo la tranquilidad de no ser desalojado, lo cual es bastante pero no suficiente porque los ocupantes de los barrios, sobre todo los que tienen mucho tiempo en el lugar, saben que es muy difícil que los desalojen, aún cuando sea por razones políticas o sociales y no jurídicas.

En el caso de los inmuebles que se encuentran en terrenos “privados”, en base al razonamiento que hemos adelantado, pudiera pensarse que los ocupantes sí pueden adquirir la propiedad sobre los terrenos, afirmación que se ve afianzada por el hecho de que el artículo 18 antes analizado establece un precio máximo de Bs. 1 por metro cuadrado para los casos de títulos de adjudicación aún cuando este artículo se encuentra en las Disposiciones Generales del Título relativo a la Regularización de la Tenencia de la Tierra, lo cual crea una evidente desigualdad ante la ley.

Contrario a las conclusiones adelantadas en los casos de adjudicación, lo que siempre se ha ofrecido a los ocupantes de los barrios es la condición de propietarios de los terrenos que ocupan, lo cual les daría, entre otras ventajas, además de la de no ser desalojados, la posibilidad de utilizar su inmueble como garantía para la obtención de préstamos bancarios, lo que no pueden hacer si no tienen la propiedad plena de los mismos. Pero esto no es lo que reciben.

En este sentido, debemos destacar que en los proyectos de ley sobre esta materia se hablaba de la transferencia de la propiedad de la tierra, mientras que la norma que nos ocupa se denomina Ley de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra, con lo cual, y unido a todo lo anterior, podemos concluir que mediante la Ley que comentamos no se busca la transferencia de la propiedad de la tierra a favor de sus ocupantes, sino solamente impedir que sean desalojados.

3. *De la regulación en tierras “privadas”*

Ya hemos explicado que el contenido que parece dar la Ley de Transferencia que examinamos a la expresión tierra “privada” no es correcta desde el punto de vista jurídico, como tampoco lo es la tierra “pública”, ya que, según la Ley, la calificación de una y otra se otorga según la naturaleza jurídica de la persona titular del derecho y no de la naturaleza jurídica del derecho que sobre ella se ostenta, como debe ser. Sin embargo, tomaremos los calificativos de público y privado que da la Ley para evitar equívocos.

Si somos estrictos con los conceptos, como debemos serlo, las normas a las cuales nos referimos en este aparte del estudio son aplicables tanto a las tierras propiedad de un particular como a aquellas que se encuentran dentro del dominio privado de una persona pública, pero no estamos seguros de que éste haya sido el criterio manejado por el Legislador.

Ahora bien, las normas relativas a la cuestión que nos ocupa se encuentran en el Título III de la Ley, denominado “De la Regularización de la Tenencia de la Tierra”, cuyo Capítulo II curiosamente se denomina “De la Regulación de la Tierra Privada, (destacados nuestros).

Pudiera pensarse que se trata de un error ya que este Capítulo es el único en el cual se habla de Regulación mientras que el resto de la Ley se refiere siempre a Regularización, a menos que pudiéramos considerar que el Legislador ha distinguido entre la ocupación de terrenos públicos y ocupación de terrenos “privados”

Así, a los ocupantes de terrenos “privados”, el “Estado” les otorgará un título de permanencia mediante el cual se le reconoce la posesión de tierras privadas, ubicadas dentro de los Asentamientos Urbanos Populares que “puede ser transferible con las limitaciones establecidas en la Ley.” (artículo 20), “el cual tendrá el efecto de evitar el desalojo o erradicación del poseedor hasta tanto sea dictada sentencia definitivamente firme, salvo los supuestos de ruina o eminente peligro o cuando se considere improcedente.”

Muy importante es la norma contenida en el artículo 21, según la cual a los fines del reconocimiento de la prescripción adquisitiva, se presume que la posesión ha comenzado desde el momento en que surgió el Asentamiento. Tal disposición tiene la ventaja para el ocupante, de facilitar la prueba de la ocupación, sobre todo si agregamos el contenido del párrafo segundo de la Disposición Transitoria Primera, según el cual “La existencia y extensión de un barrio popular se determinará con base en cualquier tipo de documento, tales como fotografías aéreas, mapas aerofotográficos o cualquier otro método que permita establecerlo de manera indubitable”. Pero no podemos dejar de señalar, tal como lo hemos hecho, que los barrios se crean de manera progresiva, a veces durante un buen número de años.

También el artículo 22 es de especial interés, ya que introduce una importante modificación al artículo 1969 del Código Civil. Según este último, una demanda judicial, aún cuando se haga ante un juez incompetente interrumpe la prescripción. Por el contrario, el artículo 22 que comentamos es muy específico al establecer que la “prescripción no será interrumpida por el hecho de intentarse una acción administrativa o judicial...”, pero nada dice de los otros medios de interrupción que establece el ya mencionado artículo 1969 del Código Civil, según el cual la prescripción también se interrumpe “mediante un decreto o un acto de embargo notificado a la persona respecto de la cual se quiere impedir el curso de la prescripción, o de cualquier otro acto que la constituya en mora de cumplir la obligación.” Quedará por ver el uso que pueda darse a esta norma en beneficio del propietario del inmueble.

Dentro de la misma materia de la prescripción, es fundamental la norma contenida en el artículo 50 de la Ley que comentamos, según el cual “En lo concerniente a la usucapión para la adquisición de la propiedad de tierras privadas se fija un lapso de diez años, de conformidad con el espíritu de la Ley”, con lo que, a los efectos de esta Ley, se deroga la norma contenida en el Código Civil según la cual, en principio, la prescripción se produce a los veinte años contados a partir del inicio de la posesión (artículo 1977), a menos que haya títulos suficientes para configurar una posesión de buena fe, caso en el cual se produce la prescripción a los diez años (artículo 1979 del mismo Código).

De esta manera, la Ley Especial de Regularización que comentamos elimina la distinción entre la posesión de veinte y de diez años en lo referente al tiempo necesario para adquirir por usucapión en los asentamientos urbanos populares.

Como última cuestión relativa a las normas procedimentales que regulan la declaratoria de prescripción por las autoridades judiciales competentes, los párrafos segundo y tercero del artículo 50 remiten a las normas en materia de juicio breve contenidas en los artículos 881 del Código de Procedimiento Civil relativos a los juicios breves, sin mencionar para nada los artículos 690 y siguientes relativos al juicio declarativo de prescripción.

En cuanto al procedimiento para la obtención del título de permanencia, su iniciación sólo puede hacerse a través del Comité de Tierra Urbana ante la Oficina Técnica Nacional o Municipal a la cual solicitará la declaratoria de cumplimiento de los requisitos; para ello los habitantes del área sobre la cual se pretende el certificado de posesión presentarán la poligonal respectiva, la fecha de inicio del asentamiento, además de los lineamientos generales de urbanismo que pretende la comunidad, para que la autoridad competente le otorgue sus normas de ordenamiento urbano básico. (Art. 23)

Como acto de finalización del procedimiento, “la Oficina Técnica Nacional para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, emitirá un certificado de posesión a cada uno de los o las ocupantes del asentamiento urbano popular, presentado por la comunidad a través de su Comité de Tierra Urbana, cuya situación haga presumir que podría ser beneficiario o beneficiaria de reconocimiento del derecho de propiedad de esta Ley, el cual tendrá el efecto de evitar el desalojo o la erradicación del poseedor hasta tanto sea dictada sentencia definitivamente firme, salvo en los supuestos de ruina o eminente peligro o cuando se considere improcedente” (artículo 26).

Por otra parte, mediante la decisión de la Oficina Técnica Nacional se “reconocerá coposesión, usucapación especial y copropiedad sobre la tierra a los propietarios y propietarias de bienhechurías o edificaciones que posean un terreno en los asentamientos urbanos populares” (Art. 24).

Al respecto debemos hacer algunos comentarios. La redacción de este artículo confunde al expresar que la coposesión se reconocerá a los propietarios de bienhechurías, lo que parecería admitir la posibilidad de que ello se haga en cabeza de una persona individual (“el propietario o la propietaria”), cuando, según el artículo 17, dado el carácter colectivo del proceso de regularización, ésta sólo se reconocerá a la familia y a la colectividad. Quiere ello decir que el terreno sólo puede ser propiedad de la familia o la colectividad pero la bienhechuría puede quedar en cabeza de su propietario? De no ser así, la obligación de trasladar la propiedad a un número determinado de personas, aún cuando sea familia, constituiría una confiscación.

Por último, dentro de este capítulo “De la Regulación de la Tierra Privada”, queda por destacar lo relativo a la usucapación especial consagrada en el artículo 25, la cual se reconoce sobre las áreas que la comunidad ha destinado al uso público, que serán reflejadas en la Carta del Barrio y pasarán a formar parte del dominio público municipal. Este artículo se encuentra dentro del capítulo relativo a la ocupación de terrenos “privados”, pero cómo se regulan estas áreas comunes cuando los terrenos ocupados son “públicos”? La solución deberá ser la misma.

Además, qué sucede si después del otorgamiento del certificado de posesión, el tribunal competente declara sin lugar la acción mero declarativa de prescripción?.

Aún cuando no lo establece la Ley, en este caso deberán la República o el Municipio expropiar el terreno para así convertirlo en terreno público de acuerdo con el concepto que ha dado la Ley, e iniciar el procedimiento para la declaratoria de dominialidad pública del terreno, o deberá el ocupante desalojar el terreno.

4. *De la adjudicación en tierras publicas*

El título de adjudicación es aquél que el Estado otorga a quienes han ocupado tierras públicas para construir en ellas sus viviendas. Es transferible en los términos de esta Ley (artículo 28) y se otorga a la familia “de manera indivisible” o a una colectividad (artículos 35 y 36)

Establece la Ley que los propietarios “de bienhechurías que ocupan un mismo lote de terreno por encontrarse en una edificación de varios niveles o en construcciones horizontales o en edificaciones mixtas que manifiesten su voluntad de obtener propiedad colectiva, podrán constituirse en Comités de Tierra Urbana.” (artículo 38). En la práctica, situaciones como éstas se han resuelto en Venezuela y otros países mediante la constitución de los llamados “condominios”, por seguir de cerca la figura de este nombre regulada por la Ley de Propiedad Horizontal pero, en esta última Ley, los condominios se refieren a las áreas comunes y no a las edificaciones.

En cuanto a los terrenos sobre los cuales puede recaer la adjudicación, ésta será procedente en terrenos pertenecientes a entidades públicas nacionales, estatales o municipales y a sus entes descentralizados funcionalmente. (artículo 30). Además, según este mismo artículo, cuando “administraciones públicas distintas sean propietarias de las tierras públicas y de las viviendas y edificaciones que en ellas se encuentran, se realizarán los acuerdos administrativos correspondientes del proceso de regularización...” Este artículo pretende resolver el insólito caso de construcciones realizadas por determinado organismo público sobre terrenos pertenecientes a otros organismos igualmente públicos, sin cumplir con la fase elemental de adquirir el terreno. Incluso en muchos casos sus habitantes han pagado el valor del inmueble y no han recibido los títulos de propiedad ni se han creado los correspondientes condominios, con lo que el organismo constructor sigue administrando las zonas comunes y sufragando los gastos que ello ocasiona.

Interesante es la obligación que establece la Ley de que las controversias en caso de diferencias derivadas de la propiedad de la bienhechuría o de la delimitación de parcelas regularizables sean dirimidas por arbitraje cuya decisión es de obligatoria aceptación, (artículo 33). Nada aporta la Ley para los casos en los cuales las partes en conflicto se nieguen a someterse a arbitraje.

En este título acerca de la adjudicación se incluyen una serie de normas relativas al procedimiento que veremos separadamente porque, como hemos dicho anteriormente, la mayor parte de ellas serán aplicables por analogía al otorgamiento de certificados de posesión.

5. *Procedimientos*

En materia de procedimientos para la transferencia de la titularidad de la tierra, las normas que van de los artículos 40 a 49 conforman un capítulo denominado “Del Procedimiento Administrativo”, pero existen además una serie de normas dispersas en la Ley sobre esta misma materia, por lo cual las trataremos todas conjuntamente.

Las normas antes citadas (artículos 40 a 49) se encuentran dentro del título relativo a la adjudicación de tierras públicas, mas no hay un capítulo similar para las tierras privadas, en el cual solo el artículo 23 contiene una norma procedimental. En consecuencia, consideramos que las normas procedimentales que examinaremos a continuación serán aplicables también en el caso de tierras privadas siempre que no contradigan la Ley. La regularización de la tenencia de la tierra puede iniciarse de oficio o a instancia de la comunidad organizada (artículo 40).

El procedimiento de regularización podrá iniciarse de oficio o a instancia de los interesados. En el primera caso, la Oficina Técnica Nacional o Municipal dictará un acto motivado en el cual declarará la poligonal que identifica el área objeto de este procedimiento para su iniciación.

Si el procedimiento se inicia a instancia de los interesados, la solicitud se hará ante una de las dos Oficinas antes mencionadas, “para lo cual se acompañarán todos los medios de prueba y elementos de convicción” (tercer párrafo del artículo 40). No especifica el artículo qué es lo que debe probarse, asumimos que se refiere al cumplimiento de los requisitos de la Ley tales como la constitución del Comité de Tierra Urbana, la decisión de transferencia a los núcleos familiares con determinación de sus componentes y prueba de las relaciones de familia o, si es en propiedad colectiva, prueba de la decisión en tal sentido y el censo de .los ocupantes. Además se enumeran una serie de requisitos que debe incluir la solicitud. Visto que el artículo 9, establece que el procedimiento se iniciará con la Carta del Barrio a la cual nos referiremos mas adelante, asumimos que ésta también deberá acompañarse a la solicitud. Los Comités de Tierra Urbana podrán solicitar a las Oficinas Técnicas Nacional o Municipal la asistencia técnica necesaria para preparar y sustanciar sus solicitudes (artículo 13).

Las comunidades organizadas, previa asistencia, capacitación supervisión y validación por parte de la Oficina Técnica ante la cual se haya solicitado, realizada conjuntamente con el Instituto Geográfico Simón Bolívar, podrán asumir la ejecución del levantamiento de las parcelas del asentamiento, inclusive el proceso catastral completo, que se podrá expresar en “modalidades de catastro popular”, el cual será validado y reconocido por las autoridades competentes (artículo 14). El inicio del procedimiento deberá ser publicado en sitios visibles dentro de la comunidad y en cualquier otro lugar que se considere conveniente, para que cualquier interesado pueda hacerse parte en el mismo dentro de los diez días hábiles siguientes, “en garantía al debido proceso y el ejercicio del derecho a la defensa”.

Para demostrar la existencia del asentamiento popular se contará con otros diez días hábiles para promover y evacuar las pruebas que se consideren pertinentes, pudiendo hacer uso de todos los medios de prueba y elementos de convicción previstos en el ordenamiento jurídico vigente (artículo 43) tal como hemos dicho, incluyendo la fotos aéreas y similares (párrafo segundo de la Disposición Transitoria Primera), a las cuales ya nos hemos referido.

Concluido este lapso el interesado podrá presentar sus conclusiones, a partir de lo cual la Oficina ante la que se haya presentado la solicitud tendrá un lapso perentorio de diez días continuos para decidir (artículo 46). La inclusión de estos lapsos perentorios en las leyes crea ilusiones de seguridad de obtener respuesta oportuna que con frecuencia no se cumplen. Para resolver esta situación numerosas leyes dan valor al silencio para no dejar en el limbo a los aspirantes a la adjudicación, cosa que no ha hecho la Ley que comentamos.

El acto mediante el cual se ponga fin al procedimiento deberá ser publicado en sitios visibles de la comunidad y en cualquier otro lugar que se considere procedente. Además, en caso de ser favorable la decisión de regularización, la Oficina ante la cual se haya sustanciado el procedimiento deberá enviar copia de la decisión al Registro Inmobiliario de la jurisdicción, a los fines de su inserción en un tomo especial que al efecto llevarán, colocándose la nota marginal en el documento de propiedad del inmueble sobre el cual a recaído la medida (artículo 49).

Nada dice la Ley acerca de la revisión del acto de aprobación o negativa, pero evidentemente serán aplicables las normas generales sobre la materia.

6. *La carta del barrio*

Tal como hemos dicho, la solicitud de regularización de la titularidad deberá estar acompañada de la Carta del Barrio (artículo 9), que es “el documento fundacional demostrativo del origen, existencia del asentamiento urbano popular y contiene las características socio-culturales, históricas, económicas, ambientales, urbanísticas e identidad” del barrio (artículo 56). El artículo 57 lo califica de documento refundacional del asentamiento urbano. Su contenido necesario se encuentra desarrollado en el artículo 60.

Se trata de “un instrumento de gobernabilidad primaria en cada asentamiento urbano popular; representa el acuerdo social refrendado y aprobado entre los pobladores y pobladoras en asamblea de ciudadanos y ciudadanas, que expresa la voluntad de vivir en comunidad y lograr el bienestar colectivo bajo un instrumento normativo (artículo 59); la Carta del Barrio “define formalmente su ubicación geográfica y político-territorial, la poligonal que encierra el asentamiento y sus límites; incorpora, en principio, las líneas maestras del plan de desarrollo urbano integral y las normas comunitarias sobre el ordenamiento urbano interno que lo regirán, debidamente refrendado por la municipalidad” (artículo 57). Delimita además “las líneas maestras para el bienestar comunitario en todos sus aspectos, en especial urbanísticos, socio-económicos, educativo-culturales, para el logro de la mejora de la calidad de vida de sus habitantes” (artículo 59). Según el artículo 63 “el plan comunitario de vivienda y hábitat de ese asentamiento urbano popular que (*sic*) se consolidará con los otros planes comunitarios de los asentamientos urbanos populares contiguos y debe corresponderse con las políticas de desarrollo urbano municipal, estatal y nacional, el mismo será formulado y ratificado como plan especial por las autoridades, de acuerdo con la metodología general de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat”.

Es importante la precisión contenida en este último artículo porque la existencia de planes de desarrollo para cada uno de los distintos sectores de cada barrio puede crear un caos urbanístico de proporciones por lo menos similares a las existentes en la actualidad.

La Carta del Barrio será formulada por el Comité de Tierras, lo cual se hará de manera colectiva y progresiva, con la participación de todos habitantes del asentamiento, así como las organizaciones comunitarias existentes, y “respetará y reconocerá las voces de los pobladores, sus familias y las unificará” (artículo 58). Después de esta norma que pareciera ser una oda al amor y la paz, como buena parte de las disposiciones relativas a la Carta de Barrio, algunas de las cuales hemos transcrito, es más preciso el aparte único del mismo artículo 58 al afirmar que “La toma de decisiones que comprometan el destino, transformación físico espacial y la estabilidad del asentamiento urbano popular exigirá la presencia de al menos el cincuenta y uno por ciento de los o las representantes de las familias de la comunidad y la aprobación se hará mínimo por mayoría simple de los presentes en asamblea de ciudadanos y ciudadanas”, norma procedimental muy necesaria y que deberá ser desarrollada.

7. *Organización administrativa*

La Ley de Regularización que analizamos crea la Oficina Nacional para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, las Oficinas Municipales para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana y los Comités de Tierra Urbana.

- Oficina Nacional para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana:

Nada dice la Ley acerca de la naturaleza jurídica de esta Oficina, de su ubicación dentro de la jerarquía administrativa ni de su órgano de adscripción o de tutela, salvo en este último punto lo que permite deducir el numeral 13 del artículo 51, según el cual, entre las atribuciones de la mencionada Oficina se encuentra la de “Presentar informes periódicos de la gestión

realizada a la Vicepresidencia de la República y a los órganos con competencia en la materia que lo requieran”. Es decir que su ubicación pareciera estar dentro de la Vicepresidencia de la República.

Pero todavía no sabemos cuál es su naturaleza jurídica, aún cuando en diversas ocasiones mencionan un órgano de adscripción. Según la práctica habitual, la relación de adscripción se da entre las personas jurídico-públicas descentralizadas funcionalmente –léase institutos autónomos- y el organismo ante el cual responden de su actividad, en puridad ante un Ministerio, pero en este caso la dependencia extrema que presenta esta Oficina hace dudar que se trate de un instituto autónomo en virtud de normas como el numeral 11 del artículo 51, según el cual corresponde a la Oficina Nacional “Proponer al órgano de adscripción la designación del personal técnico, experto o especialistas para asesorar y representar legalmente a los Comités de Tierra Urbana, organizaciones sociales y asentamientos urbanos populares”. Una primera observación nos lleva a destacar que el hecho de que no pueda la Oficina ni siquiera nombrar su propio personal nos hace pensar que se trata de una dependencia del organismo dentro del cual está inserta esta Oficina y no un ente con personalidad jurídica propia.

Además, sería difícil argumentar la condición de instituto autónomo si no hay una norma expresa de atribución de personalidad jurídico pública.

Por otra parte, sin entrar a desarrollar los principios que rigen las relaciones internas de las dependencias de los organismos administrativos así como aquellas relaciones de adscripción y de tutela, la observación fundamental en cuanto a organismos adscritos a la Vicepresidencia va dirigida a una práctica que no por extendida puede considerarse ajustada a la Constitución. Si analizamos las atribuciones que le otorga la Constitución al Vicepresidente Ejecutivo de la República en su artículo 238, se evidencia que se trata de un organismo de apoyo del Presidente de la República además de coordinador de determinadas instancias del Poder Ejecutivo y de éste con otros Poderes, pero no le corresponden funciones de ejecución de ley, por lo que no debiera esta Oficina Técnica que nos ocupa depender de la Presidencia de la República.

A nuestro juicio, por razón de la materia, la Oficina Nacional para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana, pudiera haberse pensado, por ejemplo, en un órgano desconcentrado del Ministerio de la Vivienda y el Hábitat, lo cual pareciera haber rondado al Legislador como se evidencia del mismo artículo 51 que examinamos, cuyo numeral 15 establece que la Oficina Técnica Nacional deberá “Informar a los órganos que componen el sistema de vivienda y hábitat”

En todo caso, si revisamos el artículo 51 que estamos analizando, vemos que la mayor parte de sus numerales, más que competencias contienen tareas puras y simples, algunas de las cuales ni siquiera merecen una revisión.

Así, entre las competencias que otorga artículo 51 a la Oficina Nacional que examinamos se encuentran algunas relativas a registros de diversa naturaleza: por una parte, le corresponde promover la creación del Registro de Asentamientos Urbanos Populares, el cual contendrá entre otros, los siguientes aspectos: identificación del propietario o propietaria, poseedor o poseedora, identificación de la parcela, uso de la misma, servicios, tipos de construcción existente en ella, situación en el proceso de regularización de tierras urbanas” (artículo 51 varias veces citado). Corresponde también a la Oficina Nacional “promover” la creación de este Registro pero no llevarlo ella misma y nada dice la Ley acerca del si se trata de un Registro constitutivo o declarativo de derechos, ni tampoco acerca del organismo al cual corresponderá esta tarea, por lo demás muy ardua, que llevará mucho tiempo y una gran cantidad de dinero, y la cual deberá estar conectada con la monumental tarea que impone esta

Ley a las autoridades municipales, las cuales “dispondrán lo concerniente a la identificación de los barrios que se encuentran dentro de los supuestos de la misma, y en ellos procederá al levantamiento del catastro y del censo” (Disposición Transitoria Primera), lo cual incluye buena parte del contenido del Registro que debe promover la Oficina Técnica Nacional. Esta última es una tarea que en muchos casos rebasa las posibilidades económicas y de personal de los municipios, sobre todo en casos como, por ejemplo, los barrios de Petare, en los cuales vive un enorme número de personas aún no cuantificado, así como un número indeterminado de barrios, algunos de gran dimensión y otros muy pequeños.

Llama la atención la competencia contenida en el numeral 9: “Explorar vías conciliatorias para la regularización de la tenencia de las tierras de propiedad privada, ocupadas por los asentamientos urbanos populares.” Creemos que se trata de aquéllos casos en los cuales aún no han transcurrido los diez años desde la creación del asentamiento, por lo que no se da el supuesto de temporalidad necesario para alegar la prescripción que establece esta Ley.

También es importante aclarar la competencia contenida en el numeral 12 “Emitir certificados a los asentamientos urbanos populares de construcción de bienhechurías”. La redacción es bastante confusa, creemos que de lo que se trata es de la certificación de la existencia de bienhechurías en asentamientos urbanos populares, la cual servirá como prueba de su existencia en una fecha determinada, es decir, lo que hasta ahora se ha conocido como título supletorio.

- Oficina Municipal para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana

Resulta muy curiosa la situación legal de esta Oficina. Tal como hemos afirmado anteriormente, buena parte de las competencias de la Oficina Nacional para la Regularización son atribuidas indistintamente a ambas Oficinas de Regularización -Nacional y Municipal- lo que quiere decir que se trata de competencias compartidas, con los inconvenientes que esta situación puede traer.

Pero mas aún, y a pesar de todas las dificultades que la Ley debió haber evitado con una regulación clara y precisa, el capítulo de la Oficina Técnica Municipal para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana tiene un solo artículo, que nada dice al respecto; se limita a establecer que los concejos municipales sancionarán la ordenanza de creación de dicha oficina y regularán lo relativo a la enajenación de ejidos, suponemos que en los casos en los que los asentamientos urbanos estén en terrenos de esta naturaleza. Eso es todo.

Esta ausencia de regulación complicará enormemente la ejecución de la Ley porque, al mantener esta dualidad, surgirán inevitablemente los problemas, cuando debieron establecerse, por lo menos, los mecanismos de coordinación obligatoria o, mejor aún, de prelación en el ejercicio de las distintas competencias compartidas, o establecer competencias diferenciadas entre ambos niveles de gobierno. Así, supóngase que el procedimiento para la regulación de la tenencia de la tierra de determinado asentamiento popular urbano se lleva a cabo paralelamente uno por la Oficina Nacional y otro por la Oficina Municipal. Cómo se resuelve la cuestión si ambos comienzan mas o menos simultáneamente, o si presiones políticas o personales impiden que se resuelva la cuestión de manera que puedan trabajar conjuntamente, como debiera ser en el caso de municipios pobres a los cuales se le dificulta la realización de las tareas que exige este tipo de procedimientos. A nuestro juicio, la Oficina Nacional debía limitarse a establecer lineamientos generales de actuación y coordinación del proceso de regularización y a apoyar a aquéllos municipios que, por sus condiciones técnicas o económicas no puedan asumir esta tarea. Solo hubieran debido asumirla directamente en los casos en los que, transcurrido determinado período de tiempo, las autoridades municipales no hayan asumido la actividad.

Aún cuando la Ley habla de autoridades municipales indistintamente y no se refiere de manera específica a la Oficina Municipal que tratamos en este punto, por razón de la materia, ésta deberá asumir la ingente tarea que la Disposición Transitoria Primera en su primer párrafo: identificar los barrios que se encuentran dentro de los supuestos de la Ley y levantar el catastro y el censo.

- Comités de Tierra Urbana

Los Comités de Tierra Urbana son el nivel de mayor importancia debido al cúmulo de tareas que les corresponden.

Estos Comités se conformarán en “las comunidades de cada barrio, urbanización popular o sus sectores y asentamientos ubicados en condiciones que ameriten un tratamiento especial, tengan un origen común y con una extensión físico-espacial no mayor de cuatrocientas viviendas e identificado con una denominación de común aceptación...” (artículo 54, numeral 1). Ya nos hemos referido a los barrios que requieren un “tratamiento especial”

La asamblea de pobladores para la creación del Comité de Barrio será convocada por un equipo promotor, utilizando carteles ubicados en distintos lugares del barrio, y la comunidad decidirá la forma de organización del Comité, “atendiendo a sus tradiciones y costumbres, siempre y cuando se inscriba en los principios constitucionales de democracia participativa y protagónica y demás parámetros legales sobre la materia” (artículo 56, numeral 2).

Según el artículo 54, numeral 4, la primera asamblea deberá contar con por lo menos el 50% más uno de los habitantes del barrio mayores de edad; si no se alcanzare, la segunda convocatoria tendrá como quórum de instalación el 30% de los pobladores del barrio. Nada dice la Ley acerca de los casos en los cuales no se alcance tampoco este último porcentaje. Para no forzar la Ley, pudiera considerarse que, de no alcanzarse el quórum en ninguna de las dos oportunidades, deberá iniciarse un nuevo proceso de convocatoria, exigiéndose entonces nuevamente el 50% para la primera convocatoria y el 30% para la segunda, lo que luce una solución muy engorrosa. La Ley debió establecer que en caso de que no alcanzarse el quórum en la segunda convocatoria, para la tercera convocatoria la comunidad se reunirá con las personas que asistan, sea cual fuere su número y se elegirá el Comité de Barrio. Todo esto está muy bien pero, otra vez pensando formalmente acerca de una situación de informalidad, con mucha frecuencia es difícil determinar a cuántas personas asciende la población del barrio y por eso la Ley ordena el levantamiento del censo para lo cual el Comité del Barrio deberá elaborar un registro inicial de propietarios y propietarias y poseedores y poseedoras de viviendas, edificaciones y bienhechurías (Artículo 53, numeral 7), con lo cual nos encontramos ante un círculo vicioso que la práctica deberá romper.

Además de las atribuciones de este Comité que hemos mencionado a lo largo de este estudio, el artículo 53 de la Ley lo configura como un organismo de apoyo a la comunidad para llevar a cabo la regularización de la tenencia, para lo cual organizará a la comunidad, ejecutará sus decisiones (numeral 3), propondrá las poligonales urbanas de los asentamiento (numeral 4), elaborará el registro inicial de parcelas y usos (numeral 6), certificará la información recaudada (numeral 8), elaborará el plan de ordenación urbano básico en coordinación con los órganos competentes (numeral 9), coordinará con la Oficina Técnica Nacional para la Regularización de la Tenencia de la Tierra Urbana las acciones necesarias para lograr los fines de esta Ley (numeral 10), propondrá las áreas de usos reservados no modificables (numeral 11) (suponemos que se trata de las áreas de uso común y las áreas de expansión del barrio si las hubiere), mantendrá informada a la población del asentamiento (numeral 12) participará en la planificación y ejecución de planes y proyectos de transformación física del asentamiento de manera autogestionaria y cogestionarias (numeral 15).

III. CONCLUSIONES

1. Una de las características de esta Ley es el uso inadecuado de conceptos jurídicos. En este sentido, nos hemos referido en estos comentarios a la utilización de los términos tierras públicas y tierras privadas como si la naturaleza jurídica del titular de las mismas fuera quien califica su condición.

2. Otra característica de esta Ley que comentamos es su imprecisión, lo cual es especialmente grave en la regulación relativa al derecho que se transfiere y su falta de claridad dejará insatisfechos a los destinatarios de las normas, por las razones siguientes:

- En el caso de la ocupación de tierras públicas, los beneficiarios recibirán títulos de adjudicación que parecieran transmitir sólo los derechos de uso y goce, mas no el derecho de disposición, con lo cual no reciben la propiedad plena del terreno.

Por el contrario, en el caso de las tierras privadas, los ocupantes que reciben un certificado de posesión debe intentar una acción mero declarativa cuyo resultado será la declaratoria de propiedad, cuando sea procedente. Esta solución, es mas conveniente para este tipo de ocupante porque le permite obtener la propiedad sobre el terreno ocupado, pero dudamos que la mayoría de los ocupantes intenten las acciones correspondientes, porque se trata de una posibilidad que ya hoy existe y, que sepamos, casi no ha sido utilizada; sin embargo, debemos reconocer que a partir de esta Ley, la situación procesal de estos ocupantes se verá mejorada si los tribunales reconocen el valor probatorio de los certificados de posesión.

Sin embargo, esta solución crea una desigualdad entre los ocupantes que no será del agrado de quienes se encuentren en tierras públicas. Además puede traer confusiones en los casos en los que las tierras ocupadas pertenezcan al dominio privado de una persona pública: recibirán éstos títulos de adjudicación o certificados de posesión.

- Otra causa de insatisfacción, además de mucha confusión, es la negación de la propiedad individual que se ve sustituida por la propiedad colectiva -familiar o comunitaria- y la redacción poco clara de la Ley creará graves problemas de interpretación...

3. La poca claridad en la distribución de competencias también traerá problemas serios en la aplicación de esta Ley, así como el excesivo centralismo que se revela en diversas competencias atribuidas a la Comisión Técnica Nacional para la Regularización de la Tenencia de la Tierra en los Asentamientos Urbanos Populares.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Doctrina Administrativa

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

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

SUMARIO

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Conceptos claves de la libre competencia.* A. Concepto y funciones de la competencia. B. El poder de mercado. 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. *El abuso de la posición de dominio.* A. Principios generales del abuso de la posición de dominio. B. Condiciones de procedencia del abuso de la posición de dominio. 2. *Competencia desleal.* A. Principios generales de la competencia desleal. B. Presupuestos de procedencia de la competencia desleal. C. Simulación de productos. D. El soborno comercial.

* Abreviaturas utilizadas: DA/RDP: Doctrina Administrativa contentiva de las Resoluciones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia publicada en esta Revista. LPPLC: Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. SPPLC: Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. El texto de las Resoluciones ha sido tomado de la página www.procompetencia.gob.ve.

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

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Conceptos claves de la libre competencia*

A. *Concepto y funciones de la competencia*

Caso: Comercializadora Internacional de Maderas C.I.M.C.A., vs. Terranova de Venezuela, S.A.¹

Resolución N° SPPLC/0033-2006 18-07-06

Las funciones de la SPPLC y el orden público económico

De esta manera, la Superintendencia vela por el mantenimiento del orden público económico presuntamente lesionado por la conducta del agente económico denunciado. Ahora bien, la forma de realizar una evaluación del mercado para comprobar si se ha producido o no la citada conducta lesiva a la libre competencia, es con el desarrollo de la fase de sustanciación y consecuente emisión de la resolución que le ponga fin al procedimiento administrativo que se ventila. En efecto, la verificación y posterior reacomodo del mercado (si fuese el caso), es materia de orden público el cual está por encima de los intereses particulares de los agentes que intervienen en el mismo (...)

B. *El poder de mercado*

Caso: Comercializadora Internacional de Maderas C.I.M.C.A., vs. Terranova de Venezuela, S.A.

Resolución N° SPPLC/0033-2006 18-07-06

Concepto de poder de mercado

(...) El poder de mercado consiste en la facultad que posee una persona o una empresa para afectar o modificar el precio y demás condiciones de comercialización de un producto o servicio, sin que se lo impidan los demás competidores y sin que se vea alterado su nivel de ventas y operaciones. Si bien es cierto que el poder de mercado es el principal indicio para determinar la existencia de una posición dominante, hay otros elementos que ayudan a reforzar la posición de dominio (...)

2. *El mercado relevante*

A. *Concepto de mercado relevante*²

Caso: Comercializadora Internacional de Maderas C.I.M.C.A., vs. Terranova de Venezuela, S.A.

Resolución N° SPPLC/0033-2006 18-07-06

Definición del mercado relevante

Para aplicar este concepto se deben considerar las posibilidades de sustitución que tienen tanto los oferentes como los demandantes del mercado. En general mientras mayor sea la posibilidad de sustitución de que disponen los usuarios, más amplia debe ser la definición de mercado relevante en términos de los productos que incluye.

¹ Vid. DA/RDP 106, p. 64.

² No ha habido, en este punto, variación sustancial en relación con la doctrina de la SPPLC dictada en el tercer trimestre de 2006.

También contribuye a una definición amplia del mercado, la factibilidad técnica de que una misma empresa pueda ofrecer productos alternativos a los usuarios. Finalmente, el hecho de que los usuarios tengan acceso a bienes ofrecidos en sitios distantes amplía el área geográfica del mercado relevante.

B. *Definición de mercado producto*

Caso: Comercializadora Internacional de Maderas C.I.M.C.A., vs.
Terranova de Venezuela, S.A.

Resolución N° SPPLC/0033-2006 18-07-06

Definición del mercado producto

(...) Si ante un incremento de precios u otra variable de competencia, debido a la existencia de suficientes alternativas atractivas en los términos de venta prevalecientes, se genera una reducción en las ventas, suficiente para que un monopolista hipotético no encuentre favorable realizar dicho aumento, esta Superintendencia agregará a dicho grupo de productos, aquel que resulte ser el mejor sustituto cercano del servicio ofertado por el monopolista hipotético (...)

C. *Definición de mercado geográfico*

Caso: Comercializadora Internacional de Maderas C.I.M.C.A., vs.
Terranova de Venezuela, S.A.

Resolución N° SPPLC/0033-2006 18-07-06

Definición del mercado geográfico

(...) En primer lugar, se debe determinar el área geográfica dentro de la cual operan las empresas objeto del presente procedimiento administrativo, y se amplía efectivamente, si al producirse un aumento en los precios de los productos, los consumidores podrían trasladar su consumo hacia la adquisición de productos provenientes de otras áreas geográficas (...)

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *El abuso de la posición de dominio*

A. *Principios generales del abuso de la posición de dominio*³

Caso: Comercializadora Internacional de Maderas C.I.M.C.A., vs.
Terranova de Venezuela, S.A.

Resolución N° SPPLC/0033-2006 18-07-06

La ratio de la prohibición del abuso de la posición de dominio

La prohibición se basa en que cuando una empresa no está en posición dominante siempre existe la alternativa para los demás agentes del mercado y para los consumidores de recurrir a una firma competidora, situación o bien imposible, o bien sumamente difícil, en el supuesto de ausencia de competencia efectiva. Lo cual le permite a quien goce de tal posición explotar a sus clientes o excluir a sus competidores, actuales o potenciales, y así obtener beneficios desproporcionados en detrimento de los demás actores sociales.

³ DA/RDP N° 106, p. X (SPPLC/0018-2006)

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

Caso: Comercializadora Internacional de Maderas C.I.M.C.A., vs.
Terranova de Venezuela, S.A.

Resolución N° SPPLC/0033-2006 18-07-06

Supuestos que determinan la existencia de la posición de dominio

El primero de los dos supuestos contemplados en este artículo, se refiere a una situación tal en la que sólo existe un oferente en el mercado, por tanto no existen otras alternativas para los consumidores. El segundo de ellos, contempla una situación en la que, aún existiendo más de un competidor en el mercado, no existe competencia efectiva entre ellos, es decir, que el grado de competencia en el mercado es muy bajo o nulo (...) Por tanto, para determinar si existe o no una posición de dominio de conformidad con el ordinal 2° del artículo 14 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se requiere comprobar si existe competencia efectiva.

Caso: Comercializadora Internacional de Maderas C.I.M.C.A., vs.
Terranova de Venezuela, S.A.

Resolución N° SPPLC/0033-2006 18-07-06

Factores que determinan la existencia de una competencia efectiva

Ahora bien, para determinar si existe competencia efectiva es necesario considerar diferentes factores. En primer lugar, se estudia cual es la cuota de participación de la empresa, una alta cuota de mercado es un indicio de que la empresa tiene una posición de dominio. Cuando las cuotas de participación son muy bajas, es probable que no exista posición de dominio, la calificación de si una determinada cuota de participación es alta o no estará estrechamente vinculada con las características de cada mercado relevante.

Sin embargo, el análisis de competencia efectiva no termina con el análisis de las cuotas de mercado. El siguiente paso en el análisis es el estudio de la dinámica de la competencia, que a su vez incluye diferentes elementos. Principalmente, se considera la posibilidad de entrada, es decir, la factibilidad legal y económica de que nuevas empresas entren al mercado y así generen mayor competencia.

Nótese que este es un elemento dinámico que afecta al mercado a lo largo del tiempo, pues de no existir barreras a la entrada podrían entrar otras empresas en el futuro.

Después de estudiar las barreras a la entrada, se deben determinar cuales son los elementos que determinan la capacidad competitiva de las empresas. Así, se estudia si la empresa que supuestamente tiene una posición de dominio posee una mayor capacidad competitiva que sus rivales, por ejemplo, si posee una mayor capacidad de producción o capacidad ociosa.

Adicionalmente, se estudian los elementos que determinan las elecciones de los consumidores de ese mercado. Esto se hace con el objeto de determinar si los productos ofrecidos por la supuesta empresa dominante tienen alguna característica que la hacen superior a sus competidores, de manera que para los clientes es difícil cambiarse a otros proveedores que compiten con la supuesta empresa dominante (...)

2. Competencia desleal

A. Principios generales de la competencia desleal

Caso: Laboratorios Cero, S.A. vs. Major Diez, C.A. y Jordan Cosmetics, S.A.⁴

Resolución N° SPPLC/0038-2006 6-09-06

Condiciones de ilicitud de la competencia desleal

Conforme a la doctrina de esta Superintendencia se ha establecido que uno de los requisitos a comprobar al momento de analizar cualquier conducta que pueda ser considerada como competencia desleal debe ser que la actividad sea esencialmente desleal (...) Ahora bien, la ilegalidad manifestada en esta disposición se refiere al medio empleado para lograr un posicionamiento o beneficio en el mercado.

Caso: Venco Empaques, C.A. vs. Corporación Industrial del Plástico, C.A.

Resolución N° SPPLC/0059-2006 28-09-06

La ratio de la prohibición de competencia desleal

El artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, prohíbe a los agentes económicos *desarrollar políticas comerciales que tiendan a la eliminación de competidores a través de la competencia desleal*, o bien, busca proteger la capacidad de competir efectivamente en el mercado, para lo cual resulta indispensable que los derechos económicos de las empresas participantes actúen dentro de un marco legal que los proteja y les asegure una adecuada participación. Es así como el artículo promueve la competencia en los mercados, generando beneficios sociales evidentes. Todo acto de competencia realizado en los supuestos desarrollados en dicho articulado, afecta al interés público, y la transparencia del orden concurrencial que debe regir el mercado, y por ello el Estado, debe impedir que el desenvolvimiento y la actuación de los distintos agentes económicos participantes en el mercado sea falseado, pudiendo afectar los intereses de los competidores y de los consumidores.

C. Simulación de productos⁵

a. Concepto y características de la simulación de productos

Caso: Laboratorios Cero, S.A. vs. Major Diez, C.A. y Jordan Cosmetics, S.A.

Resolución N° SPPLC/0038-2006 6-09-06

La simulación de productos y los actos de confusión

La simulación de un producto trae como consecuencia la confusión, entendiéndose como actos de confusión cualesquiera que sean sus variantes, como el medio a través del cual se pretende que el público asocie la empresa del imitador con otra u otras que gozan de un

4 Se reitera la doctrina pacífica de la SPPLC sobre el punto, la cual puede ser vista en DA/RDP N° 106, p. X (SPPLC/0017-2006), particularmente, en lo que respecta al daño al mercado como elemento constitutivo de la prohibición comentada. En el caso examinado, y para verificar este extremo, la SPPLC analizó el las ventas de la empresa cuyo producto había sido objeto de competencia desleal.

5 Véase, como antecedente inmediato, la decisión contenida en DA/RDP N° 106, p. X (SPPLC/0017-2006)

prestigio o de una notoriedad de la que el competidor desleal carece por sí, y que quiere apropiarse sin ningún derecho. La confusión como actividad típicamente desleal es prohibida por considerarse fuente de ineficiencias, ya que perturba el funcionamiento competitivo del mercado (...)

D. *El soborno comercial*

a. *Concepto y características del soborno comercial*

Caso: Venco Empaques, C.A. vs. Corporación Industrial del Plástico, C.A.⁶

Resolución N° SPPLC/0059-2006 28-09-06

Concepto del soborno comercial

En este contexto el Soborno Comercial debe ser entendido como una modalidad o tipo de Competencia Desleal, con elementos y características propias, distintas tanto al encabezado, así como de cada uno de los supuestos relativos establecido en los distintos ordinales. Siendo esto así, se puede afirmar que la ilegalidad que plantea dicha práctica se configura en el medio ilegítimo, es decir, el pago u ofrecimiento de algún tipo de retribución utilizado por el sujeto activo del soborno o sobornador, a cualquier persona natural integrante de otro agente competidor (sobornado o sujeto pasivo) para que este, mediante actividades o decisiones perjudiciales para la empresa competidora, procure, así un beneficio o posición favorable, para la empresa que lo soborna, alterándose así el orden concurrencial que debe existir en el mercado.

b. *Condiciones de ilicitud del soborno comercial*

Caso: Laboratorios Cero, S.A. vs. Major Diez, C.A. y Jordan Cosmetics, S.A.

Resolución N° SPPLC/0038-2006 6-09-06

Condiciones de ilicitud del soborno comercial

De esta forma, esta Superintendencia considera que en función de poder determinar la existencia de un comportamiento presuntamente desleal de Soborno Comercial, practica restrictiva a la libre competencia consagrada en el numeral 3 del artículo 17 de la *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos:

1. El pago u ofrecimiento de algún tipo de retribución:

En este primer elemento, es necesaria la demostración de que efectivamente se produjo un ofrecimiento y/o pago, por parte del Sobornador o Sujeto Activo, a los fines de retribuir al sobornado, bien sea con una determinada cantidad de dinero (monedas, billetes, cheques, etc.) o un arreglo de índole no monetario (mejores condiciones laborales, familiares, empleo, participación accionaria, entre otras).

2. A persona natural integrante de un agente económico:

En cuanto al segundo elemento, se debe constatar que el pago u ofrecimiento de dinero, u otro tipo de retribución, debe realizarse a una *persona natural*, entendiéndose como tal lo que establece el artículo 16 del Código Civil: "*Todos los individuos de la especie humana son personas naturales*". Dicha persona, además de tener acceso a información privilegiada y

6 DA/RDP N° 105, pp. 70 y ss.

confidencial, debe necesariamente tener una importante injerencia en los asuntos de envergadura de un agente económico, en el cual tenga un gran poder de decisión, tal sería el caso de Directores, empleados de confianza o accionistas.

3. Realización de actividades contrarias a las que le son inherentes:

Respecto del tercer elemento, es necesaria la demostración de que la persona natural integrante del otro agente económico, ejecutó intencionalmente acciones o actividades, las cuales pueden consistir en un hacer o no hacer, contrarias a las que por el cargo que detente le corresponda.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

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

Selección, recopilación y notas

por Mary Ramos Fernández

Abogado

Secretaria de Redacción de la Revista

Marianella Villegas Salazar

Abogado Asistente

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios fundamentales del Estado. Sistema democrático: Reelección de cargos públicos.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Régimen Constitucional: Prevalencia de derechos. 2. Violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad. 3. Garantías Constitucionales: Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: Potestad Cautelar. 4. Derechos Constitucionales: Reserva Legal: Limitabilidad. 5. Derechos Individuales. A. Derechos sobre el propio cuerpo: Régimen de los trasplantes de órganos y tejidos. B. Libertad de religión y de culto. C. Derecho al debido proceso y a la defensa.*

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional. A. Principio de la separación orgánica de Poderes. B. El Poder Judicial. a. Principios de la Administración de Justicia: Ausencia de formalismos y reposiciones inútiles. b. Tribunal Supremo de Justicia. Competencias de la Sala Plena. a'. Antejuzicio de mérito. b'. Conflicto de competencia. C. Gobierno y Administración del Poder Judicial: Órganos. D. Régimen de los Jueces: Ingreso a la carrera judicial. 2. *El Poder Municipal. Alcaldes: Ausencia absoluta.**

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen Presupuestario. Órganos Parlamentarios: Supremacía financiera. 2. Régimen de protección de accionistas minoritarias en las sociedades anónimas. 3. Propiedad y Expropiación. A. Régimen de la ordenación del territorio. Área bajo régimen de administración especial: Zonas de seguridad y defensa. B. Expropiación.*

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Tributos: Contribuciones especiales.*

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Actos Administrativos*. A. Competencia. a. Características. b. Delegación de atribuciones. B. Publicación de los actos administrativos en materia registral. 2. *Contratos Administrativos*. A. Valuaciones. B. Modificaciones a la obra contratada. C. Rescisión del contrato: Medio de impugnación.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Competencia: Querellas funcionariales por parte de los miembros de la Fuerza Armada Nacional*. 2. *El Contencioso Administrativo de anulación*. A. Legitimación activa: Administración autora del acto (recurso de lesividad). B. Medidas cautelares. C. Sentencia: Experticia complementaria del fallo. 3. *El Contencioso Administrativo de interpretación*.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad*. A. Ejercicio conjunto con la acción de amparo: Inaplicación de una norma como medida cautelar. B. Medidas cautelares: Suspensión de efectos de la norma impugnada. C. Intervención de terceros.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios fundamentales del Estado. Sistema democrático: Reección de cargos públicos*

TSJ-SC (1488)

28-7-2006

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Consejo Nacional Electoral vs. Revisión Decisión Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

La reelección en nuestro ordenamiento no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado Democrático, Social de Justicia y Derecho que estableció el Constituyente en 1999. La Sala Constitucional señala que los funcionarios susceptibles de ser reelegidos no están obligados a separarse de sus cargos.

Precisado lo anterior, se advierte que los representantes legales del Consejo Nacional Electoral solicitan a esta Sala la revisión de la sentencia N° 40 del 9 de marzo de 2006 por la que se declaró la nulidad de las Actas de Totalización, Adjudicación y Proclamación del ciudadano Fernando Loaiza Chacón, a instancia del recurso de nulidad presentado por el ciudadano Jesús Ángel Sánchez Pérez y se ordenó la celebración de un nuevo proceso electoral.

Para fundamentar su decisión la Sala Electoral se sustentó en el análisis de la Resolución N° 050526-263 por la que el Consejo Nacional Electoral declaró sin lugar el recurso de reconsideración interpuesto por el ciudadano Jesús Ángel Sánchez Pérez contra las Actas de Totalización, Adjudicación y Proclamación del ciudadano Fernando Loaiza Chacón. Así, la citada Resolución se fundamentó igualmente en la Resolución N° 040316-194 del 16 de marzo de 2004, en la que el Consejo Nacional Electoral estableció las causales de inelegibilidad para los funcionarios que optaran por ser candidatos en las elecciones municipales a celebrarse ese año.

De acuerdo con el artículo 3 de la última de las Resoluciones mencionadas, para ser Gobernador de Estado, Alcalde Metropolitano y Distrital del Alto Apure, Alcalde Municipal y Concejal Metropolitano y Distrital del Alto Apure, los funcionarios allí mencionados (Pre-

sidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Ministros, los Gobernadores o Alcaldes que se postulasen a circunscripciones o cargos diferentes, *interalia*) y “*en general los funcionarios de mayor cargo*” deberían realizar su separación de dichos cargos antes del día de su postulación. Termina el artículo 3 de la citada Resolución indicando que todo ello se hará según lo establecido en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, de conformidad con el artículo 126 del mismo dispositivo normativo.

En la sentencia cuya revisión se solicita, a partir de la lectura de las Resoluciones indicadas, y con auxilio del Estatuto de la Función Pública, se concluye que el ciudadano Fernando Loaiza Chacón, estaba incurso en la causal de inelegibilidad establecida por las normas del Consejo Nacional Electoral, al ser funcionario de “*mayor cargo*” y no haberse separado del mismo, y en consecuencia ordenó la nulidad de las Actas de Totalización, Adjudicación y Proclamación del ciudadano a Fernando Loaiza Chacón como Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia.

Por su parte, el Consejo Nacional Electoral, argumentó que ni las Resoluciones analizadas ni la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política eran aplicables al caso, sino lo dispuesto en el artículo 4 del Estatuto Electoral del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente. Tal argumento fue desechado por la Sala Electoral señalando que dicho Estatuto fue dictado para normar exclusivamente dicho proceso electoral, y por tanto, luego de terminado el mismo, pasó a tener nueva vigencia la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Dado la importancia que tiene en la Constitución los Poderes Públicos, considera la Sala que es necesario hacer un análisis exhaustivo de la normativa invocada en la causa en cuestión. Así, tenemos el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, fundamento de la Resolución N° 040316-194, establece:

“Las condiciones para ser elegible Gobernador de Estado, son las establecidas en la Constitución de la República y las que, con base en ella, establece la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado. Las condiciones para ser elegible Alcalde, Concejal o Miembro de Junta Parroquial, son las establecidas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Los funcionarios públicos, excepto los que desempeñen cargos asistenciales, docentes, académicos o de representación legislativa o municipal, no podrán ser postulados para el cargo de Gobernador de Estado o de Alcalde, a menos que se separen del ejercicio del cargo antes de ser postulados.

Los Gobernadores de Estado y los Alcaldes que aspiren a la reelección, conforme a esta Ley, deberán separarse del ejercicio del cargo antes de la postulación” (Énfasis de la Sala).

En virtud de lo previsto en el primer aparte de la norma antes transcrita, el Consejo Nacional Electoral dictó la Resolución N° 040316-194 en la cual se estableció como causal de inelegibilidad el que los funcionarios de mayor rango debían separarse del cargo por lo menos antes del día de su postulación.

En este caso nos encontramos ante la necesidad de congruencia entre las normas vinculadas a la elegibilidad para ser candidato a un cargo público. De este modo, por un lado, tenemos las disposiciones de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, adecuadas a los principios y visión de Estado comprendidos en la Constitución de 1961, y por el otro las disposiciones del Estatuto Electoral del Poder Público, dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente según los principios rectores de la nueva Carta Magna. Las diferencias, en consecuencia, no son de nombre o de forma, se trata de instrumentos normativos inspirados en visiones diferentes, y en algunos casos, encontradas, del Estado, de los derechos ciudadanos y de las relaciones entre éstos y el Estado. De ahí, que debamos recurrir a Jellinek cuando afirma que “*Toda la Ciencia del Derecho cae bajo el dominio de las ciencias*

del Estado en el sentido que hemos dado a esta expresión, es decir, en cuanto el derecho puede ser el producto de una asociación humana organizada” y que “*Por consiguiente, las ciencias del Estado y las del Derecho se encuentran en una íntima conexión y hay disciplinas que necesitan ocuparse de ambas*” (JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, 1978, p. 5). De modo que no puede hacerse una interpretación de normas vinculadas a la constitución de los órganos de los Poderes Públicos, sin que se tenga que recurrir a un análisis de los principios que lo informan y le dan coherencia, dentro de una visión amplia que involucre todos los elementos que conforman la concepción constitucional del Estado y de los derechos ciudadanos. No debe entonces, hacerse una interpretación aislada de los elementos que conforman el aparato del Estado, pues se correría el riesgo que al determinar una solución particular para una coyuntura se pierda la visión que los principios rectores de la Constitución hayan establecido para darle coherencia y sustento a dicho aparato estatal. Es esta visión integradora la que da sentido al Derecho Constitucional, pues en la intrincada fragosidad de normas de rango legal y sublegal, no es difícil sacrificar los principios por lo práctico o lo inmediato.

De ahí la importancia y el carácter integrador del Derecho Constitucional, pues como lo señala Pérez Royo:

“El derecho constitucional es el único derecho que contempla los dos polos indispensables para que el derecho exista en cuanto tales y no en sus diversas formas de manifestación. Es el único cuyo objeto de estudio es exclusivamente el ciudadano y sus derechos y el estado y sus poderes. El objeto del derecho constitucional es el estudio de aquello que hace que los individuos sean ciudadanos y de aquello que hace que el poder político sea el estado, así como de las relaciones entre ambos polos en los que la existencia del derecho descansa”. (Pérez Royo. Javier. “El Derecho Constitucional en la Formación del Jurista”, *REDC* N° 46, CEC, Madrid 1996, p. 57).

Por ello, y dado ese carácter integrador, no puede esta Sala considerar aspectos estructurales del modo en que se forman los Poderes Públicos, sin atender a los principios en los que éstos deben inspirarse y los condicionantes que la propia evolución social impone, pues de lo contrario, se caería en el error de sistemas políticos previos en los que se tomaron medidas aisladas y sin contexto, a los meros efectos de superar situaciones coyunturales, cuya solución individual nada aporta al desarrollo de los principios que tienden al bien colectivo, o peor aún, respondiendo a la necesidad de resolver problemas de particulares o del momento sin considerar su apego o no a los principios constitucionales o su coherencia con los mismos.

En este sentido, el autor Eduardo García De Enterría expone: “*La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un -orden de valores- materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al interprete judicial, en la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada -y todas lo son para la Constitución- podrá desconocer el cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores”* (*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1994. pp. 97-98).

Tenemos de este modo, que la Constitución de 1961 en materia de sufragio pasivo, tenía más limitaciones respecto a la posibilidad de reelección de los funcionarios, partiendo del propio Jefe del Estado quien tenía la imposibilidad de reelección hasta pasado dos períodos

constitucionales. Esto, aunque aparentemente fue cambiado con la posibilidad de reelección de Gobernadores, en realidad tal reelección estaba limitada por el corto período a que estaban sometidos los Gobernadores que era de tres años, por lo que en realidad la reelección no tenía consecuencias mayores a las de un período presidencial de la época. No era pues, el sistema de elecciones de la Constitución anterior, proclive a la reelección, salvo, como se verá más adelante, en aquellos casos en que el mismo servía a intereses de partidos o particulares.

Tales premisas, sin duda influyeron en el legislador a la hora de la discusión y aprobación de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, por lo que la misma estableció, tal y como se ha visto en el presente fallo, la obligación en el artículo 126, parte *in fine*, que los Gobernadores y Alcaldes, para ser reelegidos, debían separarse del cargo. Todo ello, como se ha dicho, está vinculado a una visión del Estado reluciente al principio de reelección, visión que en la Constitución de 1999 ha cambiado en razón de los nuevos principios y valores que informan la misma y retoma ideas originarias de las ideas fundacionales de Venezuela como país independiente.

Dada la influencia que en el modelo de un sistema político tiene el tratamiento de la reelección presidencial, deben hacerse algunos señalamientos sobre dicha figura, pues el tratamiento a ésta, configura los principios a aplicar para el resto de los cargos de elección popular.

Así, la Constitución de 1819, inspirada parcialmente en las ideas del Libertador Simón Bolívar (recuérdese la negativa de los Constituyentes de Angostura en consentir en la petición de liberación de los esclavos hecha por el Padre de la Patria), estableció la posibilidad de reelección inmediata, ya que de acuerdo con el artículo 3, sección primera del Título Séptimo, “(...) *la duración del Presidente será de cuatro años, y no podrá ser reelegido más de una vez sin intermisión*”, planteando la visión del Padre de la Patria a la par de las del gran pensador norteamericano Alexander Hamilton, quien en “*El Federalista*” expuso una defensa a la reelección como modelo de gobernabilidad legítimo dentro de un contexto democrático. Cabe hacer un análisis de las ideas de Hamilton, pues a pesar de haber transcurrido más doscientos años de haber sido emitidas, las mismas tienen una actualidad que llama a la reflexión y que todavía se invocan en las discusiones que se generan con este motivo.

En este sentido, Hamilton señalaba que la reelección era necesaria para que el pueblo pudiera prolongar una administración positiva en su propio beneficio y aprovechando las virtudes del gobernante reelegido, pues la exclusión de éste a pesar de su buen gobierno, sólo traería más males que beneficios a la sociedad y perjudicaría el conducir del gobierno. Igualmente, consideraba que el impedir la reelección provocaría que disminuyeran los incentivos para el correcto proceder de los gobernantes al no tener el aliciente en la continuidad de su gestión, facilitando la tentación de actuaciones no adecuadas dada la inexistencia del incentivo que implica la aprobación de la gestión a través de la reelección, y además, privaría a la sociedad de una persona con experiencia y conocimiento en el manejo del cargo y que facilitaría por esta misma causa el mantenimiento del sistema político, de modo que su ausencia también tendría consecuencias para dicho sistema (Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México 1994, artículo 72, pp. 308 y ss.).

Modernamente, Sartori, luego de analizar varios escenarios a favor y en contra de la reelección, llega a la conclusión que “(...) *el argumento fundamental a favor de la reelección es que los presidentes que gobiernan bien deben ser recompensados, y que desperdiciar a un buen presidente es indudablemente un grave desperdicio. No se puede negar que ambos bandos tienen razones válidas. No es un problema que tenga la misma solución para todos los países*”. A esto agregaba “(...) *también es cierto que negar la reelección es negar la recompensa, y que esto constituye una grave falla*” (Sartori, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 191 y 192). Este refuerzo de las

ideas de Hamilton y de Bolívar, hechas por un investigador contemporáneo da fe de la vigencia de las mismas y de lo aplicables que son todavía a nuestra realidad. No se trata entonces, de una discusión interesada o circunscrita a las coyunturas del momento, es por el contrario, una discusión que ha mantenido su vigencia a lo largo del tiempo y que plantea la necesidad de una solución de acuerdo con las necesidades y realidades de cada sociedad, discutidas y planteadas por el poder originario del mismo y que se concretan en el Texto Constitucional, de ahí su trascendencia y la necesidad de verla en el todo del sistema jurídico y en relación con persona alguna.

Además, puede apreciarse la implantación, en el Derecho Comparado, de la figura de la reelección, en diferentes países de nuestro entorno latinoamericano, en diversas manifestaciones. Así en el siguiente cuadro podemos ver los países americanos que en la actualidad tienen esa figura:

País	Reelección	Reelección inmediata	Reelección luego de 1 o más períodos	No reelección
Argentina	x	x		
Bolivia	x		x	
Brasil	x	x		
Chile	x		x	
Colombia	x	x		
Costa Rica	x		x	
Ecuador	x		x	
El Salvador	x		x	
Haití	x		x	
Honduras				x
Guatemala				x
México				x
Nicaragua	x		x	
Panamá	x		x	
Paraguay				x
Perú	x	x		
Rep. Dominicana	x	x		
Uruguay	x		x	
Venezuela	x	x		

En el cuadro expuesto se evidencia la aplastante mayoría a favor de la reelección que puede observarse en el Derecho Constitucional latinoamericano, pues de un total de diecinueve países, quince tienen como norma la reelección, es decir, más del 75% de Latinoamérica.

ca se encuentra a favor de dicha figura, mientras otros cuatro (Guatemala, Honduras, México y Paraguay) prohíben de forma absoluta la reelección. A esto debe agregarse que desde una perspectiva de evolución del Derecho Constitucional comparado, la tendencia es de incorporar la figura de la reelección al sistema democrático, y así tenemos el ejemplo de Colombia y de Costa Rica, países que por distintos medios y con circunstancias también diferentes establecieron la figura dentro de su sistema constitucional, armonizándose en ambos casos, dicha introducción, con el sistema democrático que en ellas se ha establecido, tomando en consideración sus propias realidades. Por lo que puede entonces concluirse que la tendencia en nuestro ámbito continental es a favor de la figura de la reelección.

En el mismo sentido, debe destacarse la valiosa contribución, aún considerando las diferencias con la Constitución venezolana, que respecto del tema de la reelección aportó el Tribunal Constitucional de la República de Colombia, que en su fallo C-1040/05 del 19 de octubre de 2005 al referirse al alegato presentado a su consideración respecto a que la inclusión de la reelección en la Constitución constituía un cambio en la estructura del Estado, señaló lo siguiente:

“Los elementos esenciales que definen el Estado social y democrático de derecho fundado en la dignidad humana no fueron sustituidos por la reforma. El pueblo decidirá soberanamente a quién elige como Presidente, las instituciones de vigilancia y control conservan la plenitud de sus atribuciones, el sistema de frenos y contrapesos continua operando, la independencia de los órganos constitucionales sigue siendo garantizada, no se atribuyen nuevos poderes al Ejecutivo, la reforma prevé reglas para disminuir la desigualdad en la contienda electoral que será administrada por órganos que continúan siendo autónomos, y los actos que se adopten siguen sometidos al control judicial para garantizar el respeto al Estado Social de Derecho. No cabe señalar, para establecer la presencia de una sustitución de la Constitución, que el Presidente abusaría de su poder, el cual se vería ampliado por la posibilidad de hacer política electoral y que ello conduciría a un régimen de concentración de poder en el que, por otra parte, el Congreso perdería la independencia para el ejercicio de la función legislativa y de control político, porque en su elección habría podido tener juego el Presidente en ejercicio, con lo cual se habría modificado el sistema de separación de poderes. Como se ha dicho, tales cuestionamientos no apuntan a mostrar la inviabilidad del diseño institucional, sino que reflejan el temor de quienes los plantean, de que contrariando las provisiones expresas de la Carta en materia de límites y controles al ejercicio del poder, este se desbordase en el sentido que anticipan. Se trata de consideraciones de tipo práctico sobre las consecuencias que estiman previsibles de la reforma, pero no un resultado que pueda ser atribuido necesariamente al nuevo diseño institucional”.

Esto ratifica lo expuesto anteriormente respecto a la necesidad que la inclusión de la reelección no sirve de nada si no se hace dentro de un sistema democrático que garantice la justicia y los derechos inherentes a la persona humana, pues en tal contexto, junto con la existencia de elementos institucionales que hagan los controles necesarios, dicha medida resulta cónsona con la democracia y con las libertades que ésta debe defender.

Luego, la Corte Constitucional agrega lo siguiente:

“En relación con la forma de Estado se tiene que, con o sin reelección presidencial inmediata, Colombia sigue siendo un Estado social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista. Ninguno de esos elementos definitorios de la forma que adopta el Estado colombiano puede tenerse como suprimido, subvertido o integralmente sustituido en razón a que, por virtud del acto legislativo acusado, hoy en Colombia se permite la reelección presidencial, eventualidad que estaba proscrita en la Constitución de 1991”.

Y concluye señalando que:

“En dirección contraria a la presentada por la demandante, cabría señalar que el Acto Legislativo 2 de 2004 no solamente no conduce, desde el punto de vista del diseño institucional, a una supresión de los elementos democráticos de la Constitución de 1991, sino que, desde una perspectiva diferente, que puede plantearse legítimamente en el contexto de una democracia pluralista, podría sostenerse que los reafirma, en la medida en que permite que el electorado se pronuncie de manera efectiva sobre la gestión de sus gobernantes, posibilidad que estaba excluida en el diseño previo a la reforma. Se trata de visiones contrapuestas, una que hace énfasis en las oportunidades que deben brindarse a los sectores diversos de la sociedad que no se encuentren en el gobierno para constituirse en alternativas efectivas de poder, y otra que privilegia las bondades de la continuidad en el gobierno de un proyecto político que ha sido encontrado exitoso por el electorado en un libre juego democrático. No obstante las diferencias que sobre el diseño institucional, los mecanismos de participación y las condiciones de equilibrio plantean las dos visiones, no puede señalarse que una de ellas conlleve una sustitución del Estado social, democrático y pluralista de derecho”.

Concluye entonces el Tribunal Constitucional de la hermana República que la reelección no constituiría un cambio en el sistema constitucional de su país, sino que por el contrario se convertiría en un medio de reafirmación democrática. Responde igualmente dicho órgano jurisdiccional a los temores respecto de las consecuencias prácticas que puede acarrear la reelección y en tal sentido pone en evidencia que los mismos se presentarían tanto en cuanto no se cuente con los mecanismos que permitan controlar las acciones del Ejecutivo, y que por estar éstas, lo mismo que en nuestra Constitución, expresamente establecidos, sólo habría que velar por su cumplimiento, de modo que la figura en sí no sería la responsable de irregularidad alguna, sino que ello sería responsabilidad de la equilibrada ejecución del sistema de contrapesos y de controles que tenga el Texto Constitucional, por lo que su falta o no de ejecución no queda al arbitrio de una persona, sino de los poderes que al efecto tengan dichas responsabilidades.

Mención aparte merece el caso costarricense, donde la Sala Constitucional de la Corte Suprema de esa nación centroamericana, mediante sentencia N° 02771 del 4 de abril de 2003 hubo de pronunciarse respecto a la nulidad de la reforma constitucional de 1969 por la que se suprimió el artículo de la Constitución que permitía la reelección presidencial luego de dos períodos alternos, afirmando lo siguiente:

*“El derecho de elección, como derecho político, también constituye un derecho humano de primer orden, y por ende, es un derecho fundamental. **La reelección tal y como se pudo constatar en el considerando V, estaba contemplada en la Constitución Política de 1949 y constituye una garantía del derecho de elección, pues le permite al ciudadano tener la facultad de escoger, en una mayor amplitud de posibilidades, los gobernantes que estima convenientes. Por consiguiente, fue la voluntad popular a través de la Constituyente, la que dispuso que existiera la reelección presidencial, con el fin de garantizarse el pueblo el efectivo derecho de elección.** De hecho, a pesar de que la reforma parcial en cuestión se produjo posteriormente, esto se viene a confirmar luego con la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 23 establece: ‘1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades (...) b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, (...)’; y que no admite mayores limitaciones, que las siguientes: ‘2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.’ De este último párrafo de la Convención de Derechos Humanos, se desprenden de manera clara, las únicas razones por las cuales pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos ahí declarados.*

La reelección, según se desprende de la voluntad popular suscrita históricamente, establece la posibilidad para el ciudadano de elegir libremente a sus gobernantes, por lo que al reformarse la Constitución en detrimento de la soberanía del pueblo, y en desgaste de sus derechos fundamentales, lo que se produjo en este caso fue la imposición de más limitaciones que las ya existentes en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena". (Énfasis de la Sala).

Como puede apreciarse, en este caso el Alto Tribunal de Costa Rica, no concibe la reelección sólo como un derecho individual por parte del pasible de serlo, sino que además constituye un derecho de los electores a cuyo arbitrio queda la decisión de confirmar la idoneidad o no del reelegible, y que al serle sustraída dicha posibilidad mediante una reforma realizada por un poder no constituyente, se realizó un acto de sustracción de la soberanía popular, quedando dicha posibilidad de forma exclusiva, y dentro de los límites que impone a todo poder los derechos humanos, inherentes a la persona humana, al poder constituyente, el cual basado en razones de reestructuración del Estado puede imponer condiciones o modificar el ejercicio de derechos en razón de la evolución de toda sociedad así como de la dinámica social.

No puede entonces, alterarse la voluntad del soberano, por medio de instrumentos parciales y que no tengan su origen en el propio poder constituyente, es a él al cual corresponde la última palabra, teniendo como se ha dicho como único límite, los derechos inherentes a la persona humana y derivados de su propia dignidad.

En consecuencia, esta Sala comparte los criterios expuestos, pues lo mismo que en los dispositivos citados, la reelección en nuestro ordenamiento no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado Democrático, Social de Justicia y Derecho que estableció el Constituyente en 1999. De igual manera, la reelección, amplía y da progresividad al derecho de elección que tienen los ciudadanos, y optimiza los mecanismos de control por parte de la sociedad respecto de sus gobernantes, haciéndolos examinadores y juzgadores directos de la administración que pretenda reelegirse, y por lo mismo, constituye un verdadero acto de soberanía y de ejercicio directo de la contraloría social. Negar lo anterior, es tanto como negar la existencia de sociedades cambiantes y en constante dinámica e interacción. Es pretender concebir el Derecho Constitucional como un derecho pétreo e inmovible, ajeno a las necesidades sociales. Mas aún, en nuestras sociedades, donde estas necesidades sociales son tan ingentes, los cambios constitucionales son más necesarios en la medida en que se constata su existencia para mejorar las condiciones de los ciudadanos en peor situación socioeconómica, pues la norma constitucional sólo debe estar a su servicio.

Hoy la Constitución dentro de nuestro sistema y de todos los que se comprenden universalmente en el Derecho Comparado, se ha aportado definitivamente de un "puro concepto ideal", y actualmente es un texto jurídico lleno de contenido determinado con efectos sobre los jueces y los ciudadanos, donde sus sustantividad sólo tiene sentido en la eficacia de los valores que encarna, para proteger con su aplicación al bienestar colectivo y bien común. Es este el "Derecho de la Constitución" según García De Enterría (*op. cit.* p. 31), ya no es un Derecho "institucional", sino "relacional" que, como en los orígenes, incluye las "libertades y los derechos fundamentales"

Por tales razones no puede afirmarse que la reelección no sea un principio compatible con la democracia, y por el contrario, puede señalarse que el mismo, dentro de un Estado de Derecho que garantice la justicia y los derechos de los ciudadanos, puede ser una herramienta útil que garantice la continuidad en el desarrollo de las iniciativas que benefician a la sociedad, o simplemente sirva para que dichos ciudadanos manifiesten directamente su censura por un gobierno que considere no ha realizado sus acciones en consonancia con las necesidades sociales.

En nuestra evolución constitucional, ante la inexistencia de sistemas de gobierno que dieran a los ciudadanos elementos y condiciones que permitiesen el establecimiento de la justicia y el derecho, se optó en la sucesivas constituciones en negar la reelección como medio de contención de voluntades individuales dentro de un sistema clientelar o de favoritos. Prueba de ello es que, *gratia exempli*, el principio de no reelección no era aplicable a los Diputados y Senadores de acuerdo con la Constitución de 1961, justamente donde residían, por lo general, los representantes y dirigentes de los aparatos partidistas a quienes sí interesaba en estos estamentos la existencia de esta figura.

Así, desde la Constitución de 1830 hasta la de 1947, se prohíbe de forma absoluta la reelección, sin que tal medida, aislada y sin la determinación de un sistema de gobierno que lo hiciera viable, en realidad, no sólo no impidió la existencia de gobiernos no democráticos, sino que sólo sirvió para disfrazar a través de subalternos, la verdadera continuidad de gobiernos con intereses ajenos al bienestar de la sociedad. De este modo, por ejemplo, las Constituciones gomecistas, de 1909 (artículo 84), 1914 (artículo 83), 1919 (artículo 83), 1928 (artículo 103) y 1931 (artículo 103), prohibieron la reelección inmediata con los resultados que han quedado para la historia, por lo que se evidencia que no puede haber divorcio entre una medida individual en el método de gobierno y la concepción general de justicia de un Estado. De ahí que la Constitución de 1999, retomando la idea de la Constitución de Angostura, y en plena armonía con los principios garantistas a favor del ciudadano y de su rol protagónico en la empresa de desarrollo del Estado, permitió la reelección presidencial, pero dentro de un marco de políticas públicas en el que ello no es una medida aislada de inspiración caudillista, sino que constituye un elemento más dentro de una visión progresista en el que la separación de poderes, los derechos de los ciudadanos y los mecanismos de participación de los mismos, pueden generar los contrapesos y la colaboración necesarios para la satisfacción de los intereses del Estado que no son otros que los de los propios ciudadanos. Luego de las consideraciones anteriores, queda clara la incongruencia de principios que animaron a las legislaciones electorales previas a la Constitución vigente, por lo que la interpretación de las mismas ha de hacerse, haciendo prevalecer los principios constitucionales actuales.

De ahí que si bien es cierto que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en su artículo 126, transcrito *supra*, ordenaba la separación de cualquier funcionario, con excepción de aquellos con cargos asistenciales, docentes, accidentales, académicos o de representación legislativa o municipal, de su cargo para la poder ser elegible como Alcalde o Gobernador, dicha norma debe ser contrastada por lo dispuesto en la Constitución, y así tenemos que el artículo 189 cuando establece las situaciones de inelegibilidad para Diputados o Diputadas, no hace referencia como impedimento para la reelección el que los mismos deban separarse de sus cargos. En idéntico sentido, se pronuncia la Constitución en el caso de Alcaldes o Alcaldesas (artículo 174).

Lo mismo ocurre en el caso del artículo 229 cuando establece las condiciones de inelegibilidad para ser Presidente de la República, pues no establece la obligación de separación del cargo. Además debe indicarse que tal figura, la separación del cargo, de aplicarse al Presidente de la República, a tenor de lo dispuesto en el artículo 233, no está contemplada, pues la separación para este supuesto sería la absoluta en razón de la norma legal antes mencionada y, consecuencia, sería susceptible de ser declarada como tal por la Asamblea Nacional como abandono del cargo, lo cual no parece ser el ánimo de la norma constitucional, por lo que dicha posibilidad no está en consonancia con lo establecido en el Texto Constitucional ni con la intención del Constituyente, el cual de haberlo querido habría establecido este supuesto, por lo que aún en el caso que el Presidente quisiera utilizar la medida de separación del cargo, por imperativo constitucional, se encuentra impedido de hacerlo, pues tal figura no fue considerada por el Constituyente y, en consecuencia, mal podría introducirla una norma previa a la Constitución actual.

Si a esto se agrega, que efectivamente el Estatuto Electoral del Poder Público estableció, entre otras cosas, que los funcionarios que se iban a reelegir podían continuar en sus cargos (artículo 4), se puede determinar con claridad una evidente *mens constitutionis*, que incorpora como principio que en caso de reelección no procede la separación del cargo.

Esto, además, debemos concatenarlo con otro principio introducido por la Constitución en su artículo 19, que es el de progresividad, y que tiene su origen en el Derecho Internacional de los derechos humanos y ha sido introducido en nuestro máximo texto normativo por el Constituyente de 1999. Sobre las consecuencias de tal principio, debemos citar a Villán Durán cuando afirma que la doctrina destaca “(...) como caracteres específicos de este sector del ordenamiento su progresividad, pues su ámbito, tanto material como formal, se extiende de modo continuado e irreversible.” (Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo 1995, p. 52).

Esta progresividad en consecuencia, no debe ser confundida con cierta idea de progresividad en los mal llamados derechos prestacionales, en los que algunos pretenden ver como de cumplimiento progresivo, o mejor aún, de incumplimiento parcial, pues la obligación del Estado respecto de los derechos inherentes a la persona son de cumplimiento inmediato y no sometidos a plazo o condición. De ahí el reto de un sistema basado en el Derecho y la justicia de cumplir con lo que expresa el autor antes citado:

“En lo que respecta a los caracteres que son propios del derechos internacional de los derechos humanos, recordemos con K. VASAK que se trata de un derecho ideológico, por cuanto se basa en la superioridad de los valores que son inherentes a la persona humana y aspira a expresar la ideología común de la humanidad. Además, es un derecho derivado de los derechos nacionales, desempeñando al mismo tiempo un papel unificador de las distintas legislaciones nacionales y un derecho mínimo, pues los tratados de derechos humanos representan un estándar mínimo de normas que son susceptibles de ampliación”. (Villán Durán, Carlos, *Ob.cit.*, p. 51, Énfasis de la Sala)

En consecuencia, la Constitución al establecer el carácter progresivo de los derechos humanos, no sólo establece la necesidad de optimizar en relación a su respeto por parte del Estado y de su cabal ejercicio por parte de los ciudadanos, sino que además, establece un fin del Estado, de modo que su incumplimiento no sólo afecte a un individuo en particular, sino que exprese el fracaso de un elemento trascendente en nuestra concepción como sociedad organizada.

Por ello, la progresividad debe ser entendida como la irreversibilidad en el campo de acción de un derecho humano así como la obligación de ampliar y optimizar dicho campo de acción. Es la determinación irrenunciable del ámbito de ejercicio del mismo, y cualquier limitación a dicho ámbito, que vulnere el mismo injustificadamente, viola dicho principio, y, por ende, el derecho humano de que se trate.

Así, lo que en materia de escolaridad parecía en el siglo XIX como de avanzada, esto es, la educación primaria, en la actualidad no lo es, y por ello, no pueden menoscabarse los derechos de las futuras generaciones, disminuyendo lo que generaciones anteriores pudieron tener y realizar. El hecho que efectivamente haya personas que por diversas razones no pudieron tener acceso ni siquiera a este nivel de cumplimiento del derecho, no implica que como hecho social, el Derecho haya aumentado su rango de acción y, en consecuencia, pueda ser impetrado como exigible dentro de un ámbito mayor a aquel en que fue reconocido en su momento. Esto no es otra cosa que el reconocimiento de la propia evolución humana y es su consecuencia natural, aunque por razones históricas o políticas, en algunos casos se vean más desarrollados los derechos en unos países que en otros, y aún en ese supuesto, el cumplimiento en otras realidades lo que hace es reafirmar su posibilidad de ejecución.

Esto, adicionalmente, es consecuencia directa del carácter evolutivo de toda sociedad, en la que siempre ha de tenderse a buscar el beneficio de la persona humana en la interpretación de toda norma, y ejemplo de ello es el propio hecho de los derechos de la persona humana, pues en un primer momento pudieron concebirse como una gracia dada por el soberano, como el caso de la Carta Magna inglesa de 1215 donde se reconocían y para una clase de personas (pues no se trataba sino de un movimiento a favor de un estamento de la sociedad inglesa y no de toda ella) ciertos derechos que en la actualidad no pueden sino concebirse como reconocidos por parte del Estado. Es decir, el Estado no crea derechos inherentes a la persona humana, los reconoce, pues justamente la evolución en la concreción de mecanismos jurídicos de protección ha llevado a la conclusión que la naturaleza de esos derechos inherentes obliga a que el Estado se limite a su reconocimiento sin buscar paternidad alguna, por lo que el mismo no puede ni menoscabarlos ni muchos menos eliminarlos por acto normativo alguno, pues el Estado no puede destruir lo que no ha creado, y en el caso de los derechos inherentes a la persona, no puede manipularse o alterarse algo derivado de la intrínseca dignidad del ser humano.

Por ello puede invocarse, como señala el Piza Escalante, respecto de los derechos humanos, que los mismos “(...) *no pueden estar a disposición de ellos (de los Estados), por el principio elemental de que en ninguna relación bilateral, que en este caso sería la relación Estado-ser humano, la suerte de esa relación puede estar en manos de una sola de las partes*” (Piza, Rodolfo y Gerardo Trejos. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana, Juricentro, San José 1989, p. 65) y, en consecuencia, al tratarse de una condición inherente a la persona, no está sujeto, siquiera a la voluntad de esta última, quien puede o no ejercer su derecho, pero no lo puede desconocer.

Todo ello debe concatenarse con la tradición constitucional comparada, en la que los funcionarios susceptibles de ser reelegidos, no están obligados a separarse de sus cargos, como sería el caso de España, Colombia, Estados Unidos y Gran Bretaña, entre otros. De modo que debe concluirse que lo dispuesto en la parte *in fine* del artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es contraria a la Constitución y en consecuencia es inaplicable en el supuesto citado, y así se decide.

Análisis **aparte merece la obligación de separarse del cargo en casos diferentes a la reelección**, pues se trata, evidentemente, de un supuesto de hecho diferente al referido *supra*, por lo que no necesariamente deben serle aplicado los mismos elementos de interpretación.

Del mismo modo en que la propia Constitución señala su intención de establecer como principio la no separación de cargos en caso de reelección, en el caso de ser elegidos para una función pública diferente a la que se posee, es el propio Texto Constitucional el que nos indica en su artículo 179 que para poder ser elegido como Diputado o Diputada, tanto el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras, y otros funcionarios que allí se mencionan deben separarse, de forma absoluta de tales cargos, para poder optar a ser elegido como parlamentario. Esto es reiterado por el artículo 229 cuando señala como causal de inelegibilidad para ser Presidente de la República “(...) *quien esté en ejercicio del cargo de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Ministro o Ministra, Gobernador o Gobernadora y Alcalde o Alcaldesa, en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección*”. Igualmente el artículo 124 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política cuando expresa que “*Para postularse para el cargo de Presidente de la República, los funcionarios públicos que ocupen cargos de dirección ejecutiva, deberán separarse del cargo en forma absoluta antes del acto de postulación, y en los demás casos, la separación será del ejercicio del cargo*”.

Tales restricciones tienen sentido en la medida en que mientras el que aspira a la reelección, en el caso de ser reelegido, puede continuar con sus labores y garantizar la continuidad administrativa, en el otro supuesto, la elección impediría la continuación de las labores en el cargo previo, por lo que en razón del principio de eficacia y eficiencia que debe caracterizar a la Administración Pública de acuerdo con el artículo 141 de la Constitución, deben traspasarse las responsabilidades del cargo previo ante la contingencia de la posible elección. A esto se debe agregar el potencial peligro que significaría el utilizar el cargo que se detenta antes de la postulación con fines electorales, lo cual, si bien puede alegarse también en los supuestos de reelección, en este último caso puede ser regulado con la normativa que al efecto se dicte, mientras que en el supuesto de ejercicio de otros cargos, las posibilidades de manejo con fines políticos pueden ser tan diferentes que su regulación es casi imposible, por lo que se prefiere usar la figura de la inelegibilidad por ser la más práctica y transparente a la vista de los electores. Debe aclararse que este tratamiento es desigual pero no discriminatorio, por cuanto se trata, como se ha dicho antes, de supuestos de hecho diferentes.

Así, organismos especializados como el Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL) ha afirmado que “(...) ciertos requisitos legales no pueden considerarse actualmente como discriminación electoral. Los límites de edad (18 años normalmente), requisitos de residencia, de nacionalidad, impedimentos de orden psíquico o penal, no se consideran discriminatorios” (CAPEL, Diccionario Electoral, San José 1988, p. 251), y antes bien, son comunes en los ordenamientos de derecho comparado.

Sirva de ejemplo el caso español, donde la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en su Capítulo II, referido al sufragio pasivo, establece tres tipos de inelegibilidad, la llamada inelegibilidad absoluta (artículo 6), que cubre aquellas situaciones en las cuales mientras el sujeto presente el supuesto de hecho de la norma, estará impedido de ser considerado como candidato a cargos de elección (vgr. El Defensor del Pueblo, el Fiscal General de Estado, los militares activos, etc.) y hay un caso en particular donde dicha situación es permanente, dada la existencia de la institución monárquica en ese país (es causal de inelegibilidad ser parte de la familia real), la inelegibilidad temporal (aparte 2 del artículo 6), constituida por aquellos casos donde los órganos jurisdiccionales hayan dictado medidas de inhabilitación, sea por condena a pena privativa de libertad (literal a) o por haber sido condenado por delitos de rebelión, de terrorismo o contra las instituciones del Estado y el tribunal los haya condenado a inhabilitación por el tiempo de la pena (que puede ser hasta de veinte años de acuerdo con el artículo 40 del Código Penal español), y por último, la denominada inelegibilidad relativa (aparte 3 del artículo 6), que permite a los sujetos que ellas estén contemplados (funcionarios de ámbito provincial) ser elegidos en algunos cargos de elección, siempre que el cargo en el que quiera ser postulado esté fuera del área territorial del cargo que causa la inelegibilidad (vgr. Delegados territoriales de Radio Televisión Española, delegados provinciales de la oficina del Censo Electoral).

En todos estos casos, la causal de inelegibilidad, de acuerdo con el artículo 7 de la ley, deberá ser subsanada, en los casos en que proceda, hasta el día de la presentación de la candidatura, aunque existe una causal de inelegibilidad, que ya hemos indicado, que no es posible modificar.

En nuestro país, la causal de inelegibilidad en razón de tenerse un cargo diferente al que se aspira, puede remontarse a la candidatura para Presidente de la República del General Ignacio Andrade en las elecciones efectuadas en septiembre de 1897, pues al mismo tiempo de ser candidato ejercía la presidencia (lo que ahora se conoce como gobernación) de lo que entonces se conocía como Estado Miranda, cuyos límites geográficos son diferentes al actual, y que por tal razón fue denunciado por sus adversarios, completamente en vano, pues dicho candidato estaba auspiciado por el caudillo de la época, General Joaquín Crespo, lo que se

evidencia con su porcentaje de votación a favor (99,3% de los votos), demostrándose una vez más que las medidas individuales, en este caso la prohibición de reelección para el General Crespo (artículo 73 de la Constitución de 1893), de nada sirvieron para que el mismo continuase ejerciendo su influencia, si dicha medida no está acompañada de una estructura institucional y democrática que haga efectiva la voz del soberano.

Por ello, la persistencia de nuestros constituyentes de negar la reelección, no puede ser vista como una oposición a priori respecto de la figura, sino una reacción natural a un estado de cosas y a la situación política de la época. Otros ejemplos respecto de la inutilidad de la prohibición los tenemos en el caso de los hermanos Monagas de 1848 a 1858, quienes se alternaron el poder buscando su hegemonía, o la más clara de todas las evasiones a la prohibición de continuidad, dada por Juan Vicente Gómez, quien gobernó a través de lugartenientes, y éstos a pesar de que nominalmente tenían el título de Presidentes (y cuyo nombre queda para el oprobio de la historia), no tenían la menor duda, lo mismo que sus conciudadanos en relación a donde verdaderamente residía el Poder Ejecutivo.

Todo ello debido a la inexistencia de instituciones, y sobre todo, por la carencia absoluta de canales de participación que permitieran la estructuración de la sociedad en detrimento del poder por medio de un sistema democrático. Con estos ejemplos, queda de manifiesto lo poco provechoso que ha resultado para nuestro desarrollo político e institucional la prohibición de no reelección, pues la misma no ha servido sino para enmascarar las realidades que pretendía prevenir.

Sin embargo, este ejemplo evidencia, que a pesar de contarse con el peso del poder, si se tiene un cargo público, se puede utilizar el mismo con fines electorales, por lo que se hace necesaria la desincorporación de dicho cargo de modo de garantizar, como se ha dicho, la continuación de las labores de la Administración Pública, por un lado, y por el otro, la imposibilidad de ejercer las potestades inherentes al cargo con fines distintos a los que la Constitución y la ley señalan.

De lo expuesto se manifiesta que es connatural con todo sistema de elecciones, la existencia de situaciones que impiden a los ciudadanos el postularse como candidatos a determinados cargos, y en virtud de las competencias que esta Sala le ha reconocido al Consejo Nacional Electoral en la sentencia N° 2.341 del 25 de agosto de 2003, tiene éste la potestad de establecer dichas condiciones dentro del marco de nuestra Constitución.

En razón de lo expuesto, debe concluir esta Sala que el Consejo Nacional Electoral, actuó dentro del marco de sus competencias y apegado a los principios constitucionales cuando dictó la Resolución N° 040316-194 del 16 de marzo de 2004, por la que estableció como causal de inelegibilidad, además de ser titular de los cargos que allí expresamente se mencionan, el de ser funcionario de "mayor rango".

Coincide en este caso la Sala con la apreciación hecha por la Sala Electoral respecto, a la incongruencia que supone, por parte del Consejo Nacional Electoral, que luego de haber dictado esta Resolución, posteriormente señale que la misma no es aplicable, sino que por el contrario la norma a aplicar es el Estatuto Electoral del Poder Público, pues si ésta era su interpretación de dicha situación, no se entiende entonces por qué dictó la Resolución que ahora pretender desconocer.

Por otro lado, si bien el artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, no hace distinción entre funcionarios y por el contrario exige que todo funcionario, con las excepciones que puntualiza posteriormente, debe separarse de su cargo para ser considerado como candidato para optar al cargo de Gobernador o Alcalde, no es óbice para que el Consejo Nacional Electoral desarrolle dicha norma y haga precisiones como la determinación de que

tipo de funcionario puede además ser considerado como inelegible, por lo que la determinación realizada en la Resolución N° 040316-194 respecto a los funcionarios de mayor rango, está apegada a las reglas de un sistema electoral fundado en principios democráticos, y así se decide.

En idéntico sentido, debe señalarse que la utilización que hizo la Sala Electoral del Estatuto de la Función Pública, a los efectos de determinar qué es un funcionario de “*mayor rango*”, es perfectamente válida y está lo suficientemente motivada para que se entienda racionalmente las consideraciones que llevaron a dicha Sala a estimar lo que entiende, a los efectos electorales, como un funcionario de mayor rango.

De ahí que resulte ajustada a derecho la interpretación dada por la Sala Electoral respecto a la validez de la Resolución citada, lo mismo que la interpretación utilizada por ésta para determinar la calidad de funcionario de “*mayor rango*” que ostentaba el ciudadano Fernando Loaiza Chacón, por lo que resulta ajustada a los principios constitucionales analizados a lo largo de este fallo y no tiene, en consecuencia, lugar en derecho la solicitud de revisión constitucional solicitada. Así se decide.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Régimen Constitucional: Prevalencia de derechos

Véase: Página 150 de esta *Revista*

TSJ-SPA (1895)

26-7-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Enrique Mendoza vs. Decreto Presidencial N° 1.969 mediante el cual se declaró como Zona de Seguridad el área que circunda la Base Aérea “Generalísimo Francisco de Miranda”.

Por regla general el interés colectivo prevalece sobre los intereses particulares, máxime en el presente caso cuando está en contraposición el interés general relacionado con la seguridad y defensa de la Nación, con el interés particular de un grupo de ciudadanos a quienes se les ha limitado su derecho de propiedad, a favor de la protección perseguida con la declaratoria de zona de seguridad.

2. Violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad

Véase: Página 126 de esta *Revista*

TSJ-JS-SP

6-7-2006

Caso: Acción de imputación formal contra el ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, y otros funcionarios.

La Sala Plena (Juzgado de Sustanciación) ratifica doctrina de la Sala Constitucional en torno a los delitos de lesa humanidad.

3. *Garantías Constitucionales: Derecho a la Tutela Judicial efectiva: Potestad Cautelar*

Véase: Página 191 de esta *Revista*

TSJ-SC (1590)

10-8-2006

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Telecomunicaciones Movilnet, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Si bien la potestad cautelar se reconoce como una garantía fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, su otorgamiento se encuentra vinculado a la satisfacción de determinadas exigencias tendentes a evitar que quien la solicite, se procure una ventaja inmerecida -en perjuicio de su contraparte- valiéndose del proceso con un objeto ajeno a la prosecución de la justicia. Generalmente, en nuestro sistema procesal el Legislador ha optado por conferirle al juez la comprobación de tales extremos, de modo que las cautelas operan a través de una sentencia que efectúa tal verificación. Sin embargo, nada obsta a que sea la propia ley la que confiera la protección cautelar en determinados supuestos, como podría ser la suspensión automática de los efectos del acto impugnado.

4. *Derechos Constitucionales. Reserva legal: Limitabilidad*

TSJ-SPA (1895)

26-7-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Enrique Mendoza vs. Decreto Presidencial N° 1.969 mediante el cual se declaró como Zona de Seguridad el área que circunda la Base Aérea "Generalísimo Francisco de Miranda.

Cuando se hace alusión a que los derechos constitucionales sólo pueden ser limitados por Ley, o cuando algún instrumento jurídico estipula que algún derecho puede ejercerse "...sin más limitaciones que las establecidas por la Ley...", no significa que las limitaciones deben preverse únicamente en la ley, sino que las leyes pueden contenerlas expresamente o establecer de qué forma y a través de cuáles instrumentos van a ejecutarse.

CPCA

18-8-2006

Juez Ponente: Javier Tomás Sánchez Rodríguez

Caso: Aeropostal Alas de Venezuela (AEROPPOSTAL) vs. Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia.

La Corte señala, que el acto normativo accionado en amparo al establecer límites al ejercicio de la libre competencia sin cumplir con la exigencia primaria establecida por el propio constituyente en el texto fundamental, como lo es ostentar la fuerza y rango de una ley, lesiona el derecho constitucional previsto en artículo 112 Constitucional.

Precisado lo anterior, debe esta Corte pronunciarse acerca de la acción de amparo interpuesta, por lo cual analizadas como han sido las actas del expediente, así como los alegatos expuestos tanto por la parte accionante, como por la parte presuntamente agravante, de los terceros coadyuvantes y por la representante del Ministerio Público, se observa:

Como toda constitución contemporánea, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tiene dentro de su parte dogmática un conjunto de preceptos referidos a la economía del Estado; a este conjunto de normas se le reconoce como la Constitución Económica, siendo normas constitucionales destinadas a proporcionar el marco jurídico necesario para la completa estructura y funcionamiento de la actividad económica estatal. Así tenemos que, dentro del Estado Venezolano el sistema socio económico está conformado principalmente por los principios de libertad económica, iniciativa privada y libre competencia, empero con la participación activa del Estado en diversas facetas, tales como son, la promoción del desarrollo económico, la regulación de diversas actividades económicas, y la planificación de éstas, con la participación activa de la sociedad civil o iniciativa privada, ello en consonancia con el Estado Social, de Derecho y de Justicia.

Dentro de este contexto tenemos que el artículo 112 del Texto Fundamental, establece:

“...Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país...”.

Con respecto a la definición y alcance del derecho a la libertad económica, (Ver: sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 2005-2900, de fecha 12 de mayo de 2005, caso: *Imosa Tuboacero Fabricación*)

...En el caso de autos, la Resolución Ministerial que se denuncia como inconstitucional, así como el acto administrativo que la ejecuta, ordenando su plena vigencia y aplicación, le fija a las sociedades mercantiles que funcionan como líneas aéreas, la obligación de pagar a las agencias de viajes un porcentaje equivalente al diez por ciento (10%) para todo tipo de comisión por venta de pasajes aéreos, prohibiéndole terminantemente a las empresas aéreas internacionales que operan en el país, pagar a las agencias de viajes, cualquier otra comisión o incentivo por la prestación de estos servicios.

Tal mandamiento a criterio de esta Corte, debe considerarse como una barrera o conducta restrictiva a la libertad económica, es decir, una limitación a la actividad comercial que se plantea entre estos agentes económicos, esto es, por un lado, las sociedades mercantiles que funcionan como líneas aéreas y, por otro lado, las agencias de viajes, ello por cuanto no permite que en atención a las variables comerciales de intercambio que se encuentran en un determinado mercado, sean los agentes económicos quienes fijen el porcentaje equivalente que por comisión le corresponde a las agencias de viajes.

Ello así, considera la Corte que la Resolución en comento, es sin duda alguna un acto administrativo de rango sublegal, por lo cual mal pudo haber establecido tal limitación u obligación a las líneas aéreas, creando consecuentemente una merma de las condiciones de competencia en aquellos agentes económicos que eventualmente participan o podrían participar en el mercado del servicio de transporte aéreo, generando así efectos contrarios a la libre competencia.

Mas aún la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA) en comunicación N° 000166 de fecha 15 de febrero de 2000, cursante al folio 179 al 181 del expediente judicial, con ocasión de una consulta formulada por la sociedad mercantil American Air Lines, INC., sobre la vigencia y eficacia de la Resolución N° DTA-76-10 de fecha 29 de julio de 1976, emanada del extinto Ministerio de Comunicación señaló lo siguiente:

“...En conclusión, al estar reñida la Resolución N° DTA-76-10 de fecha 29 de julio de 1976 con los principios de libre competencia; y de acuerdo a lo establecido en la disposición transitoria decimotava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela aprobada el 15 de diciembre de 1999 y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, las autoridades de la Administración Pública deben hacer valer, con carácter prioritario y excluyente, los principios que promueven y protegen la libre competencia y abstenerse de aplicar cualquier disposición susceptible de generar efectos contrarios. Por tal motivo, la Resolución N° DTA-76-10 debe considerarse tácitamente derogada puesto que merma las condiciones de competencia existentes, y genera efectos contrarios a libre competencia, de acuerdo a lo expuesto *supra*...”.

Esta respuesta generó, a juicio de este Órgano Jurisdiccional la confianza legítima en los destinatarios del acto administrativo impugnado en sede Constitucional, quienes procedieron conforme a las reglas del libre mercado a fijar los porcentajes de pago a las agencias de viajes por concepto de venta de boletos.

En virtud de lo anterior, advierte esta Corte que el acto normativo accionado en amparo al establecer límites al ejercicio de la libre competencia sin cumplir con la exigencia primaria establecida por el propio constituyente en el texto fundamental, como lo es ostentar la fuerza y rango de una ley, lesiona el derecho constitucional de la accionante previsto en artículo 112 Constitucional y, así se declara.

En consecuencia, verificada como ha sido la violación del derecho constitucional a la libre competencia de la parte accionante mediante la aplicación de la Resolución N° DTA-76-10 de fecha 29 de julio de 1976, dictada por el extinto Ministerio de Comunicaciones, debe esta Corte ordenar al Superintendente para la Promoción y Protección de la Libre Competencia desaplicar la misma para el caso concreto y, así se decide.

Como resultado de ello, es necesario dejar sin efecto la medida cautelar mediante la cual se ordenó a las sociedades mercantiles que funcionan como líneas aéreas la obligación de pagar a las agencias de viajes un porcentaje equivalente al diez por ciento (10%), para todo tipo de comisión por venta de pasajes aéreos, contenida en la Resolución SPPLC/0035-06, de fecha 11 de agosto de 2006, emanada de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), fundamentada en dicho texto de carácter sublegal.

Así se declara.

Voto Salvado de la Juez Negullen Torres López

La Juez Neguyen Torres López, quien suscribe el presente Voto Salvado, disiente de la sentencia aprobada por la mayoría sentenciadora, que declara con lugar la acción de amparo constitucional ejercida en el presente caso por Aeropostal Alas de Venezuela, S.A. y otras líneas aéreas contra la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia). Las razones de esta disidencia son las siguientes:

1° El aspecto que mayor preocupación genera en quien aquí disiente, está referido al uso indebido que se ha dado a la presente acción de amparo constitucional, subvirtiendo el desarrollo normal de un procedimiento administrativo llevado ante la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

Desde los mismos albores de la existencia de la acción de amparo constitucional en nuestro país, que se remontan a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de fecha 20 de octubre de 1983 (caso: *Andrés Velásquez*), se ha venido advirtiendo acerca de los peligros que subyacen a un ejercicio incontrolado de la acción de amparo constitucional; poniéndose particular énfasis en el aspecto relativo a la necesaria cualidad del amparo como medio extraordinario de protección frente a las vías judiciales ordinarias. Esta misma Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en temprana sentencia de fecha 25 de enero de 1984 (caso: *Alfonso León Avendaño*), hizo los siguientes señalamientos:

“Cuando frente a determinada actuación de la Administración se prevea un medio específico para controlar su constitucionalidad o ilegalidad, para obtener el restablecimiento de un derecho o garantía violado, la acción de amparo es inadmisibles, porque a aparte de los efectos que se aspiran a conseguir con el recurso de amparo es posible obtenerlos con el medio específico de impugnación, la aceptación general e ilimitada de tal acción haría inútil e inoperante, los remedios jurídicos y judiciales que la Constitución y las leyes prevén ordinariamente. Tal sucede con los recursos administrativos, la acción de inconstitucionalidad y los recursos contencioso administrativos de anulación, que de admitirse la acción de amparo, sin que el recurrente haya ejercido tales medios de impugnación, se eliminaría de un solo golpe todo el sistema de la legalidad contemplado en el ordenamiento jurídico venezolano. En efecto ¿de qué serviría seguir manteniendo los recursos administrativos y la jurisdicción administrativa, si los particulares pudieran intentar directamente la acción de amparo frente a los actos administrativos? ¿Para qué continuar regulando los recursos administrativos y las acciones de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de los actos de los poderes públicos y la tramitación de los juicios de tales acciones, si su anulación pudiera obtenerse principalmente por la vía de amparo? La consagración absoluta e ilimitada del amparo sacudiría los cimientos mismos del sistema jurídico del país, hasta el punto que ante una decisión firme de cualquier autoridad, que ha causado estado, ya no habría seguridad y certeza alguna, ni mucho menos estabilidad (...)

Pero, por otra parte, la consagración ilimitada y absoluta de la acción de amparo, convertirá a los Tribunales en órganos ordinarios de la actividad y actuación administrativa, es decir, en órganos de Alzada, al que constantemente acudirían los particulares para que se les restablecieran sus derechos, perdiéndose de este modo uno de los fundamentos del principio de legalidad administrativa cual es la potestad o poder del autocontrol, de la propia Administración, y en concreto, de su facultad de revisión de la actividad de los órganos administrativos. Tal potestad y facultad, además de inútiles serían innecesarias, y terminarían siendo erradicadas del ordenamiento. De este modo operaría en la práctica una derogación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en lo atinente a la jurisdicción contencioso administrativa, trastocándose el régimen normal y ordinario de los procedimientos administrativos y de los juicios de nulidad, de un modo tal que lo corriente sería entonces los juicios sumarios y los jueces se convertirían en Jueces de excepción y no en jueces naturales”.

Mucho trayecto se ha recorrido desde que este órgano jurisdiccional formulara tales señalamientos; muchas de las afirmaciones allí expresadas han sido objeto de numerosas matizaciones, o incluso han sido del todo superadas. Pero el trasfondo de las mismas sigue vigente, más aún en vista de la proliferación exacerbada del ejercicio del amparo constitucional durante sus casi 25 años de existencia.

De las afirmaciones hechas en la sentencia transcrita, quizá una particularmente polémica es aquella según la cual: “la consagración ilimitada y absoluta de la acción de amparo, convertirá a los Tribunales en órganos ordinarios de la actividad y actuación administrativa,

es decir, en órganos de Alzada, al que constantemente acudirían los particulares para que se les restablecieran sus derechos, perdiéndose de este modo uno de los fundamentos del principio de legalidad administrativa cual es la potestad o poder del autocontrol, de la propia Administración, y en concreto, de su facultad de revisión de la actividad de los órganos administrativos” (subrayado de la disidente). En efecto, de las numerosas críticas que se han formulado al uso irracional del amparo, no resulta sin embargo la más común el que ello implique una sustitución, por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la actividad propiamente administrativa. Más bien se suele rechazar el uso excesivo del amparo frente a los recursos contencioso administrativos ordinarios.

Pero en este particular caso, los temores expresados en aquella temprana decisión parecen haberse hecho realidad, incluso en lo referente al polémico aspecto arriba referido. A juicio de quien disiente, la mayoría sentenciadora, al declarar con lugar la presente acción de amparo, ha incurrido claramente en una intromisión dentro de un procedimiento administrativo que se venía desarrollando con normalidad ante Procompetencia; con la gravedad adicional de que se trata de un procedimiento de los denominados “cuasi-jurisdiccionales”, pues el substrato del mismo viene dado por un litigio entre particulares a ser resuelto por un órgano de carácter técnico como lo es Procompetencia.

El problema fundamental planteado en el presente caso es una disputa entre las líneas aéreas y las agencias de viajes, respecto del porcentaje que debe cobrarse como comisión por la venta de boletos aéreos. La solución a dicho problema no es sencilla. Se trata de un asunto de considerable complejidad, donde se requiere un análisis detallado de elementos tales como el posible abuso de posición de dominio por parte de las líneas aéreas o el posible abuso en la regulación del porcentaje de comisión por parte del entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones en la Resolución DTA-76-10 de fecha 29 de julio de 1976; o actualmente por parte de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

Para arribar a una decisión justa frente a un problema de tal complejidad, lo lógico y natural es cumplir con un procedimiento ante una autoridad administrativa con competencia técnica para analizar aspectos diversos, que no necesariamente revisten ropaje enteramente jurídico. Y para ello lo lógico es dejar transcurrir sin intromisiones el procedimiento ante Procompetencia, cuya decisión, posteriormente, podrá ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa a través de un recurso de nulidad, conjuntamente si es el caso con una acción de amparo cautelar.

Lamentablemente, en este caso, la mayoría sentenciadora ha decidido entrometerse en el desenvolvimiento normal del Procedimiento, dejando sin efecto la medida cautelar administrativa en él otorgado y, lo que es más grave, adelantándole criterios de decisión a Procompetencia, en particular, al desapplicar la Resolución DTA-76-10 de fecha 29 de julio de 1976. Este proceder, a juicio de quien disiente, constituye una invasión de la función técnico-administrativa que ejerce Procompetencia, a través de un medio judicial, como lo es el amparo constitucional, que únicamente puede ser utilizado en situaciones donde exista una evidente y flagrante violación o amenaza a derechos constitucionales.

2° Más allá de lo anteriormente expuesto, a juicio de quien disiente, no existen elementos que hagan concluir en la violación del núcleo esencial de los derechos fundamentales de las aerolíneas. Más bien, lo que se vislumbra es un asunto cuya resolución depende en gran medida de interpretaciones de orden legal y técnico; y donde tanto la posición defendida por las aerolíneas como la posición defendida por las agencias de viajes, tienen sustento; de allí que mal podía, atribuirse la razón a aquéllas sin profundizar suficientemente en el caso, con motivo de un eventual juicio de nulidad sobre la decisión que finalmente tome Procompetencia.

En relación al derecho constitucional a la libertad económica, la mayoría sentenciadora considera que el mismo se ve vulnerado tanto por la Resolución Ministerial DTA-76-10 de fecha 29 de julio de 1976 como por la medida cautelar dictada por Procompetencia -la cual sería un acto aplicativo de aquella, cuestión sobre la cual se volverá más adelante-, al fijar a las aerolíneas la obligación de cancelar a las agencias de viajes el diez por ciento (10%) de los boletos aéreos, mandamiento que: “debe considerarse como una barrera o conducta restrictiva a la libertad económica, es decir, una limitación a la actividad comercial que se plantea entre estos agentes económicos, esto es, por un lado, las sociedades mercantiles que funcionan como líneas aéreas y, por otro lado, las agencias de viajes, ello por cuanto no permite que en atención a las variables comerciales de intercambio que se encuentran en un determinado mercado, sean los agentes económicos quienes fijen el porcentaje equivalente que por comisión le corresponde a las agencias de viaje”.

A continuación, considera la mayoría sentenciadora que la Resolución Ministerial: “es sin duda alguna un acto administrativo de rango sub-legal, por lo cual mal pudo haber establecido tal limitación u obligación a las líneas aéreas, creando consecencialmente una merma de las condiciones de competencia en aquellos agentes económicos que eventualmente participan o podrían participar en el mercado del servicio de transporte aéreo, generando así efectos contrarios a la libre competencia”.

Las anteriores afirmaciones, a criterio de la disidente, evidencian de manera patente la intromisión que este órgano jurisdiccional ha realizado, por vía de amparo, sobre asuntos de orden técnico-legal que sólo compete determinar en fase administrativa a Procompetencia, para después, en todo caso, ser controlada su decisión por la vía contencioso administrativa de nulidad. En particular.

Ciertamente, tanto la Resolución Ministerial como la medida cautelar dictada por Procompetencia, al fijar la ya mencionada comisión de 10% sobre la venta de boletos aéreos, establecen una limitación a la libertad económica. Sin embargo, la mayoría sentenciadora, sin más, señala que tales actos son de rango sub-legal, sin preguntarse o analizar detenidamente si los mismos están a su vez fundamentados en normas legales.

Por una parte, la Resolución DTA-76-10 de fecha 29 de julio de 1976, emanada del entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones, si bien es un acto de rango sub-legal, bien podría tratarse de un acto aplicativo de una norma legal que facultaba al Ministerio a fijar la alícuota. Sobre ello no hay análisis alguno por parte de la mayoría sentenciadora.

Cabe destacar, además, que en el fallo se asume que la presente acción de amparo constitucional ha sido interpuesta como amparo contra normas, impugnando la medida cautelar dictada por Procompetencia como acto de aplicación de la Resolución Ministerial. Tal asunción resulta infundada.

En primer lugar, la Resolución DTA-76-10 de fecha 29 de julio de 1976, a juicio de quien disiente, es sin duda un acto normativo autoaplicativo y la prueba está en que la misma fue acatada por las aerolíneas sin necesidad de actos particulares de aplicación de la misma. En tal sentido, dicha Resolución sí podía ser impugnada en vía de amparo, de manera directa (y no indirectamente en sus supuestos actos aplicativos), pero ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, no ante esta Corte.

En segundo lugar, la Resolución N° SPPLC/0035-06, de fecha 11 de agosto de 2006, emanada de Procompetencia, no es un acto de aplicación de la Resolución Ministerial, sino claramente un acto de aplicación del artículo 35 ordinal 2° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, que faculta al señalado órgano para dictar medidas cautelares que eviten daños ocasionados por las prácticas prohibidas por la ley.

De manera que, la argumentación sobre la cual la mayoría sentenciadora decide dejar sin efecto la medida cautelar contenida en dicha Resolución, se fundamenta sobre la base de una premisa incorrecta: que supuestamente dicha medida sería un acto aplicativo de la Resolución Ministerial DTA-76-10 de fecha 29 de julio de 1976. En el mejor de los casos, tal carácter de acto aplicativo es seriamente discutible.

Pero lo más preocupante de los señalamientos de la mayoría sentenciadora dimana de la citada afirmación según la cual la medida cautelar dictada por Procompetencia: “crea consecuentemente una merma de las condiciones de competencia en aquellos agentes económicos que eventualmente participan o podrían participar en el mercado del servicio de transporte aéreo, generando así efectos contrarios a la libre competencia”.

¿Sobre qué argumentos se fundamenta tal apreciación? ¿Dónde están los estudios de mercado que demuestran la merma en las condiciones de competencia de las líneas aéreas? ¿Se ha preguntado esta Corte si tal vez las líneas aéreas se encontraban en una posición de dominio frente a las agencias de viaje, y por ello la fijación de una comisión lejos de crear una merma en las condiciones de competencia, lo que hace precisamente es garantizar tales condiciones?

La Corte, lamentablemente, a juicio de quien disiente, ha asumido por vía de amparo la función contralora de Procompetencia, sin tener a su disposición los estudios y análisis técnicos necesarios para ejercerla, limitándose a expresar su opinión sobre un asunto que requería ser abordado de manera mucho más profunda.

3° Finalmente, quien disiente considera que la mayoría sentenciadora ha debido admitir las pruebas de informes promovidas tanto por la accionante como por la Asociación Venezolana de Agencias de Viajes y Turismo (AVAVIT), ello así por cuanto tales pruebas sí resultaban pertinentes y pretendían probar hechos no demostrables mediante otra vía.

Sobre este aspecto, la mayoría sentenciadora señaló lo siguiente:

“(…) ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y de esta Corte, en cuanto a que es inadmisibles la prueba de informes cuando existen otros medios para traer a los autos la información pretendida, en el caso de autos, se advierte que los informes fueron promovidos a fin de que distintos Entes y Organismos públicos informaran sobre la existencia y contenido de diferentes actos y comunicaciones.

Ahora bien, por cuanto la prueba de informes tiene objeto trasladar al procedimiento datos concretos de hechos litigiosos, la promoción de los informes como medio probatorio en los términos expuestos por los promoventes, desnaturaliza el fin de este medio y por tanto no es el mecanismo idóneo, siendo ello así, cuando se trata de traer a los autos el contenido de documentos que se encuentran en poder de terceros, el medio probatorio idóneo es la prueba de exhibición de documentos a que se refiere el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 437 *eiusdem* y no la prueba de informes, razón por la cual y en atención al criterio señalado, razón por la cual la Corte procedió a declarar la inadmisibilidad de la prueba de informes promovida por los accionantes y la representación de la Asociación Venezolana de Agencias de Viajes y Turismo (AVAVIT)”.

La mayoría sentenciadora, pues, estima que tanto los accionantes como AVAVIT han debido acudir a la prueba de exhibición y no a la prueba de informes. Sin embargo, el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil establece que en la prueba de exhibición, el promovente debe anexar copia del documento cuya exhibición se solicita “o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo”.

Pero en este caso, tal y como se señala en el propio texto del fallo, la prueba de informes fue promovida, tanto por las accionantes como por AVAVIT, no para demostrar el contenido de un documento, sino precisamente para que se informara acerca de dicho contenido y su alcance; incluso, en el caso de los informes promovidos por AVAVIT, se inquiría acerca de la misma existencia de ciertos actos administrativos.

¿Cómo puede pretenderse, entonces, que quien solicita se informe si una determinada comunicación existe y cuál es su contenido, presente copia de la misma o exprese su contenido de antemano?

En este caso, a juicio de quien disiente, la mayoría sentenciadora interpretó erradamente la intención probatoria de los promoventes, para luego considerar que debían haber promovido una prueba, como es la de exhibición, que no resultaba en lo más mínimo idónea para demostrar lo que realmente deseaban probar.

Considera, pues, quien aquí suscribe, que la presente acción de amparo constitucional ha debido ser declarada INADMISIBLE.

Queda así expresado el criterio de la Juez Disidente, a través del presente Voto Salvado que se hace público en la misma fecha de la decisión analizada

5. *Derechos Individuales*

A. *Derechos sobre el propio cuerpo: Régimen de los trasplantes de órganos y tejidos*

TSJ-SC (1453)

27-7-2006

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Fundación Oftalmológica Venezolana y Asociación Civil Banco de Ojos de Caracas para toda Venezuela vs. Ministerio del Interior y Justicia.

La Sala Constitucional analiza el régimen de los trasplantes de órganos y tejidos, en especial, analiza el tema del trasplante de córneas.

Observa la Sala que los demandantes en la presente causa están conformados por tres particulares que actúan en nombre propio y en defensa de sus derechos a la salud y a la integridad física, y dos personas jurídicas, como lo son la asociación Civil Banco de Ojos de Caracas para toda Venezuela, y la Fundación Oftalmológica Venezolana, la cual como se lee en sus Estatutos, es una sociedad civil, sin fines de lucro, con personalidad jurídica, que tiene entre sus objetivos, "...el que se atiendan oportunamente y con plenitud de recursos técnicos a pacientes de enfermedades oculares", y "...se promuevan campañas a nivel nacional, tanto de divulgación como de detección, sobre la gama de enfermedades oculares que más afecten a la población venezolana, y se promueva la instrumentación de los mecanismos que regulen de manera uniforme la obtención de utilización de ojos humanos para el trasplante de córneas, la utilización de escleras y otras partes vitales, así como también la creación de Bancos de Ojos en cualquier lugar de la República que se estimare necesario" (artículo 3, literales a) y c) del Estatuto de la Fundación antes indicada).

Teniendo en cuenta lo anterior, los hechos controvertidos en la presente causa se circunscriben, tal y como quedó establecido en la decisión dictada por esta Sala el 30 de noviembre de 2004, en lo siguiente:

“Las partes están acordes con el hecho de que existe una normativa especial, esto es, la Ley sobre Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos que regula los aspectos relacionados con el retiro de tejidos o materiales anatómicos de los cadáveres con fines terapéuticos; así como también están contestes que en la actualidad la parte actora no ha podido hacer trasplantes de tejidos de córneas, por lo que dicha circunstancia no está sujeta a probanza alguna; sin embargo, si ha sido controvertido por los actores, el hecho afirmado por el apoderado judicial del Ministerio del Interior y Justicia, de que el Ministerio de Salud y Desarrollo Social, a través de distintas organizaciones, entre ellas la Organización Nacional de Trasplantes de Venezuela (ONTV), desarrolla ‘un programa de trasplantes de órganos accesible y eficaz...’; circunstancia contradicha por los actores, quienes han señalado que ‘...desde hace más de doce años, no se trasplanta a ningún ciudadano venezolano en el país, con córneas obtenidas de sus Morgues...’”.

“También ha quedado controvertido el hecho de la necesidad o no de una autorización para ejercer dicha actividad de trasplantes de tejidos de córneas, así como el órgano al cual corresponde otorgarla; toda vez que por una parte, los actores han denunciado la omisión del Ministerio del Interior y Justicia de otorgar la autorización para que el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas permita el acceso a los médicos de los Bancos de Ojos a la Medicatura Forense; siendo que el apoderado judicial del Ministerio del Interior y Justicia ha alegado que si bien a dicho organismo le corresponde la custodia de los cadáveres que se encuentren en la Medicatura Forense, ‘...es el Ejecutivo Nacional por medio del Ministerio de Salud y Desarrollo Social antes llamado Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, es el que debe autorizar para fines terapéuticos el retiro y colocación de órganos, tejidos, derivados o cualquier otro material anatómico de seres humanos’; y por su parte, la representación judicial de la Procuraduría General de la República ha señalado que el artículo 1° de la Resolución N° 154, dictada por el entonces Ministro de Sanidad y Asistencia Social del 25 de abril de 1994, ‘...no constriñe al Ministro del Interior y Justicia a que autorice a un personal especializado en otras áreas y menos aun ajeno a las morgues, para que realicen actividades que podrían interferir con sus funciones propias’, y que la actual administración no ha ejecutado dicha Resolución ‘...en razón su inoperancia’”, señalando que:

‘...Ciertamente, el tiempo útil de extracción de una cornea es de unas seis horas aproximadamente y en este sentido, estadísticamente los cadáveres ingresan a las morgues luego de aproximadamente tres horas de producido el fallecimiento, tras lo cual se practica el examen forense que inicia luego de una hora de ingresado el cuerpo y tiene una duración estimada de hora y media, momento para el cual y en virtud del principio primo no nocere, ya resulta altamente riesgosa la extracción de los órganos oculares a los fines del trasplante’...”.

De allí que para decidir el fondo de la presente causa, la Sala observa lo siguiente:

El presente caso versa sobre un tema médico, cual es el trasplante de un tejido como lo es la córnea, que tiene regulación legal en nuestro país (Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos) y que suscita problemas como el planteado en autos, debido a las distintas visiones que pueda tener la sociedad en torno a la donación de órganos, pues es necesario mantener un balance entre el hecho de que la obtención de órganos con fines terapéuticos no puede llevar a su comercialización ni a actos de profanación en el cadáver de alguna persona, pues ello está penalizado (véanse los artículos 172 y 173 del Código Penal, y los artículos 7, 8 y 9 de la Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos); pero al mismo tiempo hay una realidad a nivel mundial y es que muchas personas requieren el trasplante de un órgano o de un tejido y luchan por lograr que la obtención del mismo sea a través de una vía más expedita y por supuesto, menos engorrosa.

En el caso de autos, lo planteado se refiere específicamente al “transplante de córnea” también denominada queratoplastia, que “...consiste en la sustitución de parte o de todo el tejido corneal del paciente por un injerto procedente de un donante fallecido. La córnea es una de las lentes del ojo, que se encuentra situada en la parte anterior y externa del mismo. Se encuentra en contacto directo con el aire ambiental, estando protegida por la secreción lagrimal y por los párpados. Debido a su situación, la córnea es vulnerable frente a traumatismos directos en el rostro y también se ve más expuesta a procesos inflamatorios o infecciosos. Su elevada calidad óptica y su extraordinaria transparencia deben ser preservadas para que la visión no quede afectada. Cualquier opacidad o deformación en ella puede dar lugar a sombras o aberraciones que dificultan o impiden la visión” (tomado de la página web www.saludalia.com).

La Constitución vigente en su artículo 83, señala como un derecho social a la salud, la cual es parte del derecho a la vida y es obligación del Estado garantizarla. En consecuencia, los trasplantes de córneas a las personas, que en este caso, permiten elevar la calidad de la vida del que los necesita, tiene raíz constitucional, y quien ejerce acciones colectivas para procurárselas a él o a quienes se encuentran en la necesidad de recibirlos, la pueden intentar ante esta Sala, y así se declara.

La Ley del Ejercicio de la Medicina en su artículo 31 dispone que “(1) a ejecución de actos médicos relacionados con trasplantes de órganos o tejidos se regirá por lo dispuesto en la Ley sobre Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos”, la cual fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.497 Extraordinario del 3 de diciembre de 1992, está conformada por veintisiete artículos y cuatro capítulos; el primero, contiene las disposiciones generales; el segundo, regula lo relativo al trasplantes entre personas vivientes; el tercero, lo concerniente al transplante de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos retirados de cadáveres; y el cuarto, las disposiciones finales.

Como antes se apuntó existe ley especial que regula esta materia y que define en su capítulo I, artículo 2, una serie de términos relacionados con esta operación médica, los cuales se transcriben a continuación:

- “1) **TRANSPLANTE:** La sustitución, con fines terapéuticos, de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos por otros, provenientes de un ser humano donante, vivo o muerto.
- 2) **DISPOSICIÓN:** El acto o conjunto de actos relativos a la obtención, preservación, preparación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos.
- 3) **DONANTE:** El ser humano a quien, durante su vida o después de su muerte, bien sea por su propia voluntad o la de sus parientes, se le extraen órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos con el fin de utilizarlos para transplante en otros seres humanos, o con objetivos terapéuticos.
- 4) **RECEPTOR:** El ser humano, en cuyo cuerpo podrán implantarse órganos, tejidos, derivados o cualquier otro material anatómico mediante procedimientos terapéuticos.
- 5) **ÓRGANO:** Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de la misma función.
- 6) **TEJIDO:** Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza y con una misma función.
- 7) **DERIVADOS:** Los productos obtenidos de tejidos, que tengan aplicación terapéutica, diagnóstica o de investigación.

- 8) **CADÁVER:** *Los restos integrados de un ser humano en el que se ha producido la muerte.*
- 9) **SER HUMANO:** *Todos los individuos de la especie humana.*
- 10) **MUERTE:** *Hay muerte clínica cuando se produce la ausencia de todos los signos vitales o, lo que es lo mismo, la ausencia total de vida.*

Para los efectos de esta Ley, la muerte cerebral podrá ser establecida en alguna de las siguientes formas:

- 1) *La presencia del conjunto de los siguientes signos clínicos:*
- a) *Falta de respuesta muscular y ausencia de reflejos a estímulos externos.*
 - b) *Cesación de respiración espontánea comprobada, previa oxigenación por diez (10) minutos.*
 - c) *Pupilas fijas, midriasis y ausencia de reflejo corneal.*
- 2) *La cesación de la actividad eléctrica del cerebro, podrá ser determinada por:*
- a) *Absoluta cesación de la actividad del cerebro, comprobada eléctricamente y aún bajo estímulo mediante electroencefalograma isoelectrico durante treinta (30) minutos.*
 - b) *Ausencia de respuesta oculovestibular.*

No habrá muerte cerebral cuando en el ser humano se evidencien cualquiera de las siguientes condiciones:

- a) *Alteraciones tóxicas y metabólicas reversibles.*
- b) *Hipotermia inducida.*

Legalmente existe la muerte cerebral, cuando así conste de declaración suscrita por tres (3) o más médicos que no formen parte del equipo del transplante.

- 11) **INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA:** *Son los actos realizados en instituciones educativas científicas, en donde se utilizan órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos, productos y cadáveres humanos, incluyendo embriones y fetos con propósito de enseñanza o búsqueda de conocimientos que no puedan obtenerse por otros métodos. Estos actos solo podrán ser realizados cuando la información o conocimiento buscado, no pueda obtenerse por otro método y deberán ser fundamentados en la experimentación previa realizada en animales, en laboratorios o mediante la verificación de otros hechos científicos.*

La investigación y docencia clínica en materia de transplante, solo podrán ser realizadas por profesionales médicos o asociados a estos, bajo la dirección de un médico; en instituciones médicas o científicas debidamente autorizadas por el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, la Federación Médica Venezolana y la Academia Nacional de Medicina; y en las Escuelas de Medicina de las Universidades Nacionales” (Negrillas de este fallo).

A los efectos del caso planteado, interesa a la Sala lo establecido en el Capítulo III de la Ley sobre Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos, toda vez que se refiere a la circunstancia de que los mismos son retirados de cadáveres.

De allí que aun cuando el artículo 15 de dicha Ley dispone las formas en cómo podrá ser establecida la muerte de una persona (sea muerte clínica o cerebral) valga aquí también la mención a lo previsto en el artículo 32 de la Ley del Ejercicio de la Medicina, que dispone, lo siguiente:

“Artículo 32: La Certificación de la muerte del donante para fines del trasplante de órganos exigirá que los criterios prevalecientes en la profesión médica muestren que aquél ha sufrido un daño irreversible de las funciones cerebrales.

El reglamento determinará las condiciones para diagnosticar la muerte cerebral y las pruebas para confirmar dicho diagnóstico”.

Prevé el mencionado artículo 15 el levantamiento de un Acta de retiro de órganos, en la cual se dejará constancia de los órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos que se retiren, del destino que habrá de dárseles, del nombre del difunto, de su edad, estado civil, fecha y hora del fallecimiento y circunstancia en que hubiere acaecido, así como de los métodos empleados para comprobar la muerte. Igualmente, dispone que el médico o el equipo de médicos que certifiquen la muerte cerebral o muerte clínica, deberán ser diferentes a quienes integran el equipo médico de trasplantes.

Ahora bien, dispone el artículo 16 de la Ley sobre Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos (que en lo adelante se denominará Ley de Transplante a los efectos de este fallo), que el retiro de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos con fines de trasplante a otras personas podrá hacerse en los siguientes casos:

a) Cuando conste la voluntad dada en vida por la persona fallecida, la cual prevalecerá sobre cualquier parecer de las personas indicadas en el artículo 17 de dicha Ley. Esta manifestación de voluntad podrá ser evidenciada, entre otros documentos, en Tarjeta de Donación Voluntaria, cédula de identidad, pasaporte, licencia para conducir vehículos, tarjetas de crédito o en cualquier documento público o privado, como las planillas de admisión de hospitales y otros establecimientos calificados para hacer trasplantes.

b) En caso de muerte clínica, si no constase la voluntad contraria de la persona fallecida (en igual sentido lo establece el artículo 3 de la Resolución SG-154 del 25 de abril de 1994, emanada del entonces Ministerio de Sanidad y Asistencia Social), o su determinación de que se dé su cadáver un destino específico distinto. No se presumirá la voluntad de donar órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos en caso de muerte cerebral, a menos que se obtenga la aceptación de los parientes.

c) Cuando no exista oposición expresa y escrita por parte de un pariente, conforme a la prelación establecida en el artículo 17, literales a) al f), manifestada antes de transcurridas tres (3) horas subsiguientes al diagnóstico de muerte clínica o muerte cerebral.

El médico tratante, o los médicos del equipo médico tratante, están en la obligación de comunicar al pariente que esté presente o, en caso de que no haya ninguno presente, al que sea más fácil de encontrar, la muerte clínica o la muerte cerebral, y solicitar inmediatamente su aceptación en relación al contenido de este literal c). Cuando se trate de muerte clínica, en caso de que se pueda demostrar que, a pesar de sus gestiones, no se pudo localizar a ningún familiar dentro del término establecido de las tres (3) horas, el equipo médico tratante decidirá acerca del retiro de los órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos del donante, lo cual deberá llevar la certificación del Director de la institución hospitalaria, o de quien haga sus veces.

De todas estas actuaciones se levantará un acta con dos (2) copias, denominada “ACTA DE AUTORIZACIÓN PARA EL RETIRO DE ÓRGANOS, TEJIDOS, DERIVADOS O MATERIALES ANATÓMICOS”, que suscribirán el médico y dos (2) testigos debidamente identificados, donde se dejará constancia expresa de la identificación de quienes adoptaron la decisión, los órganos que se acordó retirar y cualquiera otra información que se señale en el Reglamento de esta Ley.

Por su parte, el artículo 17 *eiusdem*, reza:

“**Artículo 17.-** Para los efectos de esta Ley son parientes:

- a) El cónyuge no separado de cuerpos.
- b) El concubinario o concubina que para el momento de la muerte haya convivido con el donante.
- c) Los ascendientes.
- d) Los descendientes.
- e) Los padres adoptantes.
- f) Los hijos adoptivos.
- g) Los parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad
- h) Los parientes afines hasta el segundo grado de afinidad.
- i) A falta de los anteriores, la persona con quien últimamente haya convivido el donante.

Cuando los parientes determinados dentro de un mismo literal de este artículo, y en ausencia de otros, manifiesten su voluntad encontrada, prevalecerá la de la mayoría; a todo evento, tendrá valor la prioridad de derechos dentro del orden señalado. En caso de empate se entenderá consentimiento”.

Ahora bien, a los efectos de resolver los puntos controvertidos en esta causa, que son por un lado el hecho de que según los actores en Venezuela no se están efectuando transplantes de córneas con tejido retirado de cadáveres en las morgues, y por el otro, la circunstancia, de una autorización que –de acuerdo a los actores- debe emitir el Ministerio del Interior y Justicia para que el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, permita a los médicos autorizados de los Bancos de Ojos retirar las córneas de los cadáveres que se encuentran en las medicaturas forenses, la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

- Conforme al artículo 3 de la Ley de Transplante, “(l)os retiros y colocaciones de órganos, tejidos, derivados o cualquier otro material anatómico de seres humanos, su utilización con fines terapéuticos, solo podrán ser efectuados en los institutos, establecimientos y centros hospitalarios autorizados por el **Ejecutivo Nacional** previa consulta a la Academia Nacional de Medicina, a la Federación Médica Venezolana, y a las Escuelas de Medicina de las Universidades de las respectivas regiones”.

- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Resolución SG-154 del 25 de abril de 1994, emanada del entonces Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, “la vigilancia y control sobre transplante de órganos y materiales anatómicos en seres humanos queda a cargo del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social a través de la Dirección General Sectorial de Salud”, hoy Ministerio de Salud y Desarrollo Social, que -entre sus competencias- tiene atribuida “la inspección y vigilancia del ejercicio de toda profesión o actividad que tenga relación con la atención a la salud” (ver, del artículo 16 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.111 del 20 de enero de 2005.

- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Transplante, los órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos que se obtengan de conformidad con dicha Ley, y que puedan ser conservados, podrán ser destinados a Bancos de Órganos y Materiales Anatómicos de las Escuelas de Medicina de las Universidades Nacionales o a centros hospitalarios públicos o privados debidamente autorizados por el Ministerio de Salud y Desarrollo Social, que es también el órgano competente para regular las funciones del Registro Nacional de Donación de Órganos y Materiales Anatómicos a que se refiere el artículo 23 de la mencionada Ley, y del Registro Nacional de Donación de órganos Oculares que refiere el artículo 8 de la Resolución SG-154 del 25 de abril de 1994 tantas veces mencionada.

- Igualmente el Ministerio de Salud y Desarrollo Social es el competente para certificar a un centro hospitalario como centro de transplante de órganos, tejidos o materiales anatómicos, tal y como se desprende de la Resolución N° 525 del 11 de octubre de 2000, emanada de dicho Ministerio y publicada en la *Gaceta Oficial de la República* N° 37.061 del 20 de octubre de 2000, que regula las Normas para la Autorización, Regularización y Control de Establecimientos de Salud como Centros de Transplantes; la cual no trata en concreto los establecimientos destinados al transplante de córneas.

- El Ministerio de Salud y Desarrollo Social ha autorizado a la Organización Nacional de Transplantes de Venezuela (ONTV) ha desarrollar el proyecto “Sistema de Procura de Órganos y Tejidos provenientes de donantes cadavéricos...” (v. *Gaceta Oficial* N° 37.778 del 18 de septiembre de 2003).

De lo anterior se desprende, que están determinadas legalmente en forma precisa las competencias que en esta materia especial (transplante de córneas) ostenta el Ministerio de Salud y Desarrollo Social. Así se decide.

Ahora bien, para dar una solución efectiva al caso concreto, la Sala no puede dejar de plantearse los siguientes supuestos:

1.- En caso de muerte natural: esto es, en el caso de que el transplante se lleve a cabo con tejido corneal de persona fallecida en forma natural, debe constar por escrito el consentimiento del donante, y en caso de no existir y que no exista su voluntad contraria, la decisión de donar el tejido la pueden tomar los familiares a que se refiere el artículo 17 de la Ley de Transplante.

Consentimiento del donante o aceptación de sus parientes a que alude el artículo 2 de la Resolución SG-154 del 25 de abril de 1994, emanada del entonces Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, para hacer el retiro de dicho tejido de un cadáver.

2.- En el supuesto de muerte violenta: la Ley de Transplante en el artículo 19, dispone que:

“En los casos de muerte violenta o a consecuencia de accidentes, homicidios, suicidios y cuando los médicos declaren ciertamente sobre la causa de la muerte, de conformidad con la Ley, el retiro de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos con fines terapéuticos, podrá practicarse sin dilación, siempre que estén cumplidos los requisitos exigidos para las donaciones en los artículos anteriores.

El director del instituto, establecimiento o centro hospitalario, o quien haga sus veces, remitirá dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, por escrito y por triplicado, un informe al servicio médico forense de la localidad, en el cual dejará constancia del nombre del difunto, de su edad, su estado civil, fecha y hora de su ingreso, y relación pormenorizada de las condiciones que presentó el occiso al ser ingresado en la institución, de las lesiones ocasionadas por el accidente, de la evolución del caso, de la fecha y hora del fallecimiento, del diagnóstico de la causa de la muerte, del nombre de los facultativos que la comprobaron, de las operaciones tanatológicas y de la enumeración y descripción de las características ma-

croscópicas de los órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos retirados a los fines del transplante. Igualmente se acompañará de un ejemplar del acta a que se refieren los artículos 15 y 20 de la presente Ley”.

La norma transcrita, en los casos de muerte violenta, establece que cualquier centro hospitalario disponga de los órganos y tejidos, sin que esté autorizado para ello por el Ejecutivo. Ahora bien, el artículo 1 de la Resolución SG-154 indicada *supra*, establece que “(s)e obliga a todas las instituciones, establecimientos y centros hospitalarios públicos y privados del país, que tengan morgues, a permitir el retiro de tejidos u órganos de los cadáveres a los fines del transplante de los mismos en seres humanos”.

Y el artículo 4 de la misma Resolución, dispone que “se obtendrán también tejidos oculares de las personas que hayan sufrido muerte violenta, a consecuencia de accidentes, homicidios o suicidios, siguiendo lo pautado en la Ley en materia de donación de órganos”.

En consecuencia, dicha Resolución desarrolla la autorización que exige el artículo 3 de la Ley de Transplante; y permite la extracción de córneas en cualquier centro hospitalario en caso de muerte violenta.

Ahora bien, en este último supuesto (muerte no natural) hay que tener en consideración que el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas como órgano principal en materia de investigaciones penales y de seguridad ciudadana, integrado al Ministerio del Interior y Justicia (conforme lo prevé el artículo 31 del Decreto con Fuerza de Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, publicado en *Gaceta Oficial de la República* N° 5.551 Extraordinario del 2 de noviembre de 2001), tiene una competencia que ejercer conforme lo dispone el artículo 11 de dicho Decreto, y en el ejercicio de sus funciones está obligado –según lo establece el artículo 26 *eiusdem*- a fijar el procedimiento científico necesario, “...que permita garantizar la cadena de custodia de las evidencias físicas, como modelo necesario dentro del desarrollo de la actividad criminalística”.

Así pues en estos casos el retiro de los órganos, tejidos y materiales anatómicos no parece tan sencilla, ya que existe un procedimiento legal que cumplir (ver, artículos 77 y siguientes del Código de Instrucción Médico Forense), a los fines de que sea efectuada la autopsia a que se refiere el artículo 216 del Código Orgánico Procesal Penal, y la cual llevarán a cabo los médicos forenses como auxiliares de justicia (regulados en los artículos 82 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial), distintos por supuesto a los médicos autorizados para efectuar el retiro y colocación de los órganos, tejidos o materiales anatómicos objetos de transplante.

Además que, como antes apuntó la Sala, en caso de muerte violenta y en caso de accidentes de tránsito se prevé una actuación del órgano de investigación penal, como se desprende de los artículos 214 y 215 de la Ley adjetiva penal, que a continuación se transcriben:

“Artículo 214. Levantamiento e identificación de cadáveres. En caso de muerte violenta o cuando existan fundadas sospechas de que la muerte es consecuencia de la perpetración de un hecho punible, antes de procederse a la inhumación del occiso, la policía de investigaciones penales, auxiliada por el médico forense, realizará la inspección corporal preliminar, la descripción de la posición y ubicación del cuerpo, evaluará el carácter de las heridas y hará los reconocimientos que sean pertinentes, además de las diligencias que le ordene el Ministerio Público.

Cuando el médico forense no esté disponible o no exista en la localidad donde ocurrió el hecho, la policía de investigaciones penales procederá a levantar el cadáver, disponiendo su traslado a la morgue correspondiente, o a otro lugar en donde se pueda practicar la autopsia, su identificación final y la entrega a sus familiares.

La policía de investigaciones penales procurará identificar al occiso a través de cualquier medio posible.

En este procedimiento se aplicará las reglas del artículo 217 cuando sean pertinentes.

Artículo 215. Muerte en accidentes de tránsito. *En los casos de muerte causada en accidentes de tránsito, sin perjuicio de las facultades que corresponden a los órganos encargados de la persecución penal y cuando los representantes de éstos no puedan hacerse presentes en el lugar del suceso, el levantamiento del cadáver y las actuaciones a que se refiere el artículo 229 podrán ser realizados por un oficial del cuerpo de control y vigilancia de tránsito terrestre, auxiliado por el médico forense, así como su traslado a la morgue correspondiente, a los fines señalados en dicho artículo. Se dejará constancia de lo actuado en conformidad con las normas generales de este Código”.*

Como se desprende de las normas antes transcritas la medicatura forense cumple una función relevante para la investigación de un hecho punible así como para la determinación de la causa de un fallecimiento, de allí que su actuación debe –como lo dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial- reportarla al Ministerio del Interior y Justicia como órgano del Estado que tiene competencia en materia de seguridad personal y orden público, y de identificación de los habitantes de la República, y de auxilio al Poder Judicial (v. artículo 6 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central), y sin la autorización de éste no puede disponer del cadáver de una persona a los fines del retiro de órganos, tejidos o materiales anatómicos para ser transplantados, aun cuando tuviere documento donde conste la donación o aceptación del familiar.

Esta autorización, si bien puede ser concreta, a juicio de la Sala puede ser genérica, establecida en cabeza de la Medicatura Forense.

En autos, cursa en original comunicación del 14 de enero de 2002 dirigida por el Ministro del Interior y Justicia de entonces, Luis Miquilena, al ciudadano HORACIO SERRANO, parte actora en esta causa, en el cual manifiesta que sus planteamientos están siendo analizados, ello en relación con la solicitud que dicho ciudadano formulara, para que la Dirección General de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas autorizara la entrada a las morgues forenses, al personal del Banco de Ojos para la extracción de tejidos con fines terapéuticos.

Cursan comunicaciones de los médicos Jefes de Servicios de Oftalmología de los Hospitales Vargas de Caracas, Universitario de Los Andes y F.A. Rísquez (todas instituciones públicas) enviadas al ciudadano HORACIO SERRANO, como Presidente de la Fundación Oftalmológica Venezolana, en las cuales manifiestan la preocupación por la existencia de pacientes en espera de practicárseles transplantes de córneas, y la imposibilidad de realizarlos pues no reciben dicho tejido dada la inoperatividad del Banco de Ojos.

También consta en autos que se celebraron reuniones entre las partes y la Procuraduría General de la República, para dar solución extrajudicial al asunto planteado, sin que dichos intentos tuvieran éxito.

De las actas del expediente, y en particular de la exposición del perito testigo Dr. Oscar Beaujon Rubin, la Sala constata que en las morgues se pueden extraer córneas de los cadáveres, siempre que éstas sean obtenidas dentro de las diez (10) horas siguientes a la muerte.

En aras a la salud colectiva, la Sala considera que dichas córneas pueden extraerse si existen las autorizaciones del artículo 16 de la Ley de Transplante, ya que en la morgue no está presente la figura prevista en el artículo 19 *eiusdem*, que parte del supuesto de que la víctima de la muerte violenta era tratada en el centro hospitalario o establecimiento que dispone del tejido. Pero, como en las morgues, lo primordial es el trabajo de los médicos anato-

mopatólogos, la extracción de córnea no puede practicarse sino en aquellos cadáveres que señale el Director de la Morgue, por considerar que tal disposición del tejido en nada perjudica la investigación criminal que deben realizar conforme al Código de Instrucción Médico Forense.

Aunque la Ley de Transplante da un tratamiento especial al cadáver y no señala -entre quienes pueden disponer del cadáver- a los Directores de las morgues, a juicio de la Sala, la autorización de ellos se hace necesaria, no sólo porque el cadáver como cuerpo del delito se convierte en un ente indispensable para la administración de justicia, sino que para preservar la prueba y evitar su contaminación, quienes ingresen a la morgue, ajenos a sus funcionarios, no pueden hacerlo sin permiso y no pueden tener libertad para transitar cualquier área del local.

Ahora bien, a juicio de la Sala, el que se alegue que el Ministerio del Interior y Justicia carezca de competencia para ordenar a los miembros de los Bancos de Ojos legalmente autorizados el permiso de entrada a los depósitos de cadáveres, no puede ser una traba que atente contra la salud de la población.

De allí que la omisión del Ministerio del Interior y Justicia en emitir la autorización en los casos antes reseñados, resulta lesiva a los derechos constitucionales a la salud y a la integridad física, toda vez que como antes se apuntó en las medicaturas forenses sólo podrán intervenir quienes estén autorizados para efectuar la autopsia, y para el retiro de órganos, tejidos y materiales anatómicos de cadáveres para transplante en seres humanos debe contarse con la autorización de dicho órgano para que un personal médico distinto al forense manipule el cadáver.

Ello es así, como ya lo apuntó la Sala, por cuanto cualquier manipulación antes de ese examen forense puede alterar las evidencias físicas que permiten a los órganos de investigación penal, cumplir fielmente sus competencias, como auxiliares de la justicia.

Observa la Sala, que conforme al dictamen del perito testigo oftalmólogo Oscar Beaujon Rubin, las córneas deben ser extraídas dentro de las diez (10) horas siguientes al fallecimiento de una persona, y tomando en cuenta que el artículo 78 del Código de Instrucción Médico Forense, reza: "*(p)ara proceder a la autopsia es necesario que hayan transcurrido lo menos veinte horas desde la del fallecimiento; cuando se trate de cadáveres encontrados, los médicos calcularán el tiempo que tienen muertos y harán siempre el cómputo anterior para la inhumación*" (negritas de este fallo), la autorización puede emitirse antes de la autopsia o durante ella si es que no se practicase conforme a la norma transcrita, y aun después de ella, si fuere posible.

Por las razones expuestas, la Sala declara con lugar la acción intentada y, en consecuencia, ordena al Ministerio del Interior y Justicia gire -en el término de treinta (30) días contados a partir de la publicación de este fallo- instrucciones a las Medicaturas Forenses del país, para que los Bancos de Ojos registrados o por registrarse ante el Ministerio de Salud y Desarrollo Social, puedan extraer -previa a la autopsia o durante ésta, y aún después- córneas de los cadáveres que se encuentren en las morgues, cuyos parientes lo autoricen por escrito, o de aquellos cadáveres cuyos parientes sean desconocidos, conforme al artículo 16 de la Ley de Transplante. Así se decide.

La Dirección de las Medicaturas Forenses darán permiso en cantidades equitativas a los equipos de los Bancos de Ojos, para extraer las córneas de los cadáveres dentro de las diez (10) horas siguientes a su fallecimiento, certificado como muerte clínica.

La Dirección de las Medicaturas Forenses señalará cuáles cadáveres serán objeto de la extracción de córneas, y proveerá de identificación a los miembros de los Bancos de Ojos para que puedan ingresar a las morgues; así como el área dentro del local donde esperarán. De allí que del retiro que se haga de las córneas se levantará el Acta a que se refiere el artículo 16 de la Ley sobre Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos.

La extracción de las córneas será gratuita, y las córnea no podrán exportarse fuera del país. Así se decide.

Por último, la Sala exhorta al Ejecutivo Nacional a reglamentar la Ley sobre Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos.

TSJ-SPA (1922)

27-7-2006

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Gilberto Ramón González vs. Instituto Anatómico José Izquierdo.

Tratándose de derechos personalísimos sólo basta la voluntad consciente y libre del donante.

Planteados los términos de la presente controversia y con vista al cuestionamiento que hace la demandada respecto al derecho del actor a solicitar lo demandado, se hace necesario determinar en primer lugar, la procedencia de la acción incoada, por lo tanto, pasa esta Sala a decidir, sobre la base de las siguientes consideraciones:

Pretende la parte actora la nulidad del documento suscrito por su cónyuge, la ciudadana Rosa Amalia Meza Madera, ante la Notaría Pública del Municipio Cristóbal Rojas del Estado Miranda, el cual quedó inserto bajo el N° 7, Tomo 14, de los libros de autenticaciones llevados por la mencionada Notaría, instrumento a través del cual la referida ciudadana donó su cuerpo al Instituto Anatómico “José Izquierdo” de la Facultad de Medicina de la Universidad Central de Venezuela.

Al efecto señaló, que para el momento en que la referida ciudadana suscribió dicho documento ya habían contraído matrimonio y que aparece en éste como soltera, considerando en consecuencia que el mencionado documento carece de un elemento esencial para su validez como lo es su consentimiento y que en virtud de ello, el referido Instituto le debe hacer entrega formal de los restos mortales de su difunta esposa con el objeto de proceder a “*darle cristiana sepultura como Dios manda*”.

Fundamenta la pretensión en el artículo 17 de Ley sobre Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.497 Extraordinaria de fecha 3 de diciembre de 1992, el cual establece:

“Para los efectos de esta Ley son parientes:

- a) *El cónyuge no separado de cuerpos.*
- b) *El concubino o concubina que para el momento de la muerte haya convivido con el donante.*
- c) *Los ascendientes.*
- d) *Los descendientes.*
- e) *Los padres adoptantes.*
- f) *Los hijos adoptivos.*
- g) *Los parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad.*

- h) *Los parientes afines hasta el segundo grado de afinidad.*
 i) *A falta de los anteriores, la persona con quien últimamente haya convivido el donante.*

Cuando los parientes determinados dentro de un mismo literal de este artículo, y en ausencia de otro, manifiesten su voluntad encontrada, prevalecerá la de la mayoría; a todo evento, tendrá valor la prioridad de derechos dentro del orden señalado. En caso de empate se entenderá negado el consentimiento”.

Por otra parte, observa la Sala que la ciudadana Rosa Amalia Meza Madera, efectivamente suscribió un documento ante la Notaría Pública del Municipio Autónomo Cristóbal Rojas del Estado Miranda, el 26 de febrero de 2002, el cual quedó inserto bajo el N° 7, Tomo 14 de los libros de autenticaciones llevados en la mencionada Notaría y es del tenor siguiente:

“Yo, ROSA AMELIA MEZA MADERA, mayor de edad, Venezolana, de este domicilio y portadora de la cédula de identidad N° 4.285.340, de profesión Abogado, encontrándome en pleno goce de mis facultades mentales, por el presente documento quiero dejar expresa constancia de mi voluntad, llegado el momento en que no pueda tomar parte de las decisiones que conciernen a mi salud y a mi propio futuro ; y para el caso de que me hallare en una situación de extrema gravedad, en la cual no halla (sic) esperanza razonable de recuperación y sobreviniera la muerte. En este trascendente momento de la muerte y después de certificada la misma exijo a quienes me rodeen y velen por mi, entreguen mi cuerpo al Instituto Anatómico “José Izquierdo” de la Facultad de Medicina de la Universidad Central de Venezuela, siempre y cuando las causas del fallecimiento no sean: SIDA, HEPATITIS (sic), POR ARMA BLANCA, DISPARO O SUICIDIO Y POR ACCIDENTES DE TRANSITO (sic) (donde el cuerpo quede muy deteriorado), como mi contribución a la docencia e investigación científica, siguiendo cada uno de los pasos que para estos fines son indicativos por el Instituto Anatómico “José Izquierdo en el proceso respectivo . Así mismo, exijo el más absoluto respeto a lo que aquí expreso y la atención fundamental a los intereses espirituales que han servido de guía a mi vida. Es justicia que espero en Charallave a los 26 del Mes de Febrero de 2002 (sic).

De la transcripción anterior, se evidencia que la ciudadana Rosa Amalia Meza Madera, manifestó expresamente la voluntad de entregar su cuerpo una vez sobrevenida la muerte, al Instituto Anatómico “José Izquierdo”, adscrito a la Facultad de Medicina de la Universidad Central de Venezuela, alegando para ello el pleno goce de sus facultades mentales y pidiendo “*absoluto respecto a su voluntad*”. Ahora bien, con fundamento en los alegatos expuestos por la parte actora, observa la Sala que la pretensión se encuentra dirigida a obtener la nulidad del documento suscrito por su cónyuge ante la Notaría antes mencionada, por cuanto, en su decir, carece de un elemento esencial para su validez, como lo es su consentimiento expreso.

Al respecto, se evidencia de la copia certificada del acta de matrimonio consignada por la parte actora, marcada “A”, que los ciudadanos Rosa Amalia Meza Madera y Gilberto Ramón González, contrajeron matrimonio el 23 de abril de 1999, ante la Prefectura del Municipio Iribaren del Estado Lara; resultando evidente que para el momento en que la mencionada ciudadana suscribió documento de donación ante la Notaría Pública del Municipio Cristóbal Rojas del Estado Miranda, esto es, el 26 de febrero de 2002, se encontraba casada con el referido ciudadano.

Establecido lo anterior, la Sala observa que si bien es cierto que para la fecha de la suscripción del documento objeto de nulidad, existía entre los ciudadanos antes mencionados un vínculo conyugal, sin embargo, para la validez del referido instrumento no se requiere de manera expresa el consentimiento de su cónyuge, toda vez que en estos casos la sola manifestación de voluntad consciente y libre del donante es suficiente a los efectos de su eficacia, más aún cuando la referida manifestación de voluntad fue establecida mediante documento autenticado.

Aunado a lo antes expuesto, de la revisión de las actas que conforman el presente expediente no se evidencia que la parte actora haya establecido y mucho menos probado el incumplimiento de los requisitos de validez de la manifestación de voluntad dada por la donante; simplemente se limitó a probar la relación conyugal existente y la omisión del estado civil “casada” de su cónyuge, lo que en todo caso carece de relevancia y por consiguiente no constituye causal de nulidad.

Establecido lo anterior, concluye esta Sala que tratándose de derechos personalísimos sólo basta la voluntad del donante, tal y como en vida lo hizo la referida ciudadana, mediante documento autenticado ante Notaría Pública.

En consecuencia, debe esta Sala declarar sin lugar la presente demanda.

B. *Libertad de religión y de culto*

TSJ-SPA (1789)

18-7-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Asociación Civil Confraternidad Evangélica de Militares de Venezuela vs. Inspector General de la Fuerza Armada Nacional, Ministro de la Defensa.

Las autoridades militares superiores están en la obligación de permitir que los integrantes de la Fuerza Armada Nacional profesen su fe religiosa y cultos, siempre que su actuar no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.

C. *Derecho al debido proceso y a la defensa*

CPCA

9-8-2006

Juez Ponente: Engullen Torres López

Caso: Aerpostal Alas de Venezuela C.A. vs. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (I.A.A.I.M.).

Determinada la competencia de esta Corte para conocer de la presente causa, se pasa a conocer de las mismas, en los siguientes términos:

El Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital declaró Procedente la acción de amparo constitucional interpuesta, por cuanto constató la violación al derecho a la defensa y al debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Carta Fundamental, en virtud de que el instituto accionado modificó unilateralmente las condiciones económicas del contrato de concesión suscrito con éste, al incluir un concepto nuevo denominado “incidencia de servicios” sin darle la oportunidad al accionante de exponer sus razones acerca de la improcedencia de dicho concepto, asimismo dejó constancia el Juzgador de Primera Instancia que la presente acción de amparo constitucional fue declarada procedente tomando en cuenta que la vía ordinaria, es decir, el recurso de nulidad contra el acto emanado del Consejo de Administración del Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (I.A.A.I.M.), en la reunión ordinaria Número CA O 74 de fecha 9 de septiembre de 2003 Decisión N° CA O 097 Punto de Agenda N° 12, es imposible interponerla ya que ésta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para ese momento se encontraba cerrada.

Ahora bien, observa esta Corte que el derecho al debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estableciéndose que el mismo se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, derecho que contiene el más amplio sistema de garantías procurando obtener decisiones verdaderamente justas y materiales y una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego.

En consecuencia, el derecho a un debido proceso, comprende primariamente el derecho a la defensa, y de igual manera abarca el derecho de ser notificado de los cargos por los cuales se le investiga, a ser oído, a acceder a las pruebas, a disponer del tiempo y los medios necesarios para el ejercicio adecuado de su defensa, y a no ser sancionado por hechos que se encuentran tipificados como falta o delito, los cuales se encuentran garantizados expresamente en nuestra Carta Fundamental.

Por lo tanto, el derecho a un debido proceso comporta la existencia de un procedimiento previo *per se*, sin embargo cuando se transgrede el procedimiento aplicable, bien sea por la inexistencia absoluta en la realización del procedimiento previo al acto lesivo, o cuando se omite alguna de sus fases esenciales, el administrado se vería afectado tanto en su derecho a la defensa como al debido proceso, ya que el mismo no garantiza al interesado su defensa y el empleo de los medios o recursos dispuestos para la misma, privándosele de una oportunidad para exponer o demostrar lo que estime necesario a los fines de lograr el restablecimiento de la situación que se dice lesionada.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, mediante sentencia de fecha 24 de enero de 2001, señalando lo siguiente:

“...Al respecto, es menester indicar que el derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas.

En cuanto al derecho a la defensa, la Jurisprudencia ha establecido que el mismo debe entenderse como la oportunidad para el encausado o presunto agraviado de que se oigan y analicen oportunamente sus alegatos y pruebas. En consecuencia, existe violación del derecho a la defensa cuando el interesado no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos, o se le prohíbe realizar actividades probatorias...”.

En el caso de marras esta Alzada observa que riela al folio 94 del presente expediente factura N° 130947 correspondiente al canon de concesión del mes de noviembre de 2003, describiéndose los conceptos a cancelar por la accionante, desprendiéndose del mismo, el concepto de “incidencia de servicios”, ascendiendo a la cantidad de ciento ochenta y tres millones seiscientos veintinueve mil seiscientos cuarenta y tres bolívares con cincuenta y cuatro céntimos (Bs. 183.629.643,54), sin embargo de la revisión exhaustiva de las actas del presente expediente se evidencia, que tal y como lo expresó el *a quo* dicho concepto no había sido facturado con anterioridad sino durante la facturación del mes de noviembre de 2003, pero no se desprende que el instituto accionado haya realizado el procedimiento administrativo previo al acto administrativo en el cual se estableció el pago de dicho concepto, procedimiento que tiene como fin el resguardo de los derechos constitucionales del accionante, a pesar de que el instituto accionado tiene la prerrogativa exorbitante de modificar unilateralmente alguno de los elementos del contrato, siempre que exista un interés público que sirva de fundamento para tal modificación, por poseer el contrato suscrito entre el accionante y el instituto accionado características de un contrato de naturaleza administrativa.

Así las cosas, esta Alzada considera que ante la inexistencia absoluta del procedimiento previo al acto lesivo, el accionante se vio afectado tanto en su derecho a la defensa como al debido proceso, ya que no se garantizó la intervención de la parte afectada -accionante- a los fines de que éste alegara y probara lo necesario acerca de la inclusión de ese nuevo concepto en la facturación mensual del canon de concesión. Así se declara.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Régimen del Poder Público Nacional

A. Principio de la separación orgánica de Poderes

TSJ-SC (1414)

19-7-2006

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 13, 14, 15, 19 (Parágrafo Único), 26 (numerales 3 y 5), 27 y 71 de la Ley de Contraloría del Estado Lara, publicada en *G.O.* N° 1.931 del 30-6-2003.

La separación de poderes demanda que cada órgano estatal actúe dentro de un marco preciso de competencias que le han sido reconocidas por el máximo texto normativo. Pero al propio tiempo que se le asignan tales potestades, se instauran por contrapartida mecanismos de control (políticos, judiciales, administrativos, etcétera) sobre las mismas, no sólo con miras a hacer exigible el cumplimiento de los señalados cometidos constitucionales, sino también para servir como instrumento de balance o contrapeso que proscriba la arbitrariedad y procure un adecuado equilibrio, sin que ello suponga mella alguna de cara al cumplimiento de tan delicadas funciones.

El principio de separación o división de poderes, responde a la necesidad de brindar garantías institucionales que permitan a cada órgano del Poder Público el ejercicio eficiente de sus competencias, obviando ilegítimas intrusiones de los demás órganos del Estado en la satisfacción de sus cometidos esenciales.

Mucho se ha discutido al respecto, pero en el Estado Constitucional contemporáneo se tiene claro que tal principio encuentra importantes matizaciones en las exigencias democráticas dirigidas a impedir -por una parte- que el ejercicio de ese poder no encuentre freno alguno y -por la otra- que cada uno de los componentes del Estado actúe desarticuladamente y sin atender a la única finalidad que a todos, en definitiva, corresponde satisfacer: "la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución", ex artículo 3 de la Carta Fundamental (*cfr.*, entre otras, sentencias N° 346/2000, 1347/2000, 3098/2004 y 441/2005).

De modo que, a la par del principio de división de poderes, se sitúa otro de cardinal importancia para comprender los márgenes de la actuación estatal colegidos del artículo 136 de la Constitución, como es el principio de coordinación entre ellos, que «implica una ayuda para ejercer las competencias propias de cada órgano, en el entendido de que en muchas ocasiones los diferentes cuerpos estatales no se bastan a sí mismos, sino que requieren información que reposa en otras dependencias o recursos también asignados a otros. La colaboración, además, implica el deber de no obstaculizar las actuaciones ajenas, sino que, por el contrario, toda la actuación estatal esté orientada a un mismo fin: cumplir con los cometidos

fijados por la Constitución para el conjunto del aparato público. Los órganos son distintos, por lo que son distintos también los medios, pero los fines sí son comunes y en ellos reposa el deber de colaboración (*vid.* SC N° 441/2005, caso: *Conrado Pérez Briceño y otros*).

La separación de poderes demanda que cada órgano estatal actúe dentro de un marco preciso de competencias que le han sido reconocidas por el máximo texto normativo. Pero al propio tiempo que se le asignan tales potestades, se instauran por contrapartida mecanismos de control (políticos, judiciales, administrativos, etcétera) sobre las mismas, no sólo con miras a hacer exigible el cumplimiento de los señalados cometidos constitucionales, sino también para servir como instrumento de balance o contrapeso que proscriba la arbitrariedad y procure un adecuado equilibrio, sin que ello suponga mella alguna de cara al cumplimiento de tan delicadas funciones.

Teniendo presente la importancia de las ideas expuestas -y partiendo de la premisa fundamental de que la separación de poderes ha de nutrir la actuación de cada órgano estatal frente a los demás, en atención a sus funciones propias e independientemente de su ubicación en la estructura (horizontal o vertical) del Poder Público- debe extraerse como corolario que resulta incluso plausible que en los diversos niveles político-territoriales su propio ordenamiento jurídico -en la justa medida de sus atribuciones- instrumente mecanismos destinados a fortalecer ese balance. En caso contrario, es decir, cuando lejos de procurar el debido equilibrio interinstitucional, quede comprometida la efectividad de las competencias que le han sido encomendadas a un órgano por una excesiva injerencia de otro, habrá entonces que censurar tal intrusión rechazando la norma que la contenga.

Efectuadas las anteriores consideraciones, la Sala observa que la representación actora partió objetando el contenido de los artículos 13, 14 y 15 de la Ley de Contraloría estatal del Estado Lara, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 13.- Informe de Gestión. Contenido. El informe de gestión que por mandato de la Constitución del Estado Lara y la presente Ley, debe presentar el Contralor General del Estado, al Consejo Legislativo del Estado Lara, comprende por lo menos cuatro (4) partes fundamentales:

- 1.-Información sistematizada sobre la gestión contable y administrativa interna del ente u órgano, correspondiente a los gastos causados en el ejercicio fiscal.
- 2.-Información de la gestión contralora, cumplidas frente a la administración activa, con las explicaciones y análisis que se creyeren necesarias para la evaluación de las distintas unidades y programas objetos de control, de acuerdo a las normas aplicables.
- 3.-Lo relativo al inventario anual de los bienes del Estado, inversiones en obras públicas [*sic*].
- 4.-Información referida a los aspectos analíticos y críticos, más resaltantes del comportamiento de la administración estatal activa, a las innovaciones legislativas y procedimentales necesarias para lograr el desarrollo progresivo y eficiente de la administración pública estatal y las que en este sentido hayan sido aplicadas por la Contraloría General del Estado Lara.

Artículo 14. Estudio del Informe de Gestión. El Consejo Legislativo del Estado Lara procederá al estudio del Informe de Gestión presentado por el Contralor General del Estado Lara, debiendo producir un informe sobre el mismo dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de su presentación’.

Artículo 15. Resultado del Estudio del Informe. El informe que produzca el Consejo Legislativo del Estado Lara, aprobado con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros, será remitido a la Contraloría General de la República a fin de que ésta proceda conforme a la Ley, cuando el estudio a que se refiere el artículo anterior, arrojaré evidencia de irregularidades, ineficiencia, impericia, negligencia, insuficiencia u otro hecho que pre-

suma el incumplimiento de las funciones de la Contraloría General del Estado Lara. Asimismo, si de este informe surgieren elementos de convicción que comprometan la responsabilidad civil o penal del Contralor, el mismo deberá ser enviado al Ministerio Público, para que ejerza las acciones de ley.

A juicio de la parte actora, tales normas reflejarían una relación de sujeción de la Contraloría Estadal respecto del Poder Legislativo Estadal, atentando la invocada autonomía que ostenta dicho órgano de control, al prescribir como obligación del mismo la elaboración de un informe que permita al Consejo Legislativo evaluar su gestión.

En este sentido, conforme se desprende de sus alegatos, el ejercicio de la función contralora a nivel local encuentra mecanismos que permiten valorar su eficacia en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por parte del ente rector de este sistema.

En contra de lo alegado hasta el momento, esta Sala Constitucional es del parecer que la circunstancia de que efectivamente los órganos de control descentralizados -como parte integrante del sistema de control fiscal- sean evaluados por el mencionado órgano del Poder Ciudadano, es decir, sometidos al control técnico del mismo, no excluye el conocimiento y análisis del informe de gestión del Contralor General del Estado por parte del Consejo Legislativo, cuya presentación tiene fundamento constitucional y legal. En efecto, se estima que las normas delatadas en este aparte, son una clara manifestación del principio de responsabilidad en el ejercicio del poder público, que postula el artículo 139 de la Carta Magna y resulta completamente natural que ella tenga lugar, precisamente, en un cuerpo que actúa legitimado por la representatividad popular.

La naturaleza del control (político) ejercido por el órgano parlamentario estadal, no supone que la Contraloría General de la República deba atender la opinión que al respecto se han forjado los legisladores locales, pero es del todo esperable que, si ellos constataren alguna irregularidad, la pongan en conocimiento del órgano al que compete imponer los correctivos.

Las normas cuestionadas, además, dejan entrever una manifestación del principio de coordinación de poderes, puesto que facultan a la Contraloría Regional para formular recomendaciones al resto de los órganos del Poder Público Estadal a fin de “lograr el desarrollo progresivo y eficiente de la administración pública estadal”, por lo que antes que delatar cortapisas a su autonomía, debe colegirse que ella se ve potenciada al permitirle que públicamente plantee al resto de Poderes las medidas necesarias para procurar una mayor eficiencia financiera.

Así las cosas, merecen ser rechazadas las aducidas denuncias de inconstitucionalidad. Así se declara.

B. *El Poder Judicial*

- a. *Principios de la Administración de Justicia: Ausencia de formalismos y reposiciones inútiles*

TSJ-SC (1482)

28-7-2006

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Recurso de Revisión interpuesto por José Antonio Vargas López

Si "...la gratuidad de la justicia elimina del proceso la inutilización del papel sellado nacional, estatal o municipal..." (vid. Sent. N° 1135/2004), trasladar sus formalidades, esto es, el límite de líneas, a las actuaciones que se realizan ante los tribunales del país, se erige en un formalismo inútil atentatorio del artículo 26 constitucional y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Una vez asumida la competencia, esta Sala procede a pronunciarse acerca de la solicitud de revisión efectuada no sin antes insistir que esta potestad revisora, que le ha sido otorgada por la Constitución y ratificada por la reciente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, tiene por finalidad garantizar la uniformidad en la interpretación de normas y principios constitucionales, siendo siempre facultativo de ésta su procedencia, sin que pueda entenderse como una nueva instancia.

Señalado lo anterior, en el caso de autos se observa que el apoderado judicial del solicitante denunció la violación de los derechos constitucionales establecidos en los artículos 26, 49, 257, 334 y 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela por la decisión N° 1614 del 17 de noviembre de 2005, dictada por la Sala de Casación Social de este Máximo Tribunal. Dicho fallo, visto que el escrito de formalización del recurso de casación excedió la cantidad de líneas que para el papel sellado estipula el primer aparte del párrafo primero del artículo 31 de la Ley de Timbre Fiscal, consideró que el solicitante inobservó los requisitos que por vía jurisprudencial impuso para dar cumplimiento a lo exigido en el artículo 171 del Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por lo que declaró perecido el recurso.

Respecto al criterio expuesto por la Sala de Casación Social de este Máximo Tribunal en el fallo cuya revisión se solicita, cabe referir que las especificidades del papel sellado se encuentran contenidas en la Ley de Timbre Fiscal, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.416 del 22 de diciembre de 1999, texto normativo que regula la utilización del papel sellado y que lo define como una renta de timbre fiscal constituida por lo recaudado mediante timbre fijo con ocasión a los actos o escritos realizados ante organismos públicos (registros de propiedad o de fondos de comercio, actividades de exportación e importación, expendio de bebidas alcohólicas, porte de armas, etcétera).

Ahora bien, según el párrafo primero del artículo 31 de dicha Ley, ciertamente el papel sellado debe contar, entre otras características, con treinta (30) líneas horizontales en el anverso y treinta y cuatro (34) líneas horizontales en el reverso, esto para evitar que los ciudadanos las excedan y paguen menos tasas; siendo también cierto que, conforme con el párrafo tercero del artículo en referencia, pueda extenderse en papel común los actos o escritos aludidos en el párrafo precedente siempre y cuando se observe el límite de líneas impuesto y se inutilice estampillas fiscales por el valor que le corresponda al papel.

No obstante, tales especificaciones no pueden ser aplicadas a las actuaciones realizadas ante los Tribunales de la República, pues el numeral 1 del artículo 32 de la Ley de Timbre Fiscal, conforme al cual "[l]as representaciones, actuaciones, sustanciaciones o sentencias en los asuntos que conozcan los Tribunales de la República con las excepciones establecidas por las leyes" deben extenderse en papel sellado, quedó derogado tácitamente luego de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme lo establecido en la Disposición Derogatoria Única del aludido texto fundamental.

En efecto, el artículo 26 constitucional obliga al Estado a garantizar una justicia, entre otras, gratuita y sin formalismos inútiles, mientras que el artículo 254 prohíbe al Poder Judicial establecer tasas, aranceles o exigir pago alguno por sus servicios; preceptos que han llevado a la Sala a afirmar, en su sentencia N° 2847/2002, que "...la gratuidad de la justicia está establecida para todos los ciudadanos por el simple hecho de que la adminis-

tración 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...”.

Al ser ello así, no podía obviar la sentencia cuya revisión se solicita que luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la Ley de Timbre Fiscal sólo regula la renta de timbre fiscal por el otorgamiento de documentos y actos por organismos públicos de naturaleza no jurisdiccional, por lo que mal podía aplicar a las actuaciones propias del Poder Judicial, destinadas al servicio de administración de justicia, las exigencias y formalidades de un instrumento recaudatorio regulado por una Ley concebida para obtener ingresos públicos; no sólo por un asunto de gratuidad de la justicia, sino además por la prohibición expresa de formalismo inútil en las actuaciones judiciales y por la exoneración expresa que hace el legislador laboral a los actos, solicitudes y actuaciones judiciales de pagar timbre fiscal (artículo 14 de la Ley Orgánica del Trabajo), ya que si el legislador prohibió pagar el tributo debe reputarse como prohibido las formalidades que revisten al mismo.

Por tanto, si “...la gratuidad de la justicia elimina del proceso la inutilización del papel sellado nacional, estatal o municipal...” (vid. Sent. N° 1135/2004), trasladar sus formalidades, esto es, el límite de líneas, a las actuaciones que se realizan ante los tribunales del país se erige en un formalismo inútil atentatorio del artículo 26 constitucional y del derecho a la tutela judicial efectiva, pues el ideal de un Estado social de derecho y de justicia donde se garantice una justicia sin formalismo o reposiciones inútiles exige que la interpretación de las instituciones procesales sea amplia, en la que el proceso, además de ser una garantía para que las partes ejerzan su derecho a la defensa, no sea una traba para alcanzar las garantías que el artículo 26 constitucional dispone (vid. sent. 1313/2004).

Así pues, considera esta Sala que los contenidos de las disposiciones mencionadas no pueden ser transgredidos, eludidos o minimizados con fundamento en la aplicación de lo dispuesto en una normativa de carácter legal pre-constitucional; y que con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 resulta a todas luces incompatible con el nuevo esquema constitucional, ni siquiera so pretexto de complementar la aplicación de lo estatuido en el artículo 171 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pues respecto de dicho precepto, que establece un límite de tres (3) folios y sus vueltos para formalizar el recurso de casación, esta Sala señaló en el fallo N° 4674/2005, “...que para evitar el imperio de la anarquía o el desorden procesal se justifica que las formalidades se cumplan, [pero] ello no justifica de ninguna manera la aplicación *ex iure quiritarium* de la legislación procesal laboral, y el consecuente regreso a las solemnidades procesales del ordenamiento pre-constitucional” (corchetes añadidos); sólo que en ese caso la formalidad está establecida por una norma procesal laboral, y con un fin acorde con su naturaleza, mientras que más grave aún el de la norma que aplica la sentencia cuya revisión se solicita, el artículo 32 de la Ley de Timbre Fiscal, que regula a los ingresos públicos y, por ende, materia evidentemente divorciado de cualquier naturaleza procesal.

En definitiva, la aplicación de la norma contenida en la Ley de Timbre Fiscal constituye un argumento en exceso formalista que en el ánimo del artículo 265 constitucional la Sala califica como no esencial y poco razonable, por lo que con el objeto de garantizar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, en ejercicio de las potestades que tiene atribuida en materia de revisión, declara ha lugar la solicitud de revisión ejercida contra la decisión N° 1614 del 17 de noviembre de 2005, dictada por la Sala de Casación Social. En consecuencia, anula el aludido fallo y ordena a la Sala de Casación Social se pronuncie nuevamente respecto al recurso de casación, sobre la base de otros motivos, distintos a los ya analizados en esta decisión. Asimismo, vista la declaratoria de derogatoria tácita del numeral 1 del artículo 32 de la Ley de Timbre Fiscal se ordena la publicación del presente fallo en la *Gaceta Oficial*. Así se decide.

Finalmente, vista la persistencia con la cual la Sala de Casación Social ha estado aplicando el precedente jurisprudencial contenido en su fallo N° 1171 del 11 de agosto de 2005, y que constituye el fundamento del criterio mediante este fallo revisado, esta Sala declara como criterio vinculante la doctrina establecida en este fallo. Así se decide.

b. *Tribunal Supremo de Justicia. Competencias de la Sala Plena*

a'. *Antejuicio de mérito*

TSJ-JS-SP

6-7-2006

Caso: Acción de imputación formal contra el ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, y otros funcionarios.

Precisado lo anterior, entra este Juzgado de Sustanciación a pronunciarse en relación con la admisibilidad de la petición incoada, para lo cual resulta necesario proceder a la determinación de su naturaleza jurídica. En tal sentido, este Juzgado de Sustanciación observa:

Conforme el escrito que encabeza las presentes actuaciones, en el presente caso los actores han interpuesto “*una acción de imputación formal por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por las autoridades estatales y los crímenes de Lesa Humanidad ocurridos principalmente el día 11 de abril de 2002, en la ciudad de Caracas, Urbanización El Silencio, Avenida Baralt y adyacencias al Palacio de Miraflores, perpetrados por el Presidente de la República, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, el actual Vicepresidente de la República, ciudadano José Vicente Rangel Vale, que para el momento de los hechos, ocupaba el cargo de Ministro de la Defensa, y el actual Fiscal General de la República Julián Isaías Rodríguez.*” Posteriormente, en escrito de adhesión y ampliación es extendida la acción de imputación formal contra los ciudadanos **General (GN) Eugenio Gutiérrez, General (GN) Jesús Villegas Solarte, General (EJ) Jorge García Carneiro y General (GN) Francisco Belisario Landis**. Argumentan también en este escrito acerca de la improcedencia del antejuicio de mérito para el enjuiciamiento de los altos oficiales de la Fuerza Armada Nacional que cometan crímenes de lesa humanidad y violaciones graves a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por su parte, los abogados defensores del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela invocaron el contenido de decisión emitida en fecha 26 de noviembre de 2004 por el Juzgado de Sustanciación de esta Sala, señalando que la misma expresa la diferencia entre antejuicio de mérito y la denominada imputación formal.

Ha señalado la Sala Constitucional en sentencia N° 1.331 de 20 de junio de 2002 (caso: *Tulio Álvarez vs. Fiscal General de la República*), lo siguiente:

“... a la víctima, para el ejercicio de la acción penal (exclusiva del Ministerio Público), se le garantiza el acceso a la justicia penal (artículo 23 del Código Orgánico Procesal Penal), lo cual se logra mediante los derechos que le otorgan los artículos 118 y 120 del Código Orgánico Procesal Penal. Este último, en su numeral 1, le da el derecho a querellarse e intervenir en el proceso.

Si la víctima puede querellarse e intervenir en el proceso penal ordinario, resulta contradictorio que ella no pueda pedir motu proprio un antejuicio de mérito, el cual es, además, un procedimiento distinto al que nace por el ejercicio de la acción penal.” (Subrayado de este Juzgado).

Dado lo anterior, y tal como fue observado por este Juzgado de Sustanciación en casos precedentes, a la luz de lo planteado por los accionantes, la solicitud bajo examen no constituye una petición de antejuicio de mérito de conformidad con lo señalado en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.331 de fecha 20 de junio de 2002, sino una “*acción de imputa-*

ción formal” por la supuesta comisión de supuestos delitos de lesa humanidad, planteando los peticionarios que la Sala Plena lleve a cabo actividades de conducción de investigación de supuestos delitos previstos en el Estatuto de Roma; ello -según exponen- sobre la base del contenido del artículo 29 constitucional.

Al respecto, pasa este Juzgador a formular las siguientes consideraciones:

Dispone el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo siguiente:

“El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.”

En lo que concierne a dicho texto constitucional, no es posible pasar por alto el contenido de la sentencia de la Sala Constitucional N° 3.167 de fecha 9 de diciembre de 2002, con ponencia del Magistrado emérito José Manuel Delgado Ocando, en la cual es presentado un estudio exhaustivo en relación con la interpretación de este artículo, decisión que define la noción de crímenes de lesa humanidad, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.507 Extraordinario de fecha 13 de diciembre de 2000), como los actos de cualquier especie que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento por parte de su autor (o autores) de dicho ataque, presentando la lista enunciativa de hechos cuya perpetración de forma general o sistemática califican como tales actos. En esta sentencia, es analizada la evolución del sistema penal venezolano, hasta devenir en un sistema acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación, esto como expresión de un mayor estadio de evolución de la sociedad y de mayor centralización del poder.

Es a esta concepción a la cual responde el encabezado del artículo 29 constitucional al señalar que el Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades, lo cual cumple, por lo que respecta a la fase de investigación y en atención al principio de legalidad, a través del Fiscal General de la República y de los fiscales que integran el Ministerio Público, mediante la labor de recopilar toda la información relativa a los hechos, pruebas y elementos de orden fáctico para sustentar la acusación, tal como lo disponen los artículos 285.1 en concordancia con el artículo 137, ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En tanto que la fase de juzgamiento corresponde a los tribunales ordinarios competentes, en atención al debido proceso, previsto en el artículo 49 constitucional, en concordancia con el artículo 257 *eiusdem*. Esta separación de las funciones de investigación y juzgamiento -como bien lo señala la mencionada sentencia de la Sala Constitucional- “... *expresa una característica fundamental del procedimiento acusatorio, como es la racionalización del sistema procesal penal.*”

Plantean los peticionarios que en los casos de delitos de lesa humanidad, corresponden ambas funciones: investigación y juzgamiento, a los tribunales ordinarios, lo cual conduce a la pretensión de una aparente antinomia respecto del sistema acusatorio que como principio ha sido adoptado por el Texto Constitucional.

Es por ello que se impone, como señala el precedente jurisprudencial, el proceso hermenéutico de las normas y principios que integran la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual impide la descontextualización del contenido del artículo 29 constitucional, permitiendo así arribar a las mismas conclusiones expresadas por la Sala Constitucional:

“...admitir una demanda por la presunta comisión de delitos de lesa humanidad al objeto de establecer una jurisdicción de excepción, excluyente del sistema acusatorio y, por tanto, nugatoria de la atribución del Ministerio Fiscal para instruir, investigar y acusar, comporta una verdadera actuación que inhabilita al juez para la función de juzgamiento, toda vez que, la admisión de la denuncia, *prima facie*, implica un precalificación jurídica o juicio anticipado y provisional sobre los hechos delatados que, posteriormente, el juez está llamado a sentenciar. Tal actuar -calificación- vulnera el principio “*ne procedat iudex ex officio*” e injiere en la competencia del Ministerio Público”

(...omissis...)

“...la obligación del Estado de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad cometidos dentro del Territorio Nacional, bien por sus particulares, bien por sus autoridades, no implica ni autoriza la subversión del ordenamiento procesal penal vigente, consagrado en el Código Orgánico Procesal Penal. En efecto, el monopolio respecto del ejercicio de la acción penal en el sistema acusatorio venezolano le corresponde al Estado por intermedio del Ministerio Público, quien deberá “ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración” (artículo 285.3. de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Verificadas dichas circunstancias, el fiscal procederá a ejercer en nombre del Estado la acción penal ex artículo 285.4 *eiusdem*.

La exclusión, de una acción penal fundamentada en el artículo 29 constitucional, del Ministerio Público, e incluso proceder a investigar y verificar la comisión de los delitos de lesa humanidad sin su concurso o participación, implicaría una usurpación de funciones y un desconocimiento expreso de las atribuciones conferidas por el ya comentado artículo 285 constitucional y de los principios del sistema acusatorio. Ello conllevaría a la aplicación del desechado procedimiento penal inquisitivo “en el cual los jueces podían rebasar en la condena la acusación y aun prescindir de ésta, investigando y fallando sin más” (G. CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VII, Heliasta, Buenos Aires, p. 451, 1998).

La Sala considera, por lo demás, que la interpretación no tolera que se interprete para producir un efecto de excepción que desborde la competencia del intérprete. Y si a esto se agrega que la interpretación supone una calificación previa que no puede realizarse sin la asunción de la competencia para hacerla, el intérprete incurre en un círculo vicioso, pues declara su competencia para investigar, sin haber investigado, y anticipa un juicio sobre el delito a investigar, que compromete su transparencia e imparcialidad de juzgamiento.

En este contexto, ***el tantas veces aludido artículo 29 constitucional no puede ser interpretado en forma contraria a los principios que rigen el proceso penal venezolano, esto es, en el sentido de pretender que una norma que es el summum de la ideología ilustrada consagre el proceso inquisitivo, propio, como supra se indicó, de los Estados absolutistas. Por lo tanto, la compatibilidad entre dicho precepto fundamental -investigación y juzgamiento-, y el sistema acusatorio, y por ende, entre tal precepto y el proyecto axiológico de la Constitución sobre los derechos fundamentales, sólo es posible con la intervención del Ministerio Público a fin de que dirija la investigación penal y, de ser pertinente, proponga una acusación fundada.***

(...omissis...)

Aunado al punto anterior, cuando la persona investigada sea el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, los Ministros o Ministras, el Procurador o Procuradora General, el Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, el Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República, para los cuales se requiere el antejuicio de mérito, la Sala Plena no es la competente a efectos de dicha investigación, pues a ella le corresponde el juicio propiamente tal, aparte de que no es posible que su actuación se realice bajo la supervisión del Ministerio Público. (Subrayado y negrillas de este Juzgado).

Por otra parte, sostienen los accionantes que el artículo 29 de la Constitución, en forma categórica, establece que cuando se trata de violaciones de los derechos humanos cometidas por autoridades del Estado, o de crímenes de *lesa humanidad*, “*dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que pueden llevar a su impunidad...*” por lo que no resulta aplicable el antejuicio de mérito; sostienen los peticionarios que la norma es radical en cuanto a la eliminación de cualquier privilegio u obstáculo que impida el juzgamiento efectivo de los posibles culpables.

La noción de impunidad está referida a la situación en la cual un delito o falta queda sin la pena correspondiente; al respecto, la doctrina jurídica, distingue la impunidad de hecho y la impunidad de derecho, siendo esta última la que se produce como consecuencia de la verificación de un supuesto legal que responde más bien a la dinámica política de los Estados.

Dispone la parte *in fine* del artículo 29 constitucional, lo siguiente: “*Dichos delitos [las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad] quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.*” Aspecto que también fue analizado por la Sala Constitucional con motivo del recurso de interpretación sobre el contenido y alcance de dicho artículo, en la mencionada decisión de fecha 9 de diciembre de 2002. Así, partiendo de la presentación de las definiciones jurídicas de indulto y amnistía, cuyas concesiones hacen cesar la condena y sus efectos, el primero, o extingue la acción penal dirigida a castigar una determinada conducta delictiva, la segunda, pasó la Sala Constitucional a resolver si la institución procesal constitucional es un beneficio que puede conllevar a la impunidad en los casos de delitos de lesa humanidad, estableciendo al efecto:

“El antejuicio de mérito es una institución procesal constitucional cuyo objeto fundamental, previo a un procedimiento, es determinar si existe una “causa probable” que permita autorizar el enjuiciamiento (juicio de fondo) de los altos funcionarios a que se refiere el artículo 266, numerales 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo régimen jurídico tiene como orden sistemático y jerarquizado a la Constitución, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y el Código Orgánico Procesal Penal.

Esta institución debe conservar, en su dimensión, el ejercicio por parte del *sub judice* de sus derechos fundamentales, a fin de evitar nulidades o reposiciones innecesarias, en garantía, más que de los sujetos procesales, de la sociedad y sus valores éticos y políticos.

La entonces Corte Suprema de Justicia, al analizar la figura del antejuicio de mérito, en su sentencia del 25-06-92, recaída en el caso: *Antonio Ríos* estableció que dicha figura no constituye sino una etapa previa al posible enjuiciamiento de aquellos funcionarios respecto de los cuales la ley fundamental de la República lo consagra como una forma de resguardar el cumplimiento de sus funciones, ya que dicho procedimiento evita el entorpecimiento producido por la instrucción de causas penales posiblemente temerarias o infundadas. En el antejuicio no se dicta propiamente una sentencia de condena, sino que tiene como fin último, eliminar un obstáculo procesal para que un ciudadano comparezca en juicio, donde tendrá oportunidad para invocar la garantía de la presunción de inocencia.

El antejuicio de mérito no implica, en modo alguno, la búsqueda de la comprobación plena del cuerpo del delito ni de la culpabilidad del funcionario en relación con el cual opera dicho procedimiento especial, como si se tratase de un juicio propiamente tal, tiene por objeto el análisis y estudio previo de las actas procesales, para establecer si de los hechos derivan o emergen presunciones graves de la comisión de un hecho punible y de que en su perpetración está comprometida la responsabilidad del funcionario.

De todo lo dicho, se sigue: a) no se exige prueba fehaciente o plena para autorizar el enjuiciamiento; b) constituye un requisito de procesabilidad que, como una etapa previa, genera una presunción racional de que un alto funcionario "pudo" ser el autor de un hecho punible; c) el juez elimina un obstáculo [el privilegio] a los efectos de la instauración de un juicio con todas las garantías propias del debido proceso; d) se trata de una etapa previa, presuntiva, cuya conclusión no constituye una sentencia de condena o declaratoria de inocencia; y e) no produce cosa juzgada.

En definitiva, el antejuicio de mérito no constituye un beneficio procesal que pueda conllevar la impunidad, se trata de un presupuesto de procesabilidad previa al juicio mismo, en atención a la investidura de los altos funcionarios. Cuando se pretenda el enjuiciamiento de alguno de ellos, deberá cumplirse con el procedimiento previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Artículo 266, numerales 2 y 3) y en el Código Orgánico Procesal Penal (Libro Tercero, Título Cuarto, artículos 377 al 381).

Todo lo anteriormente expuesto, permite a este Juzgado de Sustanciación afirmar lo siguiente:

1.- La investigación, instrucción y comprobación de los hechos denunciados como presunta comisión de los delitos contemplados en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, corresponde al Ministerio Público o a los órganos que actúen bajo su supervisión, por lo tanto, no puede esta Sala Plena admitir en el caso de autos la pretendida "acción de imputación formal" por la presunta comisión de violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad, ni instar y remitir las actuaciones a dicho órgano, puesto que ello implicaría la subversión del sistema de corte acusatorio sobre el que descansa el proceso penal, y, por ende, el debido proceso. Así se declara.

2.- En los casos del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena -artículo 266 constitucional, numerales 2 y 3- declarar si hay o no mérito para su enjuiciamiento. Así también se declara.

Ahora bien, conforme lo señalado en la sentencia N° 1.331 de la Sala Constitucional de fecha 20 de junio de 2002, al ser interpuesta ante la Sala Plena una solicitud de antejuicio de mérito por personas que alegan la condición de víctimas –lo cual no es el supuesto de autos– a los fines de examinar la admisibilidad para su trámite, sería menester precisar el cumplimiento de dos requisitos: a) Que el o los solicitantes ostenten el carácter de víctimas bajo los supuestos establecidos en el artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal y; b) Que los hechos imputados sean verosímiles, conforme a los recaudos probatorios que hayan sido consignados con la solicitud.

Por lo que respecta al primero de estos requisitos, si los peticionarios de autos hubiesen interpuesto una solicitud de antejuicio de mérito referida a la presunta comisión de delitos de lesa humanidad, es decir, actos de cualquier especie que sean cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho

ataque, actos inhumanos de extrema gravedad, no podrían los accionantes ser calificados como víctimas en los términos contemplados en el referido artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto la comisión de violaciones de derechos humanos o de delitos de lesa humanidad afecta la esfera de derechos colectivos o difusos de la sociedad. Así, tratándose del colectivo nacional, el órgano legitimado desde el propio Texto Constitucional para actuar en defensa de los intereses del mismo es la Defensoría del Pueblo, lo cual se desprende de lo establecido en los artículos 280 y 281 constitucionales; ello sin menos cabo de la potestad reconocida al Fiscal General de la República para interponer solicitudes de antejuicios de méritos en los términos previstos en el ordenamiento jurídico aplicable.

Para finalizar, no puede dejar pasar esta oportunidad el Juzgado de Sustanciación para deplorar la gravedad de los hechos ocurridos el mes de abril de 2002, que constituyeron hecho público notorio comunicacional, los cuales, mediante la implementación sistemática de un plan, iniciaron con la convocatoria el 10 de abril de 2002 a un paro general y a la ciudadanía a una importante marcha que partiría del Parque del Este hasta la sede de Petróleos de Venezuela S.A. en Chuao, pero que de forma premeditada fue luego dirigida hacia el Palacio de Miraflores, para solicitar la renuncia del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela; plan que fue llevado a cabo en medio del desconocimiento de la autoridad del Primer Mandatario por parte de algunos sectores de la Fuerza Armada Nacional, para luego privar ilegítimamente de su libertad al Presidente de la República e iniciar así el Golpe de Estado que continuó con la autojuramentación del ciudadano Pedro Carmona Estanca, como nuevo Presidente del gobierno de “Transición Democrática y Unidad Nacional” y la emisión de un irrito decreto para la disolución de los Poderes Públicos constituidos. Hechos que dejaron un lamentable número de personas fallecidas y heridas, entre las cuales posiblemente se encuentran los familiares de los peticionarios, hechos que como es del conocimiento público, están siendo investigados por los organismos competentes del Estado y, respecto de algunos imputados, juzgados por los tribunales ordinarios con la finalidad de determinar e imponer, en cada caso, las responsabilidades correspondientes.

b'. *Conflicto de competencia*

TSJ-SP

12-7-2006

Magistrado Ponente: Carmen Elvigia Porras De Roa

Caso: EXPLOTACIONES ARIVACOA C.A.

La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia es competente para conocer los casos que se planteen sobre conflicto negativo de competencia.

En el caso sub examine corresponde resolver el conflicto negativo de competencia planteado entre el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara y el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Centro Occidental, para conocer del juicio de ejecución de créditos fiscales incoado por la Procuraduría General del Estado Lara contra la sociedad mercantil Explotaciones Arivacoa C.A.

Al respecto, se observa que, en materia de regulación de competencia durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a esta Sala Plena únicamente le correspondía conocer de los conflictos de competencia que se plantearan entre las Salas que lo integraban conforme a lo previsto en el ordinal 7° del artículo 42 de la derogada Ley; sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 5, numeral 3 estipula que, a partir de su entrada en vigencia, dicha competencia le corresponde a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

En este orden de ideas, se advierte que resulta necesario para que se materialice un conflicto de competencia entre Salas, que algunas de ellas discuta su competencia o incompetencia para conocer de una causa, situación ésta que no se ha configurado en el caso sub examine, ya que lo planteado es un conflicto de competencia entre tribunales con distintas competencias materiales y, siendo así, se hace necesario realizar las siguientes consideraciones a los fines de determinar la competencia:

La regulación de competencia es el mecanismo procesal previsto en el Código de Procedimiento Civil, con la finalidad de dirimir las cuestiones de competencia que puedan surgir cuando se discute el órgano jurisdiccional venezolano que deba conocer una causa. Al respecto, los artículos 70 y 71 del Código adjetivo, establecen:

Artículo 70. Cuando la sentencia declare la incompetencia del Juez que previno, por razón de la materia o por el territorio en los casos indicados en el artículo 47, si el Juez o Tribunal que haya de suplirle se considerare a su vez incompetente, solicitará de oficio la regulación de la competencia.

Artículo 71. La solicitud de regulación de la competencia se propondrá ante el Juez que se haya pronunciado sobre la competencia, aun en los casos de los artículos 51 y 61, expresándose las razones o fundamentos que se alegan. El Juez remitirá inmediatamente copia de la solicitud al Tribunal Superior de la Circunscripción para que decida la regulación.

En los casos del artículo 70, dicha copia se remitirá a la Corte Suprema de Justicia si no hubiere un Tribunal Superior común a ambos jueces en la Circunscripción. De la misma manera procederá cuando la incompetencia sea declarada por un Tribunal Superior.

Salvo lo dispuesto en la última parte del artículo 68, o que fuere solicitada como medio de impugnación de la decisión a que se refiere el artículo 349, la solicitud de regulación de la competencia no suspenderá el curso del proceso y el Juez podrá ordenar la realización de cualesquiera actos de sustanciación y medidas preventivas, pero se abstendrá de decidir el fondo de la causa mientras no se dicte la sentencia que regule la competencia.

Como puede observarse del texto de los artículos antes transcritos, en caso de que se plantee un conflicto negativo de competencia, es decir, que un juez se abstenga de conocer de un asunto, declarando su incompetencia, y lo remita a otro que a su vez también se declare incompetente, la decisión corresponderá en principio a la Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia, salvo que los tribunales en conflicto tengan un órgano jurisdiccional superior y común a ellos, caso en el cual será este último el que deberá decidir la regulación.

Ahora bien, el artículo 70 *eiusdem* omite señalar a qué Sala de este Máximo Tribunal le corresponde resolver los referidos conflictos; no obstante, el numeral 51 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículos 42, numeral 21 y 43 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), resuelve el problema siguiendo el criterio de la especialidad, esto es, que la Sala competente para dirimir tales conflictos es aquella afín con la materia y naturaleza del asunto debatido, determinación que evidentemente no tiene complejidad alguna cuando se trata de los conflictos de competencia que se presentan entre tribunales de una misma jurisdicción, ya que lógicamente el asunto corresponderá a la Sala que sea afín con aquellos juzgados.

Sin embargo, puede surgir una problemática para los supuestos en que los tribunales en conflicto pertenezcan a distintas jurisdicciones, y donde, *prima facie*, no resulta posible determinar cuál es la naturaleza o carácter del asunto debatido. En estos últimos casos, se sostenía que la competencia correspondía a la Sala de Casación Civil, fundamentándose tal criterio en que su actuación se rige eminentemente por las normas del derecho procesal civil y la regulación de competencia es una institución propia de este derecho (sentencia N° 4 del 7 de marzo de 2001, dictada por la Sala Plena de este Máximo Tribunal).

No obstante lo anteriormente expuesto, mediante sentencia N° 24 del 26 de octubre de 2004, esta Sala abandonó tal criterio, al considerar que era la propia Sala Plena de este Máximo Tribunal la competente para dirimir el conflicto de competencia planteado entre tribunales con distintas jurisdicciones, indicando como fundamento de ello:

Así las cosas, el numeral 51 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela establece:

‘Artículo 5.- Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República (...)

51. Decidir los conflictos de competencia entre tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior y común a ellos en el orden jerárquico, remitiéndolo a la Sala que sea afín con la materia y naturaleza del asunto debatido; (...)

El Tribunal conocerá en Sala Plena los asuntos a que se refiere este artículo en sus numerales 1 al 2. En Sala Constitucional los asuntos previstos en los numerales 3 al 23. En Sala Político Administrativa los asuntos previstos en los numerales 24 al 37. En Sala de Casación Penal los asuntos previstos en los numerales 38 al 40. En Sala de Casación Civil el asunto previsto en los numerales 41 al 42. En Sala de Casación Social los asuntos previstos en los numerales 43 y 44. En Sala Electoral los asuntos previstos en los numerales 45 y 46. En los casos previstos en los numerales 47 al 52 su conocimiento corresponderá a la Sala afín con la materia debatida (...) (resaltado de la Sala).

Como puede observarse, en la norma transcrita todas las Salas de este máximo tribunal tienen atribuida competencia para decidir los conflictos de competencia de los tribunales, en el caso de que no exista otro tribunal superior y común a ellos.

En este sentido, resulta competente esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia para conocer de la presente causa, toda vez que justamente el conflicto planteado versa en torno a cual (*sic*) es la materia objeto del proceso, ya que se presenta un conflicto negativo de competencia, en este caso entre tribunales con competencia agraria y tribunales con competencia civil, que no han asumido el conocimiento de la presente causa en tanto que ambos se consideran incompetentes para decidirlo. Consecuencia de lo anterior, es que establecer cuál es la Sala afín con la materia significaría determinar el fondo del asunto debatido en esta instancia, que no es otro que determinar la competencia según la materia para conocer del presente caso.

Así las cosas, debe esta Sala asumir la competencia a fin de establecer cuál es el tribunal competente para conocer de la demanda, especialmente porque es la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia la más apropiada para resolver los conflictos de competencia entre tribunales de distintas “jurisdicciones” sin un superior común, no sólo por tener atribuida esta Sala la competencia, ya que todas las Salas la tienen, sino especialmente en razón de su composición, ya que reúne a los magistrados de todos los ámbitos competenciales, lo que permite en esta instancia analizar de mejor manera y desde todos los puntos de vista, a qué tribunal debe corresponder conocer de una causa en la que haya duda sobre cuál juzgado deba conocerla en cuanto a la competencia por la materia. Así se declara.

En atención al criterio precedentemente expuesto, se impone para esta Sala Plena, sin más consideraciones, asumir la competencia para conocer el caso del conflicto negativo de competencia planteado.

Así se declara.

C. *Gobierno y Administración del Poder Judicial: Órganos***TSJ-SPA (2060)****10-8-2006**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Inspectoría General de Tribunales vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Entre la Inspectoría General de Tribunales y la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial existe una relación de coordinación y no de subordinación.

Antes de cualquier otra consideración, esta Sala estima importante resolver los siguientes aspectos:

1.- En primer lugar, es menester emitir pronunciamiento, a propósito del cuestionamiento hecho a la legitimación activa de la Inspectoría General de Tribunales en el presente procedimiento por parte de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como también por parte del Ministerio Público, al interpretar que la actuación del órgano auxiliar se circunscribe a lo que ha sido denominado por la doctrina extranjera "recurso o acción de lesividad".

Al respecto, es preciso señalar que ya esta Sala ha emitido opinión con relación al punto en discusión, afirmando la cualidad que le asiste al Inspector General de Tribunales para actuar legítimamente contra los actos emanados de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, que considere lesionan los intereses difusos o colectivos.

Si bien el artículo 23 del Decreto por el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, otorga, de manera provisional, la competencia disciplinaria al órgano antes indicado, reforzado además este carácter, en la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, de fecha 15 de agosto de 2000, tal circunstancia no es óbice para legitimar al Inspector General de Tribunales, quien como titular del órgano auxiliar del ente decisor, como lo establece el artículo 28 del mismo decreto, y dada la condición de unidad autónoma del órgano que preside, por virtud del artículo 22 de la indicada Normativa que rige las funciones de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, cuenta no sólo con la facultad, en ejercicio de su potestad sancionatoria, sino también con la obligación de defender la transparencia de los procedimientos y decisiones administrativas dictadas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, dada la trascendencia que lleva implícita esta materia para la colectividad.

De otra parte, es menester destacar que si bien la actuación de la Inspectoría General de Tribunales podría dar lugar a una interpretación confusa que permitiera asimilarla al llamado recurso de lesividad, efectivamente utilizado en otros sistemas, mas no así en Venezuela, cuando se trata de que la Administración recurra de sus propios actos; resulta necesario aclarar que en todo caso no sería posible considerar la existencia de tal figura, como lo indicara en su escrito la representante del Ministerio Público, cuando señaló que la Inspectoría General de Tribunales constituye un órgano de jerarquía inferior a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. Conviene así señalar que con el Decreto por el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, y en adelante, todos los instrumentos normativos que destacan la materia y las respectivas competencias de los entes involucrados, ha quedado claro el carácter de órgano auxiliar y por ende, la relación de coordinación más que de subordinación, que distingue a la Inspectoría General de Tribunales respecto de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Distinta era la situación anteriormente a la intervención de los Poderes Públicos y bajo la vigencia única de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, pues de conformidad con esta normativa, la Inspectoría de Tribunales efectivamente era parte integral del suprimido Consejo de la Judicatura, y por tanto, su condición era claramente subordinada al mencionado órgano de acuerdo con los parámetros que le imponía la ley en su momento.

Sin embargo, en la actualidad, con la sucesión de instrumentos jurídicos reguladores de la estructura y funcionamiento de ambos órganos, no queda duda alguna de la relación de coordinación existente entre éstos, haciéndose especial énfasis en el carácter de órgano auxiliar con el que cuenta la Inspectoría General de Tribunales, como apoyo directo de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, en la tramitación y sustanciación de los procedimientos disciplinarios.

Por tales razones, esta Sala reitera que si bien estos órganos comparten actividades que le son afines y además, conllevan a una directa prelación por motivo de sus funciones, cada uno de los organismos señalados cuenta con la independencia que le da atribuciones para actuar de manera individual dentro de sus respectivas competencias, admitiéndose entre otras, la facultad de la Inspectoría General de Tribunales para activar el proceso contencioso-administrativo cuando considere que una decisión emanada de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como ente disciplinario que es y consecuentemente, de contenido resolutorio y definitivo su pronunciamiento en sede administrativa, no cumpla con el debido apego a las normas constitucionales y legales que le son inherentes al momento de dictar el respectivo acto administrativo disciplinario. Así se decide.

D. *Régimen de los Jueces: Ingreso a la carrera judicial*

TSJ-SPA (1989)

2-8-2006

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: María Amanda Pérez de Motabán vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

El ingreso a la carrera judicial se encuentra sometido al cumplimiento de diversos requisitos establecidos en la Constitución, específicamente en su artículo 255 *eiusdem*, lo que determina una estabilidad para el funcionario judicial, limitada por el interés general en la recta administración de justicia, tal como lo dispone expresamente el artículo 3 de la Ley de Carrera Judicial.

Una vez analizados los alegatos de las partes y las pruebas que constan en autos, corresponde a la Sala emitir un pronunciamiento sobre el asunto sometido a su consideración, a tal efecto observa lo siguiente:

Mediante Resolución N° 74 del 16 de julio de 1999, publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.753 del 29 del mismo mes y año, el extinto Consejo de la Judicatura designó a la hoy recurrente como Jueza de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en los términos siguientes:

“El Consejo de la Judicatura, constituido en Sala Administrativa, actuando en ejercicio de la atribución que le confiere la Ley Orgánica que lo rige, en su artículo 11, ordinal 9°, en concordancia con lo establecido en la Ley de Carrera Judicial, artículo 19, aparte único,

CONSIDERANDO,

Que el primero de julio de 1999, entró en vigencia plena el Código Orgánico Procesal Penal.

CONSIDERANDO,

Que al haberse creado los Circuitos Judiciales Penales de la Jurisdicción Penal previstos en el artículo 515 del Código Orgánico Procesal Penal, se hace indispensable la designación de los Jueces que conformarán las Salas de las Cortes de Apelaciones y los Tribunales de Primera Instancia, a los fines del funcionamiento de la Administración de Justicia, en el marco del nuevo sistema oral.

RESUELVE

Artículo 1. *Para formar el Circuito Judicial del ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS, se hacen las siguientes designaciones:*

(...)

JUECES DE PRIMERA INSTANCIA

(...)

-MARÍA AMANDA PÉREZ de MOTABÁN

(...)

Artículo 2. *Los designados que ostenten la titularidad de un cargo o categoría la mantienen, quedando a salvo lo establecido en el artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

La designación tiene carácter provisorio para los funcionarios no titulares de ese cargo o categoría, hasta la celebración de los respectivos concursos de oposición previstos en los artículos 21 y siguientes de la Ley de Carrera Judicial". (Destacado de esta Sala).

El artículo 118 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.262 Extraordinario de fecha 11 de septiembre de 1998, que hace referencia la anterior resolución dispone:

"Artículo 118. A los efectos de garantizar la correcta aplicación del nuevo sistema procesal penal, los jueces penales serán objeto de una evaluación.

La evaluación que se implementará a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, y durante el lapso máximo de un año, deberá versar sobre factores objetivos, en especial, sobre la capacidad profesional, integridad y experiencia.

El jurado evaluador para cada Circunscripción Judicial, se integrará con dos magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y un miembro del Consejo de la Judicatura, elegidos por sorteo.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia reglamentará todo lo relacionado con las bases, forma, modalidades y oportunidad de la evaluación".

Del texto de la resolución transcrita concatenado con el artículo anterior se puede inferir que la necesidad del momento era formar el Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, para lo cual se hicieron las designaciones requeridas, quedando suficientemente claro que no se modificaba en modo alguno la titularidad de los cargos que ostentaban los funcionarios seleccionados, es decir, quienes concursaron previamente para un cargo y hubiesen obtenido la titularidad del mismo, con dicha resolución la mantienen, y para quienes no son titulares, la designación **tendrá carácter provisorio hasta tanto se celebren los respectivos concursos de oposición.**

Deberá esta Sala analizar si la decisión de la Comisión Judicial de este Tribunal Supremo de Justicia, que ratificó la calificación dada por el jurado N° 9 de la Comisión de Evaluación y Concursos para el Ingreso y Permanencia en el Sistema Judicial a la abogada María Amanda Pérez de Motabán como Jueza Itinerante es conforme a derecho; o si por el contrario, por aplicación del artículo 2 de la Resolución 74 deberá ser ratificada como Jueza Titular del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

En el escrito recursivo la actora alegó que le fueron vulnerados sus derechos, ya que el “ejercicio de [su] cargo incide directamente en [su] dignidad”, tal menoscabo se configura cuando la Comisión Judicial de este Tribunal le reconoce que es Juez de Carrera pero le niega su “derecho adquirido de Juez Titular de Carrera Judicial”, apoyándose en lo dispuesto en los artículos 22 y 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; así mismo, tal decisión quebranta su derecho a la defensa y al debido proceso al no haberle apreciado “como elemento de prueba la CERTIFICACIÓN DE CARGO expedida por la Dirección de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de la cual se desprende de manera inequívoca [su] condición de JUEZ TITULAR...”

Igualmente, alegó que se le violó el derecho a la estabilidad como Jueza, pues ingresó a la carrera judicial por concurso de oposición.

A los fines de determinar si en efecto se produjo la violación a tales derechos debe resaltar la Sala:

Mediante decisión del 7 de junio de 2004, la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia rechazó la pretensión de la recurrente que sea modificada la calificación como Jueza Itinerante que le otorgó la Comisión de Evaluación y Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial, tomando como base los antecedentes siguientes:

El Consejo de la Judicatura en fecha 9 de enero de 1998 dictó la Resolución N° 1464, publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.830 del 23 de enero de 1998, mediante la cual reconoció “a los Jueces Penales Itinerantes Permanentes, su condición de Jueces de Carrera”, encontrándose la hoy recurrente dentro de esa figura.

La Comisión de Evaluación y Concursos para el Ingreso y Permanencia en el Sistema Judicial, a través del Jurado N° 9 en fecha 11 de septiembre de 2001 procedió a evaluar a la abogada actora en su condición de Juez Itinerante Permanente, dejando constancia de lo siguiente:

*“Quienes suscriben, ... integrantes del Jurado N° 09, habilitados para evaluar a la Jueza **MARÍA AMANDA PÉREZ DE MOTABÁN**, titular de la Cédula de Identidad N° V-2.093.007, actualmente en función de Juez Décimo Quinto de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, quien para la fecha de esta evaluación se desempeñaba como Juez Itinerante del Juzgado Vigésimo Séptimo de Juicio de la misma Circunscripción Judicial... luego de la evaluación de la Jueza y con base en los factores previstos en los artículos 5 y 7 de la NEC, previa audiencia de la Jueza evaluada, quien compareció en fecha 11 de septiembre de 2001 ante el Jurado, emiten el veredicto sobre la evaluación realizada, en los términos siguientes:*

PRIMERO: Naturaleza y Objetivo del Trabajo del Jurado.

El trabajo de evaluación del desempeño de la Jueza señalada, realizado por el Jurado N° 9, constituye una expresión de la participación ciudadana en el ejercicio del poder público y tiene por objeto producir información técnica, relevante y vinculante que sirva de fundamento para que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura dicte el acto administrativo mediante el cual los Jueces que aprueben la evaluación sean ratificados en sus cargos si son titulares de los mismos; los no titulares que aprueben la evaluación quedarán aceptados para el Concurso de Oposición, y los Jueces que no aprueben la evaluación serán retirados de sus cargos, todo de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la NEC. (...)

VEREDICTO

*En base a lo dispuesto en el artículo 8 de la NEC y en virtud de que la mayoría de los factores resultó SATISFACTORIO el jurado considera aprobada a la Juez **MARÍA PÉREZ DE MOTABÁN**, ya identificada". (Subrayado de esta Sala).*

Del acto administrativo transcrito se puede observar que se trata de una evaluación del desempeño de la recurrente en sus funciones de Jueza, quedando claramente expresado en el texto del mismo que su naturaleza y objetivo era proporcionar resultados que permitieran a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura dictar un acto administrativo posterior (para los jueces que resultaran aprobados), ya sea ratificándolos en la titularidad de sus cargos, si la tenían, o aceptando a los no titulares para el concurso de oposición.

Expuesto lo anterior, la Sala, luego de analizar el contenido del acto recurrido concluye que en el presente caso estamos frente a la impugnación de un acto administrativo mediante el cual se decidió declarar sin lugar la solicitud de la actora de que le sea reconocido un supuesto "derecho adquirido" de ser ratificada como Jueza Titular del cargo para el que fue designada mediante la Resolución N° 74 del 16 de julio de 1999 emanada del Consejo de la Judicatura.

Resulta oportuno señalar, que el ingreso a la carrera judicial se encuentra sometido al cumplimiento de diversos de requisitos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en su artículo 255 *eiusdem*, lo que determina una estabilidad para el funcionario judicial, limitada por el interés general en la recta administración de justicia, tal como lo dispone expresamente el artículo 3 de la Ley de Carrera Judicial.

La recurrente consignó en el acto de informes la copia simple de una "certificación de cargos" expedida por la Dirección General de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de la cual, a su decir, "*se desprende de manera inequívoca [su] condición de JUEZ TITULAR*".

De manera que el supuesto "derecho adquirido" que reclama la actora de ser reconocida como titular del cargo que ejerce como Jueza de Primera Instancia, requiere el cumplimiento de unos requisitos previos, lo cual no puede afirmarse con la "certificación de cargos" mencionada en el párrafo anterior, ya que tal documento no constituye para este Máximo Tribunal la prueba efectiva de haber aprobado el concurso de oposición para ese cargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Carrera Judicial; estima la Sala que en el presente caso no existe violación de los derechos constitucionales denunciados, como lo son el derecho a la defensa, al debido proceso y a la estabilidad, pues, tal como lo señaló la representación de la Procuraduría General de la República, la recurrente "*tuvo la oportunidad de defenderse y aportar sus pruebas, toda vez que se le notificó para imponerla de los hechos...*", *asimismo "tuvo la oportunidad de intentar todos los recursos que la propia ley le otorga para asumir su defensa..."*, y el Consejo de la Judicatura mediante la Resolución N° 1464 del 9 de enero de 1998 le reconoció su condición de Juez de Carrera, lo cual fue confirmado por la Comisión Judicial de este Supremo Tribunal en su decisión. Así se declara.

Seguidamente, pasa esta Sala a analizar el alegato de la actora referido a que la Comisión de Evaluación y Concursos para el Ingreso y Permanencia en el Sistema Judicial incurrió en un "error material" al otorgarle el calificativo de itinerante en el proceso de evaluación, solicitando como consecuencia del veredicto satisfactorio, la aplicación del artículo 12 de las Normas de Evaluación y Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial y su ratificación como Jueza Titular de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

Al respecto, el artículo 18 de la Ley de Carrera Judicial dispone:

“Artículo 18.- El Consejo de la Judicatura designará juez titular del tribunal al concursante que haya obtenido la calificación mayor en el concurso de oposición, dentro de la escala de puntuación comprendida entre un mínimo de las tres cuartas partes del total de puntos establecidos para el concurso y dicha cantidad de puntos. (...)”.

Por su parte, el mencionado artículo 12 reza:

Artículo 12.- CONSECUENCIAS DE LA EVALUACIÓN. Los jueces que aprueben la evaluación, serán ratificados en sus cargos si son titulares de los mismos. Los no titulares que aprueben la evaluación, quedarán aceptados para el concurso de oposición.

Los jueces que no aprueben la evaluación, serán retirados de sus cargos, pero podrán inscribirse en concursos de oposición para el ingreso al Poder Judicial, después de transcurridos cuatro años desde la fecha de retiro”.

Los artículos citados señalan, en primer lugar, como requisito fundamental para ser juez titular de un tribunal (haber obtenido la mayor calificación en el concurso de oposición), y en segundo lugar, si son titulares, su ratificación cuando hayan aprobado la evaluación practicada; no obstante, observa la Sala que no consta en autos ninguna actuación que acredite la efectiva realización del concurso, previo a la designación de la recurrente en el cargo de Jueza de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas (16 de julio de 1999); en consecuencia, esta Sala concluye que **la abogada María Amanda Pérez de Motabán fue designada como Jueza de Primera Instancia con carácter provisorio hasta tanto apruebe el concurso de oposición para ese cargo**, todo de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Carrera Judicial y en las Normas de Evaluación y Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial. Así se declara.

En consecuencia, desechados los argumentos de la recurrente, esta Sala debe declarar sin lugar el presente recurso de nulidad. Finalmente, sin tratarse el presente caso de un procedimiento sancionatorio, reitera esta Sala el criterio sostenido referido a que la Comisión Judicial está facultada para dejar sin efecto la designación de un juez que ha ingresado al poder judicial sin el respectivo concurso, obviando el procedimiento administrativo previo, dado que su estabilidad estaría sujeta a que hubiera participado en el concurso público de oposición y ganara la titularidad del cargo, circunstancia que como se señaló anteriormente no ha sido verificada en el caso de autos.

No obstante, advierte esta Sala que el Consejo de la Judicatura al reconocer a los Jueces Itinerantes Permanentes su condición de jueces de carrera, mediante Resolución N° 1464 del 9 de enero de 1998, creó una categoría especial de jueces que sin ser asimilada a la titularidad que otorga el haber ingresado al Poder Judicial mediante el concurso de oposición dispuesto constitucionalmente, tampoco debe ser asimilada a un juez cuyo nombramiento ha sido efectuado de carácter provisional; tomando en cuenta que tal decisión devino precisamente del *óptimo rendimiento del Programa de la Justicia Itinerante*, cuya estabilidad le ha sido otorgada en el sentido de que se le garantice su llamado a concurso de oposición, por lo que hasta tanto se verifique el mismo, para ser separados de la carrera judicial requieren la sustanciación de un procedimiento disciplinario.

Así se declara.

2. *El Poder Municipal. Alcaldes: Ausencia absoluta***TSJ-SE (122)****6-7-2006**

Magistrado Ponente: Rafael Arístides Rengifo Camacaro

Caso: Conflicto de autoridades en el Municipio Alto Orinoco del Estado Amazonas.

La Sala Electoral seguidamente analiza el régimen de las faltas absolutas de los Alcaldes.

Señalado lo anterior, observa esta Sala que efectivamente, el ciudadano Jaime Turon fue electo con ochocientos cuarenta y ocho (848) votos como Alcalde del Municipio Alto Orinoco del Estado Amazonas en las elecciones regionales de octubre de 2004. No obstante, consta en autos la solicitud por parte del abogado Alejandro Castillo Soto, Fiscal 50 Nacional del Ministerio Público con Competencia Plena, de la aprehensión y captura del ciudadano Jaime Turon, “*por estar demostrada la comisión de los delitos de: PECULADO DOLOSO PROPIO Y PECULADO DOLOSO PROPIO EN GRADO DE COMPLICIDAD NECESARIA*” (cfr. folios 689 al 741 del expediente).

Esta situación supone, lógicamente, la imposibilidad del ejercicio de la condición de Alcalde del ciudadano Jaime Turon y, por consiguiente, su ausencia por el tiempo que corresponda.

En este sentido, el artículo 189 del antiguo Código de Enjuiciamiento Criminal establecía que cuando se librara orden de detención contra un individuo que estuviere desempeñando un empleo público, quedaría en suspenso de su ejercicio desde el momento que sea aprehendido. Hoy día, aunque no existe una norma equivalente en el Código Orgánico Procesal Penal, es obvio para esta Sala que ante la imposibilidad material o física de ejercer –en este caso– el cargo de Alcalde por causa de privación de la libertad, el ejercicio del mismo queda en suspenso, configurándose lo que la Ley denomina una falta.

Corroborando tal situación fáctica, en el Acta número 21 de la sesión de la Cámara Municipal del 13 de junio de 2006 (cfr. folio 953 al 954), se señala:

“Es del conocimiento de todos que el ciudadano Jaime Turon se encuentra desaparecido huyendo de la justicia [...] se encuentra prófugo de la Justicia, al punto que los organismo del estado no han podido dar con su paradero, desde el mes de marzo.

En tal sentido se Declara la Ausencia Absoluta del ciudadano Jaime Turon, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 87 de la Ley del Poder Público Municipal”

Esta situación encuentra solución en lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal -anterior artículo 54 de la ley Orgánica de Régimen Municipal-, que textualmente señala:

“Las ausencias temporales del alcalde las suplirá el funcionario del más alto nivel de dirección que él mismo designe. Si la falta temporal se prolonga por más de noventa días consecutivos, el concejo declarará si debe considerarse falta absoluta. Cuando la falta del alcalde se deba a detención judicial, la suplencia la ejercerá el funcionario designado por el concejo dentro del más alto nivel de dirección.

Cuando se produjere la ausencia absoluta del alcalde antes de tomar posesión del cargo o antes de cumplir la mitad de su período legal, se procederá a una nueva elección en la fecha que fije el organismo electoral nacional.

Cuando la falta absoluta se produjere transcurrida más de la mitad del período legal, el concejo designará a uno de sus integrantes para que ejerza el cargo vacante de alcalde por lo que reste del período municipal. Mientras se cumple, en uno u otro caso, la toma de posesión del nuevo alcalde, estará encargado de la alcaldía el presidente del concejo.

Si se produjere la revocatoria del mandato del alcalde, en los supuestos previstos en la legislación especial que desarrolla los derechos políticos contemplados en la Constitución de la República, se procederá conforme a lo previsto para el caso de falta absoluta”.

Según se evidencia de la norma transcrita, la presente falta, que en principio podría considerarse como temporal, tras el paso del tiempo y como efectivamente lo declaró por este motivo el actual Concejo del Municipio Alto Orinoco del Estado Amazonas (cfr. folios 953 al 954 del expediente), ha devenido en falta absoluta del Alcalde Jaime Turon y así se declara.

Establecido lo anterior, sobre las consecuencias de dicha falta, la referida norma es clara en distinguir cuando la falta ocurre “antes de tomar posesión del cargo” o “antes de cumplir la mitad de su período legal” y cuando “se produjere transcurrida más de la mitad del período legal”.

En los primeros dos casos “se procederá a una nueva elección en la fecha que fije el organismo electoral nacional” y “mientras se cumple, en uno u otro caso, la toma de posesión del nuevo alcalde, estará encargado de la alcaldía el presidente del concejo”.

De esta forma, considerándose que el Alcalde Jaime Turon fue electo en octubre de 2004 y que el período para dichos cargos es de cuatro años (cfr. artículo 174 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), la mitad del período se cumple en octubre de 2006, esto es, a la presente fecha la falta absoluta del Alcalde Jaime Turon ha ocurrido “antes de cumplir la mitad de su período legal”.

Así se declara.

Consecuencia de ello es que “se procederá a una nueva elección en la fecha que fije el organismo electoral nacional”, por lo cual esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia ordena al Consejo Nacional Electoral realizar una nueva elección para escoger al Alcalde del Municipio Alto Orinoco del Estado Amazonas, en las condiciones y en el tiempo técnicamente necesarios para ello.

Así se decide.

Establecida la procedencia de una nueva elección, corresponde a este Juzgador dilucidar lo relativo a quién se encargará de la Alcaldía mientras se cumple la toma de posesión del nuevo Alcalde, y a tal efecto observa:

El aludido artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, establece que corresponde al presidente de la Cámara Municipal encargarse de la Alcaldía mientras asume un nuevo Alcalde y en tal sentido esta Sala ratificó al ciudadano David González como Alcalde interino (cfr. sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, número 119 del 11 de agosto de 2005) y, posteriormente, designó cautelarmente al ciudadano Mara Chamanare como Alcalde del Municipio Alto Orinoco del Estado Amazonas (cfr. sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, número 149 del 1° de noviembre de 2005).

En esta oportunidad, considerando que las solicitudes de resolución de conflicto municipal tienen como finalidad mantener la normalidad institucional, garantizando condiciones que permitan un gobierno efectivo y la paz social del Municipio, estima esta Sala conveniente, en ejecución directa del aludido artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, encargar al ciudadano Jesús Amador Manosalva actual presidente del Concejo del Muni-

cipio Alto Orinoco (*cf.* Actas del Concejo del Municipio Alto Orinoco del estado Amazonas, número 1 del 7 de enero de 2006 y 21 del 13 de junio de 2006), como Alcalde mientras se elige y toma posesión el Alcalde que resulte electo de las elecciones ordenadas por esta Sala, todo ello de conformidad con la disposición precedentemente analizada. Así se decide.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. Régimen Presupuestario. Órganos Parlamentarios: Supremacía Financiera

TSJ-SC (1414)

19-7-2006

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 13, 14, 15, 19 (Parágrafo Único), 26 (numerales 3 y 5), 27 y 71 de la Ley de Contraloría del Estado Lara, publicada en *G.O.* N° 1931 del 30 -6-2003.

En los órganos parlamentarios reposa la denominada supremacía financiera, conforme la cual -como natural manifestación de sus poderes de control y atendiendo su carácter representativo- tienen la potestad de jerarquizar las distintas necesidades financieras estatales. Por tal razón, aun y cuando la Constitución no señale en forma expresa la competencia de los Consejos Legislativos o de los Concejos Municipales para aprobar el presupuesto de los entes político-territoriales menores o los contingentes créditos adicionales que pudieran requerirse; esta facultad debe entenderse comprendida en su ámbito funcional, no sólo en atención a su carácter representativo, sino como exigencia indispensable para asegurar su eficiencia financiera.

Por otra parte, la representación accionante demandó la nulidad de los artículos 26 (numerales 3 y 5) y 27 de la Ley de la Contraloría General del Estado Lara, conforme los cuales:

Artículo 26.-Disposiciones Especiales para la Elaboración y Ejecución del Presupuesto. La Contraloría General del Estado Lara estará sujeta a las leyes, reglamentos y demás normas e instructivos que se apliquen a los órganos del poder público, sobre la elaboración y ejecución del presupuesto, en cuanto sean aplicables. No obstante, a los efectos de garantizar la autonomía en el ejercicio de sus atribuciones, regirán las siguientes disposiciones especiales para la elaboración y ejecución de su presupuesto:

[...] 3. Las asignaciones presupuestarias originalmente aprobadas para el funcionamiento de la Contraloría General del Estado Lara, sólo podrán ser disminuidas en el presupuesto del Estado con el voto de las dos terceras partes de los miembros del Consejo Legislativo, en los casos previstos en la Ley que regula el régimen presupuestario del Estado Lara.

[...] 5.La ejecución del presupuesto de la Contraloría General del Lara, estará sujeta a las disposiciones previstas en esta Ley y demás leyes que rigen la materia, sin perjuicio de que el Consejo Legislativo o la Comisión Delegada pueda examinar el presupuesto de la Contraloría General del Estado Lara y formularle las observaciones correspondientes al órgano contralor [...].

Artículo 27.- Incremento de los créditos presupuestarios. Las disposiciones establecidas en el artículo anterior, no impiden a la Contraloría General del Estado Lara, hacer uso de los mecanismos establecidos en la Ley para cubrir gastos imprevistos que se presenten en el curso de la ejecución del presupuesto, o para incrementar los créditos presupuestarios que resulten insuficientes. En tal sentido, los trasposos presupuestarios que fueren necesarios para el mejor cumplimiento de las funciones del organismo, los aprobará únicamente el Contralor General del Estado mediante resolución motivada, con sujeción los procedimientos establecidos

en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, la ley que regula el Régimen Presupuestario del Estado Lara y la Ley de Presupuesto del Estado Lara debiendo informar de las modificaciones presupuestarias dentro de los tres (3) días siguientes, al Consejo Legislativo del Estado Lara o a su Comisión Delegada.

En contra de las precitadas normas, arguyeron que en ellas se establece una inadmisibles relación de sujeción presupuestaria de la Contraloría Estatal en relación con el Consejo Legislativo, al autorizarle para efectuar observaciones al proyecto de presupuesto presentado por el órgano de control fiscal “con lo que incluso podría reducir o ampliar el presupuesto, decidir -sustituyéndose en la Contraloría- las partidas que debe contener ese presupuesto y la importancia de cada una de las partidas, etc. Como si de un ente de adscripción o un superior jerárquico se tratara”.

Frente a tales argumentos, habría que objetar que -contrario a lo señalado por los demandantes- en los órganos parlamentarios reposa la denominada supremacía financiera (*cfr.* FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de Derecho Financiero Español*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 287-333), conforme la cual -como natural manifestación de sus poderes de control y atendiendo su carácter representativo- tienen la potestad de jerarquizar las distintas necesidades financieras estatales.

La razón por la cual debe converger en un único órgano la toma de tales decisiones financieras obedece a la circunstancia de que -a cualquier nivel- las personas jurídicas territoriales poseen una limitada cantidad de recursos, de cara a lo cual resulta impretermitible que exista coordinación entre los entes que las componen para atender obtener una política económica común, que atienda las necesidades específicas de cada una de ellas. Se trata, entonces, de una cuestión financiera elemental: bajo criterios de escasez, debe existir un ente que distribuya y ordene las distintas pretensiones de financiamiento de los demás y, bajo ningún supuesto, tal función ha sido acordada ni a la Contraloría General de la República, ni a cualquier otro órgano que integre el Sistema Nacional de Control Fiscal, sin que ello soslaye sus intrínsecas facultades de control externo. Por el contrario, ningún órgano está exento de ese control político-presupuestario y mal puede aducirse que su ejercicio suponga mella alguna respecto de su autonomía.

Como antes se indicó, se trata de una facultad consustanciada con la naturaleza del Poder Legislativo y por ello la Constitución se la atribuye directamente a la Asamblea Nacional en su artículo 187, en sus numerales 6 y 7, por ejemplo.

La mencionada supremacía financiera, constituye entonces -más que una facultad- un presupuesto de eficiencia de la actuación estatal, razón por la cual resulta completamente inadecuado a tales propósitos autorizar a cualquier órgano para actúe de espaldas a la realidad económica, eximiéndole de los señalados controles que en modo alguno pueden significar una excesiva injerencia. Por tal razón, aun y cuando la Constitución no señale en forma expresa la competencia de los Consejos Legislativos o de los Consejos Municipales para aprobar el presupuesto de los entes político-territoriales menores o los contingentes créditos adicionales que pudieran requerirse; esta facultad debe entenderse comprendida en su ámbito funcional, no sólo en atención a su carácter representativo, sino como exigencia indispensable para asegurar su eficiencia financiera. Con asidero en estas premisas, debe declararse sin lugar la demanda de nulidad en lo que atañe a los artículos 26 y 27 de la Ley de Contraloría General del Estado Lara.

Así se decide.

2. *Régimen de Protección de accionistas minoritarios en las sociedades anónimas*

TSJ-SC (1420)

20-7-2006

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Milagros Coromoto de Armas Silva de Fantes

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia interpreta el contenido de los artículos 261, 284, 287, 290, 291, 305, 306, 310, 311 del Código de Comercio, en lo que respecta a la protección de los accionistas minoritarios de las Sociedades Anónimas de capital cerrado.

En un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, donde la igualdad, la responsabilidad social y la ética, son valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2 constitucional), es necesario establecer cuál es el régimen aplicable a los accionistas minoritarios de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, o cualquier otra forma societaria de capitales donde existan socios minoritarios.

Los derechos de los accionistas minoritarios y la manera de ejercerse, a juicio de esta Sala, no atentan contra el derecho a asociarse con fines lícitos, que prescribe el artículo 52 constitucional, ya que el Estado, por medio de sus Poderes -entre éstos, el Judicial- está obligado a facilitar ese derecho y a tal fin la interpretación constitucional actúa como una herramienta al garantizarle a quienes se asocian el cumplimiento de los valores que impone el ordenamiento jurídico. La comprensión de la empresa societaria como una entidad económica cuya actividad rebasa el sólo interés lucrativo de sus socios, queda plasmada en una amplia tendencia -ya casi global- que señala que su responsabilidad trasciende también en aquellas personas involucradas en el negocio: trabajadores, proveedores, clientes, competidores, etcétera.

Bajo este nuevo esquema, la empresa pasa a ser concebida como un importante motorizador de la economía con un impacto social fundamental y de allí que los Estados hayan comenzado a regular un conjunto de instituciones que permitan imponer -también dentro del ámbito societario- conductas éticas que resguarden los intereses de todos los que forman parte de ese amplio espectro de afectados -directa o indirectamente- por el desarrollo del negocio. Es así como, a raíz de escándalos financieros globales como los conocidos casos de Enron y Worldcom -por referir a los más conocidos en el pasado reciente- han cobrado un nuevo empuje las mejores prácticas postuladas por el denominado "Buen Gobierno Corporativo", como un sistema que permita velar la satisfacción cabal de los fines sociales (en la amplia dimensión ya referida), permitiendo que las empresas obtengan altos índices de eficiencia y rendimiento al establecer pautas de transparencia que permitan a los interesados conocer la manera en que los directivos las gestionan y poner a su disposición mecanismos para resolver los conflictos de intereses que pudieran generarse para que -en definitiva- se propenda a un equilibrio "hacia adentro" de la empresa, que redundará en una positiva proyección de la actividad empresarial "hacia fuera".

En este entorno, apunta la Sala, la protección de los accionistas minoritarios cobra particular importancia y en ella colocan un énfasis especial las mejores prácticas referidas, pues se destinan fundamentalmente a impedir que quienes se hagan del control de la compañía lo utilicen -no en beneficio de la sociedad- sino en la satisfacción de sus propios intereses, a expensas de los minoritarios u otros integrantes del circuito económico (*cf.* WIGODSKI, Teodoro y Franco ZÚÑIGA, Gobierno Corporativo en Chile después de la Ley de Opas [En línea] *Revista de Ingeniería de Sistemas*, Departamento de Ingeniería industrial, Universidad de Chile, Volumen XVII, N° 1, Julio 2003 [Citado: 20 de junio de 2006] Disponible en www.dii.uchile.cl).

Por sólo mencionar el ámbito iberoamericano, países como Colombia, Chile, España, México, Panamá y Perú, han dado cuenta de estos principios a través de recientes reformas a sus leyes mercantiles, incorporando esta clase de mecanismos destinados -por una parte- a brindar independencia a sus directivos y a sus respectivas instancias de inspección (auditoría) respecto de los accionistas de las empresas que gestionan y -por la otra- permitir el acceso a la información relevante acerca de la gestión que éstos desarrollan, a todos los accionistas sin discriminación, entendiendo que el mayor conocimiento que éstos posean al respecto, garantiza su cabal participación en las instancias deliberantes de las empresas y, por tanto, el pleno ejercicio del derecho al voto en el seno de las mismas (*Vid.* MUÑOZ PAREDES, José María. El derecho de información de los administradores tras la Ley de Transparencia [en línea]. Diario La Ley N° 6078, Año XXV, 03-09-2004, Ref. D-174, España [Citado: 19 junio 2006] Disponible en www.laley-nexus.com; y QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia, Protección del Accionista Minoritario como una posible defensa del capital nacional ante el fenómeno de la Globalización [en línea]. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXVII, N° 109, enero-abril 2004 [Citado: 20 de junio 2006] Disponible en www.ejournal.unam.mx).

En el caso de España, la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, incorporó las directrices impartidas por la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, fundamentalmente dirigidas a proteger al accionista minoritario, permitiéndole -entre otras cosas- a un mínimo del cinco por ciento (5 %) de los accionistas solicitar al Registrador Mercantil, con cargo a la sociedad, el nombramiento de un Auditor de Cuentas para determinado ejercicio o la revocación del que fuere designado por la Junta General. Asimismo, se concede a los minoritarios -con una exigencia mínima del porcentaje indicado- la posibilidad de ejercitar, en protección de los intereses de la sociedad, la acción de responsabilidad en contra de sus administradores y, en general, se les brinda suficiente legitimación para impugnar los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración y solicitar su correspondiente suspensión cautelar (*Vid.* BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Décima edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2000. pp. 264-271).

La protección del accionista minoritario ha sido reforzada a tal punto que el ordenamiento penal español, dentro del título correspondiente a los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, cataloga como un hecho típico la adopción de acuerdos sociales abusivos, criminalizando la actitud defraudatoria de quienes prevaliéndose de su condición mayoritaria dentro de los órganos de la empresa y con ánimo de lucro propio o ajeno, adopten acuerdos en perjuicio de los demás socios (URRAZA ABAD, Jesús, La adopción de “acuerdos abusivos” como conducta constitutiva del delito societario recogido en el artículo 291 del Código Penal: acuerdos criminalizados y acuerdos de trascendencia meramente mercantil [en línea]. *Diario La Ley*, 1996, Ref. D-290, Tomo 5, España [Citado: 19 junio 2006] Disponible en www.laleynexus.com).

Otro ejemplo interesante se da en el caso colombiano, en el que la reforma efectuada a su Código de Comercio en 1995 incorporó un régimen especial de supervisión y vigilancia sobre las sociedades controladas, entendiendo por éstas aquellas en las que el poder de decisión de la Asamblea está sometido -directa o indirectamente- a la voluntad de una sociedad matriz controlante, de un grupo empresarial o incluso de una o varias personas naturales. Al amparo de este estatuto, se ha querido trascender la ficción de “democracia societaria” que permitiría a los grupos de control imponer sus decisiones en perjuicio de los minoritarios, protegiendo ostensiblemente los derechos de éstos (Véase: CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en Sala Plena. Sentencia N° C-707, de 6 de julio de 2005 [en línea, citado: 20 junio 2006] Disponible en www.ramajudicial.gov.co).

En nuestro sistema, dentro del régimen ordinario de las compañías de capitales establecidas en el Código de Comercio, los accionistas minoritarios, en materia de compañías anónimas, tienen los siguientes derechos:

- 1) Ser convocado y actuar en las Asambleas (artículo 275 del Código de Comercio).
- 2) Oponerse a las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la ley a fin de impedirlos, hasta que una nueva Asamblea decida el punto (artículo 290 *eiusdem*).
- 3) Los socios que representen la quinta parte del capital social, pueden denunciar ante el tribunal mercantil que se abrigan fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes por parte de los administradores y los Comisarios (artículo 291 del Código de Comercio); y
- 4) Denunciar a los Comisarios los hechos de los administradores que crean censurables. Si la denuncia ha sido efectuada por socios que representan una décima parte del capital social y los Comisarios consideran fundada y urgente la denuncia, deben convocar inmediatamente a una Asamblea para que decida sobre lo reclamado.

De estos derechos, los accionistas minoritarios no pueden ejercer algunos, si no alcanzan a representar una décima o quinta parte del capital social lo que ya supone una importante limitación a su participación en el seno de la sociedad.

Pero además, para ejercer estos derechos y otros, como el de participar de las Asambleas que aprueban o no el balance, resulta indispensable que los accionistas tengan conocimiento de las operaciones societarias para así poder aprobar o improbar el balance y conocer el rumbo de los negocios de la compañía.

Los Comisarios tienen un ilimitado derecho de inspección y vigilancia sobre todas las operaciones de la sociedad, y así pueden examinar libros, correspondencia y en general todos los documentos de la compañía (artículo 309 Código de Comercio).

Es ese poder de inspección y vigilancia el que permite a los Comisarios confeccionar el informe que presentarán a la Asamblea, sobre los resultados del balance y la administración, así como las observaciones y las proposiciones respecto de la aprobación del balance (artículo 305 *eiusdem*).

Pero resulta que para los accionistas, las explicaciones de los Comisarios pueden no bastarle, ya que ellos tienen el derecho de conocer el resultado de la inspección comisarial, lo que significa que tienen interés en conocer cada uno de los negocios de la sociedad, para examinarlos y concluir que el negocio dio lo expresado, que la administración es sana, etcétera.

Este derecho a conocer para preservar su inversión lo tiene coartado el accionista minoritario, si el administrador o los Comisarios no le facilitan información particularizada sobre los negocios sociales que excedan de lo reflejado en el balance, cuyos soportes desconoce el socio.

Se trata de una materia donde alguien se asocia de buena fe, con base a un régimen jurídico establecido en el Código de Comercio y en el contrato particular entre los socios, pero que no por ello, quien se asocia va a estar condenado a no obtener de su propiedad (acciones) los frutos que le corresponden, debido al abuso de derecho de quienes administran, quienes prácticamente le “*confiscan*” los bienes.

Las normas del Código de Comercio, a su vez, parecen tratar de evitar los abusos de derechos de los minoritarios que entorpezcan la marcha de la sociedad, y por ello señalan vías particulares y porcentajes accionarios para reclamar o solicitar respuestas.

En aplicación de la garantía constitucional al uso, goce y disfrute de los bienes, el cual se ve enervado cuando el propietario de un bien (acción o cuota de participación) se ve impedido de informarse sobre las circunstancias que rodean al bien, esta Sala considera, que en la sociedades anónimas así como en todas aquellas donde existan minorías, los socios tienen dos momentos básicos para controlar sus bienes y averiguar qué proventos pueden obtener de ellos.

Un primer momento surge antes de la celebración de la Asamblea a que se refiere el ordinal 1º del artículo 275 (artículos 261, 284, 304, 305 y 306 del Código de Comercio). Un mes antes de la celebración de la Asamblea, los Comisarios, que son autoridades de control y vigilancia a favor de los socios, presentan a los administradores el balance que será sometido a aprobación de la Asamblea, con los documentos justificativos.

Dicho balance demostrará con evidencia y exactitud los beneficios realmente obtenidos y las pérdidas experimentadas y debe estar acompañado de un informe de los Comisarios que explique los resultados; y quince días antes de la celebración de la Asamblea que lo examinará (balance e informe) deben ser depositados en las oficinas de la compañía a la orden de quien acredite su cualidad de socio (artículo 284 del Código de Comercio).

Si ese balance debe demostrar con evidencia (certeza manifiesta) y exactitud (fidelidad) el estado del giro anual, los socios deben tener un derecho de información que se concreta en conocer la contabilidad de la sociedad, para verificar esa certeza y fidelidad, para así a sí no sólo poder votar en la Asamblea, sino ejercer los derechos que le otorgan los artículos 290, 291 y 310 del Código de Comercio, si fuere el caso.

Los socios, independientemente del número de acciones que tienen, pueden examinar los libros, soportes y antecedentes del balance en unión de expertos contables, como garantía de que puedan entender cabalmente el balance, y a juicio de esta Sala, este derecho que le garantiza su propiedad, no se limita al examen o análisis de los documentos que acompañen los Comisarios al balance, sino a la propia contabilidad, ya que ella es la verdadera justificación del balance. Resulta perjudicial para los socios minoritarios, que solo puedan acceder a lo informado por los Comisarios, quienes son nombrados por los socios mayoritarios, que gobiernan la sociedad.

No escapa a la Sala que tal proceder, de efectuarse durante todo el ejercicio económico, o cada vez que el accionista lo deseara, resulta por una parte riesgoso, ya que secretos mercantiles o individuales podrían quedar vulnerados, mientras que -por otra parte- puede entorpecer el funcionamiento de la sociedad -al menos en su parte contable, así ella sea llevada por medios electrónicos- sobre todo al cruzar soportes con asientos.

De allí que la Sala, a pesar de que reconoce un derecho a la información que tienen los socios y que garantiza el cabal derecho al voto en las Asambleas, en lo referente a la aprobación o improbación de las cuentas u otros acuerdos que en ellas se sometan a su consideración, entiende que el mismo sólo puede ser utilizado dentro de los quince días anteriores a la Asamblea, cuando el balance está a su disposición, y que como garantía, si se les negare el derecho a examinar o el lapso fuera insuficiente, los socios podrán acudir al amparo constitucional, a fin de que se les respete la propiedad sobre sus bienes. Claro está que los administradores podrían prorrogar el término de quince días establecido en el artículo 306 del Código de Comercio, que prevé sólo el depósito para el examen de los socios, del balance general y el informe de los Comisarios, que debe constar en la sede social.

A juicio de esta Sala, se infringirían derechos constitucionales del socio, si sólo tuviere acceso a esos dos instrumentos y, por lo tanto, la norma debe desaplicarse si se interpreta que el derecho de información que tiene el socio se limita a esos dos documentos. Igualmente resultaría lesivo a los socios que se incumpliera el lapso establecido en el artículo 306 comentado, y se presentarían los documentos el mismo día de la convocatoria.

También se plantea la Sala, si el derecho a la información abarca el derecho de auditar las cuentas y a obtener copia de todos los soportes de la contabilidad; y por los motivos antes señalados, considera que la extensión de tal derecho atentarían contra la marcha de las sociedades; y pondría en peligro secretos mercantiles o industriales, y hasta el llamado “*know how*” que forma parte del patrimonio social.

El segundo momento de control, lo tiene los accionistas durante el desarrollo de la Asamblea, en la cual podrían debatir el informe del comisario, y aunque el artículo 287 del Código de Comercio no lo exprese, podrán los socios en ella interrogar a los Comisarios y a los administradores.

Pero los problemas de conocimiento de los minoritarios se agravan cuando se trata de grupos o unidades económicas, con compañías matrices y filiales que forman una red, y que no forman parte del mercado de capitales, por lo que no están vigiladas por el Estado Venezolano (Comisión Nacional de Valores).

En supuestos como éste, a veces existe la necesidad de conocer las razones que tuvieron los Comisarios y sus alcances, ya que generalmente no existen balances consolidados y cada compañía actúa por separado en cuanto a la presentación de sus estados financieros.

Establecer el valor de las acciones se puede hacer imposible para quien no conoce el alcance del grupo, y no puede realizar ni estudiar las informaciones de los negocios de la red de empresas. Ante esta realidad, el accionista minoritario tiene un nuevo dilema, distinto al de conocer y discutir el balance objeto de aprobación o improbación, cual es saber cuál es el valor real de sus acciones, y hasta la sinceridad del balance. Conforme el artículo 8 de la Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración, los Comisarios de las personas jurídicas sólo pueden ser de profesión Administradores, Economistas o Contadores Públicos.

Se trata de profesionales especializados, capaces de dictaminar como expertos ante autoridades judiciales o administrativas; lo que da a su informe una presunción de veracidad (conforme lo establece el artículo 8 de la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública y el mismo de la Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración), y tales personas –si son los comisarios de la sociedad matriz o cabeza del grupo- podrían determinar el valor de mercado de unas acciones o cuotas de participación (en las sociedades mercantiles no abiertas al mercado de capitales) como parte de su función que es en beneficio de todos los accionistas, quedando sujetos a su responsabilidad profesional si no fundasen su dictamen en realidades.

Entiende la Sala, que la denuncia que el artículo 310 del Código de Comercio establece en cabeza de los accionistas ante los Comisarios sobre hechos de los administradores que crean censurables, no puede quedarse en la constancia de que los Comisarios han recibido la denuncia y lo hagan saber a la Asamblea, sino que ante la denuncia de cualquier accionista –así represente menos del décimo del capital social- debe investigar y contestar al denunciante y si los Comisarios reputan fundado y urgente el reclamo de estos accionistas, deben convocar a la Asamblea que decidiría sobre tal punto.

Si los Comisarios desatendieran a los accionistas o no cumplieran sus labores de inspección y vigilancia, que son continuas, dichos accionistas –así no representen una quinta parte del capital social exigido por el artículo 291 del Código de Comercio, podrán acceder al procedimiento pautado en dicha norma para que unos Comisarios *ad hoc*, nombrados por el juez de comercio, inspeccionen los libros e identifiquen las operaciones realizadas por la sociedad a fin de cumplir con las garantías del derecho de propiedad, en este caso de las acciones o cuotas, prevenido en el Constitución (uso goce y disfrute de los bienes).

Corresponde al juez de comercio, a la vez, tomar las medidas necesarias para que la persona jurídica no sea perjudicada por esa inspección. Por otra parte, los Comisarios pueden establecer el precio de las acciones o cuotas de participación: valor libros, y ante la petición de cualquier accionista en ese sentido, resultan los órganos aptos para hacer tal determinación, la cual va acompañada de las razones para su dictamen. Estas razones pueden servir a los accionistas para conocer el valor de mercado de sus bienes. Sólo interpretando de esta forma las normas, a favor de cualquier accionista, los diversos artículos del Código de Comercio se adecuarían al vigente texto constitucional.

Conforme lo expuesto hasta ahora, el derecho de información de todos los socios está íntimamente vinculado a su derecho a la propiedad y por ello no caben dudas en cuanto a que el acceso a tal información tiene sustrato constitucional.

Como arriba se refiriera, la presunta agraviada intentó la presente acción con el objeto de que se obligue a la administración del denominado Bloque de Armas el acceso integral y oportuno a la información financiera relevante de la empresa de la que forma parte la accionante, a los fines de determinar el valor de su participación accionaria en el mismo. Así las cosas, como quiera que la infracción delatada podría constituir una afrenta al derecho de acceso a la información atinente a los bienes (acciones) de la ciudadana Milagros Coromoto de Armas Silva de Fantes, la pretensión objeto de estos autos debe ser reputada como un amparo constitucional, y no un habeas data, y corresponderá al juez de instancia analizar si la situación narrada se enmarca o no en los derechos que le otorga la Constitución a los propietarios de acciones de compañías anónimas, conforme a lo interpretado en este fallo.

Con el fin de determinar la competencia para conocer del amparo objeto de estos autos, se observa que fue intentado en contra de diversas entidades mercantiles (particulares) integrantes de un grupo económico, por lo que atendiendo los criterios contenidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, corresponde su conocimiento a un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se declara.

Voto Concurrente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

...gistrado que suscribe deja constancia de su voto concurrente, respecto de la decisión que antecede, en los siguientes términos:

La sentencia de cuya fundamentación se discrepa, recondujo la original pretensión de habeas data de la ciudadana Milagro Coromoto de Armas Silva de Fantes contra la negativa de información necesaria para la determinación del valor de las acciones de Continental Publishing Inc. “empresa Holding la denominada ‘Organización Bloque de Armas’”, en demanda de amparo constitucional. En virtud de ello la Sala declinó la competencia en un Juzgado de Primera Instancia Mercantil de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

No obstante la incompetencia que fue declarada, la mayoría sentenciadora se pronunció sobre el fondo cuando estableció los términos en que debía dictarse la sentencia de primera instancia constitucional. En criterio del concurrente la interpretación de las normas de los artículos 291, 306 y 310 del Código de Comercio constituye una invasión a la autonomía del juez a quien se declinó la competencia.

Por otro lado, se objeta la motivación de la Sala por cuanto en ella se “interpretan” normas del Código de Comercio de manera que se las modifica, sin su anulación, sin su desaplicación o sin fundamentación, suficiente de la necesidad de una nueva interpretación conforme con la Constitución.

3. *Propiedad y Expropiación*A. *Régimen de la Ordenación del Territorio. Áreas bajo régimen de administración especial: Zonas de Seguridad y Defensa*

TSJ-SPA (1895)

26-7-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Enrique Mendoza vs. Decreto Presidencial N° 1.969 mediante el cual se declaró como Zona de Seguridad el área que circunda la Base Aérea "Generalísimo Francisco de Miranda.

El Presidente de la República es la autoridad encargada de decretar las áreas bajo régimen de administración especial, especialmente las zonas de seguridad, y tiene la potestad para designar a las autoridades encargadas de administrar dichas zonas, así como para el establecimiento de los lineamientos y directrices necesarios para llevar esa labor a cabo, dentro del marco de los objetivos perseguidos en la Ley de Seguridad y Defensa; y por supuesto, pese a que la afectación de dichas áreas pueda constituir una limitación a los derechos ciudadanos de sus habitantes, debe respetar la esencia de las garantías constitucionales otorgadas a los particulares.

Ocurre el actor a este Alto Tribunal para demandar la nulidad del Decreto Presidencial N° 1.969, de fecha 17 de septiembre de 2002, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.530 del 18 de septiembre de 2002, que declaró como Zona de Seguridad el área que circunda la Base Aérea "Generalísimo Francisco de Miranda", y un lote de terreno con una superficie aproximada de trescientas setenta y cinco hectáreas con seis áreas (375,6 Has), ubicado en jurisdicción de los Municipios Baruta, Chacao y Sucre del Estado Miranda.

1. En primer lugar, solicita la declaratoria de nulidad del aludido Decreto Presidencial, invocando el vicio de prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Alegó en este sentido la representación judicial del recurrente, que se incumplieron los requisitos previstos en la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa para la declaratoria de Zonas de Seguridad, pues el acto normativo expresa que ha sido dictado "...oída la opinión del Secretario del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa...", obviando la necesaria consulta que debió realizarse ante el Consejo de Seguridad y Defensa que impone la ley que regula la materia, y que en tal virtud, el Decreto impugnado es absolutamente nulo, según dispone la parte final del numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, el procedimiento para la declaratoria de zonas de seguridad y fijación de su anchura, se encuentra previsto en el Reglamento Parcial N° 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa (*Gaceta Oficial* N° 33.469, de fecha 14 de mayo de 1986).

En efecto, rezan los artículos 2° al 5° del citado texto normativo:

"Artículo 2°.- Los Ministros, dentro de sus competencias, formularán ante el Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, a través de su Secretaría Permanente, las solicitudes para la fijación de la anchura de la Zona de Seguridad Fronteriza y para la declaratoria de las Zonas de Seguridad. Cuando estas últimas involucren industrias básicas, serán tramitadas por el Ministro del Sector.

Artículo 3°.- A la solicitud para la fijación de la anchura de las Zonas de Seguridad Fronteriza o de las Zonas de Seguridad, se deben acompañar los siguientes documentos:

- a. *Exposición de motivos*
- b. *Plano donde conste la extensión y diseño espacial de la zona o áreas propuestas, indicando ubicación y características específicas.*
- c. *Estudios sobre la zona, con el fin de determinar el régimen al que deberá someterse.*
- d. *Otras recomendaciones.*

Los planos, diseño espacial y estudios sobre el régimen serán de la exclusiva responsabilidad del personal directivo venezolano.

Artículo 4°.-La Secretaría Permanente del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, elaborará el estudio correspondiente y, junto con la solicitud, lo remitirá a los miembros del Consejo Nacional de Seguridad y Defensa.

Artículo 5°.- El Consejo Nacional de Seguridad y Defensa remitirá la solicitud y la opinión que le merezca, por medio de su Secretaría Permanente, al Ministro solicitante, quien la someterá a la decisión del Presidente de la República en Consejo de Ministros.”

Advierte la Sala, que en la oportunidad de rendir informes, la representación de la Procuraduría General de la República consignó copias certificadas de las cuales se evidencia que se dio cabal cumplimiento al procedimiento establecido para emitir el acto administrativo recurrido, mediante el cual se declaró como Zona de Seguridad el área que circunda la Base Aérea “Generalísimo Francisco de Miranda”, y un lote de terreno ubicado en jurisdicción de los Municipios Baruta, Chacao y Sucre del Estado Miranda.

En efecto, constató la Sala de la revisión efectuada al presente expediente, que corre inserta a los folios 100 al 128, un modelo de la solicitud de declaratoria de zona de seguridad del área que circunda la Base Aérea “Generalísimo Francisco de Miranda”, elevada por el Ministro de la Defensa al Consejo de Defensa de la Nación, la cual contiene exposición de motivos; base legal; informe técnico en el cual se especifica la localización y extensión del área a ser declarada zona de seguridad, características de las instalaciones de la base aérea, características físico-naturales y características socioeconómicas; plano de la zona y consideraciones generales para la determinación del régimen a aplicarse. Estima la Sala que con el aludido documento, el cual no fue objetado por la parte recurrente, se da cumplimiento a lo previsto en los artículos 2° y 3° del Reglamento Parcial N° 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa.

Asimismo, constan en autos (folios 129 al 136) copias certificadas de la Nota Informativa s/f N° SSPPE-003-02, mediante la cual el Secretario del Consejo de Defensa de la Nación remitió a los miembros de ese órgano consultivo, las notas informativas sobre el estudio y evaluación de las solicitudes de declaratorias de zonas de seguridad, entre ellas la de la Base Aérea “Generalísimo Francisco de Miranda”, y de la comunicación de fecha 04 de septiembre de 2002, por la cual el mismo funcionario remite los mismos documentos al Ministro de la Defensa, con el objeto de que fuesen presentados mediante punto de cuenta al Consejo de Ministros para su opinión, aprobación y posterior publicación del decreto correspondiente. Tales actuaciones, en criterio de esta Sala, satisfacen las exigencias de los artículos 4° y 5° del Reglamento Parcial N° 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa; así las cosas, es claro que las autoridades competentes cumplieron íntegramente con el procedimiento establecido en el mencionado reglamento para emitir el acto administrativo recurrido, y en consecuencia, debe ser desechada la pretensión del recurrente relacionada con el alegado vicio de ausencia total y absoluta de procedimiento. Así se declara.

2. Sentado lo anterior, pasa la Sala a examinar la solicitud subsidiaria de nulidad del encabezamiento del artículo 2 y de los artículos 1, 3, 5, 7 y 8 del Decreto Presidencial N° 1.969, y en tal sentido observa:

2.1. Adujo el actor en su escrito de demanda, que el encabezado del artículo 2 del Decreto impugnado deja a criterio discrecional de las autoridades militares la determinación de las acciones a emprender dentro de la Zona de Seguridad, ello en violación del fundamento, los fines y objetivos de la seguridad y defensa nacionales.

Dispone el citado artículo, lo siguiente:

*“Artículo 2°. El Ministerio de la Defensa queda encargado de la **administración, supervisión, control y vigilancia** de la Zona de Seguridad que se declara en el artículo 1° de este Decreto, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros organismos.”* (Negrillas de la Sala)

A tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica Para la Ordenación del Territorio, vigente para el momento en que se emitió el acto administrativo recurrido (*Gaceta Oficial* N° 3.238 Extraordinario, de fecha 11 de agosto de 1983), las zonas de seguridad son Áreas bajo Régimen de Administración Especial. En efecto reza la citada norma:

“Artículo 15.- Constituyen áreas bajo régimen de administración especial, las áreas del territorio nacional que se encuentran sometidas a un régimen especial de manejo conforme a leyes especiales, las cuales en particular, son las siguientes:

(...omissis...)

4) Áreas Especiales de Seguridad y Defensa (...)”

La norma *supra* transcrita está reproducida y ampliada en la vigente Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica Para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio (*Gaceta Oficial* N° 38.388, de fecha 01 de marzo de 2006), que derogó la citada Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, e ilustra de mejor manera la razón de ser de los regímenes especiales a que son sometidas determinadas áreas, como es el caso de las zonas de seguridad; así, prevé el artículo 37 del último texto legal citado, lo siguiente:

*“Artículo 37. Las Áreas de Uso Especial son aquellos espacios del territorio nacional que por sus características especiales, localización y dinámica, requieren ser sometidos a un régimen especial de manejo, a los fines de cumplir objetivos específicos de interés general como el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales en ellos contenidos, la protección y recuperación de áreas degradadas, la conservación de bienes de interés histórico cultural y arqueológico paleontológico, **la conservación de infraestructuras fundamentales y la seguridad y defensa de la Nación.**”* (Negrillas de la Sala)

Ahora bien, debe la Sala destacar que los aludidos textos normativos otorgan al Presidente de la República, quien es la autoridad encargada de decretar las áreas bajo régimen de administración especial, como más detalladamente se concluyó en el punto anterior del presente fallo para el caso específico de las zonas de seguridad, la potestad para designar a las autoridades encargadas de administrar dichas zonas, así como para el establecimiento de los lineamientos y directrices necesarios para llevar esa labor a cabo, claro está, dentro del marco de los objetivos perseguidos en la Ley de Seguridad y Defensa, y por supuesto, pese a que la afectación de dichas áreas pueda constituir una limitación a los derechos ciudadanos de sus habitantes, respetando la esencia de las garantías constitucionales otorgadas a los particulares. Así, estipulan los artículos 17 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y 42 de la Ley Orgánica Para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio, respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 17. Las Áreas bajo régimen de administración (sic) deberán establecerse por Decreto adoptado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, en el cual deberán determinarse, con la mayor exactitud, los linderos de la misma; y los organismos responsables de su administración o manejo, deberán demarcarlas dentro del plazo que se establezca en el correspondiente Decreto.

En el respectivo Decreto se ordenará la elaboración del Plan respectivo, en el cual se establecerán los lineamientos, directrices y políticas para la administración de la correspondiente área, así como la orientación para la asignación de usos y actividades permitidas.

En todo caso, los usos previstos en los planes de las áreas bajo régimen de Administración Especial deben ser objeto de un Reglamento Especial, sin cuya publicación aquéllos no surtirán efectos.(...)"

Artículo 42. Las Áreas Naturales Protegidas y de Uso Especial deberán establecerse por decreto aprobado por el Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, en el cual se determinarán sus linderos, objetivos, organismos responsables de su administración y control, y ordenará la elaboración del Plan de Ordenación y el Reglamento de Uso respectivo, así como establecerá el lapso en el cual el organismo competente realizará las provisiones presupuestarias correspondientes, a efectos de la aplicación del plan."

En este orden de ideas, estima la Sala menester citar algunos de los artículos del decreto cuestionado, a fin de contrastarlos con las aludidas disposiciones legales, y de esa forma poder determinar si la actuación de la Administración se adecuó al mandato que le imponía la Ley; en efecto, rezan los artículos 2°, 3° y 6° del Decreto Presidencial N° 1.969:

"Artículo 2°. El Ministerio de la Defensa queda encargado de la administración, supervisión, control y vigilancia de la Zona de seguridad que se declara en el artículo 1° de este Decreto, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros organismos.(...)"

"Artículo 3°. Se prohíbe la realización de actividades y eventos que amenacen la integridad física y moral de las personas, bienes y servicios dentro de los límites de la zona de seguridad declarada en el artículo 1° de este Decreto."

"Artículo 6°. El Ministerio de la Defensa tomando en cuenta los planes de desarrollo adoptados por la Nación, procederá a elaborar el Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso de la Zona de Seguridad a la que se refiere este Decreto, en los cuales se establecerán los lineamientos, directrices y políticas para su administración, así como la orientación para la asignación de usos y actividades permitidas, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

El cumplimiento del presente mandato no excederá de un (1) año, contado a partir de la publicación de este Decreto en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela."

En este sentido se advierte, atendiendo a la letra de las normas antes transcritas, así como al contenido mismo del acto impugnado, que este último se adecuó a las provisiones de la Ley que regula la materia, para establecer el régimen de administración a implementarse dentro del área afectada a través de las autoridades competentes, en este caso el Ministerio de la Defensa; por tanto, resulta improcedente la denuncia formulada por el recurrente, respecto a la discrecionalidad otorgada a las autoridades militares en la determinación de las acciones a emprender dentro de la Zona de Seguridad. Así se declara.

2.2. De igual forma solicita el recurrente la nulidad del Decreto Presidencial N° 1.969, porque en su criterio, el artículo 3 infringe el ordenamiento constitucional, según el cual la regulación de las garantías constitucionales sólo puede hacerse por ley, pues pretende que por actuaciones administrativas o vías de hecho, se limiten, restrinjan o prohíban actividades lícitas de los particulares.

Asimismo alegó que no existe ninguna disposición en la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa, la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, ni en ninguna otra ley, que limite el ejercicio de los derechos constitucionales en las Zonas declaradas de Seguridad, con excepción del derecho de propiedad.

Con respecto a este particular, juzga la Sala que cuando se hace alusión a que los derechos constitucionales sólo pueden ser limitados por Ley, o cuando algún instrumento jurídico estipula que algún derecho puede ejercerse “...sin más limitaciones que las establecidas por la Ley...”, no significa que las limitaciones deben preverse únicamente en la ley, sino que las leyes pueden contenerlas expresamente o establecer de qué forma y a través de cuáles instrumentos van a ejecutarse, tal como sucede en el presente caso, donde la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio aplicable *ratione temporis*, dispone que las Áreas bajo Régimen de Administración Especial, entre ellas las Zonas de Seguridad y Defensa, deben ser establecidas por Decreto Presidencial.

Puede concluirse entonces, atendiendo a los enunciados antes expuestos, que son improcedentes los alegatos del demandante respecto a la nulidad del artículo 3 del Decreto Presidencial N° 1.969. Así se declara.

2.3. Denuncia asimismo el recurrente, que carece de todo fundamento en derecho la pretensión del ciudadano Ministro de la Defensa de reservar para el Presidente de la República el derecho de autorizar reuniones o manifestaciones en la Zona de Seguridad declarada por el acto recurrido.

Al resolver el punto 2.1, referido a la solicitud de nulidad del encabezado del artículo 2 del decreto objeto del presente recurso, se analizó la normativa aplicable al caso, y se advirtió que la misma otorga al Presidente de la República la potestad de designar las autoridades encargadas de administrar las zonas de seguridad y defensa, y a su vez, le permite encomendarles el establecimiento de los “...lineamientos, directrices y políticas para la administración de la correspondiente área...”.

En tal virtud, cuando el Ministro de la Defensa fue designado como autoridad encargada para la Administración de la Zona de Seguridad que circunda la Base Aérea “Generalísimo Francisco de Miranda”, a dicho funcionario correspondía establecer de qué forma debían obtenerse las autorizaciones para llevar a cabo las reuniones o manifestaciones públicas en esa área, todo ello dentro del marco regulatorio que rige su actuación en la materia; y por ende, debe desecharse la denuncia del actor al respecto. Así se declara.

2.4. Por otra parte, solicita el recurrente la nulidad de los artículos 5, 7 y 8 del Decreto cuestionado, pues, en su criterio, incurren en el vicio de infracción a la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma a que se refiere el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, toda vez que a pesar de que las áreas urbanas no están exentas de ser declaradas Zonas de Seguridad, predomina en la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa el carácter rural de aquéllas, sometiendo entonces en este caso, no sólo a unas cuantas haciendas pertenecientes a extranjeros a un especialísimo régimen de propiedad, sino “...a miles o a decenas de miles de extranjeros a un trámite engorroso para adquirir o seguir poseyendo una propiedad...”.

Juzga la Sala que de la letra de la normativa aplicable al caso, léase, Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y Ley Orgánica de Seguridad y Defensa y su Reglamento Parcial N° 2, no se desprende que exista predominio de las áreas rurales sobre las urbanas, a los fines de declaratorias de zonas de seguridad.

Aunado a lo anterior, debe destacarse que las zonas de seguridad son áreas del territorio nacional sometidas a “...un régimen especial de manejo, a los fines de cumplir objetivos específicos de **interés general**...”.

En el caso que nos ocupa se encuentran enfrentados un interés general, relacionado con materia de seguridad y defensa de instalaciones militares, y un interés particular de ciudadanos extranjeros domiciliados en un área adyacente a esas instalaciones militares, quienes han visto limitado su derecho de propiedad en virtud de la declaratoria de zona de seguridad de ese lugar.

Ahora bien, en primer lugar, estima la Sala que el recurrente carece de legitimación para recurrir del acto objeto del presente recurso de nulidad, alegando un daño causado a terceros, pues debería, por lo menos, ostentar la representación de éstos, toda vez que como se ha sostenido doctrinaria y jurisprudencialmente, el interés para atacar un acto administrativo debe ser, por regla general, **personal, legítimo y directo**.

No obstante lo anterior, abstracción hecha de la anotada falta de legitimidad del actor, resultan de todos modos improcedentes sus alegatos, pues esta Sala ha dejado sentado en reiteradas oportunidades, que por regla general el interés colectivo prevalece sobre los intereses particulares, máxime en el presente caso cuando está en contraposición el interés general relacionado con la seguridad y defensa de la Nación, con el interés particular de un grupo de ciudadanos a quienes se les ha limitado su derecho de propiedad, a favor de la protección perseguida con la declaratoria de zona de seguridad.

Por los motivos expuestos se desechan los alegatos esgrimidos por el demandante contra los artículos 5, 7 y 8 del Decreto Presidencial impugnado. Así se declara.

2.5. Finalmente adujo el actor en contra del acto impugnado, que el artículo 1 del mismo define una Zona de Seguridad urbana con una extensión desmedida, desproporcionada e irracional, que lesiona derechos de los nacionales y extranjeros sin vinculación alguna con la seguridad y defensa de la República, que contradice el espíritu, propósito y razón de la ley que le sirve de fundamento y que infringe los fines declarados por la misma ley, configurándose el vicio de desviación de poder que es causal de nulidad de los actos administrativos, conforme lo dispone el artículo 259 del Texto Constitucional.

Observa la Sala, que ni la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa, o su Reglamento Parcial N° 2, el cual específicamente prevé “...*el procedimiento para la fijación de la anchura de las Zonas de Seguridad Fronteriza y la declaratoria de las Zonas de Seguridad...*”, establecen parámetros o limitaciones para la fijación de la extensión de las citadas áreas bajo régimen de administración especial; no obstante, constan en autos los estudios técnicos que justifican la determinación del perímetro del área afectada, los cuales no fueron objetados en forma alguna por el actor.

De otra parte, se advierte que el recurrente se limitó a formular la denuncia sin aportar tan siquiera alegatos que la apoyaran, esto es, que demostraran el porqué de la alegada desproporcionalidad e irracionalidad de la extensión de la declarada zona de seguridad.

Finalmente, alegó el demandante, que al emitir el Decreto recurrido, la Administración incurrió en el vicio de desviación de poder, pues los fines que persigue no guardan vinculación con la seguridad y defensa de la República, contradiciendo el espíritu, propósito y razón de la ley que le sirvió de fundamento.

El vicio de desviación de poder es aquel en el que se incurre cuando la Administración dentro de su esfera de competencias, dicta un acto pero para un fin distinto al perseguido por la Ley que la faculta para ello. En el caso bajo examen, se dictó un Decreto Presidencial, fundamentado en la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa, declarando una zona del Área Metropolitana de Caracas que circunda una instalación militar, como Zona de Seguridad.

Ahora bien, entiende la Sala que para demostrar la existencia del citado vicio, el recurrente ha debido demostrar o al menos enunciar cuál era ese fin distinto que se perseguía con la declaratoria de zona de seguridad, sin embargo se advierte, que de igual forma omitió motivar su alegato, limitándose a denunciar el vicio sin ningún sustento práctico o teórico. En tal sentido resulta igualmente infundado el pretendido vicio de desviación de poder. Así se declara. Desestimados en su totalidad los argumentos de la parte actora, resulta forzoso para la Sala declarar **sin lugar** el presente recurso de nulidad. Así finalmente se decide.

B. *Expropiación*

TSJ-SPA (1684)

29-6-2006

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

En este orden de ideas, resulta pertinente señalar que de los escritos presentados por las partes y de las actas procesales, se observa que en el Decreto N° 418 del 06 de diciembre de 1979, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 31.885 del 17 de ese mes y año, se declaró zona especialmente afectada para la construcción del Parque del Oeste y las obras complementarias para ese fin, un lote de terreno ubicado en jurisdicción de la Parroquia Sucre, Departamento Libertador del Distrito Federal, con una superficie de cuarenta y seis hectáreas con ocho áreas (46,08 Ha), encontrándose dentro del área afectada el inmueble propiedad de la Compañía Anónima Inversiones Catia.

En el mencionado Decreto, el Presidente de la República dispuso lo siguiente:

“En uso de la atribución que le confiere el ordinal 1° del artículo 190 de la Constitución, en concordancia con lo dispuesto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, y de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley del Instituto Nacional de Parques, en Consejo de Ministros,

Decreta

Artículo 1°.- Se declara zona especialmente afectada con motivo de la construcción del “Parque del Oeste”, de la ciudad de Caracas, y las obras complementarias que sean necesarias para ese fin, un lote de terreno ubicado en jurisdicción de la Parroquia Sucre, Departamento Libertador del Distrito Federal, con una superficie de cuarenta y seis hectáreas con ocho áreas (...), comprendido dentro de la poligonal cerrada cuyos vértices están en coordenadas rectangulares planas referidas al vértice de Cartografía Nacional Loma Quintana como origen local, Norte=0,00 m., Este=0,00 m., y son los siguientes:

(...omissis...)

Artículo 2°.- Procedase a efectuar las negociaciones y expropiaciones totales o parciales, según los casos, de aquellos inmuebles y bienhechurías comprendidos dentro del área descrita en el artículo anterior, que sea necesario para la ejecución de la obra en referencia.

Artículo 3°.- De conformidad con lo establecido en el artículo 9° de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, se autoriza al Centro Simón Bolívar, C.A., para que efectúe los trámites necesarios para la adquisición de los bienes situados en el área indicada y proceda mediante juicio en los casos en que fuera necesario, subrogándose en todos los derechos y obligaciones que correspondan a la República de Venezuela conforme a la Ley.

Parágrafo Único: Se crea una Comisión integrada por un representante del Ministerio de Hacienda, un representante de la Gobernación del Distrito Federal y un representante del Centro Simón Bolívar, para que dirija y supervise el proceso de negociaciones y expropiaciones.

Artículo 4°.- Los gastos y costos relativos a la expropiación de los bienes comprendidos dentro de la zona determinada en el artículo 1° de ese Decreto, serán sufragados por el Centro Simón Bolívar, C.A. a cuyo patrimonio pasarán en propiedad los inmuebles mencionados. Concluida la obra, ésta pasará a propiedad de la Municipalidad del Distrito Federal.

Artículo 5°.- Los fondos para la ejecución del presente Decreto, serán suplidos por el Ejecutivo Nacional, sin perjuicio de que puedan utilizarse para tales fines fondos propios del Centro Simón Bolívar, C.A. o de cualquier otro organismo público o privado, nacional o municipal.

Artículo 6°.- Los Ministros de Hacienda y del Desarrollo Urbano y el Gobernador del Distrito Federal quedan encargados de la ejecución del presente Decreto” (Resalta la Sala).

Del texto anteriormente transcrito se evidencia que el entonces Presidente de la República afectó la propiedad de los inmuebles ubicados dentro del área mencionada en el referido Decreto con el objeto de construir el Parque del Oeste, y ordenó efectuar las negociaciones y expropiaciones totales o parciales de los referidos inmuebles, autorizando al Centro Simón Bolívar, C.A. para efectuar dichos trámites y proceder mediante juicio “*en los casos en que fuera necesario*”. Asimismo, se encargó la ejecución del Decreto a los Ministerios de Hacienda y Desarrollo Urbano, actualmente Ministerios de Finanzas e Infraestructura, respectivamente, y al entonces Gobernador del Distrito Federal.

En este contexto, estima la Sala que en el Decreto en cuestión no sólo se afectó la propiedad de los inmuebles allí indicados sino que, además, se consagró de manera indubitante la obligación específica para los órganos y entes de la Administración Pública, en este caso, el Centro Simón Bolívar, C.A., de adquirir dichos inmuebles y llevar a cabo las expropiaciones a que hubiere lugar, con el fin de proceder a la construcción del Parque del Oeste, encontrándose en cabeza de los Ministerios y la Gobernación señalados, la ejecución del Decreto.

Ahora bien, para determinar la omisión de tales obligaciones en el caso bajo examen, observa la Sala que cursan en el expediente los siguientes documentos:

1) Comunicación del 18 de enero de 1984, en la cual la Comisión de Expropiación del Parque del Oeste le informó al Presidente de la sociedad mercantil “*Talleres y Fundación Mecánica Catia, C.A.*” que la Junta Directiva del Centro Simón Bolívar, C.A. acordó que dicha Comisión de Expropiación presentara nuevamente la negociación propuesta a los fines de adquirir el inmueble propiedad de la empresa Compañía Anónima Inversiones Catia, C.A., “*luego de que aparezca publicada en la Gaceta Oficial la resolución del Ministerio de Fomento donde establezcan los mecanismos para el traslado del fondo de Comercio, en cumplimiento de las normas establecidas en los Decretos sobre desconcentración industrial*” (folio 53).

2) Comunicación presentada por la parte accionante el 27 de julio de 1990, ante el entonces Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República, en la cual fue requerido el cumplimiento del Decreto de expropiación o la desafectación del inmueble propiedad de la Compañía Anónima Inversiones Catia (folios 37 y 38).

3) Oficio N° 128 del 25 de julio de 1994, mediante el cual la Presidencia del Centro Simón Bolívar, C.A. le informó al entonces Ministro de Desarrollo Urbano “*que la continuación de dicha obra se encuentra actualmente paralizada debido a la falta de recursos para tal fin*”, solicitando a ese Ministerio “*hacer la consulta al Ejecutivo Nacional respecto a la conveniencia de mantener o derogar dicho Decreto, no sin antes recordarles (sic) el beneficio que implica un Parque para tan populosa zona de la ciudad*” (folio 39).

4) Comunicación presentada por la parte accionante el 20 de mayo de 1996, ante el Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República, en la cual fue requerido el cumplimiento del Decreto de expropiación o la desafectación del inmueble propiedad de la Compañía Anónima Inversiones Catia (folios 40 al 45).

5) Memorandum del 04 de marzo de 1999, dirigido por la Consultoría Jurídica del entonces Ministerio de Hacienda a la máxima autoridad de ese Órgano, mediante el cual expone que “...este Despacho considera ajustado a derecho la desafectación del inmueble propiedad de Inversiones Catia, C.A., y en virtud de que existe un Proyecto de Decreto correspondiente al año 1.997 presuntamente aprobado por el Ministerio de Desarrollo Urbano y avalado por el Servicio Autónomo de Geografía y Cartografía Nacional del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, mediante el cual se revoca parcialmente el Decreto de Expropiación N° 418 (...), y donde se encarga como ente ejecutor del referido instrumento jurídico al Ministerio de Desarrollo Urbano, es precisamente a dicho organismo a quien correspondería realizar los trámites pertinentes para que dicho Decreto sea aprobado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros ...” (folios 54 al 57).

6) Oficio N° HDS 317 del 15 de marzo de 1999, por el cual la Ministra de Hacienda comunicó al Ministro de Desarrollo Urbano acerca de la procedencia de la desafectación del inmueble propiedad de la empresa Compañía Anónima Inversiones Catia (folio 58).

7) Oficio N° 103 del 15 de marzo de 2000, en el cual el Gerente General de la Administradora del Patrimonio Inmobiliario de Entidades Públicas del Área Metropolitana de Caracas, C.A., filial del Centro Simón Bolívar, C.A., comunicó al Presidente de esa empresa, “que debe pedir la desafectación a través del INSTITUTO NACIONAL DE PARQUES (sic), toda vez que el Centro Simón Bolívar, sólo actuó como ejecutor del Decreto N° 418 del 17-12-1979...” (folio 46).

8) “Cuenta al Señor Presidente de la República” N° 06 del 14 de junio de 2000, de la Secretaría del Consejo de Ministros, presentada por la Ministra del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, en el cual se informó al Presidente de la República acerca de “los aspectos más importantes mencionados en el programa ‘Aló Presidente’ del domingo 06-02-2000, sobre el ‘Parque del Oeste’”, entre los que se encuentra el compromiso expresado por el Jefe de Estado “solicitando de manera inmediata la presentación de un proyecto de ampliación del Parque del Oeste (...), como área estratégica del sector oeste de Caracas”.

Asimismo, se informó al Presidente de la República de la presentación de un proyecto de ampliación presentado al Instituto Nacional de Parques (INPARQUES), por un costo estimado de Ochocientos Treinta y Ocho Millones Cuatrocientos Cincuenta y Siete Mil Doscientos Ochenta Bolívares (Bs. 838.457.280,00) (folio 103).

9) Oficio N° 1066 del 13 de noviembre de 2000, por el cual el ciudadano Jesús Alberto Ceballos Delgado -sin indicar el carácter con el que actuó- informó al Presidente del Centro Simón Bolívar, C.A. que, con respecto al contenido del Decreto N° 418, “...Este Organismo ejecutó la primera etapa, cuyo resultado es la construcción realizada en el Parque del Oeste, estando en la actualidad paralizados los trabajos por falta de disponibilidad presupuestaria que permita obtener los recursos económicos necesarios...” (folio 47).

10) Oficio N° 543 del 14 de junio de 2001, dirigido por el Instituto Nacional de Parques (INPARQUES) a la Comisión de Ampliación del Parque del Oeste “Jóvito Villalba”, en el cual informó -entre otros aspectos- sobre la ampliación del referido Parque, aprobada en el punto de cuenta “N° 04” del 14 de junio de 2000, por el actual Presidente de la República, pero que la previsión presupuestaria dispuesta por el Jefe de Estado para el año 2001, no fue posible debido a los recortes establecidos por la Oficina Central de Presupuesto (OCEPRE), razón por la que se recomendó a la Ministra del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, tramitar la consecución de los fondos, vía crédito adicional (folios 59 al 64).

11) Convenio suscrito entre el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales y el Centro Simón Bolívar, C.A., el 21 de marzo de 2003, con el objeto de *“aunar esfuerzos, a los fines de contribuir en la ejecución de las obras para la construcción del Parque del Oeste, ubicado en jurisdicción de la Parroquia Sucre, Municipio Libertador del Distrito Capital, conforme con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto N° 418 del 06 de diciembre de 1979”*, asumiendo el referido Ministerio el compromiso de hacer un aporte de recursos financieros hasta por la cantidad de Cuatrocientos Millones de Bolívares (Bs. 400.000.000,00), para el inicio de las obras en las tres hectáreas con dos áreas (3,2 Has.) correspondientes a la segunda etapa de la construcción del Parque, además de la ejecución física y operativa de dichas obras *“sin menoscabo de las obligaciones y derechos que le corresponden al C.S.B., C.A., como organismo ejecutor de la obra según lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto N° 418...”*. Igualmente, en el referido Convenio se estableció una vigencia de dos años, *“pudiendo prorrogarse de mutuo acuerdo entre las partes”* (folios 104 al 107).

12) Comunicaciones presentadas por la representación judicial de la empresa Compañía Anónima Inversiones Catia, el 23 de septiembre y el 01 de octubre de 2003, ante la Dirección General del Despacho del Ministro de Infraestructura y la Secretaría de la Presidencia de la República, respectivamente, solicitando se diera inicio al procedimiento expropiatorio o bien se declarara la caducidad del Decreto de expropiación (folios 19 al 34).

De la documentación antes identificada, se evidencia que los diferentes órganos administrativos involucrados, como el Ministerio de Hacienda, actualmente, Ministerio de Finanzas, el entonces Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, antes como el Instituto Nacional de Parques (INPARQUES), y la empresa Centro Simón Bolívar, C.A., realizaron diversas gestiones en el transcurso del tiempo, dirigidas, inicialmente, a obtener la desafectación del inmueble propiedad de la Compañía Anónima Inversiones Catia, en vista de la falta de ejecución de las negociaciones o las expropiaciones requeridas a los fines de adquirir los inmuebles ubicados dentro del área afectada, ordenadas en el Decreto N° 418 del 06 de diciembre de 1979, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 31.885 del 17 de ese mismo mes y año.

Por otra parte, se observa que a partir de las declaraciones expresadas por el Presidente de la República en el programa radiotelevisivo *“Aló Presidente”* del 06 de febrero de 2000, sobre la ampliación del Parque del Oeste *“Jóvito Villalba”*, tanto el Instituto Nacional de Parques (INPARQUES), el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, como el Centro Simón Bolívar, C.A., también han realizado gestiones tendientes a llevar a cabo dicha ampliación bajo el marco establecido en el Decreto arriba señalado.

No obstante lo anterior, resulta evidente que tales gestiones no se han ejecutado, incurriendo con ello la Administración en una omisión reiterada en el tiempo respecto a la obligación concreta prevista en un Decreto de Expropiación del año 1979.

Sobre este particular, resulta pertinente indicar que en materia de expropiación, vista la limitación al derecho de propiedad del particular que resulta afectado por el Decreto de Expropiación, las expropiaciones deben cumplirse en un tiempo razonable sin que de ningún modo pueda pretenderse que el particular afectado se encuentre en una incertidumbre permanente o que su propiedad se vea afectada *“eternamente”*, independientemente de razones de diversa índole.

En este sentido, jurisprudencia de esta Sala (sentencia N° 557 del 10 de agosto de 1993; reiterada en decisión N° 036 del 22 de enero de 2002 y en sentencia N° 1508 del 08 de octubre de 2003) ha establecido lo siguiente:

“La facultad expropiatoria que ha sido concedida al Estado para la adquisición, en forma coactiva, de bienes propiedad de los particulares, tiene por objeto dar cumplimiento a fines de interés colectivo, e implica necesariamente, una lesión al derecho de propiedad, lesión que encuentra justificación en el beneficio colectivo que supone la obra.

(...omissis...)

Ahora bien, tal cesión o enajenación tendría que necesariamente cumplirse en un tiempo razonable puesto que no responde al concepto de justicia social enfrentar al particular a la ausencia de seguridad jurídica, como lo ha reconocido esta Sala al señalar que éste no debe estar sometido indefinidamente a la situación de incertidumbre (...).

Sin embargo, la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, no establece un lapso en el cual deba el ente encargado de la ejecución del decreto de expropiación comenzar las negociaciones y expropiaciones. Se plantea entonces la necesidad de recurrir a las otras fuentes internas de derecho positivo previstas en el artículo 4 del Código Civil (...).

Ahora bien, la figura del decaimiento de la afectación, no prevista en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, aparece, sin embargo, acogida en el artículo 108 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (...).

El supuesto de hecho previsto en la norma transcrita se relaciona con los casos de expropiación en los que el ente expropiante es el Municipio o el Distrito, pero las consecuencias jurídicas allí expresadas son aplicables, por vía analógica, a los demás casos de expropiación (...).

No obstante, el referido artículo 108 no señala el plazo perentorio para la ejecución de la expropiación (...), sino que remite a la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (...).

(...omissis...)

(...) partiendo de la premisa conforme a la cual debe siempre existir un lapso para la ejecución de las expropiaciones, y tomando en cuenta, que según lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio sólo para aquellas expropiaciones cuyo lapso de ejecución sea superior a tres años, debe establecer la autoridad competente un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad afectada, puede inferirse que a partir de la entrada en vigencia de la mencionada ley, para aquellos casos en los que no se indique régimen transitorio se entenderá que la ejecución de la expropiación debe tener lugar dentro de los tres años siguientes a la fecha de la entrada en vigencia del Decreto en que se ordena la misma.

(...omissis...)

Así, siendo una obligación de la administración el señalamiento del lapso para la ejecución de la expropiaciones a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, es forzoso concluir que debió actuar aquella en consecuencia, traduciéndose su omisión en la aceptación del lapso máximo de tres años, el cual, en el caso concreto, ha transcurrido sobradamente (...) (sic). (Subrayado de la sentencia).

Desde esta perspectiva, resulta evidente que ha transcurrido un tiempo más que razonable para que el Decreto de Expropiación dictado por el entonces Presidente de la República, haya sido ejecutado, por lo menos en cuanto a las adquisiciones de los inmuebles que conformarían la segunda etapa del Parque del Oeste “Jóvito Villalba”, y dentro de los cuales se encuentra el inmueble propiedad de la empresa Compañía Anónima Inversiones Catia, a pesar de evidenciarse de autos el interés renovado de los diversos órganos y entes administrativos involucrados en realizar la ampliación del referido Parque.

Por lo anterior, esta Sala considera que, en el caso bajo examen, la Administración no ha cumplido cabalmente lo dispuesto en el Decreto N° 418 del 06 de diciembre de 1979, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 31.885 del 17 de igual mes y año, razón por la cual, de

acuerdo a los términos de la pretensión planteada por la accionante en la acción ejercida, resulta forzoso declarar con lugar el recurso por abstención o carencia incoado, por lo que, consecuencia, se ordena al Centro Simón Bolívar, C.A., en coordinación con los Ministerios de Finanzas y de Infraestructura y la Alcaldía del Distrito Metropolitano, anteriormente Ministerios de Hacienda, Desarrollo Urbano y Gobernación del Distrito Federal, respectivamente, dar cumplimiento a los artículos 2, 3 y 6 del referido Decreto, y realizar los trámites necesarios a los fines de adquirir el inmueble propiedad de la empresa accionante. Así se declara.

Finalmente, visto que la afectación de un bien inmueble por un Decreto de expropiación no puede ser indefinida en el tiempo, esta Sala, siendo congruente con los criterios jurisprudenciales en materia de expropiación anteriormente expuestos, y en aras de resguardar los principios de justicia social y seguridad jurídica, ordena:

1) Que el Centro Simón Bolívar, C.A., en coordinación con los Ministerios de Finanzas y de Infraestructura y la Alcaldía del Distrito Metropolitano, de cumplimiento al Decreto arriba identificado e inicie el procedimiento para la expropiación previsto en el Título IV de la vigente Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, en un lapso de tres (03) meses contados a partir de que conste en autos la notificación de esta Decisión.

2) A las partes, mantener informada a la Sala del curso de las gestiones realizadas para la adquisición del inmueble.

Por último, vista la declaratoria con lugar del recurso por abstención o carencia, resulta innecesario pronunciarse sobre la solicitud subsidiaria relativa a que se declare sin efecto la afectación del inmueble propiedad de la parte recurrente.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Tributos: Contribuciones especiales*

TSJ-SPA (1928)

27-7-2006

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Inversiones Mukaren, C.A. Consejo Nacional de la Vivienda

El aporte exigido por la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional tiene carácter tributario, perteneciendo a una de las especies de dicho género, denominada contribuciones especiales.

El presente conflicto de competencia se circunscribe a determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente entre el Tribunal Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, para conocer y decidir el recurso contencioso tributario incoado por la contribuyente Inversiones Mukaren, C.A., contra el acto administrativo contenido en el Acta de Fiscalización N° 12 de fecha 24 de marzo de 2004, emanada de la Dirección General de Fiscalización y Sustanciación del Consejo Nacional de la Vivienda, adscrita al Ministerio de Infraestructura.

En tal sentido, esta Sala observa que el Tribunal Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas se declaró incompetente para conocer del recurso de autos, en virtud de considerar que el acto administrativo impugnado no participa del carácter tributario.

Por su parte, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, se declaró incompetente señalando que el acta de fiscalización impugnada sí resulta de naturaleza tributaria, pues forma parte -a su juicio- de las llamadas contribuciones parafiscales.

Delimitado lo anterior, a los fines de resolver el conflicto de competencia planteado, esta Sala juzga conveniente advertir que el acto administrativo que se objeta a través del recurso contencioso tributario atiende a un Acta de Fiscalización, identificada con el número 12, emanada de la Dirección General de Fiscalización y Sustanciación del Consejo Nacional de la Vivienda, órgano administrativo creado por la Ley de Política Habitacional, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.124 Extraordinario, de fecha 24 de septiembre de 1989, transformado en Instituto Autónomo mediante Decreto con rango y fuerza de Ley N° 2.992, de fecha 4 de noviembre de 1998, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.575, de fecha 5 de noviembre de 1998, actualmente adscrito al Ministerio de Infraestructura, a través del cual se regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional.

Asimismo, se observa que la referida Dirección a través del acto administrativo cuestionado, le ordenó a la sociedad mercantil Inversiones Mukaren, C.A., el pago y cumplimiento de sus obligaciones con el Fondo Mutual Habitacional, previsto en la aludida Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, para los períodos coincidentes con los años civiles 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004.

Siendo ello así, a juicio de esta Sala lo relevante es verificar la naturaleza del aporte exigido a patronos y trabajadores en virtud de la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, a fin de establecer el órgano competente para conocer del recurso interpuesto.

En tal sentido, los artículos 3, 31, 35 y 36 de la aludida ley disponen lo siguiente:

“Artículo 31. Los recursos del Sistema de Vivienda y Política Habitacional estarán constituidos en fondos configurados por dos regímenes: el régimen de capitalización individual representado en el Fondo Mutual Habitacional y el Régimen de Solidaridad representado en el fondo de aportes del sector público.”

“Artículo 35. El Fondo Mutual Habitacional estará constituido por los aportes que mensualmente deberán efectuar los empleados u obreros y los empleadores o patronos, tanto del sector público como del sector privado, en las cuentas del Fondo Mutual Habitacional abiertas en instituciones financieras, regidas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y por la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, y que cumplan con los requisitos de calificación establecidos en las Normas de Operación del presente Decreto-Ley.

El aporte al Fondo Mutual Habitacional es de carácter obligatorio. No obstante, los afiliados al Sistema de Vivienda podrán participar voluntariamente en el Fondo Mutual Habitacional (...).”

“Artículo 36. El aporte obligatorio de los empleados y obreros estará constituido por el uno por ciento (1%) de su remuneración, y el de los empleadores o patronos estará constituido por el dos por ciento (2%) del monto erogado por igual concepto. Los empleadores o patronos deberán retener las cantidades a los trabajadores, efectuar sus propias cotizaciones y depositar dichos recursos en la cuenta única del Fondo Mutual Habitacional a nombre de cada empleado u obrero dentro de los primeros siete (7) días hábiles de cada mes, a través de la institución financiera receptora (...).”

Precisado lo anterior, se estima prudente, a objeto de verificar si los referidos aportes participan del carácter tributario, definir qué se entiende por tributo y sus características, así como su clasificación.

En tal sentido, se observa que la doctrina ha desarrollado el concepto de tributo como el medio o instrumento por el cual los entes públicos obtienen ingresos; es decir, es el mecanismo que hace surgir a cargo de ciertas personas, naturales o jurídicas, la obligación de pagar a la Administración Tributaria de que se trate sumas de dinero, cuando se dan los supuestos previstos en la ley. En otras palabras, es la prestación en dinero que la Administración exige en virtud de una ley, para cubrir los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines.

En este orden de ideas, se debe enfatizar que las características de los tributos son las siguientes:

1.- Son debidos a un ente público: por cuanto es el sujeto activo de la relación jurídica tributaria, y en definitiva es el órgano titular del crédito.

2.- Son coactivos: por que se consideran obligaciones que surgen con independencia de la voluntad del contribuyente, por ministerio de la Ley, cuando se da el supuesto de hecho previsto en ella.

3.- Se establecen con el fin de procurar los medios precisos para cubrir las necesidades financieras de los entes públicos: su finalidad no es otra que el sostenimiento de los gastos públicos.

Asimismo, la doctrina ha clasificado a los tributos en tres (3) grupos, a saber: impuestos, tasas y contribuciones especiales. Entendiendo por impuesto, aquel ingreso exigido sin contraprestación, cuyo hecho generador está constituido por negocios, actos o supuestos de naturaleza jurídica o económica que ponen de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo (obligado por Ley al pago del tributo), como consecuencia de la posesión de un patrimonio, la circulación de bienes o la adquisición o gasto de la renta, y cuya característica primordial que lo diferencia de las otras especies de tributos, es que la materia gravada resulta independiente de toda actividad del Estado respecto del contribuyente, es decir, se adeuda por el simple acaecimiento del presupuesto de hecho previsto en la norma, indistintamente del destino concreto que la ley le haya asignado.

Por otra parte, las tasas se han definido como aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho Público que se refieran, afecten o beneficien a los sujetos pasivos cuando concurren las siguientes circunstancias: i) que sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados, y ii) que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado, en tanto impliquen intervención del ejercicio de autoridad, o porque con relación a dichos servicios esté establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

En definitiva, la tasa origina el derecho de los particulares a una contraprestación que equivale a la obtención de un servicio por parte del Estado.

En cuanto a las contribuciones especiales, se considera que son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención, por el sujeto pasivo, de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes, como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos. Es por ello que las contribuciones especiales son comúnmente clasificadas por la doctrina en dos (2) grupos, a saber: i) contribuciones por mejoras, aquellas cuyo presupuesto de hecho contiene una mejora, un aumento de valor de determinados bienes inmuebles, como consecuencia de obras, servicios o instalaciones realizadas por los entes públicos; y ii) contribuciones parafiscales o también llamadas "*por gastos especiales del ente público*", que son aquellas en las que el gasto público se provoca de modo especial por personas o clases determinadas.

Es decir, que son exacciones recabadas por ciertos entes públicos para asegurar su financiamiento autónomo, y tienen como características primordiales que: a) No se incluye su producto en los presupuestos estatales; b) No son recaudadas por los organismos específicamente fiscales del Estado; c) No ingresan a las tesorerías estatales, sino directamente en los entes recaudadores y administradores de los fondos.

Para ilustrar lo antes expuesto, resulta relevante hacer referencia a la clásica contribución parafiscal de seguridad social o también llamada “parafiscalidad social”, que es aquella que exige a los patronos y empleados el pago de ciertos aportes con el objeto de obtener un fin social, tales como asistencia médica, de previsión de riesgos de invalidez o vejez. En este tipo de contribuciones extrafiscales lo que se busca es beneficiar indirectamente a un grupo de personas, en determinadas áreas, y su característica primordial es que los importes así obtenidos entran a formar parte del caudal del ente público responsable de la consecución del fin social.

Circunscribiendo el análisis al caso concreto, esta Sala observa que el aporte exigido con carácter obligatorio a patronos y trabajadores en aplicación de la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, consiste en un importe de dinero, impuesto por una Ley, de carácter obligatorio y exigido por un ente público, cuya finalidad es de interés colectivo.

Adicional a ello, se observa que lo recaudado entra a formar parte del patrimonio del Consejo Nacional de la Vivienda en procura de un fin social habitacional, en concordancia con los artículos 3, 31, 35 y 36 *eiusdem* antes transcritos. Por ende, debe considerarse que tales aportes son de naturaleza tributaria, y más concretamente forman parte de las llamadas contribuciones parafiscales, cuya estructura permite crear determinadas participaciones dinerarias con la finalidad de lograr un objetivo que beneficie a un grupo de personas, en este caso programas habitacionales especiales para los aportantes. De lo antes expresado, aprecia esta Sala que el aporte exigido por la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional tiene carácter tributario, perteneciendo a una de las especies de dicho género, denominada contribuciones especiales. Así se declara.

Delimitado el carácter tributario del aporte en dinero exigido por la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, a patronos y trabajadores, dentro de la especie de contribuciones parafiscales, corresponde a esta Sala determinar el órgano al cual le compete conocer, en primera instancia, el recurso contencioso tributario incoado por la sociedad mercantil Inversiones Mukaren, C.A., contra el acto administrativo contenido en el Acta de Fiscalización N° 12 de fecha 24 de marzo de 2004, emanada de la Dirección General de Fiscalización y Sustanciación del Consejo Nacional de la Vivienda, adscrita al Ministerio de Infraestructura.

Al respecto, se observa que el vigente Código Orgánico Tributario dispone en sus artículos 329 y 330, un fuero jurisdiccional especial, exclusivo y excluyente para conocer y decidir todas las causas que versen sobre los tributos regidos por dicho texto legal. En efecto, las referidas disposiciones establecen lo siguiente:

“Artículo 329: Son competentes para conocer en primera instancia de los procedimientos judiciales establecidos en este Título, los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, los cuales los sustanciarán y decidirán con arreglo a las normas de este Código.

Contra las decisiones dictadas por dichos Tribunales podrá apelarse dentro de los términos previstos en este Código, por ante el Tribunal Supremo de Justicia (...).”

“Artículo 330: La jurisdicción y competencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario se ejercerán en forma excluyente de cualquier otro fuero, por lo que no podrá atribuirse la competencia a otra jurisdicción ni a otros Tribunales de distinta naturaleza.

Los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario serán unipersonales, y cada uno de ellos tendrá competencia en los procedimientos relativos a todos los tributos regidos por este Código.”

De los artículos anteriormente transcritos se desprende la competencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario para conocer y decidir en primera instancia los procedimientos relativos a los tributos regidos por el Código Orgánico Tributario, dentro de los cuales se encuentran las contribuciones especiales, tales como el aporte parafiscal regulado por la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del referido Código, cuyo texto dispone:

“Artículo 12: Están sometidos al imperio de este Código los impuestos, las tasas, las contribuciones de mejoras, de seguridad social y las demás contribuciones especiales, salvo lo dispuesto en el artículo 1.” (Destacado de la Sala)

Con fundamento en ello, considera la Sala que es la jurisdicción contencioso-tributaria la competente para conocer de los recursos ejercidos en esta materia, y en el caso concreto corresponde al Tribunal Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas la competencia para decidir el recurso contencioso tributario interpuesto por la contribuyente Inversiones Mukaren, C.A., contra el acto administrativo contenido en el Acta de Fiscalización N° 12 de fecha 24 de marzo de 2004, emanada de la Dirección General de Fiscalización y Sustanciación del Consejo Nacional de la Vivienda, adscrita al Ministerio de Infraestructura. Así se decide.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. Actos Administrativos

A. Competencia

a. Características

TSJ-SPA (1747)

11-7-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Fiscal General de la República vs. Gobernación del Estado Nueva Esparta.

La competencia administrativa está caracterizada por ser expresa: porque ella debe estar explícitamente prevista en la Constitución o las leyes y demás actos normativos, por lo que, la competencia no se presume; Improrrogable o indelegable: lo que quiere decir que el órgano que tiene atribuida la competencia no puede disponer de ella, sino que debe limitarse a su ejercicio, en los términos establecidos en la norma, y debe ser realizada directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación, previstos en la Ley.

Pasa esta Sala a pronunciarse en torno al argumento de nulidad presentado por la parte actora, referido a la incompetencia por usurpación de funciones, en virtud de haberse violado la reserva legal, y en tal sentido observa:

La competencia administrativa ha sido definida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el ordenamiento jurídico positivo; es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. De allí que la competencia esté caracterizada por ser: a) expresa: porque ella debe estar explícitamente prevista en la Constitución o las leyes y demás actos normativos, por lo que, la competencia no se presume; y b) Improrrogable o indelegable: lo que quiere decir que el órgano que tiene atribuida la competencia no puede disponer de ella, sino que debe limitarse a su ejercicio, en los términos establecidos en la norma, y debe ser realizada directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación, previstos en la Ley.

Esta Sala, mediante sentencia N° 00905 del 18 de junio de 2003, señaló que la incompetencia -respecto al órgano que dictó el acto- se configura cuando una autoridad administrativa determinada dicta un acto para el cual no estaba legalmente autorizada, por lo que debe quedar precisado, de manera clara y evidente, que su actuación infringió el orden de asignación y distribución de las competencias o poderes jurídicos de actuación de los órganos públicos administrativos, consagrado en el ordenamiento jurídico.

Así, la competencia confiere a la autoridad administrativa la facultad para dictar un acto para el cual está legalmente autorizada y ésta debe ser expresa, por lo que sólo en los casos de incompetencia manifiesta, los actos administrativos estarían viciados de nulidad absoluta.

Por otra parte, la incompetencia como vicio de nulidad absoluta del acto administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se producirá cuando el funcionario actúe sin el respaldo de una disposición expresa que lo autorice para ello, o bien, cuando aun teniendo el órgano la competencia expresa para actuar, el funcionario encargado de ejercer esa competencia es un funcionario de hecho o un usurpador. (*Vid.* Sentencia SPA N° 161 del 03 de marzo de 2004)

En tal sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala, han distinguido básicamente tres tipos de irregularidades: la llamada usurpación de autoridad, la usurpación de funciones y la extralimitación de funciones.

La usurpación de autoridad ocurre cuando un acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública. Este vicio se encuentra sancionado con la nulidad absoluta del acto. Por su parte, la usurpación de funciones se constata, cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, violentando de ese modo las disposiciones contenidas en los artículos 136 y 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de los cuales se consagra, por una parte, el principio de separación de poderes según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias, y se establece, por otra, que sólo la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público y a estas normas debe sujetarse su ejercicio.

Finalmente, la extralimitación de funciones consiste fundamentalmente en la realización por parte de la autoridad administrativa de un acto para el cual no tiene competencia expresa. (*Vid.* Sent. SPA N° 539 del 01 de junio de 2004 y Sent. SPA N° 6589 del 21 de diciembre de 2005). Determinado lo anterior, pasa la Sala a analizar el vicio de incompetencia alegado, a la luz de los criterios jurisprudenciales arriba indicados, y en tal sentido observa:

Indica la representación fiscal que el acto administrativo impugnado adolece del vicio de incompetencia por usurpación de funciones, en virtud de que el mismo tiene por objeto la creación de una lotería, actividad ésta que se encontraba expresamente reservada a la Ley, de conformidad con el numeral 24 del artículo 136 de la Constitución de 1961, entonces vigente.

Al respecto, observa la Sala que el acto administrativo impugnado tiene por objeto la creación del Servicio Autónomo Junta de Beneficencia Pública y Protección Social del Estado Nueva Esparta, organismo éste que obtendría fondos a través de la actividad de Lotería, tal y como es establecido en sus artículos 1, 2 y 3:

“Artículo 1º. Se crea el SERVICIO AUTÓNOMO JUNTA DE BENEFICENCIA PÚBLICA Y PROTECCIÓN SOCIAL DEL ESTADO NUEVA ESPARTA (LOTERÍA INTERNACIONAL DE MARGARITA) sin personalidad jurídica propia y sin fines de lucro, dependiendo jerárquicamente de la Gobernación del Estado Nueva Esparta, la cual se encargará del Funcionamiento, Administración, Capacitación y Supervisión de los recursos para el cumplimiento de los fines para lo cual fue creada.

Artículo 2º. El objetivo del SERVICIO AUTÓNOMO JUNTA DE BENEFICENCIA PÚBLICA Y PROTECCIÓN SOCIAL DEL ESTADO NUEVA ESPARTA (LOTERÍA INTERNACIONAL DE MARGARITA), será la explotación, Desarrollo, Promoción de la Actividad denominada y comúnmente conocida como LOTERÍA, en cualquiera de sus tipos, formas y modalidades o cualesquiera otros que les sean afines y legalmente establecidos.

Artículo 3º. La función del SERVICIO AUTÓNOMO JUNTA DE BENEFICENCIA PÚBLICA Y PROTECCIÓN SOCIAL DEL ESTADO NUEVA ESPARTA (LOTERÍA INTERNACIONAL DE MARGARITA), tendrá los siguientes fines y estarán destinados sus recursos a:

1º. Promover, Financiar y a Ejecutar Programas, Proyectos y Obras para el Desarrollo Social especialmente referidas a las áreas de Salud, Deportes, Cultura y Educación, Turismo y Recreación

2º. Coadyuvar al mantenimiento y dotación de materiales, equipos y medicinas para hospitales, ancianatos, ambulatorios, instituciones benéficas, deportivas, culturales, educativas, artesanales, de seguridad y obras afines.

3º. Coordinar y dirigir los proyectos de Beneficencia Pública, atendiendo a las solicitudes de personas naturales o jurídicas o instituciones públicas o privadas, así como otorgar ayudas económicas a personas para cubrir gastos médicos asistenciales, culturales y deportivas en la medida de las disponibilidades económicas del servicio autónomo.

4º. Financiar programas y proyectos dirigidos a la Promoción, Desarrollo y Fomento de las áreas Populares del Estado Nueva Esparta.

5º. Promover y financiar programas de lucha contra el consumo de drogas, en coordinación con los Organismos e Instituciones correspondientes.”

En tal sentido, se observa que el acto impugnado en ningún momento tiene la intención de reglamentar de manera alguna la actividad de lotería o cualquier otra modalidad de juego de envite o azar, ya que dicha actividad, en los términos del acto impugnado, debería ser ejecutada por el organismo creado, de conformidad con las previsiones legislativas y reglamentarias vigentes para el momento de su creación. Se trata entonces de un acto administrativo de efectos generales dictado en ejercicio de la potestad organizativa, pues su finalidad es la creación de un órgano nuevo dentro de la estructura estatal, así como la asignación de determinadas competencias de promoción, financiamiento y ejecución de programas sociales con fondos obtenidos de la explotación de la actividad de lotería.

En efecto, el objetivo primordial del acto impugnado es la creación de un Servicio Autónomo sin Personalidad Jurídica, organismo éste que responde a un proceso de desconcentración administrativa; la cual es definida por la doctrina como la fórmula organizativa que consiste en trasladar la titularidad y el ejercicio de competencias, con carácter permanente, mediante un instrumento normativo, de un órgano superior a uno inferior.

Igualmente, se ha señalado que en el caso de la desconcentración administrativa, ese instrumento normativo a través del cual se realice el traslado de competencia puede ser tanto de rango legal como sublegal, en este último caso, se realizaría la transferencia o traslado de competencia a través de un instrumento normativo de rango sublegal, pero la competencia a transferir siempre tiene que haber sido establecida previamente por ley al órgano que va a ser desconcentrado, ello en aplicación del principio de legalidad que rige a la competencia administrativa.

Así, observa la Sala que en el presente caso, el acto impugnado es un acto administrativo de efectos generales (de contenido normativo) dictado por el Ejecutivo Regional, quien en ejercicio de la potestad organizativa de los estados consagrada en el artículo 17 de la Constitución de 1961 en concordancia con el artículo 23 *eiusdem*, y ratificada como competencia exclusiva en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias, decidió crear un órgano desconcentrado para la ejecución de obras benéficas de contenido social, destinadas a cubrir necesidades básicas de la población del estado; ello independientemente de que el mencionado órgano vaya a utilizar como medio de recaudación de fondos para lograr dichos fines benéficos, la actividad de lotería, la cual deberá ser ejercida siempre de conformidad con lo establecido en las leyes y demás instrumentos normativos dictados por el Poder Público Nacional. Así se declara.

En efecto, a diferencia de lo señalado por el Fiscal General de la República, no considera esta Sala que el objeto del acto impugnado sea el de reglamentar o normar de manera alguna el desarrollo de la actividad de lotería, por el contrario, tal y como se indicara *supra*, dicho acto tiene como finalidad primordial el realizar actividades de beneficencia e interés social, y para lograr dichos objetivos recaudará fondos, entre otros, a través de la actividad de lotería; es decir, que esta última constituye un medio para lograr un fin de interés social que sin duda alguna compete al Poder Ejecutivo estatal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y siguientes de la Constitución de 1961 (vigente para el momento de dictarse el acto en cuestión).

En virtud de los anteriores argumentos, encuentra la Sala improcedente el argumento de nulidad por incompetencia presentado por el ciudadano Fiscal General de la República, en contra del acto administrativo dictado por el Gobernador del Estado Nueva Esparta, mediante el cual se crea el "Servicio Autónomo Junta de Beneficencia Pública y Protección Social del Estado Nueva Esparta" y, en consecuencia, al ser éste el único alegato, resulta igualmente improcedente el recurso de nulidad interpuesto. Así se decide.

b. *Delegación de atribuciones*

TSJ-SC (1414)

19-7-2006

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 13, 14, 15, 19 (Parágrafo Único), 26 (numerales 3 y 5), 27 y 71 de la Ley de Contraloría del Estado Lara, publicada en *G.O.* N° 1.931 del 30-6-2003.

Se anula la remisión al numeral 10 del artículo 12 de la Ley de Contraloría General del Estado Lara, contenida en el Parágrafo Único del artículo 19 de la misma ley, referida a la prohibición de delegar la instrucción de los procedimientos administrativos que se ventilen ante la Contraloría Estatal, en virtud de que luce como una medida que traspasa claramente las potestades de regulación sobre los Poderes Públicos Estadales que poseen los Consejos Legislativos y le impide al órgano de control externo el ejercicio eficiente de sus funciones.

También fue impugnado el artículo 19 de la referida ley estatal, conforme el cual:

“Artículo 19.- Delegación de Atribuciones. El Contralor General del Estado, podrá delegar en funcionarios de la Contraloría General del Estado Lara, el ejercicio de determinadas atribuciones. Asimismo, podrá delegar la firma de determinados documentos. Los actos cumplidos por los delegatarios deberán indicar el carácter con que actuó el funcionario que los dictó, y en el caso de ejercicio de delegaciones de firmas, producirán efectos como si hubiesen sido emitidas por el Contralor General del Estado y, en consecuencia, contra ellos no se admitirá recurso jerárquico.

Los delegatarios no podrán subdelegar y la delegación aquí prevista, al igual que su revocatoria, surtirá efectos desde la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial* del Estado Lara.

Parágrafo Único: El Contralor General del Estado Lara no podrá delegar las atribuciones contenidas en los numerales 3, 4, 6, 7, 10, 12, 17, 18, 19 y 25 [del artículo 12]”.

A este respecto, denunció el demandante que la lectura del Parágrafo Único de la norma transcrita, en lo que se refiere a la remisión que efectúa al numeral 10 del artículo 12 de la misma ley, prohíbe la delegación de su competencia para “iniciar las averiguaciones e instruir el procedimiento administrativo respectivo, en los casos de funcionarios, obreros y personal contratado que presten sus servicios en los entes y órganos sujetos a la presente ley, así como particulares que de una u otra manera contraten con el Estado, que incurran en actos, hechos u omisiones, contrarios a norma expresa, con ocasión del desempeño de sus funciones”. En atención a tal limitación, sostuvo que atenta directamente contra los principios de celeridad, eficacia y eficiencia que deben regir las actuaciones de la Administración Pública.

En relación a este aspecto, debe observarse que la delegación de atribuciones, es una figura organizativa conforme la cual un órgano transfiere a otro de inferior jerarquía (en el mismo ente) el ejercicio de competencias (no su titularidad) que le han sido encomendadas previamente. Esta excepción al principio de improrrogabilidad e inderogabilidad de la competencia, encuentra justificación en la necesidad de dotar a la Administración de mecanismos que apuntalen su eficaz funcionamiento, de modo que sus órganos superiores no se vean recargados con el acometimiento de actividades de subordinada importancia.

Si bien existen competencias que -por la propia delicadeza que supone su ejercicio- resultan intransferibles (i.e. las potestades normativas), no parece razonable que el Legislador Estatal le haya impedido a un órgano al que la Constitución le ha reconocido una posición especial -al dotarle de autonomía funcional y orgánica- ejercer uno de sus principales corolarios, como es la potestad auto-organizativa. En lo que toca exclusivamente a la prohibición de delegar la instrucción de los procedimientos administrativos que se ventilen ante la Contraloría Estatal, luce como una medida que traspasa claramente las potestades de regulación sobre los Poderes Públicos Estadales que poseen los Consejos Legislativos y le impide al órgano de control externo el ejercicio eficiente de sus funciones, si se tiene en cuenta la ingente cantidad de averiguaciones que debería instruir un ente de la naturaleza anotada. Negarle de plano que adecue su estructura en orden a actuar con mayor eficacia en la tramitación de tales procedimientos, constituye una clara lesión a su autonomía y, en tal sentido, las denuncias efectuadas sobre este particular deben ser declaradas con lugar.

Por tanto, se anula la remisión al numeral 10 del artículo 12 de la Ley de Contraloría General del Estado Lara, contenida en el Parágrafo Único del artículo 19 de la misma ley. Así se decide.

Como consecuencia de la anterior declaratoria, el artículo 19 de la Ley de la Contraloría General del Estado Lara quedará redactado en la forma que sigue:

“*Artículo 19.-* Delegación de Atribuciones. El Contralor General del Estado, podrá delegar en funcionarios de la Contraloría General del Estado Lara, el ejercicio de determinadas atribuciones. Asimismo, podrá delegar la firma de determinados documentos. Los actos cumplidos por los delegatarios deberán indicar el carácter con que actuó el funcionario que los dictó, y en el caso de ejercicio de delegaciones de firmas, producirán efectos como si hubiesen sido emitidas por el Contralor General del Estado y, en consecuencia, contra ellos no se admitirá recurso jerárquico. Los delegatarios no podrán subdelegar y la delegación aquí prevista, al igual que su revocatoria, surtirá efectos desde la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial* del Estado Lara.

Parágrafo Único: El Contralor General del Estado Lara no podrá delegar las atribuciones contenidas en los numerales 3, 4, 6, 7, 12, 17, 18, 19 y 25 del artículo 12 de esta Ley”.

B. *Publicación de los actos administrativos en materia registral*

TSJ-SPA (1818)

19-7-2006

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: CHANEL, S.A vs. Ministro de Industrias Ligeras y Comercio

El requisito de publicación en el Boletín de la Propiedad Industrial es una formalidad indispensable para que los actos emanados de dicho registro adquieran autenticidad y vigor, por lo que el cumplimiento de la aludida solemnidad, otorga a estos actos registrales carácter de instrumentos públicos y efectos *erga omnes*.

No obstante, debe advertirse que la representación judicial de la recurrente desconoce los efectos de la Resolución N° 278 del 29 de julio de 2004 por no haberle sido notificada a su mandante, ni publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial, de conformidad con el contenido del artículo 56 de la Ley de Propiedad Industrial.

En este sentido, aprecia la Sala, que los artículos 54, 55 y 56 de la Ley de Propiedad Industrial aplicable a la causa de autos, cuya transcripción se inserta en el Capítulo VIII “del Boletín y de las Publicaciones” señalan:

“*Artículo 54.* Todas las publicaciones previstas en la presente Ley, deberán hacerse en el Boletín de la Propiedad Industrial que es el órgano de la Oficina de Registro. Los ejemplares de este Boletín tendrán fuerza de instrumentos públicos.

Artículo 55. Los actos y documentos cuya publicación ordena la presente Ley, tendrán el carácter de público por el hecho de aparecer en el Boletín de la Propiedad Industrial.

Artículo 56. Los actos y resoluciones del Registro de la Propiedad Industrial tendrán autenticidad y vigor desde que aparezcan en el Boletín de la Propiedad Industrial”.

De la normativa anteriormente transcrita, se evidencia que el requisito de publicación en el Boletín de la Propiedad Industrial es una formalidad indispensable para que los actos emanados de dicho registro adquieran autenticidad y vigor, por lo que el cumplimiento de la aludida solemnidad, otorga a estos actos registrales carácter de instrumentos públicos y efectos *erga omnes*.

Así, la publicación de los actos administrativos en materia registral de la propiedad industrial es una práctica rutinaria de la Administración, pues incluso son publicados aquellos actos que resuelven los recursos administrativos ejercidos contra los asientos que se realizan en dicho sistema registral.

Prueba de lo afirmado, es que tanto el acto registral del signo distintivo “NOS”, objetado por la recurrente, la respuesta a las observaciones presentadas por la actora frente a dicho acto registral (folio 29 del expediente judicial), así como las decisiones sobre el recurso de reconsideración (folio 35 del expediente judicial) y el recurso jerárquico (folio 19 del expediente judicial) fueron publicadas en los Boletines de la Propiedad Industrial N° 373 del 9 de agosto de 1993, N° 395 del 10 de octubre de 1995, N° 420 del 13 de marzo de 1998 y N° 456 del 9 de mayo de 2003, respectivamente.

Más aun, la publicación en el Boletín de la Propiedad Industrial es lo que marca el inicio del lapso para la interposición de los recursos, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala, por cuanto dichos actos, en virtud de su efecto *erga omnes*, pueden ser atacados por todos aquellos quienes consideren lesionados sus derechos e intereses, independientemente de que sean o no los destinatarios directos de los actos administrativos.

En efecto, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de octubre de 1990, caso: *Aluminium Company of Canada Limited vs. Ministerio de Fomento*, señaló lo que a continuación se transcribe:

“1. Como punto previo se hace necesario pronunciarse sobre la caducidad alegada por el tercero opositor, en el sentido de que el recurso fue intentado fuera del lapso de 6 meses a que se refiere el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Al respecto se observa que la fecha a partir de la cual debe computarse el inicio del lapso de 6 meses es a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial o a su notificación al interesado. En los casos contemplados en la Ley de Propiedad Industrial el órgano oficial de publicación es el Boletín de la Propiedad Industrial, conforme a lo previsto en el artículo 54 *eiusdem*. En efecto de tal publicación, de acuerdo al artículo 56 de dicho cuerpo normativo, es que los actos que la misma contenga entren en pleno vigor y, por tanto, adquieran plena eficacia jurídica. Consecuencialmente, la fecha (de publicación señalada en tal Boletín) es aquella a partir de la cual deben ser contados los lapsos para interponer los recursos, en concordancia con el artículo 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.

Asimismo, en sentencia del 19 de marzo de 1991, caso: *Elio Rodríguez León vs. Ministerio de Fomento*, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia expuso lo siguiente:

“Consta que la Resolución N° 2395 del Ministerio de Fomento, de fecha 31 de julio de 1989, que declaró inadmisibles los recursos de reconsideración en contra del acto del Registrador de la Propiedad Industrial, de fecha 24-03-88 (Resolución N° 503), fue notificada el 02-08-89, y posteriormente publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial de fecha 11-05-90, es decir, con posterioridad a la demanda original.

Ahora bien, por mandato del artículo 56 de la Ley de Propiedad Industrial, en concordancia con el artículo 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, los efectos de los actos en materia de propiedad industrial se producen a partir de su publicación, no en cualquier órgano oficial, sino en el Boletín de la Propiedad Industrial y no, con su notificación personal, como ocurre con los demás actos de efectos particulares”.

Ahora bien, de la revisión de las actas procesales examinadas en consonancia con los criterios jurisprudenciales expuestos, aprecia la Sala, que no cursa en autos ninguna prueba que demuestre que la Resolución N° 278 del 29 de julio de 2004, emanada de la Viceministra de Industria (cursante al folio 1 del expediente administrativo), haya sido notificada a la sociedad mercantil recurrente ni mucho menos publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial, como sí lo fue la Resolución N° 309 del 13 de marzo de 2003, mediante la cual se declaró inadmisibles los recursos jerárquicos intentados por la recurrente, publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial N° 456 del 9 de mayo de ese mismo año.

Por tal razón, con fundamento en las normas antes transcritas y para salvaguardar los derechos de los posibles interesados, es que esta Sala debe ordenar al Ministerio de las Industrias Ligeras y Comercio la publicación en el Boletín de la Propiedad Industrial de la Resolución N° 278 del 29 de julio de 2004, mediante la cual se admitió el recurso jerárquico interpuesto por Chanel, S.A., el 7 de abril de 1998 contra la Resolución N° 262 del 6 de febrero de ese mismo año publicada en el Boletín de la Propiedad Industrial N° 420 de fecha 13 de marzo de 1998, emanada de la Viceministra de Industria para que el referido acto adquiera eficacia.

De esta manera, será una vez efectuada la publicación del acto administrativo contenido en la Resolución N° 278 del 29 de julio de 2004, que empezará a correr el lapso para que los interesados de considerarlo pertinente, ejerzan el recurso correspondiente. Así se declara.

2. *Contratos Administrativos*

A. *Valuaciones*

TSJ-SPA (1748)

11-7-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Multiservicios Disroca C.A. vs. Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo.

Las valuaciones requieren para su formación, la concurrencia de dos voluntades, la de la contratista y la del contratante.

Realizadas las anteriores consideraciones, pasa la Sala a analizar la procedencia del pago reclamado y al efecto se observa:

La parte actora pretende que el Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo, le cancele dos (2) “valuaciones” por los trabajos realizados durante el período comprendido entre el 15 de febrero y el 15 de marzo de 2000 y del 15 de marzo al 15 de abril de 2000.

Ahora bien, previo a cualquier otro pronunciamiento respecto al valor probatorio de los instrumentos cursantes en autos, se advierte que los documentos denominados “valuaciones” por la parte actora, los cuales se encuentran en los folios trece (13) y cuarenta y ocho (48) del expediente, no cumplen con los requisitos necesarios para ser considerados como tales, pues como en forma reiterada lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, las valuaciones requieren para su formación del concurso de voluntad de ambas partes, a través de sus representantes (ver sentencia N° 4234 de fecha 16 de junio de 2005).

Así, las denominadas “valuaciones” en realidad corresponden a dos (2) comunicaciones emanadas de la sociedad mercantil demandante, en fechas 15 de marzo y 15 de abril de 2000, por medio de las cuales participa al Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo, para su cancelación, el monto de los trabajos realizados en el período allí indicado; las cuales deben ser consideradas como documentos privados emanados de la parte actora y en ningún caso como las valuaciones a que hace referencia la cláusula tercera del contrato cuyo cumplimiento se reclama, pues se reitera, para ser considerados como valuaciones requieren para su formación, la concurrencia de dos voluntades, la de la contratista y la del contratante.

Precisado lo anterior, se advierte que las otras documentales consignadas por la parte actora en el curso del proceso, identificadas en el capítulo IV del presente fallo, si bien cursan en copias simples no fueron impugnadas por la parte demandada.

En tal sentido, con el objeto de otorgar el valor probatorio que merece cada uno de los referidos instrumentos, se observa:

Junto con el escrito de la demanda, la parte actora consignó:

a.- Copia simple del Acta de Inicio de los trabajos para la “Limpieza, Desraizamiento, Desmonte, Desmalezado, Pintura, Poda y Recolección de Residuos Sólidos en la ciudad de Morón”, de fecha 15 de febrero de 2000.

b.- Copia simple del Acta de Terminación de los trabajos para la “Limpieza, Desraizamiento, Desmonte, Desmalezado, Pintura, Poda y Recolección de Residuos Sólidos en la ciudad de Morón”, de fecha 15 de marzo de 2000.

c.- Copia simple de un anexo contentivo de las Actividades de la Cuadrilla de Mantenimiento Integral I, emanado de la sociedad mercantil Multiservicios Disroca, C.A.

e.- Copia simple del Acta de Inicio de los trabajos para la “Limpieza, Desraizamiento, Desmonte, Desmalezado, Pintura, Poda y Recolección de Residuos Sólidos en la ciudad de Morón”, de fecha 15 de marzo de 2000 con firmas ilegibles de los represen-

tantes de la Alcaldía del Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo y de Multiservicios Disroca, C.A., correspondiente al período comprendido entre el 15 de marzo de 2000 al 15 de abril de 2000.

f.- Copia simple del Acta de Terminación de los trabajos para la “Limpieza, Desraizamiento, Desmonte, Desmalezado, Pintura, Poda y Recolección de Residuos Sólidos en la ciudad de Morón”, de fecha 15 de abril de 2000.

g.- Copia simple de un anexo contentivo de las Actividades de la Cuadrilla de Mantenimiento Integral I, emanado de la sociedad mercantil demandante Multiservicios Disroca, C.A.

Ahora bien, para resolver el asunto planteado, es preciso establecer si se tienen por válidos los mencionados documentos y para ello resulta necesario referirse a su naturaleza jurídica. Sobre este aspecto, ya la Sala se ha pronunciado en casos en los cuales estos documentos se han producido con ocasión de los trabajos a desarrollarse conforme a un contrato de obras, insistiendo en reiteradas oportunidades en que instrumentos como las actas, en sus distintas variantes (de inicio, terminación, recepción provisional, recepción definitiva e, incluso, de paralización), así como las valuaciones, requieren para su formación, del concurso de voluntad de ambas partes a través de sus representantes en la obra (ingeniero residente e ingeniero inspector, para obrar en nombre de la contratista y el ente contratante, respectivamente).

De esta manera, no se trata de actos administrativos mediante los cuales se verifique la actuación del ente público; se trata de documentos que requieren, para su formación, la concurrencia de dos voluntades, la de la contratista y la del contratante.

Así, no obstante la naturaleza evidentemente pública del organismo accionado, los instrumentos como los enunciados *supra*, producidos todos en virtud de un contrato celebrado con un particular, son netamente consensuales y, por ende, debe otorgárseles, en principio, el carácter de documentos privados tenidos como reconocidos, pues no fueron impugnados por la parte demandada en la oportunidad pertinente.

Al respecto, el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

“Los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, podrán producirse en juicio originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes. Las copias o reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, de estos instrumentos, se tendrán como fidedignas si no fueren impugnadas por el adversario”.

En el caso que se analiza, puede observarse la Sala que fueron consignadas en copia simple las actas de inicio y de terminación de la obra por los trabajos para la "Limpieza, Desrazamiento, Desmonte, Desmalezado, Pintura, Poda y Recolección de Residuos Sólidos en la ciudad de Morón", correspondientes a los períodos del 15 de febrero al 15 de marzo y del 15 de marzo al 15 de abril de 2000, cada una suscrita por el Ingeniero Sergio Herrera, actuando en el representación del Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo y por la Ingeniera Eucladis María Pérez M, en su condición de representante debidamente autorizada de la sociedad mercantil Multiservicios Disroca C.A.

La referida prueba documental no fue impugnada por la parte demandada en el curso del debate procesal, por tanto, en aplicación de la norma antes transcrita, debe tenerse como fidedigno el contenido de los mencionados documentos. Así se declara.

Establecido lo anterior, resulta oportuno destacar que además de las actas de inicio y de terminación de la obra o servicio contratado, la Sala ha señalado que la prueba documental por excelencia para demostrar la ejecución de una obra es la valuación, pues permite conocer con certeza y exactitud la forma y el tiempo en la realización de la obra contenida, entre otros aspectos de carácter técnico. (Ver sentencia N° 242 de fecha 09 de febrero de 2006).

En el presente caso, la parte actora no consignó las valuaciones correspondientes según lo estipulado en la cláusula tercera del contrato, sin embargo, como quiera que tampoco existe en el expediente constancia alguna de que el Municipio demandado hubiere efectuado objeciones o reparos a los trabajos realizados, considera la Sala que en el caso concreto, la parte demandante demostró el cumplimiento de su obligación contractual en lo que se refiere a los períodos del 15 de febrero al 15 de marzo y del 15 de marzo al 15 de abril de 2000, por lo que debe declararse procedente la petición de pago formulada. Más aún, la Sala no puede dejar de advertir que la apoderada judicial del Municipio demandado manifestó, en su escrito de contestación de la demanda, lo que a continuación se transcribe:

"La parte actora indica en el libelo de la demanda que en fecha 13 de enero de 2000, el Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo, suscribió con ella un contrato de servicios marcado con el N° 001-00-SM, para (...), copia de cuyo contrato se anexó al libelo como anexo "B". Ello es cierto.

Expresa igualmente la parte actora que mi representada pagó la valuación correspondiente al lapso comprendido entre el 17 de enero al 16 de febrero, se entiende del año 2000. Ello es cierto.

Asimismo relata la actora que presentó al Municipio las valuaciones respectivas según prestaba el servicio contratado y éste, el Municipio 'no pagó ninguna de las dos (2) valuaciones que le fueron presentadas al cobro por los servicios ejecutados como complemento del contrato ya que éste había llegado a su término'. Se entiende que la parte actora plantea que no recibió el pago de dos (2) valuaciones causadas por servicios ejecutados como complemento del contrato, vale decir, de servicios complementarios, ya que el contrato había llegado a su término, como ella lo admite" (Resaltado de la Sala).

En criterio de la Sala, del dicho de esa representación judicial se evidencia la existencia del contrato, el pago de la valuación correspondiente al lapso comprendido entre el 17 de enero al 16 de febrero de 2000 y que se realizaron los trabajos correspondientes a los períodos comprendidos entre el 15 de febrero y el 15 de marzo y del 15 de marzo al 15 de abril de 2000. Sin embargo, ni del contenido del referido escrito ni de las pruebas cursante en autos se deduce el pago de los trabajos realizados tanto en el mes de marzo como en el mes de abril de 2000.

Al respecto, el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, establece:

“*Artículo 506:* Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación”.

Así, los hechos admitidos por la apoderada judicial del Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo, también inducen a esta Sala a concluir que el contrato se ejecutó en los períodos del 15 de febrero al 15 de marzo y del 15 de marzo al 15 de abril de 2000, y que en el curso del debate procesal, esa representación no demostró el pago correspondiente.

La anterior conclusión se ve reforzada, por el documento que cursa en el folio noventa y cuatro (94) del expediente, correspondiente a la copia de la “Planilla de Orden de Pago” identificada con el N° 38.059, con logotipo de la Alcaldía del Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo y sello húmedo de la Contraloría Municipal, de fecha 10 de octubre de 2000, por un monto de dieciocho millones ochocientos veinticinco mil ochocientos cincuenta y dos bolívares con veintidós céntimos (Bs. 18.825.852,22), por concepto de “Pago de Trabajos de Limpieza, Desraizamiento, Desmonte, Desmalezado, Pintura, Poda y Recolección de Residuos Sólidos en la ciudad de Morón por la Cuadrilla de Mantenimiento Integral I. Período: 17-02 al 17-03-2000”.

Con respecto al referido documento, la Sala en su jurisprudencia ha establecido que tales instrumentos pertenecen a la categoría de “documentos administrativos” los cuales son considerados como una tercera categoría documental, intermedia entre los instrumentos públicos y los privados, cuyo contenido se considera fidedigno salvo prueba en contrario, resultando aplicables para su valoración las reglas contenidas en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil.

Así, visto que el instrumento denominado “Planilla de Orden de Pago” constituye un documento administrativo que emana de un ente público como lo es el Municipio demandado, el cual no fue impugnado en la oportunidad procesal correspondiente de conformidad con lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, la Sala le otorga pleno valor probatorio.

De la mencionada prueba documental, se evidencia que el Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo emitió una orden de pago a favor de la sociedad mercantil demandante por la cantidad de dieciocho millones ochocientos veinticinco mil ochocientos cincuenta y dos bolívares con veintidós céntimos (Bs. 18.825.852,22), por los trabajos de limpieza, desraizamiento, desmonte, desmalezado, pintura, poda y recolección de residuos sólidos realizados en la ciudad de Morón, por la Cuadrilla de Mantenimiento Integral I, en el período comprendido entre el 17 de febrero al 17 de marzo de 2000.

En criterio de esta Sala, la emisión de la orden de pago por parte de la Alcaldía del Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo, con el visto bueno de los Departamentos de Contabilidad y de la Contraloría Municipal, no significa que se haya efectuado el pago, sólo evidencia que se realizaron los trámites administrativos necesarios para proceder a la cancelación de los trabajos contratados y, por ende, que se efectuaron por parte de los mencionados Departamentos, las verificaciones indispensables para proceder a dicho trámite, a lo cual hay que agregar que en el escrito de la contestación de la demanda, la representante judicial del Municipio demandado se limitó a señalar que su representado canceló la “valuación” correspondiente al período comprendido entre el 17 de enero al 16 de febrero de 2000, pero nada dijo respecto a las reclamaciones formuladas correspondientes a los períodos del 15 de febrero al 15 de marzo y del 15 de marzo al 15 de abril del mismo año.

La Sala del análisis concatenado del material probatorio cursante en autos, declara con lugar la pretensión de pago de la parte actora por los trabajos realizados durante los períodos desde el 15 de febrero al 15 de marzo y del 15 de marzo al 15 de abril de 2000, por la cantidad de treinta y siete millones seiscientos cincuenta y un mil setecientos cuatro bolívares con cuarenta y cuatro céntimos (Bs. 37.651.704,44). Así se declara.

B. *Modificaciones a la obra contratada*

TSJ-SPA (1748)

11-7-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Multiservicios DISROCA C.A. vs. Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo.

Resuelto lo anterior, corresponde establecer si efectivamente el Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo autorizó la ejecución de las obras complementarias, cuyo pago reclama la sociedad mercantil Multiservicios Disroca, C.A.

En tal sentido, los artículos 32, 33 y 34, integrantes del Capítulo VI de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, contenidas en el Decreto Presidencial N° 1.417, que regula las modificaciones de la obra, establecen:

“Artículo 32: El Ente Contratante podrá, antes o después de iniciada la ejecución de la obra, introducir en ella los cambios o modificaciones que estime convenientes, debiendo notificarle de ello a los garantes. El Ente Contratante podrá otorgar un anticipo especial para financiar al Contratista dichos cambios o modificaciones y su devolución se verificará en la oportunidad del pago de las valuaciones correspondientes.”

“Artículo 33: Durante la ejecución de la obra, el Contratista podrá sugerir o solicitar al Ente Contratante cualquier modificación que considere conveniente. La solicitud deberá ir acompañada del correspondiente estudio económico, técnico y de su presupuesto, y el Ente Contratante deberá dar oportuna respuesta a la misma.

El Contratista sólo podrá realizar las modificaciones propuestas cuando reciba expresa autorización por escrito del Ente Contratante.

El Ingeniero Inspector no está facultado en ningún caso para autorizar modificaciones o cambios en la obra contratada”.

“Artículo 34: El ente Contratante no reconocerá ni pagará modificaciones o cambios en la obra cuando no las hubiere autorizado por escrito y podrá obligar al Contratista a restituir la obra o parte de ésta al estado en que se encontraba anteriormente o a demoler a sus expensas lo que hubiere ejecutado sin esta autorización. Si no lo hiciera, el Ente Contratante podrá ordenar la demolición en la forma y con las consecuencias previstas en el artículo 74 de este Decreto.”

Ahora bien, el representante judicial de la sociedad mercantil Multiservicios Disroca, C.A. alegó que las obras complementarias presuntamente ejecutadas, se realizaron con la autorización del Ingeniero Sergio Herrera, en su condición de Director de Desarrollo Urbano de la Alcaldía del Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo.

Así, con el objeto de demostrar que contaba con la autorización requerida para ejecutar las obras complementarias, la parte actora promovió la testimonial del Ingeniero Sergio Herrera, para que diera razón acerca de las solicitudes por él realizadas con relación a las referidas obras.

Igualmente esa representación judicial, solicitó a la Alcaldía del Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo la exhibición del documento denominado “Cuadro de Cierre de Obra”, en el cual constan las obras complementarias presuntamente realizadas y que se encuentra suscrito por el Ingeniero Sergio Herrera y el representante de la sociedad mercantil que representa.

De las referidas pruebas, la Sala observa:

1.- En lo que se refiere al documento denominado “Cuadro de Cierre de Obra”, el cual fue consignado en copia simple junto con el escrito de la demanda y su exhibición fue solicitada en la oportunidad pertinente, la Sala ratifica lo expuesto previamente, al declarar extemporánea la actuación realizada por la apoderada judicial del Municipio demandado en fecha 05 de febrero de 2003, oportunidad en la cual pretendió cumplir con el acto de exhibición de los documentos que le fueron solicitados.

Así, resulta necesario aplicar el contenido del artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual se tendrá por exacto el texto del documento tal como aparece de la copia presentada por el solicitante, ello en caso de que el instrumento no fuese exhibido en la plaza indicado, como sucedió en el caso bajo examen.

Antes de emitir un pronunciamiento en cuanto a la valoración del referido documento probatorio, la Sala no puede dejar de advertir lo siguiente:

Cursa en los folios ciento dos (102) al ciento diecinueve (119) del expediente, fotocopia del documento denominado “Cuadro de Cierre de Obra”, el cual en su parte final aparece firmado en los renglones identificados como Ingeniero Inspector, Representante de la Contratista y Contraloría Municipal, sin embargo del documento original presentado por la apoderada judicial del Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo, en la oportunidad en que en forma extemporánea consignó los documentos solicitados para su exhibición, se aprecia que sólo aparece firmado por el Ingeniero Inspector. Ante tal situación, esta Sala en aplicación de la norma antes señalada, tiene por exacto el texto del documento tal como aparece de la copia presentada por el solicitante. Así previamente se declara.

Establecido lo anterior, la Sala pasa a valorar la referida prueba documental, en los siguientes términos:

De la copia fotostática del denominado “Cuadro de Cierre de Obra”, puede observarse que se encuentra escrito a mano en un formato que en la parte superior izquierda contiene el logotipo del Concejo Municipal del Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo, suscrito con firmas ilegibles del Ingeniero Inspector, el representante de la contratista y de la contraloría municipal. En cuanto a su contenido, se aprecian unas casillas denominadas partidas, precio unitario, presupuesto original, aumentos, disminuciones, obra ejecutada.

Igualmente, puede leerse que en obra se ejecutó la cantidad de ciento treinta y seis millones seiscientos catorce mil trescientos noventa y ocho bolívares con diecinueve céntimos (Bs. 136.614.398,19), que en comparación con el monto establecido en el contrato de ciento veintiún millones veintinueve mil seiscientos seis bolívares con sesenta y seis céntimos (Bs. 121.029.606,66), representa una diferencia de quince millones quinientos ochenta y cuatro mil setecientos noventa y un bolívares con cincuenta y tres céntimos (Bs. 15.584.791,53), cantidad reclamada por la actora por la realización de obras complementarias.

Así las cosas, estima la Sala que si bien en el documento denominado “Cuadro de Cierre de Obra”, se evidencia una diferencia con el monto original del contrato, de los renglones denominados partidas junto con los precios unitarios, no se evidencia cuáles fueron las obras complementarias que presuntamente se realizaron. Sin embargo, en el curso del debate proba-

torio, la parte actora promovió la testimonial del Ingeniero Sergio Herrera, quien para el momento de la ejecución del contrato, se desempeña como Ingeniero Municipal, evacuada por el apoderado judicial de la sociedad mercantil demandante, con la presencia del representante judicial del Municipio demandado, en la cual se aprecia que el testigo manifestó:

1.- Que sabía y le constaba que la empresa Multiservicios Disroca, C.A., ejecutó obras complementarias a las contratadas inicialmente por la Alcaldía del Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo, lo cual se podía observar en el “Cuadro de Cierre de Obra”.

2.- Que las obras antes indicadas, contaron con su autorización en su condición de Ingeniero Municipal.

La Sala de la valoración concatenada de ambas pruebas concluye que el Ingeniero Sergio Herrera, autorizó la realización de las obras complementarias ejecutadas y reclamadas por la sociedad mercantil Multiservicios Disroca, C.A.

Ahora bien, la parte final del artículo 33 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, aplicables al caso, establece:

“Artículo 33: ...omissis...

El Ingeniero Inspector no está facultado en ningún caso para autorizar modificaciones o cambios en la obra contratada”.

Del contenido de la norma parcialmente citada, advierte la Sala que expresamente le está prohibido al Ingeniero Inspector de la obra autorizar modificaciones o cambios en la obra contratada, por tanto, habiéndose demostrado en el curso del presente proceso que el Ingeniero Sergio Herrera, en su condición de Ingeniero Municipal ejercía las funciones de Ingeniero Inspector, no podía en función de su cargo autorizar la ejecución de obras complementarias en el contrato identificado con el N° 001-00-OB. Así se declara.

A mayor abundamiento del fallo, no puede dejar de advertirse que en el Convenio de Cofinanciamiento suscrito entre el Estado Carabobo, por órgano del Fondo de Financiamiento de la Gestión Estado Municipio, denominado “FONFIGEM” y el Municipio Juan José Mora del Estado Carabobo, en el cual se establecieron las condiciones generales de cofinanciamiento que regirían entre ambos entes con relación al proyecto “Remodelación del Boulevard Los Manguitos”, se estableció lo siguiente:

“QUINTA: El “MUNICIPIO” deberá iniciar la ejecución del “PROYECTO” en un período no mayor de un (1) mes, contado a partir de la firma del presente convenio, y deberá ser culminado en un período no mayor de tres (3) meses una vez iniciada su ejecución, mediante la adquisición de los bienes, la contratación de la obra o de los servicios de que se trate, según se evidencia del cronograma de ejecución incluido en el “PROYECTO”, salvo que existan modificaciones plenamente justificadas y autorizadas por la Dirección General del Fondo” (Resaltado de la Sala).

Asimismo, en el contrato de fideicomiso suscrito entre el Estado Carabobo por órgano del Fondo de Financiamiento de la Gestión Estado-Municipio y Del Centro, Entidad de Ahorro y Préstamo, C.A., para la realización del proyecto “Remodelación del Boulevard Los Manguitos”; autenticado ante la Notaría Pública Quinta de Valencia, estado Carabobo, en fecha 20 de mayo de 2002, anotado bajo el N° 47, Tomo 32 de Libro de Autenticaciones llevados por esa Notaría, se dispuso:

“SÉPTIMA: Queda entendido que cualquier variación que pueda experimentar el presupuesto original del PROYECTO, ya sea por aumentos o disminuciones, o bien por trabajos adicionales, deberán ser autorizadas en forma expresa y por escrito, por EL FIDEICOMITENTE, y tal variación deberá ser notificada a EL FIDUCIARIO.

En este sentido, EL FIDEICOMITENTE, a su elección, optará por aportar directamente los fondos necesarios para cubrir las variaciones del presupuesto, o bien por afectar el alcance del PROYECTO, para, con la diferencia generada por este concepto, financiar las partidas contentivas de variaciones del presupuesto original.” (Resaltado de la Sala).

De lo expuesto, resulta forzoso para esta Sala declarar sin lugar la reclamación de la parte actora, referida al pago de quince millones quinientos ochenta y cuatro mil ochocientos noventa bolívares con cuarenta y cinco céntimos (Bs. 15.584.890,45), por la realización de obras complementarias.

Así se declara.

C. *Rescisión del contrato: Medio de impugnación*

TSJ-SPA (1766)

12-7-2006

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: LIRKA INGENIERÍA, C.A. vs. Municipio Zamora del Estado Miranda.

Al ser la potestad rescisoria una facultad propia de la Administración para dar por terminado un vínculo contractual por tratarse de una convención regida por el Derecho Público, el ejercicio de dicha potestad constituye un acto de ejecución del contrato mismo y como tal, no puede ser considerado como un acto aislado del ente contratante, sino que necesariamente debe ser analizado a la luz del contrato, toda vez que allí tiene su origen. En tal sentido, la Sala señala que lo pertinente es considerar que el medio adecuado para atacar el acto rescisorio es la demanda por cumplimiento de contrato.

Corresponde pronunciarse acerca de la declinatoria de competencia efectuada por el Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, y al efecto observa la Sala:

En primer término, debe señalarse que ha sido criterio pacífico y reiterado de esta Sala, que cuando el recurso contencioso administrativo de nulidad es ejercido conjuntamente con acción de amparo constitucional, esta última, es decir, la acción de amparo, se convierte en accesoria de la acción principal, en virtud de lo cual la competencia para conocer de ambos asuntos será determinada por la competencia para conocer del recurso de nulidad, que constituye la acción principal.

En el caso de autos se ha interpuesto el recurso contencioso administrativo de nulidad contra la Resolución N° 101/2.005 del 22 de noviembre de 2005, mediante la cual la Alcaldesa del Municipio Zamora del Estado Miranda rescindió el Contrato de Concesión para la Prestación de los Servicios de Aseo Urbano y Domicilio, Residencial, Comercial, Industrial, Institucional y Especial, suscrito entre la accionante y el referido Municipio.

Ahora bien, debe señalarse que el fundamento legal empleado por el mencionado Juzgado para declinar la competencia fue el numeral 25 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, que señala:

“Artículo 5. Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República:

(...)

25. *Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los estados o los municipios, si su cuantía excede de setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.)”.*

(...)

El Tribunal conocerá en Sala Plena los asuntos a que se refiere este artículo en sus numerales 1 al 2. (...) En Sala Político Administrativa los asuntos previstos en los numerales 24 al 37.”

En atención a lo dispuesto en la norma parcialmente transcrita, es competencia de la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal conocer las controversias que versen sobre los contratos administrativos suscritos por la República, los Estados y los Municipios, con ocasión de su interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución.

Sin embargo, dicha atribución no se extiende a todas las causas relacionadas con los contratos de naturaleza administrativa, ya que la competencia de la Sala se limita al conocimiento de aquéllas cuya cuantía exceda las Setenta Mil Unidades Tributarias (70.000,00 U.T.).

Ahora bien, de la revisión del expediente y en atención a la interpretación que ha dado la Sala sobre el tema, se desprende que el contrato cuya rescisión se recurre no se trata de una convención de carácter privado -es decir, un contrato que a pesar de estar suscrito por la Administración se rija por el derecho común- sino que goza de la naturaleza administrativa a la que se hace referencia, toda vez que:

1. Una de las partes del Contrato de Concesión para la Prestación de los Servicios de Aseo Urbano y Domicilio, Residencial, Comercial, Industrial, Institucional y Especial, es un ente público (el Municipio Zamora del Estado Miranda);

2. La finalidad del contrato se encuentra vinculada a una utilidad pública o servicio público (“la prestación de los servicios de aseo urbano y domiciliario, residencial, comercial, industrial, institucional y especial, comprendidos los servicios de limpieza, recolección y transporte hasta el sitio de disposición final, generados en el Municipio”).

3. En él están presentes ciertas prerrogativas de la Administración consideradas como exorbitantes (por ejemplo, la contenida en la Cláusula N° 30.1 (folio 127 vto.) que establece que “(...) ‘EL MUNICIPIO’ tendrá derecho a intervenir temporalmente el Contrato de Concesión, sin necesidad de intervención judicial, y de asumir por sí o por terceras personas la prestación del servicio por cuenta de ‘LA CONCESIONARIA’, cuando la prestación del mismo sea deficiente o se suspenda total o parcialmente sin su autorización”).

Por otra parte, también se evidencia que en el escrito inicial la recurrente solicita que se condene al Municipio Zamora del Estado Miranda al pago de Cinco Mil Millones de Bolívars (Bs. 5.000.000.000,00) por concepto de “daños y perjuicios, daño moral y lucro cesante”, lo cual constituye una pretensión distinta a la nulidad del acto; no obstante, dichos daños -según señala la recurrente- derivan de la rescisión del referido contrato. En este sentido, se observa que la cantidad señalada excede las 70.001 U.T. (Bs. 2.058.029.400,00) a las que se refiere el numeral 25 del artículo 5 de la Ley Orgánica que rige las funciones del Máximo Tribunal de la República.

De conformidad con lo expuesto, corresponde a esta Sala el conocimiento del recurso interpuesto, al estar satisfechos los requisitos exigidos por la disposición antes aludida. Así se declara.

Sin embargo, es imperativo para la Sala hacer las siguientes consideraciones:

La posibilidad de dar por terminado anticipadamente un contrato de concesión constituye una de las potestades propias de la Administración en el ámbito de su actividad, la cual puede ser ejercida, principalmente, por razones de interés general o colectivo, así como por incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones pactadas en el contrato.

Sobre este particular, ha considerado la Sala que las decisiones unilaterales de la Administración en materia de contratos administrativos, sea que se refieran a la dirección, interpretación, incumplimiento sanción o extinción de la relación contractual, son el producto de potestades meramente administrativas, por lo que su ejercicio no depende de su previsión expresa en el contrato respectivo (*Vid.* decisión de fecha 22 de julio de 1998 dictada por la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia), criterio que fue acogido, en los mismos términos, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 568 del 20 de junio de 2000, caso: *Aerolink Internacional, S.A.*

Asimismo, en numerosas oportunidades se ha pronunciado la Sala acerca de los medios de impugnación del acto mediante el cual se rescinde algún contrato administrativo, medios estos cuya idoneidad depende del previo establecimiento de la naturaleza jurídica de dicho acto; es decir, si se trata de un acto administrativo aislado o -teniendo presente su vinculación con una relación contractual- si puede ser considerado como un acto impugnabile de manera individual, o si se caracteriza por ser parte de la ejecución de dicho contrato.

Ahora bien, la tendencia jurisprudencial en la materia se orienta a considerar que los actos administrativos rescisorios constituyen actos de ejecución del contrato. Así lo expresó la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de abril de 1991 (caso: *Expresos Ayacucho, S.A.*), en los siguientes términos:

“(...) Con la celebración del contrato mencionado se estableció una relación contractual de derechos y obligaciones entre las partes, como quedó establecido. Sin embargo, la Administración, por la misma naturaleza del servicio (transporte terrestre) y del contrato (concesión), mantuvo y mantiene, en defensa del interés público, el control, dirección y vigilancia de la concesión. Es así que en este contexto puede dictar actos unilaterales en la gestión, modificación o resolución del contrato, situación, que por sus efectos, incide de una manera directa en la existencia jurídica del contrato, afectando en definitiva los intereses de la concesionaria. (sic) (...)

En presencia, sin embargo, de un contrato de concesión, al ejercer la Administración las potestades anteriormente mencionadas (mediante actos unilaterales, modo legítimo de manifestación de su voluntad), plantea el caso sub-iudice el problema de la revocatoria en sí, en el sentido de su posible calificación y naturaleza, a saber: ¿Pertenece el acto de revocación de la concesión a la esfera contractual o debe ser considerada la revocatoria como un acto administrativo unilateral, separado del contrato celebrado?.

La doctrina reconoce la posibilidad de impugnar directamente las decisiones administrativas unilaterales si el acto respectivo resulta ser separable de la conclusión del contrato o del conjunto del procedimiento contractual. (sic) (...)

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, si el acto administrativo forma un todo indivisible con el contrato, se relaciona con su ejecución y cumplimiento, y al atacar dicho acto, en realidad lo que se cuestiona es la existencia jurídica del contrato por lo cual, el acto resulta ser inimpugnable per se. Ahora bien, en lo que a la concesionaria se refiere, cuando la Administración actúa como concedente, y ejerce sus facultades contractuales, entre otras, la de extinguir la concesión anticipadamente, no se trata en realidad de un acto administrativo, sino de ejecución del contrato mismo, y por ende, en virtud, precisamente, de la existencia de un contrato, en contra de esa decisión pudiera lesionar a aquella, la vía de impugnación no es la de atacar por nulidad el acto sino, la de definir si en verdad tal rescisión es posible en atención a ese vínculo contractual, como el presente.”. (sic)

Tal criterio fue ratificado en sentencia N° 293 dictada por esta Sala el 26 de abril de 1995 (caso: *Marshall y Asociados, C.A. y otra*), en la que se concluyó, luego de transcribirse parte de la referida decisión, que la manifestación de voluntad para rescindir la convención no se puede considerar como un acto separable de un contrato administrativo, sino un acto contractual.

En este mismo sentido, en decisión más reciente -sentencia N° 633 del 30 de abril de 2003 (caso: *Hipermercado Amigo, C.A. contra el Ministerio de la Defensa*)-, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia también hizo referencia a la naturaleza jurídica del acto por el cual se rescinde un contrato administrativo y sobre el medio para atacarlo, en los siguientes términos:

“(...) es importante clarificar que cuando la Administración hace uso de facultades contractuales (como la de extinguir el contrato anticipadamente), dicha actuación se traduce en un acto de ejecución del contrato mismo, de manera que en contra de esa decisión que pudiera lesionar los derechos del co-contratante, la vía de impugnación no es la de atacar por nulidad dicho acto, sino la de definir si realmente la rescisión planteada es procedente, de acuerdo con el vínculo contractual, por lo que ante tal supuesto, no existe la disociación necesaria del acto con respecto al contrato que permita su impugnación separadamente de éste. (...)

Así las cosas, se observa que en el presente caso la facultad de rescisión constituye una cláusula contractual expresa, aceptada por el co-contratante, quien ante el supuesto de considerarse perjudicado por la forma en que la autoridad administrativa hizo uso de la mencionada potestad, el medio para resolver la controversia, sólo podía derivar de la relación contractual existente (analizando si a la luz del contrato la rescisión era posible) y no de una decisión unilateral de la Administración, solicitando su nulidad -como sucedió en este caso-, toda vez que ésta actuó, como una de las partes en el contexto del contrato, utilizando un mecanismo previsto en el mismo para dar por terminado el vínculo contractual.”

Como se señaló anteriormente, las decisiones que hacen referencia a la naturaleza de los actos rescisorios son contestes al considerar que esta especie de manifestación de voluntad de la Administración no puede desvincularse del contrato administrativo de que se trate.

Tal apreciación tiene su fundamento en el intercambio de voluntades entre la Administración y el contratista, lo cual da origen a una serie de prestaciones que comportan poderes y obligaciones en cabeza de cada una de las partes. Así, aunque la rescisión anticipada es una de las facultades o prerrogativas que tienen los entes contratantes en resguardo del interés general -sea que estén o no contenidas expresamente en el contrato- ésta constituye una estipulación convenida y aceptada por las partes, que puede o no materializarse luego de la suscripción del contrato, es decir, en la fase de su ejecución, de allí que el acto rescisorio sea considerado un acto propio de esta etapa.

En efecto, al ser la potestad rescisoria una facultad propia de la Administración para dar por terminado un vínculo contractual por tratarse de una convención regida por el Derecho Público, el ejercicio de dicha potestad constituye un acto de ejecución del contrato mismo y como tal, no puede ser considerado como un acto aislado del ente contratante, sino que necesariamente debe ser analizado a la luz del contrato, toda vez que allí tiene su origen.

Por otra parte, además de considerar al acto rescisorio como un acto de ejecución del contrato administrativo, la tendencia de la jurisprudencia ha sido negar insistentemente -tal como hemos visto desde 1991- la idoneidad del recurso contencioso administrativo de nulidad para atacar la terminación anticipada de la convención, señalando sobre el particular la existencia de otros medios judiciales específicos para tal fin; sin embargo, en ninguno de los fallos aludidos se especifica cuáles son los medios a los que se hace referencia.

Ahora bien, si se parte de la premisa que las acciones a ejercer en los casos como el de autos, deban ser aquellas donde, necesariamente, se trate la rescisión como una consecuencia del incumplimiento del contrato y no como una decisión aislada de la Administración, lo pertinente sería considerar que el medio adecuado para atacar el acto rescisorio es la demanda por cumplimiento de contrato, toda vez que con la interposición de un recurso de nulidad lo que se pretende, en realidad, es demostrar que no existía mérito para que el ente contratante decidiera dar por terminada la relación contractual según los términos en que fue suscrita la convención y que, por tanto, éste se debió seguir ejecutando.

Aunado a lo anterior, considera la Sala resaltar, lo que ya se advirtió en la sentencia N° 1063 del 27 de abril de 2006, referido a que el ejercicio del recurso de nulidad en estos casos resulta igualmente inapropiado, debido a que la declaratoria de nulidad del acto administrativo rescisorio mediante este mecanismo recursivo, no es idóneo por sí mismo para satisfacer todas las solicitudes que, en los casos como el de autos, son planteadas por los recurrentes, las cuales en la mayoría de los casos no sólo versan sobre la nulidad del acto, sino que van acompañadas con pretensiones de condena de carácter patrimonial producto de una relación contractual.

En el caso de autos, la Alcaldesa del Municipio Zamora del Estado Miranda rescindió el Contrato de Concesión para la Prestación de los Servicios de Aseo Urbano y Domicilio, Residencial, Comercial, Industrial, Institucional y Especial, *“por incumplimiento reiterado de la Concesionaria, por las causas imputables a ésta, de las obligaciones del presente Contrato.”*

Por su parte, de autos se desprende que la apoderada actora manifiesta, entre otros alegatos, *“que todas y cada una de las imputaciones y hechos que señala la Alcaldesa en su Decreto para proceder a rescindir el contrato de concesión que tiene suscrito con [su] mandante, son absolutamente falsos e infundados”*.

Agrega, que *“siendo [su] representada una pequeña y modesta empresa, la misma cuenta con una flotilla de equipos suficientes para la Prestación del Servicio de Aseo Urbano, la cual fue ampliada, a los pocos meses de haber suscrito el contrato de concesión, conforme al compromiso asumido por [su] mandante con el Municipio, contenido en el referido Contrato de Concesión”*. Asimismo, agrega que la flotilla a la que hace referencia *“alcanza nueve vehículos, así como los equipos recolectores compactadoras de basura, también adquiridos por [su] representada, a escasamente dos meses de haber suscrito el contrato de concesión”*.

Por otra parte, alega que la sociedad mercantil antes mencionada *“ha alquilado vehículos, en los casos que ha considerado fuere necesario para la prestación del servicio”*, y que la entrega de los equipos adquiridos se había retrasado *“por problemas de importación del as (sic) cajas compactadoras”*.

Atendiendo al planteamiento de la actora y a las consideraciones antes expuestas, encuentra la Sala que al pretender la sociedad mercantil Lirka Ingeniería, C.A., desvirtuar ese supuesto incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de concesión para la prestación del servicio de aseo urbano, así como demostrar que no había razones para rescindir el contrato -por lo menos en lo que al incumplimiento imputado se refiere- y, en consecuencia, lograr que el órgano jurisdiccional imponga al ente contratante el deber de cumplir con las prestaciones estipuladas, la vía idónea para probar el cabal cumplimiento de las prestaciones por parte de la contratista es la interposición de una demanda por cumplimiento de contrato. Más aun, cuando se solicita el pago de *“daños y perjuicios, daño moral y lucro cesante”*, pues éstos comportan pretensiones de condena derivadas de la relación contractual, específicamente, por el ejercicio de potestades de la Administración Municipal estipuladas en la convención.

Determinado lo anterior, observa la Sala que en el caso bajo análisis se interpuso un recurso de nulidad contra la Resolución N° 101/2.005 del 22 de noviembre de 2005, dictada por la Alcaldesa del Municipio Zamora del Estado Miranda, mediante la cual se rescindió el Contrato de Concesión Para la Prestación de los Servicios de Aseo Urbano y Domicilio, Residencial, Comercial, Industrial, Institucional y Especial, suscrito entre la recurrente y el referido Municipio, y no una demanda por cumplimiento de contrato.

Ahora bien, en las decisiones de esta Sala anteriormente citadas, la consecuencia de la interposición del recurso contencioso administrativo de nulidad para atacar el acto rescisorio del contrato administrativo era su inadmisibilidad, de conformidad con el numeral 3 del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, según el cual el Juzgado de Sustanciación no debía admitir el recurso de nulidad, entre otros supuestos, cuando existiera para el accionante un recurso paralelo. Sin embargo, la solicitud de nulidad planteada por la sociedad mercantil Lirka Ingeniería, C.A., ha sido propuesta bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, instrumento normativo que no prevé la existencia de otra vía judicial como una causal de inadmisibilidad.

De manera que, a pesar de haber determinado la Sala, en el caso concreto, que el medio judicial idóneo de impugnación es la vía de la demanda por cumplimiento del contrato administrativo, mal podría declarar inadmisibles el recurso de nulidad interpuesto, toda vez que para hacerlo debe estar facultada expresamente por la Ley. En consecuencia, quedará a criterio de la sociedad mercantil recurrente si continúa sosteniendo la solicitud de declaratoria de nulidad o si, por el contrario, ejerce el señalado medio judicial para demostrar que no incurrió en el supuesto incumplimiento que sirvió de base para dictar el acto administrativo recurrido y, asimismo, satisfacer todas sus pretensiones. Así se decide.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Competencia: Querellas funcionariales por parte de los miembros de la Fuerza Armada Nacional*

TSJ-SPA (1871)

26-7-2006

Ponencia Conjunta

Caso: Edgar Eduardo Galavit Avella vs. Comandancia General de la Guardia Nacional del Ministerio de la Defensa.

Ante el vacío legislativo referido al retiro, permanencia, estabilidad o conceptos derivados de empleo público de los miembros de la Fuerza Armada Nacional y mientras se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso-administrativa, la Sala Político Administrativa delimita en forma transitoria las competencias que deben ser asumidas por los órganos jurisdiccionales relacionados con dichos funcionarios, de acuerdo con el grado o jerarquía militar que ostenten, en todos los componentes militares e independientemente del órgano del cual emane el acto administrativo impugnado. La presente sentencia constituye un Primer Complemento de las Ponencias Conjuntas de la Sala Político-Administrativa, números 1.209 del 02/09/04, 1.315 del 08/09/04, 1.900 del 27/10/04 y 2.271 del 24/11/04.

Corresponde a esta Sala pronunciarse previamente acerca de su competencia para conocer y decidir la presente causa y al respecto observa:

Se ha interpuesto un recurso de nulidad contra la Resolución N° GN8303 de fecha 4 de noviembre de 2003, dictada por el Comandante General de la Guardia Nacional, mediante la cual se retiró de dicho componente militar, como medida disciplinaria, al ciudadano guardia nacional Edgar Eduardo Galavit Avella, quien solicitó su reincorporación y el pago de salarios caídos y demás beneficios laborales dejados de percibir.

Ahora bien, disponen los artículos 259 y 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo siguiente:

“*Artículo 259:* La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Artículo 266: Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

(...*omissis*...)

5.- Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.

(...*omissis*...)

La atribución señalada en el numeral 1 será ejercida por la Sala Constitucional; (...) y las contenidas en los numerales 4 y 5, en Sala Político-Administrativa. Las demás atribuciones serán ejercidas por las diversas Salas conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley”. (Negrillas de la Sala).

Por su parte, el artículo 5, numerales 30 y 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

“*Artículo 5:* Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República:

(...*omissis*...)

30. 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.

31. Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales de los órganos que ejerzan el Poder Público de rango Nacional.

(...*omissis*...)

El Tribunal conocerá en Sala Plena los asuntos a que se refiere este artículo en los numerales 1 al 2. En Sala Constitucional los asuntos previstos en los numerales 3 al 23. En Sala Político-Administrativa los asuntos previstos en los numerales 24 al 37 (...). (Negrillas de la Sala).

Ha sido jurisprudencia reiterada de este Alto Tribunal, que debido a la exclusión que contenía la Ley de Carrera Administrativa de los miembros de la Fuerza Armada Nacional y de los funcionarios pertenecientes a los cuerpos de seguridad del Estado, el conocimiento de asuntos como el presente se determinaba atendiendo a la competencia que estaba atribuida a esta Sala Político-Administrativa para conocer de la nulidad de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional, la cual se circunscribía a aquellos emanados de los órganos de la Administración Central. Asimismo se ha establecido jurisprudencialmente,

que en aras de la desconcentración de la actividad jurisdiccional de este Máximo Tribunal, la referida competencia de la Sala se limitaba a los actos administrativos individuales emanados de los órganos superiores de la Administración Pública Central, que a tenor de lo pautado en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Central son: el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, el Consejo de Ministros, los Ministros o Ministras, los Viceministros o Viceministras.

De igual manera le corresponde conocer de los actos emanados de las máximas autoridades de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, que según la norma citada son: la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y gabinetes ministeriales.

Lo anterior obedecía a que los miembros de la Fuerza Armada Nacional, cuya finalidad es preservar la soberanía y el orden público nacional, estatal o municipal, son considerados de gran relevancia para la colectividad, razón por la cual las reclamaciones suscitadas con motivo del retiro o suspensión de dichos funcionarios como consecuencia de la aplicación de medidas disciplinarias, debían ser ventiladas ante los órganos superiores de la jurisdicción contencioso administrativa, específicamente por esta Sala Político-Administrativa, siempre que, como se señaló antes, el acto emanara de las autoridades descritas en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Central. Sin embargo, cuando los referidos actos emanaban de una autoridad diferente, correspondía conocer a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con la competencia residual establecida en el ordinal 3° del artículo 185 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública, en su artículo 1°, Parágrafo Único, excluye expresamente a los funcionarios y funcionarias al servicio del Poder Legislativo Nacional, a los que se refiere la Ley del Servicio Exterior, a los del Poder Judicial, del Poder Ciudadano, del Poder Electoral, a los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública, al servicio de la Procuraduría General de la República, al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) y a los miembros del personal directivo, académico, docente, administrativo y de investigación de las Universidades Nacionales; no así a los miembros de la Fuerza Armada Nacional, lo cual no ocurría en la derogada Ley de Carrera Administrativa, que en el ordinal 4° del artículo 5, establecía que quedaban exceptuados de la aplicación de dicha Ley, “Los miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales en su condición de tales...”.

Lo expuesto resulta relevante para esta Sala, por cuanto al no existir en la Ley del Estatuto de la Función Pública una exclusión expresa de los miembros de la Fuerza Armada Nacional, debe en principio interpretarse que están incluidos en dicho régimen y por consiguiente resulta aplicable a ellos la reiterada jurisprudencia de esta Sala, conforme a la cual, en los casos de querellas funcionariales, correspondía conocer al Tribunal de la Carrera Administrativa, hoy Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo regionales.

En tal sentido, la citada Ley del Estatuto de la Función Pública, establece en sus artículos 92 y 93, lo siguiente:

“Artículo 92. Los actos administrativos de carácter particular dictados en ejecución de esta Ley por los funcionarios o funcionarias públicos agotarán la vía administrativa. En consecuencia, sólo podrá ser ejercido contra ellos el recurso contencioso administrativo funcional dentro del término previsto en el artículo 94 de esta Ley, a partir de su notificación al interesado, o de su publicación, si fuere el caso, conforme a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Artículo 93. Corresponderá a los tribunales competentes en materia contencioso administrativo funcional, conocer y decidir todas las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, en particular las siguientes:

1. Las reclamaciones que formulen los funcionarios o funcionarias públicos o aspirantes a ingresar en la función pública cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la Administración Pública.

2. (...)

Y en sus Disposiciones Transitorias, expresa:

“Primera. Mientras se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, son competentes en primera instancia para conocer de las controversias a que se refiere el artículo 93 de esta Ley, los jueces o juezas superiores con competencia en lo contencioso administrativo en el lugar donde hubieren ocurrido los hechos, donde se hubiere dictado el acto administrativo, o donde funcione el órgano o ente de la Administración Pública que dio lugar a la controversia.

Segunda. Mientras se dicta la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, y a los fines de una mayor celeridad en las decisiones de los jueces en materia contencioso administrativo funcional, los actuales integrantes del Tribunal de la Carrera Administrativa pasarán a constituir los jueces superiores quinto, sexto y séptimo de lo contencioso administrativo de la región capital, con sede en Caracas, dejando a salvo las atribuciones que le correspondan a los órganos de dirección del Poder Judicial.

Tercera. Mientras se dicta la ley que regule la jurisdicción contencioso-administrativa, el procedimiento a seguirse en segunda instancia será el previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

(...*omissis*...)”.

No obstante debe precisarse que ante el vacío legislativo referido al retiro, permanencia, estabilidad o conceptos derivados de empleo público de los miembros de la Fuerza Armada Nacional y mientras se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso-administrativa, es necesario delimitar en forma transitoria las competencias que deben ser asumidas por los órganos jurisdiccionales relacionados con dichos funcionarios, de acuerdo con el grado o jerarquía militar que ostenten, en todos los componentes militares e independientemente del órgano del cual emane el acto administrativo impugnado. Con relación a lo antes expuesto considera la Sala, que esta instancia sólo debe conocer y decidir las acciones o recursos interpuestos en el caso de retiro, permanencia, estabilidad o conceptos derivados de empleo público del personal con grado de Oficiales y Suboficiales Profesionales de Carrera de la Fuerza Armada Nacional.

Los Juzgados Contencioso Administrativos regionales deben conocer y decidir en primera instancia las acciones o recursos interpuestos por retiro, permanencia, estabilidad o conceptos derivados de empleo público del personal con grado de personal de Tropa Profesional, personal activo de la Reserva Nacional y de la Guardia Territorial, y las Cortes de lo Contencioso Administrativo como tribunales de segunda instancia.

En el presente caso, analizadas como han sido las actas procesales que componen el expediente, se determina que la pretensión del recurrente en su condición de personal de tropa profesional al momento de su retiro como medida disciplinaria, consiste en la reincorporación al cargo de guardia nacional que ostentaba en la citada Fuerza, el pago de los salarios caídos y otros beneficios laborales; de acuerdo con las disposiciones de la Ley del Estatuto de la Función Pública antes transcritas, esta pretensión es de naturaleza funcional, por lo cual la competencia corresponde a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos regionales, como tribunales funcionariales. El presente criterio se aplicará a partir del 1° de octubre del año en curso.

Por otra parte, esta decisión tiene la finalidad de desarrollar y aplicar el principio constitucional de acceso a los órganos de administración de justicia, en cuanto a los recursos de nulidad interpuestos con motivo del retiro, permanencia, estabilidad o conceptos derivados de empleo público de los miembros de la Fuerza Armada Nacional, hasta tanto se dicte la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así se declara.

La Sala advierte que el presente fallo debe tenerse como complemento de las ponencias conjuntas de la Sala números 1.209 del 2 de septiembre de 2004, 1.315 del 8 de septiembre de 2004, 1.900 del 27 de octubre de 2004 y 2.271 del 24 de noviembre de 2004, respectivamente, mediante las cuales, al igual que en la presente decisión, se han delimitado las competencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, con fundamento en la facultad que la Sala Plena delegó en cada una de las Salas que integran el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, a tenor de lo establecido en la letra b) de la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

De manera que con base a las premisas antes expuestas, pasa la Sala a determinar el tribunal competente para conocer el presente asunto.

La Sala observa que en la oportunidad de la interposición del recurso, el criterio para determinar la competencia del órgano jurisdiccional, para conocer los asuntos como éste es el descrito en las líneas que anteceden, es decir, se atendía al cargo del funcionario que dictaba el acto impugnado para establecer el tribunal al cual competía conocer del caso planteado; por consiguiente, en el caso concreto, en atención al principio de *perpetuatio fori*, previsto en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente por disposición expresa del primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, correspondía a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, a tenor de la disposición contenida en el ordinal 3° del artículo 185 de la hoy derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento de aquellos recursos que se ejercieran contra actos dictados por autoridades distintas a las señaladas en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

No obstante en el caso que se analiza, se evidencia que la abogada Mónica Alexandra Candell Palacios, antes identificada, apoderada judicial del recurrente, en el escrito presentado ante esta Sala expresó que interpone “RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN, en contra del acto administrativo contenido en la resolución N° GN8303, de fecha: 04 de Noviembre de 2.003, dictada por la Comandancia de la Guardia Nacional del MINISTERIO DE LA DEFENSA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, la cual anexo al presente escrito marcado con el No. 2, previo el agotamiento de las instancias o recursos administrativos de reconsideración y Jerárquico...”. (Mayúsculas y negrillas del original y subrayado de la Sala).

Asimismo, se observa que aun cuando la mencionada abogada señaló que acompañaba el acto administrativo impugnado y que este recurso se interpuso “previo el agotamiento de las instancias o recursos administrativos de reconsideración y jerárquico”, de la revisión del expediente se evidencia que solamente consignó el documento poder que acredita su representación como apoderada judicial, no así el acto que se impugna y tampoco los escritos contentivos de los recursos interpuestos y las decisiones respectivas, lo cual resulta indispensable para determinar a cuál tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa correspondería la competencia para conocer el recurso.

Sin embargo, esta Sala actuando como cúspide de la jurisdicción contenciosa administrativa y de acuerdo con los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva y a obtener con prontitud una decisión al asunto planteado, dispuestos en el artículo 26 de la Constitución

de la República Bolivariana de Venezuela, acepta la competencia para conocer del presente asunto y visto que el recurrente incumplió con la carga procesal de acompañar el acto que recurre, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, declara inadmisibles el recurso de nulidad interpuesto por el ciudadano Edgar Eduardo Galavit Avella. Así se decide.

TSJ-SPA (1871)**26-7-2006**

Ponencia Conjunta

Caso: Edgar Eduardo Galavit Avella vs. Comandancia General de la Guardia Nacional del Ministerio de la Defensa

La Sala Político administrativa del Tribunal Supremo de Justicia establece nuevo criterio competencial en relación a los asuntos relativos a las relaciones empleo público de los efectivos militares expresando que a los mismos les es aplicable la Ley del Estatuto de la Función Pública, (y por ende, la acción procedente para el conocimiento de dichas reclamaciones viene a ser el recurso contencioso administrativo funcional). Por lo cual la competencia corresponde a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos regionales, como tribunales funcionariales. El presente criterio se aplicará a partir del 1° de octubre del año en curso.

CPCA**28-9-2006**

Juez Ponente: Nguyen Torres López

Caso: Crisanto Antonio Pérez R. vs. Ministerio de la Defensa y el Gerente de Bienestar y Seguridad Social del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada

La Corte acuerda basándose en el nuevo criterio establecido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que no debe determinar su competencia para conocer del recurso -recurso contencioso funcional de un integrante de la Fuerza Armada Nacional- en base al autor de los actos administrativos recurridos, sino que sólo debe atender al rango o grado del militar recurrente.

Como primer punto, debe este Órgano Colegiado pronunciarse en relación a su competencia para conocer del presente recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con acción de amparo constitucional, y al efecto observa lo siguiente:

En primer término, de acuerdo al escrito de aclaratoria presentado por el recurrente, para dar cumplimiento a lo ordenado por este Órgano Jurisdiccional en el auto para mejor proveer dictado el 31 de julio de 2003, se observa entonces que en efecto, lo pretendido por la parte actora es obtener la anulación de los Oficios N° DS-5377 de fecha 7 de septiembre de 2001, emanado del ciudadano José Vicente Rangel, en su condición de Ministro de la Defensa, y el N° 320304-302 de fecha 12 de julio de 2002, emanado del Coronel (Ej) William Octavio Figueredo, en su condición de Gerente de Bienestar y Seguridad Social del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada, los cuales rielan en el expediente a los folios 43 y 42, respectivamente.

Asimismo, ha ratificado también el accionante que interpone conjuntamente con la nulidad solicitada, acción de amparo constitucional a los fines de que se restablezca la situación jurídica infringida, con motivo de la supuesta violación de los artículos 51, 83, 89 y 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ello así, considera esta Corte necesario referirse a la determinación del ámbito de competencias de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 2.271 del 24 de noviembre de 2004, caso: *Tecno Servicios Yes'Card, C.A.*, la cual señaló:

“...Así, 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:

(...*Omissis*...)

3.- De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los numerales 30 y 31 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal...” (Subrayado de esta Corte).

De esta forma, se atribuyó a las Cortes de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer de los recursos contencioso administrativos de nulidad interpuestos contra los actos administrativos de efectos particulares emanados de las autoridades administrativas diferentes a los órganos superiores de la Administración Pública Nacional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, tales como el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, los Ministros, los Viceministros, y los órganos superiores de consulta, esto es, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los Gabinetes Sectoriales, y los Gabinetes Ministeriales, correspondiéndole entonces en forma exclusiva a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la competencia para conocer de los recursos contencioso administrativos de nulidad que se interpongan contra actos dictados por las autoridades *supra* mencionadas. Ahora bien, cabe destacar que en reciente decisión dictada en ponencia conjunta por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, (*Vid.* Fecha 26 de julio de 2006, caso: *Edgar Eduardo Galavit Avella*).

...De manera pues, que atendiendo lo dispuesto por el fallo citado, esta Corte no debe determinar la competencia del presente recurso en base al autor de los actos administrativos recurridos, sino que sólo debe atender al rango o grado del militar recurrente. Ello así, visto que el grado que ostenta el recurrente es el de Maestro Técnico de Segunda, el cual se encuentra en la categoría de Sub-Oficial Profesional de Carrera, esta Corte declara su Incompetencia para conocer de la presente causa, y DECLINA su conocimiento a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a cuyos efectos se ordena remitir el expediente. Así se decide.

2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Legitimación Activa: Administración autora del acto (recurso de lesividad)*

TSJ-SPA (2060)

10-8-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Inspectoría General de Tribunales vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

La Sala Político Administrativa determina que en Venezuela no se utiliza el Recurso de Lesividad, (utilizado en otros sistemas) referido a que la Administración recurra de sus propios actos.

En primer lugar, es menester emitir pronunciamiento, a propósito del cuestionamiento hecho a la legitimación activa de la Inspectoría General de Tribunales en el presente procedimiento por parte de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, como también por parte del Ministerio Público, al interpretar que la actuación del órgano auxiliar se circunscribe a lo que ha sido denominado por la doctrina extranjera “recurso o acción de lesividad”.

Al respecto, es preciso señalar que ya esta Sala ha emitido opinión con relación al punto en discusión, afirmando la cualidad que le asiste al Inspector General de Tribunales para actuar legítimamente contra los actos emanados de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, que considere lesionan los intereses difusos o colectivos.

Si bien el artículo 23 del Decreto por el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público, otorga, de manera provisional, la competencia disciplinaria al órgano antes indicado, reforzado además este carácter, en la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, de fecha 15 de agosto de 2000, tal circunstancia no es óbice para legitimar al Inspector General de Tribunales, quien como titular del órgano auxiliar del ente decisor, como lo establece el artículo 28 del mismo decreto, y dada la condición de unidad autónoma del órgano que preside, por virtud del artículo 22 de la indicada Normativa que rige las funciones de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, cuenta no sólo con la facultad, en ejercicio de su potestad sancionatoria, sino también con la obligación de defender la transparencia de los procedimientos y decisiones administrativas dictadas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, dada la trascendencia que lleva implícita esta materia para la colectividad.

De otra parte, es menester destacar que si bien la actuación de la Inspectoría General de Tribunales podría dar lugar a una interpretación confusa que permitiera asimilarla al llamado recurso de lesividad, efectivamente utilizado en otros sistemas, mas no así en Venezuela, cuando se trata de que la Administración recurra de sus propios actos; resulta necesario aclarar que en todo caso no sería posible considerar la existencia de tal figura, como lo indicara en su escrito la representante del Ministerio Público, cuando señaló que la Inspectoría General de Tribunales constituye un órgano de jerarquía inferior a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

B. Medidas Cautelares

TSJ-SC (1590)

10-8-2006

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Telecomunicaciones Movilnet, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

La Sala Constitucional establece que el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, referido a las medidas cautelares en materia de telecomunicaciones, resulta plenamente compatible con los postulados constitucionales.

Verificada su competencia, se observa que la Sala Político-Administrativa estimó inconstitucional la previsión contenida en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, centrada en el siguiente argumento:

“[P]ermitir la suspensión de las Providencias Administrativas que se dicten en materia de Telecomunicaciones, cuando dicha actividad es considerada de interés general (tal como lo establece el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), podría contravenir derechos constitucionales fundamentales, tales como, el derecho a la defensa de los interesados que, en principio, pudieran haberse favorecido con la decisión administrativa y, además, la tutela judicial efectiva, que obliga a los jueces a administrar justicia de la forma más justa y respetando los principios de legalidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, cuya excepción sólo debe aplicarse cuando estén presentes los requisitos para que se otorgue una medida cautelar y, en consecuencia, se puedan suspender sus efectos”.

De tal razonamiento, se infiere que la Sala Político-Administrativa efectuó una ponderación entre la *suspensión de los efectos de la multa*, de un lado y, del otro, la supuesta vulneración del *derecho a la defensa* que la interrupción de su eficacia podría generar a aquellos favorecidos por la sanción pecuniaria impuesta, así como la contravención que ella implicaría a los *principios de legalidad y ejecutoriedad* de los actos administrativos; dando prevalencia a estos últimos elementos.

Pero además, el fallo consultado efectúa otro cuestionamiento implícito, pero que resulta fundamental para juzgar acerca de la conformidad constitucional de la norma delatada: la legislación en materia de telecomunicaciones difiere del resto del ordenamiento procesal en cuanto la regulación de las instituciones cautelares, al prescindir la tipificación de los clásicos requisitos de estas medidas, permitiendo su operatividad de manera *cuasi-automática*: con la simple petición expresa del reclamante. A su entender, *“[t]ales condiciones necesariamente deben desprenderse de los elementos que cursan en autos, a efectos de que el juez de la causa pueda apreciarlos, valorarlos y convencerse de la satisfacción de tales extremos para que, en consecuencia, acceda al otorgamiento de la protección cautelar”*. Esto es, según la postura de la consultada, sólo al juez compete verificar la satisfacción de tales exigencias, no al legislador.

En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, la doctrina de esta Sala ha sido conteste al subrayar la importancia de la potestad cautelar -en general- como uno de los contenidos fundamentales del derecho reconocido en el artículo 26 de la Constitución (SC N° 269/2000, caso: *ICAP*).

El sustrato teleológico de tales providencias, se resume con gran agudeza en la máxima conforme la cual *“la necesidad del proceso para obtener razón, no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón”*, que encontró amparo jurisprudencial en la sentencia N° 180, de 26 de junio de 1985, del Tribunal Constitucional Italiano, que declaró inconstitucional la previsión normativa que limitaba la tutela cautelar en el ámbito del contencioso administrativo a la sola suspensión de los efectos del acto impugnado (*vid.* SC N° 355/2000, caso: *Eduardo Manuitt*).

En el estadio constitucional actual, como herramientas del justiciable para procurar la ejecutabilidad de un posible fallo estimatorio a su pretensión, las medidas cautelares son comprendidas -sin lugar a dudas- como herramientas destinadas a hacer valer el postulado constitucional reconocido en el artículo 257 de la Carta Magna, según el cual el proceso es un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Desde esta visión, las providencias cautelares son, en palabras del Profesor CALAMANDREI, *Providencias Cautelares*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984, p. 45), *“el instrumento del instrumento”*.

Por ello la Sala -en no pocas oportunidades- ha dejado perfectamente claro que la tutela en sede cautelar no es potestativa del juez sino que, por el contrario, constituye un deber ineludible procurarla (véanse, entre otras, sentencias N° 1832/2004, caso: *Bernardo Weininger*; 3097/2004, caso: *Eduardo Parilli Wilhem*; 269/2005, caso: *Defensoría del Pueblo*; 270/2005, caso: *B.P. Oil Venezuela Ltd.* y 4335/2005, caso: *Wilmer Peña Rosales*).

A modo de repaso, baste traer a colación la doctrina vertida en una reciente decisión:

“Al Poder Judicial se le otorgan constitucionalmente garantías (la autonomía es una de ellas), pero a la vez el Poder Judicial queda sujeto a una serie de deberes que son el correlativo de los derechos de los justiciables. Sin vacilación, la Sala afirma que el principal derecho de los justiciables es el de la tutela judicial efectiva. De allí, la razón por la que se trata de un derecho de contenido tan amplio como diverso [...].

No es necesario insistir en su amplitud y precisar las muchas manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, entre las cuales se encuentran, claro está, los tres derechos que la parte actora considera lesionados. Lo que sí es pertinente destacar es que el derecho a la tutela judicial efectiva implica el reconocimiento a los jueces de poderes para la protección cautelar y para la ejecución de sus sentencias.

Efectivamente, el poder cautelar de los jueces se erige como auténtico deber en caso de que el peticionante en el proceso alegue y demuestre que se dan las circunstancias necesarias para obtener una protección anticipada. De esta manera, para la parte en el proceso el otorgamiento de medidas cautelares es un derecho y para el juez, un deber. Esta Sala lo ha reconocido así en numerosas ocasiones y, con base en ello, ha concedido la tutela solicitada en cuanta ocasión lo ha estimado procedente, en cumplimiento de su misión constitucional” (SC N° 960/2006, caso: ICAP II).

Si bien la potestad cautelar se reconoce como una garantía fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, su otorgamiento se encuentra vinculado a la satisfacción de determinadas exigencias tendentes a evitar que quien la solicite, se procure una ventaja inmerecida - en perjuicio de su contraparte- valiéndose del proceso con un objeto ajeno a la prosecución de la justicia.

La existencia de tales presupuestos de procedencia de la medidas cautelares (*fumus boni iuris, periculum in mora* y, en el caso del Derecho Público, la ponderación de los intereses en conflicto) antes que deducirse de su previsión en una determinada disposición normativa, son una derivación lógica de la propia figura de las cautelas. Ya se dijo que ellas atienden a la necesidad de preservar la eficacia de un eventual fallo favorable a la pretensión y, como consecuencia, es razonable que para obtener esa protección adelantada se exija a su reclamante la demostración inicial del buen derecho que le asiste, del peligro que corre su situación jurídica en el tiempo que discurrirá el proceso y la mínima afectación al interés general que supondría la adopción de la tutela provisional.

Generalmente, en nuestro sistema procesal el Legislador ha optado por conferirle al juez la comprobación de tales extremos, de modo que las cautelas operan a través de una sentencia que efectúa tal verificación. Sin embargo, nada obsta a que sea la propia ley la que confiera la protección cautelar en determinados supuestos, como podría ser la suspensión automática de los efectos del acto impugnado, la cual -por cierto- no resulta ajena a las más modernas tendencias del contencioso administrativo, encontrando una amplia acogida en el Derecho Comparado.

En estos casos, debe entenderse que el legislador -en ejercicio de su discrecionalidad- juzgó acerca de la razonabilidad de la protección cautelar y por ello, en determinados casos y por la propia fuerza de la ley, existen materias en las que los señalados requisitos de procedencia de la medidas de protección provisional son consustanciales a la pretensión que habrá de ser planteada.

Por ejemplo, en materia de amparo constitucional, la existencia de una situación jurídico-constitucional (un derecho fundamental) amenazada o lesionada y la urgencia en el restablecimiento del pleno goce de la misma, se corresponden enteramente con las nociones de presunción de buen derecho y peligro en la demora presentes en las instituciones cautelares.

En reconocimiento de ello, la doctrina de esta Sala Constitucional dispuso que -en esta clase de procesos- la protección provisoria sólo está condicionada a la sana crítica del juez, pues los otros elementos ya están presentes (*vid.* SC N° 156/2000, caso: *Corporación L'Hotels*).

El artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dispone lo siguiente:

“La interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderá su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso.

Sin perjuicio de lo anterior la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá hacer uso de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales”.

De la lectura de la primera parte de dicha norma, se observa con claridad que la suspensión de efectos en ella prevista opera sólo respecto de las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de entre el amplio espectro de sanciones contemplado en dicha normativa, siempre y cuando medie petición expresa en ese sentido por parte del administrado al acudir a la sede contencioso-administrativa. Es decir, la norma en cuestión circunscribe el objeto de tal cautela “cuasi-automática” al contenido pecuniario de la resolución administrativa sancionatoria dictada por el ente regulador de las telecomunicaciones.

La segunda parte de la norma, por contrapartida, deja a salvo la potestad de la mencionada Comisión para “hacer uso” de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales. En este punto, es preciso efectuar un análisis mayor y, con miras a ello, es menester observar que el procedimiento ejecutivo especial al que remite la norma, se encuentra regulado en la ley adjetiva civil en los siguientes términos:

“CAPÍTULO III

De la ejecución de créditos fiscales

Artículo 653. Salvo lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario, la ejecución de créditos fiscales se solicitará ante los Tribunales civiles competentes según la cuantía de conformidad con las disposiciones del presente Capítulo.

Artículo 654. Con la demanda se presentará la liquidación del crédito o el instrumento que lo justifique; y si dicha liquidación o instrumento tuvieren fuerza ejecutiva, se acordará en el mismo día la intimación del deudor para que pague dentro de tres días apercibido de ejecución.

A los fines de acordar la intimación del demandado, el Juez comprobará cuidadosamente los siguientes extremos:

1° Si la planilla de liquidación del crédito fiscal demandado o el instrumento que lo justifique cumple los requisitos legales correspondientes.

2° Si el crédito fiscal demandado es líquido y de plazo vencido.

Artículo 655. Si dentro del cuarto día no acreditare el demandado haber cumplido con aquella orden, se procederá como en el caso de ejecución de sentencia.

Artículo 656. Dentro de los ocho días siguientes a aquél en que se lleve a efecto la intimación, más el término de la distancia que corresponda, el demandado podrá hacer oposición al pago que se le haya intimado, sólo por los motivos siguientes:

1° El pago del crédito fiscal que se le haya intimado, a cuyo efecto consignará con su escrito de oposición el documento que lo compruebe.

2º La pendencia de un recurso administrativo o contencioso administrativo en el cual se haya decretado la suspensión previa de los efectos del acto recurrido cuando aquél se relacione con la procedencia o monto del crédito fiscal cuya ejecución se solicita.

3º La prescripción del crédito fiscal demandado.

Artículo 657. *Hecha la oposición, se abrirá la causa a pruebas y se seguirá en lo adelante por los trámites del procedimiento ordinario.*

La oposición formulada de conformidad con el artículo 656, suspenderá la ejecución, si el demandado constituye caución o garantía de las previstas en el artículo 590 para responder de las resultas del juicio, por la cantidad que fije el Tribunal.

Parágrafo Único: Si junto con los motivos en que se funde la oposición el demandado alegare cuestiones previas de las indicadas en el artículo 346 de este Código, se entenderá abierta también una articulación probatoria de ocho días para promover y evacuar pruebas, sin necesidad de decreto o providencia del Juez, y el Tribunal decidirá dentro de los diez días siguientes al vencimiento de la articulación, sin perjuicio de que antes del fallo, la parte pueda subsanar los defectos u omisiones invocadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 350. En estos casos, no se causarán costas para la parte que subsana el defecto u omisión. La sentencia que se dicte en la articulación no tendrá apelación, sino en el caso de la incompetencia declarada con lugar, caso en el cual la parte podrá promover la regulación de la competencia, conforme al artículo 69 y en los casos de las cuestiones previas previstas en los ordinales 9º, 10º y 11º del artículo 346. En ambos casos, las costas se regularán como se indica en el Título VI del Libro Primero de este Código. Los efectos de las cuestiones previas declaradas con lugar en la sentencia de la articulación definitivamente firme, serán los indicados en los artículos 353, 354, 355 y 356, según los casos.

Artículo 658. *En caso de oposición, la sentencia definitiva que la resuelva será apelable para ante el Superior que corresponda.*

Artículo 659. *Si la oposición resultare procedente por el motivo previsto en el ordinal 2º del artículo 656, se paralizará el juicio hasta que se dicte la sentencia en el Recurso Contencioso Administrativo en el cual se han suspendido los efectos del acto recurrido.*

En los demás casos en que la oposición resultare procedente, se dará por terminado el procedimiento de ejecución y se levantará la caución o garantía que se hubiere constituido de conformidad con el artículo 657 y el Tribunal impondrá las costas del procedimiento, conjunta y solidariamente, a la entidad demandante y a los funcionarios fiscales que hubieren ordenado la ejecución del crédito desestimado en la sentencia. Las costas por concepto de honorarios profesionales no excederán en ningún caso del diez por ciento del monto de la demanda” (Subrayado de este fallo).

Del marco normativo estudiado, puede criticarse que la remisión que a él hace el único aparte del artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, no resulta del todo feliz. En efecto, de las normas que regulan el procedimiento ejecutivo especial al que se refirió escuetamente el Legislador en la norma delatada, se encuentra que dentro de él no se prevén cautelas específicas y que la más cercana mención acerca de este tema, aparece únicamente en el transcrito artículo 657 de la ley referida adjetiva, que -a su vez- remite a este respecto al artículo 590 del mismo código, según el cual:

“Artículo 590. Podrá también el Juez decretar el embargo de bienes muebles o la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, sin estar llenos los extremos de ley, cuando se ofrezca y constituya caución o garantías suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que ésta pudiera ocasionarle.

Para los fines de esta disposición sólo se admitirán:

1º Fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia.

2° Hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en los autos.

3° Prenda sobre bienes o valores.

4° La consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el Juez.

En el primer caso de este artículo, cuando se trate de establecimientos mercantiles, el Juez requerirá la consignación en autos del último balance certificado por contador público, de la última declaración presentada al Impuesto sobre la Renta, y del correspondiente Certificado de Solvencia”.

No obstante la escasa claridad con la que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones trató el punto, puede deducirse de su artículo 205 la intención de resguardar objetivamente el interés de la Administración actuante, con miras a impedir que la insolvencia del administrado sobrevenida en el juicio, impida a aquélla satisfacer el crédito que tiene en su contra, en caso de ser desechada la pretensión de nulidad del acto impugnado en sede contencioso-administrativa.

Entonces, la lectura que debe darse a la norma en su conjunto, implica reconocer que -ciertamente- el administrado cuenta con la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos de la multa impuesta en su contra, en cuyo caso el juez está obligado a otorgarla. Pero también, el ente regulador puede solicitar al juez, como contra-cautela de la suspensión operada, que exija al administrado caución o garantía suficiente de las previstas en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil.

A modo de conclusión, recuérdese que la eficacia de la medida administrativa adoptada en el marco del procedimiento correspondiente, no se ve menoscabada en modo alguno, pues la suspensión acordada sólo implicaría la inexigibilidad de la multa. Ello supone que si bien el estudiado artículo 205 amplía la protección cautelar del sujeto regulado, al mismo tiempo preserva el interés público tutelado por la Administración, lo que sirve de base para comprobar la razonabilidad de la norma delatada y desechar los argumentos de inconstitucionalidad efectuados en su contra.

Aunado a tal planteamiento, debe subrayarse que no puede desconocerse que al justificable lo ampara la presunción de inocencia y, por ello, no resulta fuera de lugar que el propio Legislador haya previsto un mecanismo que sirve de contrapeso al ejercicio de la delicada potestad sancionatoria por parte de la Administración, respecto de la cual -debe acotarse- no nacen derechos respecto de terceros, por lo que mal podría estimarse que la suspensión de la multa podría perjudicar en forma alguna los intereses de éstos y -menos aún- su derecho a la defensa.

Por los argumentos expuestos, esta Sala Constitucional estima que el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones resulta plenamente compatible con los postulados constitucionales que han sido abordados en este fallo. Así se declara.

El examen efectuado hasta el momento arroja con claridad la conformidad constitucional de la norma desaplicada por la Sala Político-Administrativa. El asunto tuvo su origen, entonces, en un inadecuado ejercicio de la potestad de control difuso que detentan todos los órganos jurisdiccionales y, por tanto, amerita que se impongan los correctivos necesarios, sin que ello suponga que la Sala esté interfiriendo en el análisis de mérito que corresponde realizar a la Sala Político-Administrativa dentro del juicio en el que tuvo lugar la sentencia acá estudiada (*cfr.* SC N° 731/2006, caso: *Marlene Robles* y SC N° 990/2006, caso: *Telcel, C.A.*).

Por el contrario, dicho órgano jurisdiccional conserva su plena potestad de juzgamiento en torno a la causa particular sometida a su estudio, no obstante que –indefectiblemente– en atención a la doctrina que recoge este fallo, deba proceder a sentenciar nuevamente en relación con la petición cautelar planteada en aquella causa. Así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

...gistrado que suscribe disiente de la mayoría respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

En primer lugar, debe señalar quien discrepa que comparte la conclusión de la decisión en cuestión en cuanto a la correcta interpretación que debe darse a la norma que la Sala Político-Administrativa desaplicó, en cuanto a que sí es factible para el legislador el establecimiento de supuestos en que el otorgamiento de medidas cautelares sea *ope legis*, especialmente cuando se trata de la protección del derecho constitucional a la presunción de inocencia. También se comparte la conclusión a la que se llega respecto del segundo párrafo del artículo salvo porque no se precisa a cuál juez podrá pedir CONATEL la contra-cautela (El contencioso administrativo o el civil, en el marco del procedimiento de cobro de créditos fiscales).

En criterio del disidente, ese juez debe ser el contencioso administrativo para evitar el decurso, en paralelo, del proceso judicial de cobro de créditos fiscales por parte del ente administrativo y del contencioso administrativo a instancias del particular interesado; esa parece ser la intención del legislador especial ya que, de lo contrario, la norma sería inútil frente a las muy claras disposiciones del Código de Procedimiento Civil (Artículos 653 y ss., especialmente el 657), según las cuales la pendencia de un procedimiento administrativo o contencioso administrativo de impugnación de un crédito fiscal en el que se hubieren suspendido los efectos del acto que lo contenga, es una causal de oposición en el proceso de cobro de créditos fiscales –cuya interposición corresponde al titular del crédito– que sólo impide dicho cobro, además, si se ofrece caución o garantía en los términos del artículo 590 del mismo código.

Sin embargo, tal pronunciamiento no corresponde en estos casos, porque es propio del control difuso el análisis sólo de la norma a ser desaplicada en el caso concreto y no de la totalidad de la disposición normativa (artículo) que la contenga. En el asunto de autos, el juzgamiento de la Sala Político-Administrativa se limitó a la primera de las normas que contiene el artículo 205 de la Ley de Telecomunicaciones, en cuanto ordena la suspensión *ope legis* de los efectos de las multa por efecto, a solicitud de parte, de la interposición del recurso contencioso administrativo en su contra.

En este sentido, sólo era pertinente el análisis acerca de la constitucionalidad del dispositivo –que contiene el artículo 205 de la Ley de Telecomunicaciones– que se refiere a la suspensión de efectos, ya que la Sala Político-Administrativa nada dijo acerca de la otra norma que está contenida en el artículo en cuestión en cuanto a la contra-cautela.

El examen abstracto de constitucionalidad que se hace de la norma supuestamente inconstitucional en ejercicio del control difuso, se hace en cuanto es aplicable al problema jurídico concreto, con independencia, eso sí, de los intereses subjetivos involucrados. Es por ello que el análisis acerca del segundo párrafo del artículo 205 de la Ley de Telecomunicaciones es impertinente porque, cuando ejerció el control difuso objeto de examen, la Sala Político-Administrativa para nada se refirió a él y, se insiste, es propio del control difuso el control de constitucionalidad de las distintas normas que estén contenidas en los artículos –varias de las cuales pueden no ser explícitas sino derivarse de ellos a través de distintas técnicas de argumentación, *p.e.*, por argumento a contrario o a *fortiori*– más que de éstos por

sí mismos, de modo que una norma que derive de un determinado artículo, o de determinada interpretación que se haga de él o de parte del mismo, podría ser declarada inconstitucional con independencia del resto de la disposición en general, tal como lo declaró recientemente la Sala en el caso de la Ley de la Violencia contra la Mujer (s.S.C. N° de 06).

Para mayor claridad de la idea que se ha expuesto, resulta pertinente el siguiente ejemplo: si se intentase una acción popular contra una norma que prohibiere los matrimonios interraciales, sería irrelevante quién fuera la parte actora o si, en efecto, algún matrimonio interracial ha sido impedido o anulado; en cambio, para un juez cualquiera sería imposible plantearse la necesidad de desaplicación de una norma de tal tenor si no se encontrase en la circunstancia, en un caso concreto, de desaplicarla para no impedir o no anular el matrimonio interracial que se hubiere realizado o que quisiese realizarse, lo cual implicaría, por supuesto, que de hecho hubiera dos personas de distinta raza como contrayentes. No podría el juez, con ocasión de la solución de un asunto relativo a un matrimonio entre personas de la misma raza, plantear, además, que si los contrayentes, en ese caso concreto, no fueran de la misma raza, él desaplicaría aquella norma por su evidente inconstitucionalidad.

Por ello, resulta inmanente al control difuso el conocimiento del asunto concreto -aunque no su resolución- para ver si en él se justifica o no la desaplicación, de modo que, aunque se trate de un análisis abstracto, ese análisis debe hacerse, en el marco del caso concreto.

En armonía con los criterios precedentes, se discrepa del dispositivo que declaró la constitucionalidad del artículo 205 de la Ley de Telecomunicaciones, ya que lo que corresponde en este tipo de fallos es la declaración de que la norma que fue desaplicada no es inconstitucional por el motivo que la Sala Político-Administrativa señaló, pero no es pertinente una declaratoria general de constitucionalidad de la misma, ya que, otras reglas que podrían derivarse de ese mismo artículo (*p.e.*, la que contiene el segundo párrafo) podrían ser inconstitucionales o, incluso, la que ya fue objeto de análisis, pero por un motivo distinto al que fijó el asunto de autos (Posibilidad o no para el legislador de otorgar directamente, en ciertas condiciones, una medida cautelar).

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

C. *Sentencia: Experticia Complementaria del fallo*

CPCA

28-9-2006

Juez Ponente: Aymara Vilchez

Caso: Auxiliadora del Carmen Pérez vs. Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda.

No procede la solicitud de “actualización de la experticia complementaria del fallo” toda vez que tal posibilidad no está contemplada en el ordenamiento jurídico venezolano.

Ahora bien, observa esta Corte que consta a los folios cuatrocientos ocho (408) y cuatrocientos nueve (409), recaudos consignados por la apoderada judicial del Ente querellado, contenido del Oficio N° 0036 emanado de la ciudadana María Teresa Seijas, en su carácter de Directora de Personal del Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda, dirigido a la ciudadana Auxiliadora del Carmen Pérez, de fecha 11 de enero de 2001, por medio del cual se le notificó que sería reincorporada a sus labores habituales a partir de esa fecha, con el cargo de Agente; notificación que se le hacía, dando cumplimiento a lo ordenado en la sentencia dictada por el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital.

Asimismo, presentó un cartel de notificación publicado en el Diario “Últimas Noticias”, de fecha 24 de noviembre de 2000, emanado del Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda, por medio del cual se le notificaba que debía comparecer por ante la Oficina de la Dirección de Personal, ubicada en la Avenida Bicentenario, sede de la Comandancia de Los Teques, a las 10:00 a.m, del primer día hábil siguiente a la fecha que según la ley se entienda notificada del contenido del referido cartel, a fin de participarle que debería reincorporarse a sus labores, advirtiéndosele que transcurridos quince (15) días hábiles después de la fecha de la publicación del referido cartel, se entendería notificada.

En tal sentido, es deber de esta Corte aclarar que la información relacionada con la fecha exacta de la reincorporación de la recurrente, era necesaria a los fines de determinar si la experticia complementaria del fallo había sido realizada correctamente, toda vez que en el expediente no constaba documento alguno a través del cual se corroborara que la reincorporación se había efectuado el 11 de enero de 2001.

Dicho lo anterior, corresponde a esta Corte pronunciarse acerca de la solicitud de “actualización de la experticia complementaria del fallo” efectuada en fecha 2 de marzo de 2005, por el abogado José Gaspar Cottoni, apoderado judicial de la ciudadana Auxiliadora del Carmen Pérez y, al respecto observa que el Código de Procedimiento Civil, no prevé que la experticia complementaria de fallo pueda actualizarse; de allí que si ésta se realizó conforme a la ley y las partes no hicieron objeción alguna, la experticia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 249 *eiusdem*, se tendrá como complemento de la sentencia.

De manera que, resulta forzoso para esta Corte negar la solicitud de “actualización de la experticia complementaria del fallo”, realizada por la representación judicial de la recurrente, toda vez que tal posibilidad no está contemplada en el ordenamiento jurídico venezolano. En consecuencia, se ordena remitir el expediente al Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, a los fines que se proceda a la ejecución de la sentencia dictada en fecha 30 de junio de 1999. Así se decide.

3. *El Contencioso Administrativo de Interpretación*

TSJ-SPA (2143)

28-9-2006

Magistrado Ponente: Emiro Garcia Rosas

Caso: Rafael Véliz Fernández (Interpretación sobre el sentido y alcance de los artículos 2 y 7 de la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios).

La Sala Político Administrativa determina que no es posible aplicar por analogía a los recursos de interpretación la sanción de declaratoria de desistimiento por ausencia de retiro y publicación del cartel dentro del lapso de treinta (30) días consecutivos establecido por esta Sala para los recursos contencioso administrativo de nulidad por aplicación supletoria del ordinal 1º del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil.

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre el desistimiento planteado por los representantes de la Contraloría General de la República y, al efecto, se observa que el emplazamiento a los terceros interesados en los juicios que se tramiten ante el Máximo Tribunal de la República, está regulado por el aparte undécimo del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que dispone:

*“Artículo 21.- “(...) 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.**” (Negrillas de la Sala).*

De la norma parcialmente transcrita se desprende, que el legislador previó la figura del desistimiento tácito, para aquellos casos en que el recurrente no consignara en autos, dentro del lapso de tres (3) días de despacho siguientes a la publicación (según decisión N° 4920, de fecha 14 de julio de 2005), un ejemplar del periódico donde apareciera el cartel de emplazamiento a los terceros interesados.

De la precitada norma también se deriva que el legislador omitió establecer el lapso para retirar dicho cartel, así como también la consecuencia jurídica que traería su falta de retiro una vez librado.

Este punto ha sido resuelto mediante ponencia conjunta de la Sala en sentencia N° 5481 del 11 de agosto de 2005, oportunidad en la cual se estableció lo siguiente:

“(...) Ahora bien, de la lectura de la norma contenida en el referido artículo 21 aparte undécimo -parte in fine- de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, constató la Sala que el legislador se limitó a establecer el lapso correspondiente para “consignar” la publicación en prensa del cartel de emplazamiento, esto es tres (3) días (de despacho), sin precisar el lapso para que la parte actora cumpla con las otras obligaciones inherentes a dicha formalidad, cuales son, su retiro y efectiva publicación, determinación que resulta de particular importancia, pues al no especificarse la oportunidad para que se verifiquen tales exigencias, el proceso queda en suspenso a espera del cumplimiento por parte del recurrente del retiro y publicación del cartel de emplazamiento, lo que podría perjudicar ostensiblemente los derechos de los terceros que se vean afectados por el acto cuya nulidad se solicite en el recurso contencioso administrativo de anulación, además de contravenir el principio de celeridad procesal y seguridad jurídica, cuya estricta observancia contribuye a ejecutar la obligación de este Máximo Tribunal de ser garante de la justicia y la tutela judicial efectiva.

Por tal razón, esta Sala, actuando como ente rector de la jurisdicción contencioso-administrativa, a fin de garantizar que el proceso contencioso administrativo se lleve a cabo de una forma expedita, clara y sin obstáculos innecesarios, en el cual se asegure el derecho a la defensa y debido proceso (artículo 49 del texto fundamental) de todos los administrados, así como el acceso a la justicia, y siendo que el Juez como director del proceso debe procurar la estabilidad de los juicios, considera la Sala en esta oportunidad, que se debe aplicar supletoriamente, por mandato del primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el lapso de treinta (30) días continuos previstos en el artículo 267 ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil que establece la figura de la perención breve, para que en los recursos contencioso administrativos de anulación, se cumpla con la obligación de retirar y publicar el cartel de emplazamiento al que se refiere el aparte undécimo del artículo 21 de la Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal.

En efecto, dicho lapso de treinta (30) días comenzará a contarse a partir de la fecha en que sea expedido el cartel de emplazamiento, y será dentro del mismo que el recurrente deberá retirar y publicar el ejemplar del periódico donde fue publicado el referido cartel, contando luego con tres (3) días de despacho siguientes a dicha publicación para su consignación en autos; de manera que cuando el recurrente no cumpla con la carga procesal aquí descrita procederá la declaratoria de desistimiento, la cual se verifica como una sanción para la parte actora en virtud de su inactividad en el procedimiento. Así se declara. (...) (Negritillas de la Sala).

El criterio anteriormente expuesto ha sido reiterado por esta Sala desde entonces.

De conformidad con el fallo citado, en los recursos contencioso administrativos de anulación, el lapso para retirar el cartel de emplazamiento será de treinta (30) días continuos a partir de la fecha de su expedición, conforme a lo previsto en el ordinal 1º del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable en forma supletoria a los procedimientos contenciosos administrativos de anulación, por remisión expresa que hace el primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Asimismo, en la referida sentencia esta Sala estableció, que cuando el recurrente incumpla con la carga procesal de retirar el cartel en el tiempo señalado, se declarará el desistimiento del recurso, el cual viene a ser la consecuencia jurídica del incumplimiento de las obligaciones que éste tiene a su cargo.

En el caso de autos, no estamos frente a un recurso contencioso administrativo de nulidad, sino frente a un recurso de interpretación sobre el alcance y sentido de dos normas legales, como lo son los artículos 2 y 7 de la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios, interpuesto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 335 constitucional y numeral 51 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Constata la Sala que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no estableció procedimiento alguno para tramitar este tipo de recursos, frente a cuya situación este Máximo Tribunal ha señalado un procedimiento para los recursos de interpretación en aplicación de lo dispuesto en el aparte 1 del artículo 19 *eiusdem*, que prevé:

Artículo 19. “(...) en los procedimientos que cursen ante el Tribunal Supremo de Justicia (...) cuando en el ordenamiento jurídico no se contemple un procedimiento especial a seguir, se podrá aplicar el que juzgue mas conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga su fundamento jurídico legal (...)” (Negritillas de la Sala).

En el caso de autos, conforme a la norma parcialmente transcrita, esta Sala decidió que a los fines de garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso así como el derecho a una tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 49 y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debía establecer un procedimiento para sustanciar el recurso de interpretación.

Así, luego de verificar que el asunto debatido en la presente causa es de mero derecho, acordó que ésta fuese tramitada como tal. En consecuencia, ordenó la publicación de un cartel de emplazamiento, dentro de los diez (10) días siguientes a que constase en autos la última de las notificaciones, con el objeto de que los interesados manifestaran, dentro de los treinta (30) días continuos a su publicación, lo que estimasen conveniente en torno al asunto debatido. Igualmente y con el mismo propósito ordenó la notificación del Ministerio Público, de la Procuraduría General de la República, Defensoría del Pueblo y Contraloría General de la República.

Previendo además que una vez cumplido el trámite anterior, el expediente fuese remitido nuevamente a esta Sala a los fines de la realización de un acto de informes oral, en el que tanto el recurrente como los interesados pudieran exponer los alegatos que considerasen pertinentes sobre el recurso de interpretación solicitado, y que cumplido lo anterior, los autos fuesen pasados al Magistrado ponente a los fines de la decisión correspondiente.

Como puede observarse, dentro del procedimiento señalado no fue prevista sanción alguna para el recurrente por el incumplimiento de su obligación de retirar y publicar el cartel de emplazamiento, no pudiendo esta Sala, en aras de resguardar la seguridad jurídica, los derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva, cambiar ahora los plazos dados al actor.

Asimismo se observa, que en todo caso, la petición de los apoderados de la Contraloría General de la República implica una sanción al recurrente por el incumplimiento de las cargas procesales que le corresponden; sin embargo, esta Sala advierte que no puede aplicar por analogía el criterio jurisprudencial establecido en materia de cartel de emplazamiento de los recursos contencioso administrativos de anulación, por cuanto en materia sancionatoria, como consecuencia del principio de legalidad, no procede la analogía, siendo por tanto las normas en esta materia de aplicación restrictiva.

Sobre el particular se ha pronunciado la Sala en ocasiones anteriores, para indicar:

“(...) Ahora bien, considera esta Sala que el desistimiento tácito, es un medio extraordinario de terminación del proceso de los juicios de nulidad contra los actos de efectos particulares, consecuencia de la inobservancia por parte del recurrente de las cargas procesales derivadas de su acción.

Inobservancia que el legislador ha entendido, en virtud de los intereses individuales involucrados en el juicio, como el abandono por parte del legitimado activo del recurso incoado, disponiendo expresamente la extinción del proceso.

Asimismo, entiende esta Sala que la aplicación de este medio de extinción del proceso debe ser de interpretación restrictiva, pues se trata de disposiciones adjetivas que establecen cargas procesales con sanciones a la parte.

*Por lo tanto, resulta forzoso concluir que el desistimiento tácito constituye una institución procesal exclusiva de los recursos de nulidad contra los actos de efectos particulares, lo que constriñe a esta Sala a interpretarla restringidamente, todo lo cual conduce a declarar improcedente la solicitud de desistimiento formulada por la representante de la Fiscalía General de la República y así se declara. (...)” (Negrillas de la Sala) (Sentencia de esta Sala N° 01006, de fecha 30 de julio de 2002. Caso: *Automercado La Tía, C.A. vs. Ministerio del Trabajo*).*

Con fundamento en las consideraciones que anteceden este Alto Tribunal estima que no es dable aplicar por analogía a los recursos de interpretación la sanción de declaratoria de desistimiento por ausencia de retiro y publicación del cartel dentro del lapso de treinta (30) días continuos establecido por esta Sala para los recursos contencioso administrativos de nulidad, por aplicación supletoria del ordinal 1° del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil.

Así se declara.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. Acción de Inconstitucionalidad

A. Ejercicio conjunto con la acción de amparo: Inaplicación de una norma como medida cautelar

TSJ-SC (1381)

11-7-2006

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasqueño López

Caso: Impugnación del artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

La Sala Constitucional desestima la suspensión de efectos de la norma contenida en el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que establece la obligación para los operadores del sector de las telecomunicaciones de transmitir mensajes y alocuciones de la Administración Pública Nacional.

Corresponde ahora pronunciarse sobre el amparo cautelar requerido, a cuyo efecto se observa que el fundamento jurídico de la interposición conjunta de ambas acciones, se encuentra en el primer aparte del artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 3.- “También es procedente la acción de amparo, cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colida con la Constitución.

En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar la inaplicación de la norma impugnada y el Juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión.

La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad” (Subrayado de este fallo).

Respecto de tal modalidad de amparo, de eminente carácter cautelar (pues los efectos de tal mandamiento son provisorios, mientras se sustancia la causa principal), la Sala ha sostenido que la misma procede contra el acto de aplicación de la norma y no contra ella misma (dado su carácter general y abstracto, y a menos que se trate de una ‘norma autoaplicativa’), por lo que está dirigida a enervar los efectos lesivos de la individualización de la norma impugnada en una situación jurídica constitucionalmente tutelada al afectado. El objeto de tal cautela, pues, se ciñe a preservar esa esfera constitucionalmente protegida, del daño que deriva la aplicación de la norma impugnada a quien pretende erigirse como agraviado (Vid. Sentencia de la Sala N° 2.304 del 28 de septiembre de 2004, caso: “*Distribuidora Moros Moros, C.A.*”).

Sobre el ámbito de protección del mandamiento de amparo constitucional otorgado con fundamento en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala ha establecido con anterioridad que las normas son incapaces *per se* de vulnerar directamente situaciones jurídicas concretas, incluso como simple amenaza, por cuanto no sería, en principio, una amenaza inminente y no sería realizable por el imputado, puesto que el legislador no tiene a su cargo la ejecución de la norma que dicta (al menos no a través del mismo órgano, en el caso de la Administración).

Así, para que proceda la acción es necesario que el acto aplicativo de la norma lesione derechos o garantías constitucionales, sin que exista otro medio judicial lo suficientemente efectivo como para restablecer en forma eficaz la situación jurídica infringida y que, específicamente, en cuanto a la lesión constitucional, ésta debe ser actual, reparable y no consentida, entendiéndose por actualidad la posibilidad de ser tutelable el derecho alegado como infringido mediante el amparo (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 2.181 del 12 de agosto de 2003, caso: “*Andrés José Verde González*”).

De allí que, para la procedencia de la pretensión de amparo constitucional, el juez realizará un examen preliminar de presunción de adecuación del acto normativo a los preceptos constitucionales y ponderará la inaplicación de la norma al caso concreto, lo cual dependerá - como se expresó *supra*- de la presencia o inminencia de un acto de aplicación o ejecución de la norma y, si fuera el caso, decidirá lo conducente para el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

En tal sentido, los recurrentes solicitan cautelarmente que esta Sala decrete mandamiento de amparo, sobre la base de la supuesta lesión contra la libertad de expresión dispuesta en el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que estaría ocurriendo a causa del ejercicio presuntamente indiscriminado de la imposición de información por parte del Ejecutivo Nacional, conforme a la norma impugnada.

Al respecto, se observa de manera preeliminar, que la sola promulgación de la norma recurrida ha implicado una obligatoriedad efectiva y actual para los operadores del sector de las telecomunicaciones de transmitir mensajes y alocuciones de la Administración Pública Nacional, por lo que en tal virtud, estima la Sala que, la aplicación de la norma ha prescindido de un acto formal posterior que desarrolle sus efectos, lo cual evidencia el carácter auto-aplicativo del artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la consecuente susceptibilidad de ser objeto de un pronunciamiento de amparo cautelar.

Asimismo se observa, que la pretensión cautelar bajo análisis, no se encuentra incurso bajo ninguna causal de inadmisibilidad, razón por la cual, se pasa a proveer sobre la misma y al respecto, el artículo 57 de Texto Fundamental establece el derecho que tiene toda persona a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante otra forma de expresión, para lo que el constituyente previó que pudieran ser utilizados los diversos medios de comunicación y difusión existentes, lo cual comprende aquéllos que la fuerza creadora del hombre vaya incorporando como producto de su ingenio. De este modo, la libertad de expresión y pensamiento, es una situación jurídica activa o de poder, que vista desde la perspectiva positiva, faculta a los sujetos de derecho a que se manifiesten libremente, mientras no se incurra en las circunstancias excepcionales, que el propio Texto Fundamental dispone como límites a su ejercicio.

Es decir, que este derecho no tiene carácter absoluto, pues su desarrollo tiene como límites el respeto de ciertos valores y principios constitucionales, con lo cual, si bien la libertad de expresión no puede estar sujeta a censura previa (ni directa ni indirecta), hay materias donde, tal como señaló esta Sala en decisión del 12 de junio de 2001 (caso Elías Santana), a pesar de dicha prohibición, puede impedirse la difusión de ideas, conceptos, etc., si ocurre una infracción de la citada norma Constitucional.

La decisión comentada señaló, que el artículo 57 del Texto Fundamental no sólo reconoce el signo individual del derecho a la libertad de expresión, sino que también incorpora con plena carta de naturaleza su aspecto social, con el cual debe conjugarse y formar un todo armónico, que no admite fractura entre el individuo y su posición frente al conglomerado social, pues ciertos derechos individuales requieren de un marco social o económico para su desarrollo.

La referida dimensión objetiva e institucional de los derechos fundamentales, permite deducir la vertiente negativa del derecho *in commento*, según la cual la situación de libertad, en modo alguno se opone al principio regulatorio a que se refiere el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como uno de los aspectos esenciales del Estado social de derecho.

Así, valores esenciales como libertad y regulación económica, se encuentran en la base del sistema político instaurado, sin que ninguno pueda erigirse como un valor absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga. Antes bien, se impone la máxima del equilibrio según la cual, los valores están llamados a convivir armoniosamente, mediante la producción de mutuas concesiones y ello implica, que las exigencias de cada uno de ellos, no sean asumidas con carácter rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.

De este modo, las colisiones o conflictos entre valores o derechos, que lleva inherente el carácter flexible de la denominada Constitución económica, permite mantener la armonía del sistema, no mediante la sumisión total de unos valores a otros, sustentada en alguna pretendida prevalencia abstracta u ontológica de uno sobre otro, sino mediante el aseguramiento, en la mayor medida posible, de la observancia de cada valor, fijando el punto de equilibrio en atención a las circunstancias del caso y a los principios del ordenamiento.

En el presente caso, se denuncia la supuesta violación del derecho a la libertad de expresión de los accionantes, en su carácter de trabajadores de un medio de comunicación y de operadora de televisión abierta y en este sentido, la materia de las telecomunicaciones, versa sobre una actividad altamente regulada, que responde al interés general de la materia (artículo 5 de la Ley) y coloca a los operadores bajo un régimen exorbitante de derecho público, donde el Estado ejerce una de sus funciones esenciales como es la regulación económica que se concretiza básicamente y desde el punto de vista normativo, como una emanación del poder de policía que comprime la libertad en el campo económico estableciendo límites a su ejercicio con el fin de equilibrar los derechos de los operadores con el interés público que tiene el Ejecutivo Nacional de ordenar la transmisión de una determinada información que pudiera estar vinculada al interés general.

Por tanto, esta Sala encuentra que la supuesta lesión al derecho a la libertad de pensamiento y expresión, en el contexto del ejercicio de la actividad económica de las telecomunicaciones, se encuadra en principio dentro de los niveles de libertad que disfrutaron sus operadores, a las diversas potestades administrativas que implican entre otras actividades, instruir cuando sea necesario, a los medios de telecomunicación, para que ejerzan la difusión de informaciones de interés general, por lo que suspender *in limine* el artículo impugnado implicaría una importante excepción a la presunción de validez de los actos normativos que producen todos sus efectos desde el momento de su publicación en la *Gaceta Oficial de la República*, del Estado o del Municipio respectivo, la cual procede sólo como medida excepcional, cuando sea muy difícil reparar por la sentencia definitiva los daños que resulten de la aplicación del contenido normativo del texto legal recurrido (ver fallos nos. 270/2000, del 25 de abril, y 1293/2002, del 13 de junio, casos: *Gertrud Frías Penso y Rodolfo Plaz Abreu y otros, respectivamente*).

En tal virtud, la Sala declara improcedente el amparo cautelar solicitado por los recurrentes. Así se decide.

V

DE LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA

Finalmente, debe la Sala decidir sobre la solicitud de medida cautelar innominada de suspensión de efectos, formulada en forma subsidiaria por los recurrentes y en tal sentido, es menester insistir en el criterio de la Sala, expuesto en sus decisiones números 1.181/2001, del 29.06, y 593/2003, del 25.03, en cuanto al deber del Juez constitucional de examinar y ponderar en cada caso, junto a la presunción de buen derecho, del peligro en la demora para la ejecución del fallo y del peligro de los daños que puede producir la norma o acto impugnado a la parte actora y a otras personas, los intereses colectivos que pueden resultar afectados por la suspensión temporal de la norma o acto cuya nulidad es demandada, pues tal evaluación previa al acordar o negar una petición cautelar innominada, es determinante no sólo para asegurar la idoneidad y proporcionalidad de la protección decretada, sino también para no causar perjuicios al interés colectivo o al eficiente desempeño de órganos o entes administrativos encargados de prestar servicios públicos, al procurar brindar tutela cautelar al solicitante, ya que con tal proceder no sólo se cumple con dos de los fines propios del Derecho, como son garantizar la paz social y preservar la seguridad en las relaciones jurídicas (*cf.* Ángel La Torre, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 3^{ra} edición, 1987, pp. 34 y ss), sino también se evita obstaculizar la actuación de órganos del Estado indispensables para el ejercicio de la democracia o para la prestación de servicios públicos esenciales.

En efecto, la doctrina de la Sala en materia de solicitud de medida cautelar innominada acumulada al recurso de nulidad por inconstitucionalidad (*cf.* fallo N° 1.181/2001, del 29-06, caso: *Ronald Blanco La Cruz*) ha sido conteste en afirmar que la medida de inaplicación requerida supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo de la disposición impugnada, y que, como tal, constituye una importante excepción legal al principio general, según el cual, con base en la presunta validez intrínseca a todo acto legal, éste tiene fuerza obligatoria y produce todos sus efectos desde el momento mismo de su publicación en la *Gaceta Oficial*, aplicándose únicamente como medida excepcional cuando sea muy difícil reparar por sentencia definitiva los daños que resulten de la aplicación del contenido normativo del texto legal impugnado, por lo cual no debe olvidarse que la inaplicación de un instrumento normativo como medida cautelar colide con la presunción de validez de los actos legales y su obligatoriedad desde su publicación en la *Gaceta Oficial de la República*, de los Estados o Municipios, circunstancia que pone de manifiesto el hecho de que un manejo sin equilibrio de aquella inaplicación causaría un quebrantamiento del principio de autoridad, por tanto, para que pueda ser acordada, tiene que existir una verdadera y real justificación.

Adicionalmente, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala en cuanto a que los extremos requeridos por el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil son necesariamente concurrentes junto al especial extremo consagrado en el Parágrafo Primero del artículo 588 *eiusdem*, es decir, que debe existir fundado temor de que se causen lesiones graves o de difícil reparación cuyo origen ha de ser la aplicación de la norma impugnada, de manera tal que faltando la prueba de cualquier de estos elementos, el Juez constitucional no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva, pues estando vinculada la controversia planteada en sede constitucional con materias de Derecho Público, donde puedan estar en juego intereses generales, el Juez debe además realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto.

Así las cosas, partiendo de las premisas fundamentales para el otorgamiento o no de solicitudes cautelares innominadas en procedimientos de nulidad por motivos de inconstitucionalidad, como son (i) el carácter excepcional de la inaplicación de una norma, (ii) la verosimilitud del derecho que se dice vulnerado o amenazado, (iii) la condición de irreparable o de

difícil reparación por la definitiva de la situación jurídica o derecho que se alega como propio, (iv) la posibilidad efectiva de que se produzcan nuevos daños a la parte actora u otras personas por la aplicación de la norma cuya nulidad se pretende, y (v) la necesidad de evitar perjuicios en la satisfacción de intereses comunes a todos los integrantes de la sociedad, la Sala observa que la solicitud cautelar de las recurrentes pretende la suspensión temporal y general de la norma contenida en el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, mientras es tramitado y decidida la solicitud principal de la causa en estudio, referida a la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de dicha disposición legal.

En el caso de autos, los accionantes alegan que de no suspenderse la norma, se continuarían causando “graves daños a la libertad de pensamiento y expresión de RCTV”, y en tal sentido, argumentan que en los últimos siete años, el Ejecutivo Nacional se ha encadenado el equivalente a 32 días. Al respecto, sobre la base de los argumentos de los propios accionantes, constata esta Sala a través de una simple operación aritmética, que aproximadamente cada 3,2 días el Ejecutivo Nacional ha impuesto a los operadores del sector de las telecomunicaciones la transmisión obligatoria de información, por espacio de una hora, lo cual *prima facie*, no evidencia un uso desproporcionado o arbitrario de la competencia atribuida en la norma impugnada.

Ello así, no surge en el ánimo de este Alto Tribunal la certeza de que, al no suspenderse los efectos de la norma recurrida, se le ocasionaría a los recurrentes un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva; por tanto, no habiendo elementos de convicción suficientes que permitieran suponer la existencia de un daño irreparable o de difícil reparación, debe esta Sala a desestimar la medida cautelar solicitada y así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

...gistrado Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa parcialmente de la sentencia que antecede; en consecuencia, salva su voto con fundamento en las siguientes consideraciones:

La decisión que precede admitió una demanda de nulidad contra el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que establece la obligación de los operadores de telecomunicaciones de que transmitan, gratuitamente, mensajes y alocuciones de la Presidencia y Vicepresidencia de la República, y declaró la improcedencia de las medidas cautelares que solicitó la parte actora.

Quien suscribe este voto disiente de la mayoría sentenciadora en los siguientes aspectos:

1. No es cierto, como se afirma en el fallo del que se difiere, que la norma legal cuya nulidad se solicitó sea una norma autoaplicativa. En criterio de este voto salvante, se trata de una típica norma que requiere de un acto de aplicación, como sería, en cada caso concreto, la orden de transmisión del mensaje o alocución. Lo que se alegó en este caso es la supuesta existencia de amenaza de aplicación de la norma jurídica ante la alegada frecuente aplicación de la misma en los últimos años, amenaza de aplicación que sirve de sustento la petición de la medida de amparo cautelar.

2. Tampoco comparte quien disiente las consideraciones de la sentencia acerca de la naturaleza y alcance de la actividad administrativa de regulación económica y las limitaciones a la libertad económica para la motivación de la improcedencia de la medida cautelar. Así, en tales apreciaciones la Sala no aclaró, como sí lo ha sostenido en su jurisprudencia reiterada (entre otras muchas, las sentencias N° 1798 de 19-7-05 y 403 de 24-2-06), que los posibles límites del legislador a esa libertad deben siempre supeditarse al respeto de su contenido esencial, en tanto derecho fundamental que es y que, como tal, recogió nuestra Constitución.

En todo caso, las consideraciones que realiza el acto decisorio acerca de los límites a ese derecho no parecieran ser fundamentales para el pronunciamiento cautelar que correspondía en esta oportunidad, pues, en el caso concreto, lo que se alegó fue la violación al derecho a la libertad de información y no al derecho a la libertad económica. Asimismo y en consecuencia, la procedencia o improcedencia del amparo cautelar dependía de que la Sala estimase o no la existencia de presunción grave de violación o de amenaza a violación de dicho derecho constitucional, pronunciamiento que no se plasmó en la sentencia que antecede.

3. Quien suscribe considera que mal pudo la Sala negar la procedencia la medida cautelar innominada bajo el argumento de que “...a través de una simple operación aritmética, que aproximadamente cada 3,2 días el Ejecutivo ha impuesto a los operadores del sector de las telecomunicaciones la transmisión obligatoria de información, por espacio de una hora, lo cual, *prima facie*, no evidencia un uso desproporcionado o arbitrario de la competencia atribuida en la norma impugnada”, pues se trata de un argumento irrelevante y ajeno al análisis de los requisitos de procedencia de la medida que se estaba solicitando. Asimismo, se trata de un razonamiento no suficientemente motivado, pues la afirmación ameritaría, entre otros aspectos, un análisis de las eventuales pérdidas económicas que pudiera arrojar la referida obligación, y no solo fundamentarse, como dice el pronunciamiento de la Sala, en una “simple operación aritmética”. Por último, la afirmación no presuntiva implica un prejuzgamiento evidente sobre la constitucionalidad o no de la norma que se impugnó, aun cuando la sentencia disponga que su razonamiento es *prima facie*.

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

B. *Medidas cautelares: suspensión de efectos de la norma impugnada*

TSJ- SC (1495)

1-8-2006

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasqueo López

Caso: Impugnación de los artículos 8,26 en su letra C, desde el 27 hasta el 99 de la Ley de Defensa y Seguridad ciudadana.

Si con la aplicación del instrumento normativo se afectan derechos consustanciales y fundamentales de la persona humana, que ontológicamente forman parte de la misma definición de los seres humanos, considerados como integrantes de una sociedad, como serían: el derecho a la libertad, al libre tránsito y a ser juzgados por sus jueces naturales, la inaplicación solicitada estaría plenamente justificada, atemperándose entonces el principio de la obligatoriedad de los actos normativos una vez publicados en la respectiva *Gaceta Oficial*, así como el principio de autoridad.

En el presente caso, se ha denunciado que los artículos impugnados de la Ley de Defensa y Seguridad Ciudadana del Estado Zulia son contrarios a los artículos 44.1, 49.6, 156.32, 187.1, 202 y 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela por infringir el principio de reserva judicial para la aplicación de medidas que impliquen la privación de la libertad, así como la reserva a la ley nacional de la materia relativa a las infracciones y sanciones, así como a la reserva de ley de la materia procedimental.

Ahora bien, la medida de inaplicación solicitada supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo de los artículos cuestionados y, como tal, constituiría una excepción al principio general de presunción de validez intrínseca de las leyes, por lo que la suspensión *erga omnes* de sus efectos constituye una medida excepcional que encuentra su justificación en la dificultad o imposibilidad de reparar, por parte de la sentencia definitiva,

los daños que resulten de la aplicación de las normas impugnadas, de modo que si en estos casos no se ejerce la potestad cautelar con el debido equilibrio y ponderación, el principio de autoridad quedaría quebrantado. De allí que, para que pueda ser acordada la suspensión *erga omnes*, tiene que existir una verdadera y real justificación. Esta puede venir dada no sólo por los perjuicios materiales irreparables que puedan originarse de actos administrativos ejecutados con fundamento en el instrumento normativo cuestionado, sino por la jerarquía y la entidad de los derechos en juego.

De tal forma, que si con la aplicación del instrumento normativo se afectan derechos consustanciales y fundamentales de la persona humana, que ontológicamente forman parte de la misma definición de los seres humanos, considerados como integrantes de una sociedad, como serían: el derecho a la libertad, al libre tránsito y a ser juzgados por sus jueces naturales, la inaplicación solicitada estaría plenamente justificada, atemperándose entonces el principio de la obligatoriedad de los actos normativos una vez publicados en la respectiva *Gaceta Oficial*, así como el principio de autoridad.

Por tanto, procediendo la inaplicación cuando un interés de orden jurídico lo justifique con base en el imperio del derecho y la justicia, lo cual rige no sólo a favor del Estado, sino también en beneficio de los particulares, pasa esta Sala a verificar si se cumple con los requisitos existenciales de las providencias cautelares que son el peligro de retardo y la presunción de existencia del derecho.

Del examen preliminar de los dispositivos legales impugnados, la Sala observa que en mucho de ellos se establecen sanciones de arresto, que constituyen penas privativas de la libertad, las cuales pueden ser impuestas por diversas autoridades administrativas, tales como: el Gobernador del Estado Zulia, el Secretario de Defensa y Seguridad Ciudadana, el Secretario de Promoción y Prevención Ciudadana, el Director Regional de Investigaciones, el Director Regional de Asuntos Internos y el Director General de Policía Regional del Estado Zulia. De igual forma, confiere dicha competencia a autoridades locales e, incluso, a simples funcionarios, tales como: los alcaldes, los intendentes de seguridad de los municipios, los oficiales de la policía regional del Estado Zulia, los jefes civiles de parroquia, los intendentes de seguridad parroquiales, las autoridades y oficiales de las policías municipales y a los funcionarios de los cuerpos de vigilancia de tránsito.

Ello así, esta Sala estima imprescindible garantizar la libertad personal ante una posible violación como la denunciada, a fin de evitar un eventual perjuicio que se ocasione a las personas que, durante la tramitación de este proceso, pudieren ser sujetas a medidas de arresto, ya que sería irremediable la situación de quienes se vean privados de su libertad, si luego esta Sala declarase que esas medidas de arresto no contaban con el correspondiente respaldo constitucional.

Por lo expuesto, y verificados los requisitos de procedencia para el otorgamiento de medidas cautelares, esto son, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, esta Sala considera imprescindible proteger, durante la tramitación del presente proceso, el derecho a la libertad personal, por lo que concede la medida cautelar solicitada. Sin embargo, se advierte que no todas las normas impugnadas por el Defensor del Pueblo prevén la privación de libertad a cargo de autoridades administrativas. Por ello, sin perjuicio del análisis que debe realizarse al decidirse el fondo de la causa, sólo se ordena la no aplicación de aquellas disposiciones que prevén arresto u otras formas de privación de libertad, en concreto los artículos 8, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 96, 97, 98 y 99. La inaplicación ordenada sólo alcanza las previsiones sobre privación de libertad y no otras sanciones que se contemplen en los artículos enumerados, cuya validez se determinará en el fallo definitivo. Así se decide.

Ahora bien, considera esta Sala que, no obstante que la presente decisión consiste en una sentencia interlocutoria que acuerda una providencia cautelar que ordena la inaplicación con efectos *erga omnes*, de las normas legales antes mencionadas, mientras se decide el juicio; estima la Sala que, por razones de certeza y seguridad jurídica, dada la naturaleza de la medida acordada, resulta necesaria su publicación en la *Gaceta Oficial* del Estado Zulia, sin embargo, la inaplicación ordenada surtirá efecto a partir de la publicación del presente fallo por la Secretaría de esta Sala Constitucional. Así también se decide.

C. *Intervención de terceros*

TSJ-SC (1634)

21-9-2006

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasqueño López

Caso: Impugnación del artículo 4 y el Grupo 20 del Clasificador de Actividades Económicas de la Ordenanza sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Baruta del Estado Miranda.

Siendo de naturaleza objetiva el control concentrado de la constitucionalidad que ejerce esta Sala a tenor de lo dispuesto en el artículo 336.1 de la Constitución, no es posible en estos juicios la participación de terceros en los términos previstos en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, cuyo objeto es la protección de situaciones subjetivas. Sin embargo, se advierte que en los juicios de nulidad por razones de inconstitucionalidad es posible la intervención de terceros, previo el llamamiento universal realizado por medio de cartel de emplazamiento.

El 26 de abril y el 21 de junio de 2006, el abogado Alberto Blanco Uribe, antes identificado, actuando, en la primera oportunidad, en representación de Sodinsa, S.A. y, en la segunda, como apoderado judicial de BC&A Ingenieros Consultores, C.A., presentó escritos ante la Secretaría de esta Sala, a fin de que las sociedades antes mencionadas se tuviesen como terceras adhesivas, ambas con el propósito de coadyuvar a que se declare con lugar la acción de nulidad, por inconstitucionalidad, ejercida por la asociación civil Consorcio Empresarial Venezolano de Auditoría (CEVA). Con respecto a lo planteado, se advierte que la naturaleza objetiva de los juicios de nulidad por inconstitucionalidad, evidencia el carácter popular de esta acción, lo que permite que el proceso sea instado por cualquier particular, sin que se requiera un interés legítimo y directo.

Así pues, la acción de nulidad por inconstitucionalidad constituye un medio destinado a asegurar la supremacía de la Constitución haciéndola prevalecer sobre las leyes y sobre las restantes normas a ellas equiparadas, mediante la declaratoria de nulidad de las mismas. De allí que, en este tipo de proceso, el actor no está legitimado para la defensa de sus propios intereses, sino para promover que prevalezca el orden constitucional infringido por la norma que impugna.

Ello así, resulta claro que siendo de naturaleza objetiva el control concentrado de la constitucionalidad que ejerce esta Sala a tenor de lo dispuesto en el artículo 336.1 de la Constitución, no es posible en estos juicios la participación de terceros en los términos previstos en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, cuyo objeto es la protección de situaciones subjetivas.

Con fundamento en las razones expuestas, esta Sala desestima las solicitudes de intervención adhesiva planteada por Sodinsa, S.A. y BC&A Ingenieros Consultores, C.A. Así se decide.

Sin embargo, se advierte que -de conformidad con el precedente asentado, con carácter vinculante, en sentencia N° 1645/2004 del 19 de agosto, caso: *Constitución Federal del Estado Falcón*, en concordancia con el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia- en los juicios de nulidad por razones de inconstitucionalidad es posible la intervención de terceros, previo el llamamiento universal realizado por medio de cartel de emplazamiento, oportunidad en la cual las sociedades solicitantes, así como cualquier otra persona, podrán intervenir en el presente proceso.

DE LA MEDIDA CAUTELAR

Con respecto a la medida cautelar solicitada, se advierte que la accionante impugnó el artículo 4 y el Grupo 20 del Clasificador de Actividades Económicas de la Ordenanza sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Baruta del Estado Miranda, publicada en la *Gaceta Oficial* del dicho municipio N° 319-12/2005, extraordinario, del 6 de diciembre de 2005; por cuanto, a decir de sus apoderados judiciales, infringe los artículos 105, 165.2, 316 y 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al pretenden establecer como sujeto pasivo del impuesto municipal a las actividades económicas, a las personas que ejercen libremente su profesión, sin que dichos sujetos puedan realizar actividades industriales o comerciales.

Además, por establecer limitaciones al ejercicio de las actividades profesionales, a pesar de que su regulación se encuentra reservada al Poder Público Nacional.

Los apoderados judiciales de la accionante solicitaron, como medida cautelar innomiada, la suspensión de los efectos, con carácter general, de las normas impugnadas y, en consecuencia, que éstas se inapliquen a todos aquellos profesionales que presten servicios profesionales en o desde el Municipio Baruta del Estado Miranda.

Ahora bien, la medida cautelar solicitada supone una interrupción de la eficacia de las normas impugnadas y, como tal, constituiría una excepción al principio general, según el cual, con base en una presunta validez intrínseca a todo acto legal, éste tiene fuerza obligatoria y produce todos sus efectos desde el momento mismo de su publicación.

Así pues, la suspensión *erga omnes* de los efectos de una norma, como medida cautelar, constituye una excepción de la presunción de validez de los actos legales y su obligatoriedad desde su publicación en la *Gaceta Oficial de la República*, de los estados o municipios, de modo que si no se maneja con equilibrio, el principio de autoridad quedaría quebrantado, de allí que, para que pueda ser acordada, tiene que existir una verdadera y real justificación.

En tal sentido, para otorgar la medida cautelar requerida, lo primero que debe constatar esta Sala Constitucional es la verificación de los requisitos exigidos en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, los cuales resultan de aplicación supletoria, según lo dispone el primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Adicionalmente, es necesario acotar que los extremos requeridos por la Ley Adjetiva Civil son necesariamente concurrentes. Así pues, que faltando la prueba de cualquier de estos elementos, el juez no puede, bajo ningún aspecto, decretar la medida preventiva. Sumado a esto, en materia de juicios de nulidad de normas, donde se dirimen asuntos de interés general, se debe realizar una ponderación adicional, para que la suspensión *erga omnes* de los efectos de la norma impugnada no constituya una lesión de intereses generales.

Precisado lo anterior, la Sala pasa a examinar si en el presente caso se cumplen con los extremos de ley para el otorgamiento de la tutela cautelar requerida y, a tal efecto, observa que los apoderados judiciales de la accionante fundamentaron la presunción grave del derecho que se reclama, en que esta Sala, en sentencia N° 3241/2002, declaró la nulidad de normas de similar naturaleza y contenido, en los términos siguientes:

“...que cuando el artículo 179, numeral 2, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la posibilidad para los Municipios de gravar la actividad económica generada con motivo de la prestación de servicios, les confiere a éstos potestad tributaria originaria para pechar sólo a aquellas derivadas del ejercicio o desempeño de actividades económicas de naturaleza mercantil (...), por lo que los Municipios pueden (...) gravar únicamente aquellos servicios cuya prestación implique el desarrollo de una actividad económica de naturaleza mercantil por parte de la persona natural o jurídica que brinde tales asistencias, quedando excluidas del hecho generador del impuesto municipal contemplado en el numeral 2 del artículo 179 del Texto Constitucional, todas aquellas actividades económicas de naturaleza civil, como las desempeñadas con motivo del ejercicio de profesiones liberales como la ingeniería, la arquitectura, la abogacía, la psicología, la contaduría, la economía, entre otras, por constituir un supuesto de no sujeción al referido tributo ...”.

Recientemente, esta Sala, en sentencia N° 781/2006 del 6 de abril, ratificó el criterio antes citado y anulo normas contenidas en los artículos 30, 66 y 68 y el Grupo XXIII del Clasificador de Actividades de la Ordenanza número 004-02 sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda, publicada en la *Gaceta Municipal* N° Extraordinario 6008, del 15 de diciembre de 2005. Para corroborar lo alegado por los apoderados de la accionante, resulta imprescindible comparar el contenido de las normas impugnadas en el presente caso, con aquellas que fueron objeto del pronunciamiento realizado por esta Sala en sentencias números 3241/2002 y 781/2006, antes referidas.

En tal sentido, se observa que el artículo 4 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Baruta del Estado Miranda establece lo siguiente:

“*Artículo 4º:* Toda persona natural o jurídica que pretenda desarrollar habitualmente actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar en o desde el Municipio Baruta, deberá obtener previamente la autorización por parte de la Administración Tributaria Municipal denominada Licencia de Actividades Económicas, la cual será expedida mediante un documento que deberá ser exhibido en un sitio visible del establecimiento.

PARÁGRAFO ÚNICO: El Reglamento de la presente Ordenanza determinará las personas naturales o jurídicas que estarán exceptuadas de cumplir con el deber a que se refiere el encabezado de este Artículo”.

Por su parte, el Grupo 20 del Clasificador de Actividades Económicas de la referida ordenanza municipal establece que:

“**Actividades de Servicios Profesionales:** Actividades constituidas en esencia por la prestación de servicios por personas naturales en áreas para las cuales se encuentran acreditadas por un título de educación superior. Se entenderá por título de educación superior el así clasificado por la Ley Orgánica de Educación”.

Por otra parte, se advierte que, en sentencia en N° 3241/2002, esta Sala declaró la inconstitucionalidad de una norma similar contenida en la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio Bolívar del Estado Anzoátegui. En la referida decisión se estableció que la Constitución no previó que el impuesto municipal sobre actividades económicas, comercio, servicios, o de índole similar, previsto en el artículo 179.2 del Texto Fundamental, se extendiera a los profesionales, por lo que cualquier ordenanza que así lo estableciera estaba viciada de inconstitucionalidad.

En virtud de lo anterior, la Sala considera suficiente el precedente judicial antes referido, como presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*), y así se declara.

Con respecto al *periculum in mora*, la Sala considera que la posibilidad de que se aplique a los profesionales que ejercen las llamadas “profesiones liberales” la sanción establecida en el artículo 103 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Baruta del Estado Miranda -la cual sanciona con multa equivalente a cincuenta unidades tributarias (50 U.T.), a los contribuyentes o responsables que inicien cualquier actividad objeto del referido impuesto, sin obtener previamente la Licencia de Actividades Económicas a que hace referencia el artículo 4 *eiusdem*- constituye un perjuicio cuya reparación no goza del carácter de inmediatez, al no tener los contribuyentes certeza con respecto a la oportunidad en la cual obtendrían la repetición o la compensación de las cantidades pagadas, en caso de que se declara la nulidad de la norma que establece dicho impuesto. De allí que la Sala estime cumplido el extremo del *periculum in mora*.

Por tanto, verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, y luego de realizada la ponderación de los intereses en juego, esta Sala Constitucional acuerda otorgar la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordena la suspensión, con carácter *erga omnes*, de los efectos del Grupo 20 del Clasificador de Actividades Económicas de la Ordenanza sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Baruta del Estado Miranda, publicada en la *Gaceta Oficial* del dicho municipio N° 319-12/2005, extraordinario, del 6 de diciembre de 2005, hasta tanto de decida sobre el fondo del presente juicio. Además, por cuanto la presente decisión ordena la no aplicación de una norma de efectos generales, la Sala considera necesaria ordenar su publicación en la Gaceta Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda, la cual deberá ser realizada por la Alcaldía de la referida entidad político-territorial, dentro de los diez (10) días siguientes a su citación. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

...gistrado que suscribe disiente parcialmente del fallo que antecede y, en consecuencia, salva su voto con fundamento en las siguientes razones:

La sentencia que precede admitió la demanda de nulidad que se planteó contra el artículo 4 y el Grupo 20 del Clasificador de Actividades Económicas de la Ordenanza sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Baruta del Estado Miranda, que se publicó en la *Gaceta Oficial de ese Municipio* N° 319-15/2005, extraordinario, del 6 de diciembre de 2005. Asimismo, la decisión precedente estimó la medida cautelar que se solicitó en este proceso y, en consecuencia, suspendió, con carácter *erga omnes*, los efectos del Grupo 20 del Clasificador de Actividades Económicas de dicha Ordenanza. Quien difiere conviene en el pronunciamiento de la mayoría sentenciadora que admitió la demanda y que acordó la medida cautelar de suspensión de efectos, y también las razones que motivaron tal mandamiento cautelar.

Ahora bien, lo que no se comparte es la desestimatoria de la Sala respecto de la solicitud de intervención adhesiva que plantearon varias personas jurídicas, y se discrepa pues considera equívocas las razones que motivaron tal desestimatoria.

En efecto, la sentencia que antecede consideró lo siguiente:

“La naturaleza objetiva de los juicios de nulidad por inconstitucionalidad, evidencia el carácter popular de esta acción, lo que permite que el proceso sea instado por cualquier particular, son que se requiera un interés legítimo y directo.

Así pues, la acción de nulidad por inconstitucionalidad constituye un medio destinado a asegurar la supremacía de la Constitución haciéndola prevalecer sobre las leyes y sobre las restantes normas a ellas equiparadas, mediante la declaratoria de nulidad de las mismas de allí que, en este tipo de proceso, el actor no está legitimado para la defensa de sus propios intereses, sino para promover que prevalezca el orden constitucional infringido por la norma que se impugna.

Ello así, resulta claro que siendo de naturaleza objetiva el control concentrado de la constitucionalidad que ejerce esta Sala a tenor de lo dispuesto en el artículo 336.1 de la Constitución, no es posible en estos juicios la participación de terceros en los términos previstos en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, cuyo objeto es la protección de situaciones subjetivas.

Con fundamento en las razones expuestas, esta Sala desestima la solicitud de intervención adhesiva planteada por Sodinsa, S.A.....”.

En criterio del Magistrado disidente, bajo el marco constitucional venezolano vigente, no puede hablarse de la existencia de procesos judiciales de naturaleza absolutamente objetiva.

Así, sostener el carácter plena y exclusivamente objetivo del proceso de nulidad de leyes implicaría una violación al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26 de la Constitución) el cual es predicable respecto de todo proceso judicial y una contradicción con el artículo 257 *eiusdem*, según el cual “*el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia*”, valor éste -la justicia- que es su fin primordial. Todo proceso judicial tiene por objeto una pretensión procesal, lo que implica, de suyo, un planteamiento subjetivo que será estimado o desestimado por el juez.

Asunto distinto es que, en atención a los valores jurídicos en juego, las pretensiones de nulidad por inconstitucionalidad de leyes y demás actos que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución persigan no sólo la eventual satisfacción de intereses subjetivos, sino, principalmente, la garantía de adecuación y observancia de tales actos respecto de la norma suprema y, en definitiva, el mantenimiento del principio de supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad de los actos de rango legal.

De manera que no es cierto que la defensa de la constitucionalidad de las leyes -*lato sensu*- impida, en el marco de los procesos de nulidad, la defensa de intereses subjetivos, tanto así que en el ámbito de tales juicios es posible el planteamiento de pretensiones de tutela a situaciones subjetivas como lo serían las medidas cautelares, ejemplo de lo cual, precisamente, se da en este caso.

En consecuencia, sí es posible la intervención de terceros en los procesos de nulidad por razones de inconstitucionalidad, en todo estado y grado de la causa, bien para que se coadyuve con la parte demandante o con el órgano autor de la norma que se impugnó, y se sostenga así la nulidad o la constitucionalidad de aquélla, según el caso, o bien para el ejercicio de derechos o intereses propios, como verdadera parte procesal.

Por tanto, el razonamiento que se sostuvo en este caso de que la intervención de terceros “*no es posible (...) en los términos previstos en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil*”, es un pronunciamiento contrario al derecho de acceso a la justicia y al principio de antiformalismo que ha de observar todo proceso judicial.

Además, es contradictorio con la afirmación, que se sostiene en el propio fallo, de que será a partir de convocatoria a través del cartel de emplazamiento, cuando puedan intervenir los terceros. Si fuera un “proceso absolutamente objetivo” no habría terceros “interesados” en intervenir.

De allí que este voto salvante considera que la Sala, bajo el argumento del control objetivo del proceso de constitucionalidad, no debió negar la intervención de quienes solicitaron hacerse parte, sino que, por el contrario, debió admitir su participación en atención a la aplicabilidad de las reglas procesales ordinarias, lo que no obsta, claro está, para la comparecencia posterior en atención al cartel de emplazamiento que se emita y publique de conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

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

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

- Acción de Inconstitucionalidad. 203
 - Ejercicio conjunto con acción de amparo. 203
 - Intervención de terceros. 210
 - Medidas cautelares. Suspensión de efectos de la norma impugnada. 208
- Actos Administrativos. 165
 - Características. 165
 - Competencia. 165
 - Delegación de atribuciones. 165
 - Publicación en materia registral. 170
- Administración de Justicia. 123
 - Ausencia de formalismos y reposiciones inútiles. 123
 - Principios. 123
- Alcaldes. Ausencia Absoluta. 140

-C -

- Contencioso Administrativo. 184
 - Competencia. Querellas funcionariales. Fuerza Armada Nacional. 184
- Contencioso Administrativo de Anulación. 190
 - Legitimación Activa. 190
 - Medidas Cautelares. 191
- Contencioso Administrativo de Interpretación. 199
- Contratos Administrativos. 172
 - Modificación de la obra contratada. 176
 - Rescisión de contrato. Medio de Impugnación. 179
 - Valuaciones. 172

-D-

- Derecho a la Libertad de religión y culto. 119
- Derecho al debido proceso y defensa. 119
- Derechos Constitucionales. 100
 - Reserva Legal: Limitaciones. 100
- Derechos Humanos. 99
 - Delitos de lesa humanidad. 99
 - Violación. 99
- Derechos Individuales. 107
 - Derechos sobre el propio cuerpo. 107

-E-

- Expropiación. 156

-F-

- Fuerza Armada Nacional. Querellas funcionariales. 184

-G-

- Garantías Constitucionales. 99
 - Derecho a la Tutela Judicial efectiva. Potestad Cautelar. 100

-O-

- Ordenanzas del Territorio. Régimen. 150
- Órganos Parlamentarios. Supremacía Financiera. 142

-P-

- Poder Judicial. 123
- Poder Judicial. Gobierno y Administración. Órganos. 134
- Poder Municipal. 140
- Poder Público Nacional. 121
 - Régimen. 121
 - Principio de la separación de Poderes. 121

- Principios Fundamentales del Estado. 86
- Propiedad. Ordenanzas del Territorio. Régimen. Zonas de Seguridad y Defensa. 150

-R-

- Recurso de Lesividad. 190
- Régimen Constitucional. Prevalencia de derecho. 99
- Régimen de los Jueces. Ingreso a la Carrera Judicial. 135
- Régimen presupuestario. Órganos Parlamentarios: Supremacía Financiera. 142
- Reserva Legal: Limitaciones. 100

-S-

Sala Plena. 126

- Antejudio de Merito. 126
- Competencia. 126
- Conflictos de Competencia. 131

Sentencia. Experticia Complementaria del fallo. 198

Separación de Poderes. Principio. 121

Sistema Democrático. Reelección de cargos públicos. 86

Sociedades Anónimas. Régimen de protección de accionistas minoritarios. 144

-T-

Tribunal Supremo de Justicia. 126

Tributos. Contribuciones especiales. 161

Tutela Judicial efectiva: Potestad Cautelar. 100

-Z-

Zonas de seguridad y defensa. 150

