

#### CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Francisco **ASTUDILLO GÓMEZ**, Caterina **BALASSO TEJERA**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTELES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Jorge **CASTRO BERNIERI**, Rafael **CHAVERO**, 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 **FAÜNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Enrique **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Enrique **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Gonzalo **PEREZ LUCIANI**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Gustavo **PLANCHART MANRIQUE**, Armida **QUINTANA**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Nelson **RODRÍGUEZ**, Hildegard **RONDÓN DE SANSÓ**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **RUIGGERI 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 ORDOÑEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE** (Perú), Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H.** (República Dominicana), Mariano **BRITO**, Juan Pablo **CAJARVILLE P.**, Carlos E. **DELPIAZZO** (Uruguay)

#### Revista de Derecho Público

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

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

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

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

© 1980, EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público  
Nº 1 (Enero/marzo 1980)  
Caracas, Venezuela

Publicación Trimestral

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

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

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

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

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

Impresión litográfica: Anauco Ediciones  
La edición consta de 500 ejemplares

Portada: Lilly Brewer

*Normas para el envío de originales*

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

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

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

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

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

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

## ESTUDIOS

### Artículos

- Los contenciosos administrativos de anulación y reparación en el Derecho Uruguayo*, Carlos E. **DELPIAZZO** ..... 7

### Comentarios Monográficos

- Principios constitucionales que exigen una información veraz, oportuna, imparcial y sin censura en Venezuela*, por Luis A. **HERNÁNDEZ B.** ..... 25

## LEGISLACIÓN

### Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el cuarto trimestre de 2006*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** ..... 61

### Comentarios Legislativos

- Introducción al régimen de las empresas de producción social*, por Gigliana **RIVERO RAMÍREZ** y Carlos **GARCÍA SOTO** ..... 69

## DOCTRINA

### Doctrina Administrativa

- Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Cuarto trimestre de 2006*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** ..... 79

## JURISPRUDENCIA

### Información Jurisprudencial

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

### Comentarios Jurisprudenciales

<i>El régimen de las operaciones inmobiliarias en divisas en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil</i> , por José Ignacio <b>HERNÁNDEZ G.</b> .....	233
<i>¿Good bye a la separación entre administración y jurisdicción: A propósito de la sentencia de la Sala Constitucional N° 962, de 9 de mayo de 2006</i> , por Luis Alfonso <b>HERRERA ORELLANA</b> .....	235

### ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i> .....	253
--	-----

## ESTUDIOS



## Artículos

### *Los contenciosos administrativos de anulación y reparación en el Derecho Uruguayo*

Carlos E. Delpiazzo\*  
Abogado

**Resumen:** *Se analiza el alcance del sistema de control jurisdiccional de la Administración en el Derecho Uruguayo, a partir de la distinción entre el contencioso administrativo anulatorio y el contencioso administrativo reparatorio.*

#### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DESCRIPCIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL URUGUAYO
- III. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANULATORIO
  1. *Sujetos.* 2. *Objeto.* 3. *Características del proceso.*
- IV. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO REPARATORIO
  1. *Sujetos.* 2. *Objeto.* 3. *Características del proceso.*
- V. ASPECTOS DE PARTICULAR INTERÉS
  1. *Ejecución de sentencias contra el Estado.* 2. *Adopción de medidas cautelares contra el Estado.*
- VI. PERSPECTIVAS

#### I. INTRODUCCIÓN

En Uruguay, la expresión “*Justicia administrativa*” carece de raigambre en el Derecho constitucional actual, usándose excepcionalmente en el pasado para designar a la función jurisdiccional a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup> o por oposición a “*Justicia ordinaria*”, entendida ésta como la que es ejercida por los órganos del Poder Judicial<sup>2</sup>.

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo, Profesor de Informática Jurídica, y Director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

1 Daniel Hugo Martins, “El contencioso administrativo y el Acto Institucional N° 8” F.C.U., Montevideo, 1978, p. 11.

2 En tal sentido, pueden citarse las Disposiciones Transitoria y Especiales de la Constitución letras

Por lo tanto, su sentido no es el que se le asigna en el Derecho francés<sup>3</sup> ni resulta abarcativo de todos los contenciosos de Derecho público o, dicho de otra manera, no refiere al ejercicio de la función jurisdiccional respecto de la Administración, comprendido a veces en la noción de “*contencioso administrativo*” en *sentido amplio*, usada precisamente para designar al universo de “contenciosos” (vale decir, contiendas o pleitos) “administrativos” (o sea, referidos a la materia regida por el Derecho Administrativo, o a la actividad administrativa, o en que es parte la Administración) y que ha dado lugar al llamado Derecho Procesal Administrativo<sup>4</sup>.

Por el contrario, desde la reforma de 1934, la Constitución emplea la expresión “*contencioso administrativo*” en *sentido restringido*, limitándolo básicamente al contencioso de anulación de los actos administrativos dictados por las entidades estatales, a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>5</sup>.

Al presente, bajo el título de la Sección XVII, “De lo Contencioso Administrativo”, nuestra Carta política organiza en cinco Capítulos la composición e integración del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 307 y 308), su competencia privativa para anular los actos administrativos “contrarios a una regla de Derecho o con desviación de poder” (art. 309 y ss.), la existencia y actuación del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (art. 314 y ss.), el agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de los recursos administrativos correspondientes como requisito previo a la acción de nulidad (art. 317 y ss.), y la posibilidad de crear por ley “órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa” (art. 320).

Significa pues, que en el Derecho uruguayo la designación “contencioso administrativo” no abarca a todo lo que se engloba bajo el nombre de “Justicia administrativa” en otros ordenamientos, lo que hace conveniente describir sintéticamente el sistema de control jurisdiccional de la Administración adoptado por nuestro país.

## II. DESCRIPCIÓN DEL CONTROL JURISDICCIONAL URUGUAYO

Como ya he tenido oportunidad de señalarlo antes de ahora<sup>6</sup>, cuando se habla del “control jurisdiccional de la Administración” se alude genéricamente a la comprobación de la regularidad de lo actuado o de lo proyectado u omitido (control) por los órganos públicos actuando en función administrativa (Administración), realizada por órganos jurisdiccionales y mediante procesos jurisdiccionales que culminan con una sentencia.

En nuestro país, el ejercicio de la función jurisdiccional al respecto está básicamente distribuido entre el mencionado Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Poder Judicial, disciplinado en la Sección XV de la Constitución, que consta de nueve Capítulos. Con-

---

D) y J). Ver también: Julio A. Prat, *Poder Judicial, Justicia Administrativa y Acto Institucional N° 12*, A.M.F., Montevideo, 1982.

3 Mariano R. Brito, “De la Justicia de lo Contencioso Administrativo”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo VIII, p. 81.

4 Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963), tomo I, p. 127 y ss.; y *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Temis, Bogotá, 1985, p. 13 y ss.

5 Aparicio Méndez, *Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo*, Montevideo, 1952, p. 10 y ss.

6 Carlos E. Delpiasso, “Desafíos actuales del control”, *F.C.U.*, Montevideo, 2001, p. 57.

forme a las disposiciones de la misma, “El Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, en la forma que estableciere la ley” (art. 233), regulándose la composición e integración de la Suprema Corte de Justicia (arts. 234 a 238), su competencia (arts. 239 y 240), la organización de los Tribunales (art. 241 y ss.) y Juzgados (art. 244 y ss.), las bases del estatuto de los magistrados judiciales (art. 250 y ss.) y el régimen de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, reservado exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia (arts. 256 a 261).

Quiere decir que, en el contexto del Derecho comparado, *nuestro sistema puede calificarse como orgánicamente mixto* ya que está a cargo de los órganos del Poder Judicial y de otro órgano jurisdiccional -el Tribunal de lo Contencioso Administrativo- independiente de los demás Poderes de gobierno y con igual jerarquía que la Suprema Corte de Justicia<sup>7</sup>.

En efecto, es generalmente aceptado que los diversos regímenes de control jurisdiccional de la actividad administrativa pueden agruparse en dos tipos básicos<sup>8</sup>:

a) el de jurisdicción única o judicialista, en el cual la competencia está atribuida al Poder Judicial, sea que corresponda al fuero general, como en Inglaterra<sup>9</sup>, sea que se asigne a un fuero especial, como en España<sup>10</sup>; y

b) el de doble jurisdicción, en el cual la competencia se distribuye entre tribunales judiciales y administrativos, como ocurre en Francia<sup>11</sup>.

Entre ambos tipos extremos, y con elementos de ambos, se ubica nuestro régimen, el cual no es judicialista (en el sentido de jurisdicción única) sino jurisdiccionalista (en el sentido de que se traduce en el ejercicio de función jurisdiccional, aunque no exclusivamente dentro del Poder Judicial).

Por otra parte, desde el punto de vista funcional, *nuestro sistema es de competencias diferenciadas* por cuanto<sup>12</sup>:

a) al Tribunal de lo Contencioso Administrativo se le atribuye de modo exclusivo el contencioso de anulación de los actos administrativos dictados por las entidades estatales y el contencioso interadministrativo basado en la legislación; y

b) al Poder Judicial se le asigna el contencioso de reparación, el contencioso interadministrativo basado en la Constitución, el contencioso represivo y el contencioso de amparo.

7 Lorenzo Sánchez Camelli, *Contencioso Administrativo*, Edit. Nueva Jurídica, Montevideo, 1998, p. 14.

8 Héctor A. Maizal, *Control judicial de la Administración pública*, Depalma, volumen 1, Buenos Aires, 1984, p. 17 y ss.

9 Ver: H.W.R. Wade, *Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971; y Gustavo Fischer, “Apuntes sobre el sistema anglosajón de control jurisdiccional de la Administración”, en *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año III, N° 5, p. 25 y ss.

10 Ver: Santiago González Varas Ibáñez, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa*, Tecnos, Madrid, 1999.

11 Ver: Augusto Duran Martínez, *El contencioso administrativo francés*, Edit. Nueva Jurídica, Montevideo, 2000.

12 Héctor Frugone Schiavone, “Contralor jurisdiccional de la Administración”, en *A.A.V.V.*, “Evolución constitucional del Uruguay”, UCUDAL, Montevideo, 1988, p. 187 y ss.; y en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo V, N° 26, p. 150 y ss.

De dichos contenciosos administrativos, interesa hacer referencia especialmente al anulatorio (a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo) y al reparatorio (a cargo de los órganos competentes del Poder Judicial).

### III. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANULATORIO

#### 1. *Sujetos*

Los sujetos que intervienen en el contencioso administrativo anulatorio son los siguientes:

- a) el Tribunal de lo Contencioso Administrativo;
- b) el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo;
- c) el actor;
- d) el demandado; y
- e) eventualmente, el tercerista.

En cuanto al *Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, fue previsto en la reforma constitucional de 1934, que cometió al legislador su establecimiento como órgano jurisdiccional especializado independiente de los tres Poderes de gobierno<sup>13</sup>. Para subsanar la omisión legislativa, en la reforma de 1952 se lo instituyó directamente, sentándose las bases para que el contencioso anulatorio pudiera comenzar a funcionar de inmediato<sup>14</sup>.

De acuerdo a los arts. 307 y 308 de la Carta, se integra con cinco miembros elegidos por la Asamblea General del Poder Legislativo, a imagen y semejanza de la Suprema Corte de Justicia. Su ley orgánica fue aprobada por el decreto ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984, posteriormente ajustado por otros actos legislativos<sup>15</sup>.

Conforme al art. 309, le compete en forma exclusiva y excluyente conocer “de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos”, lo cual no significa que cualquier juez del Poder Judicial, al entender en un caso sometido a su consideración, no pueda juzgar acerca de la legitimidad de un acto administrativo y, en caso de entenderlo ilegítimo, descartar su aplicación, sin poder anularlo<sup>16</sup>.

Al tenor del art. 315 de la Constitución, “*El Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo*” será necesariamente oído, en último término, en todos los asuntos de jurisdicción del Tribunal. El Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo es independiente en el ejercicio de sus funciones. Puede, en consecuencia, dictaminar según su convicción, estableciendo las conclusiones que crea arregladas a Derecho”.

13 Justino Jiménez de Arechaga, *La Constitución Nacional*, Medina, Montevideo, s/f, tomo X, p 36 y ss.

14 Justino Jiménez de Arechaga, *La Constitución de 1952*, Cámara de Senadores, Montevideo, 1995, p. 592 y ss.

15 Julio A. PRAT, *La ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, A.M.F., Montevideo, 1984, p. 53 y ss.; Felipe Rotondo, *Comentarios sobre la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Edit. Universidad, Montevideo, 1984, p. 11 y ss.; y Luis Torello y Enrique Vescovi, *El nuevo régimen judicial*, Idea, Montevideo, 1984, p. 49 y ss.

16 Horacio Cassinelli Muñoz, “Competencia del Poder Judicial para conocer la validez de un acto administrativo como premisa del fallo”, en *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 71, p. 94 y ss.

Según se ha señalado con acierto, “se inspira claramente en el Comisario de Gobierno de la Sección del Contencioso Administrativo del Consejo de Estado francés... Se asemeja en que no es un defensor del Estado sino del Derecho; se diferencia en que no integra el sistema orgánico que juzga”<sup>17</sup>.

Respecto a las partes, debe tenerse presente que nuestra Constitución ha organizado el proceso contencioso administrativo de anulación no como un juicio al acto (contencioso objetivo) sino como un litigio entre partes (contencioso subjetivo) en el que se cuestiona la legitimidad del acto<sup>18</sup>.

En su mérito, puede ser actor cualquier persona física o jurídica, pública o privada que tenga la legitimación activa que exige el art. 309, inc. 3º de la Constitución, según el cual “la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo”. Por su parte, el art. 49 del decreto ley N° 15.524 prevé que “las personas físicas o jurídicas, titulares de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto administrativo, estarán legitimadas para promover la acción anulatoria”.

Al respecto, se ha destacado que “no se quiso consagrar una acción popular y, al exigir un interés personal y directo, se excluyó la acción de las entidades colectivas cuando invoquen el interés de sus integrantes o afiliados”<sup>19</sup>.

Respecto al *demandado*, surge de los incs. 1º y 2º del citado art. 309 que será siempre una Administración -aquella a la que pertenezca el órgano que dictó el acto- ya que la jurisdicción del Tribunal comprende los actos emanados de los “órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados”. Agrega el art. 316 que “la autoridad demandada podrá hacerse representar o asesorar por quien crea conveniente”, en norma que es reiterada por el art. 53 del decreto ley N° 15.524.

Finalmente, *tercerista* puede ser cualquier sujeto interesado en que el acto administrativo impugnado se mantenga. Al respecto, establece el decreto ley N° 15.524 que “Podrá intervenir en el proceso, como parte coadyuvante del demandado, cualquier persona... que tuviere algún derecho o interés directo, personal y legítimo en el mantenimiento del acto que lo motivare” (art. 55), pudiendo “intervenir en cualquier momento del proceso hasta la citación para sentencia” (art. 56).

## 2. Objeto

El objeto del contencioso administrativo anulatorio es la pretensión de anulación de un acto administrativo, cualquiera sea su alcance<sup>20</sup>.

La más calificada doctrina nacional ha distinguido entre los requisitos de admisibilidad y de fondo de la acción anulatoria<sup>21</sup>.

17 Augusto Duran Martínez, “El contencioso administrativo de anulación en el Derecho uruguayo”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo VIII, p. 112.

18 Héctor Giorgi, *El Contencioso Administrativo de Anulación*, Montevideo, 1958, p. 67 y ss.

19 Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1959, tomo II, p. 574.

20 Carlos E. Delpiazzo, “Notas para una caracterización actual del acto administrativo”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo IX, p. 25 y ss.

21 Héctor Giorgi, “El Contencioso Administrativo de Anulación”, *cit.*, p. 135 y ss.

La Constitución regula los presupuestos de admisibilidad en los arts. 309 y 319, los que permiten distinguir entre los relativos al acto objeto de impugnación, a la persona del accionante, y a la interposición de la acción.

En cuanto a los *requisitos relativos al acto impugnado*, las condiciones requeridas para que sea susceptible de juzgamiento ante la jurisdicción anulatoria, derivan de la naturaleza del mismo y de sus caracteres.

En primer lugar, debe enfatizarse que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo conoce, en instancia única, de las demandas de nulidad contra actos administrativos. Por lo tanto, quedan excluidos los actos legislativos y jurisdiccionales.

Aclara el decreto ley N° 15.524 que se consideran objeto de acción de nulidad “los actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza” (art. 23, lit. a), “los que sean separables de los contratos” (art. 23, lit. b) y “los que se hayan dictado durante la vigencia de la relación estatutaria que vincula al órgano estatal con el funcionario público” (art. 23, lit. c), sean de efectos particulares o generales (según surge del art. 25). Añade el art. 60 que, “aún cuando el promotor aluda al acto confirmatorio con el que hubiera concluido la vía administrativa, la demanda se entenderá siempre dirigida contra el acto originario creador de la situación de perjuicio que se invoca en el reclamo anulatorio. Si ha mediado revocación parcial o reforma, se entenderá como objeto del juicio el acto administrativo tal como quedara a raíz de la modificación aludida”<sup>22</sup>.

En segundo lugar, debe tratarse de actos administrativos “definitivos”, es decir, a cuyo respecto se haya agotado la vía administrativa mediante la interposición de los recursos correspondientes y la autoridad competente se haya pronunciado (expresa o fictamente) sobre los mismos<sup>23</sup>. Como dice el art. 24 del decreto ley N° 15.524, los actos definitivos “constituyen la última manifestación de voluntad” de la Administración.

En tercer lugar, el acto debe ser susceptible de causar agravio en sentido jurídico (no material) o, en términos del citado art. 24, ser “creador de la situación jurídica lesiva que se resiste con la acción de nulidad”.

Con referencia a los *requisitos relativos a la persona del accionante*, ya ha quedado dicho que la Constitución reclama la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto<sup>24</sup>.

Respecto a los *requisitos referentes a la interposición de la acción*, cabe señalar que la misma debe formularse por escrito (art. 58 y ss. del decreto ley N° 15.524) y presentarse “son pena de caducidad” dentro de los 60 días corridos y siguientes al agotamiento de la vía administrativa (art. 9° de la ley N° 15.869), plazo que se suspende durante las Ferias judiciales y la llamada Semana de Turismo (art. 10 de dicha ley) y que se puede reabrir en caso de pronunciamiento expreso posterior a la configuración ficta de dicho agotamiento<sup>25</sup>.

22 Felipe Rotondo, “Comentarios sobre la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, *cit.*, p. 17.

23 Carlos E. Delpiazzo, “Agotamiento de la vía administrativa”, en *Rev. de Administración Pública Uruguaya*, Año II, N° 5, p. 55 y ss.

24 Horacio Cassinelli Muñoz, “El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya”, en *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX* (I.E.A.L., Madrid, 1969), tomo III, p. 283 y ss.

25 Carlos E. Delpiazzo, “Procedencia de la acción de nulidad frente a la resolución expresa posterior a la ficta”, en *Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos*, Año III, N° 1, p. 107 y ss.

Los *presupuestos de fondo* surgen del mencionado art. 309 de la Carta, a cuyo tenor la jurisdicción anulatoria alcanza a los actos administrativos “contrarios a la regla de Derecho o (dictados) con desviación del poder”.

En cuanto a la *contrariedad a la regla de Derecho*, que configura la ilegitimidad del acto<sup>26</sup>, cabe señalar que el art. 23, lit. a) del decreto ley N° 15.524 -en norma que reitera a la letra el texto del anterior art. 345 de la ley N° 13.318 de 28 de diciembre de 1964- considera tal, “todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”.

A su respecto, corresponde destacar la importancia de las referencias a los principios generales de Derecho y a los contratos como reglas de Derecho, lo que disipa toda duda acerca de la posibilidad de juzgamiento por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de los actos que sean violatorios de principios incluso no expresados en Derecho positivo<sup>27</sup> o que impliquen un apartamiento unilateral de lo pactado con eficacia vinculante para ambas partes<sup>28</sup>.

Por otra parte, aunque pueda parecer innecesario, el multicitado art. 23, lit. a) del decreto ley N° 15.524 agrega a la *desviación de poder* constitucionalmente prevista, los supuestos de *abuso y exceso de poder*, no contemplados en la norma antecedente<sup>29</sup>.

### 3. Características del proceso

Si bien no es objeto de esta presentación el estudio de los aspectos procesales, interesa destacar algunos de los elementos más trascendentes del desarrollo del proceso contencioso administrativo de anulación.

En primer lugar, corresponde destacar que el mismo *se rige por el decreto ley orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 15.524*, el cual se remite a “las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil (CPC) para el juicio ordinario” (art. 58).

Si bien dicho CPC fue expresamente derogado por el posterior Código General del Proceso (CGP), el proceso contencioso administrativo de anulación fue exceptuado de tal derogación, de modo que se da en el caso un fenómeno de supervivencia de normas procesales genéricamente derogadas pero que subsisten para un caso concreto<sup>30</sup>.

En segundo lugar, en virtud de la posición institucional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el proceso que ante él se ventila tiene la característica de ser de *instancia única*, no siendo revisables sus fallos por ningún otro tribunal.

26 Juan Pablo Cajarville Peluffo, *Invalidez de los actos administrativos*, Edit. Universidad, Montevideo, 1984, p. 9 y ss.

27 Alberto Ramón Real, *Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1965, p. 16 y ss.

28 Carlos E. Delpiazzo, *Manual de Contratación Administrativa*, Universidad Montevideo, 1996, tomo I, 3ª edición actualizada, pp. 129 y 139; *Contratación Administrativa*, U.M., Montevideo, 1999, reedición 2004, p. 241 y ss.; y “Contencioso de los contratos administrativos”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo VIII, p. 155 y ss.

29 Felipe Rotondo, “Las causales en el contencioso administrativo de anulación”, en *Temas de Derecho Administrativo*, Edit. Universidad, Montevideo, s/f, p. 21.

30 Enrique E. Tarigo, *Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación*, F.C.U., Montevideo, 1999, p. 36.

En tercer lugar, se trata de un proceso *primordialmente escrito*, que se estructura a través de demanda y contestación, prueba, alegatos, informe del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo y sentencia<sup>31</sup>.

En cuarto lugar, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 310, inc. 1° de la Constitución, “el Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo”. Quiere decir que *el contenido de la sentencia no puede ser otro que la confirmación o anulación* del acto administrativo impugnado.

A renglón seguido, agrega el art. 311 que “Cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte. Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de Derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos”.

Quiere decir que, para la asignación de efectos subjetivos o generales a la sentencia anulatoria, más que al alcance (subjetivo o general) del acto administrativo de que se trate, se atiende a la situación jurídica subjetiva del accionante, según se haya visto lesionado un derecho subjetivo o un interés directo, personal y legítimo<sup>32</sup>. Sobre el particular, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sido por demás parsimonioso para dar a sus fallos efectos generales y absolutos, habiéndolo hecho en contados casos<sup>33</sup>, especialmente fundados<sup>34</sup>.

#### IV. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO REPARATORIO

##### 1. *Sujetos*

Siguiendo el esquema planteado al reseñar el contencioso administrativo anulatorio, cabe señalar que los sujetos que intervienen en el contencioso administrativo de reparación patrimonial son los siguientes:

- a) el Juzgado competente;
- b) el actor;
- c) el demandado; y
- d) eventualmente, el tercerista.

31 Enrique E. Tarigo, “Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación”, *cit.*, p. 35 y ss.

32 Carlos E. Delpiazzo, “Efectos de la sentencia anulatoria sobre el reglamento”, en *A.A.V.V.*, “*Actividad reglamentaria de la Administración*”, F.C.U., Montevideo, 1989, p. 141 y ss.

33 *Ver*: sentencia N° 851 de 16 de agosto de 1991, en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo IX, N° 49, p. 71 y ss.; sentencia N° 996 de 23 de diciembre de 1996, en *Rev. de Derecho Público*, Año 1997, N° 11; y sentencia N° 1.016 de 9 de noviembre de 1998, en *Rev. de Derecho Público*, Año 1999, N° 15, p. 185 y ss.

34 Carlos E. Delpiazzo, “Acto administrativo y reglamento en el Derecho uruguayo”, en *Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 571 y ss.; Héctor Frugone Schiavone, “Una sentencia histórica: por primera vez el T.C.A. expresa que su decisión anulatoria tiene efectos generales y absolutos”, en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo IX, N° 49, p. 86 y ss.; y Lorenzo Sanchez Camelli, “Tercera y cuarta sentencias con efectos generales”, en *Rev. de Derecho Público*, Año 1998, N° 14, pp. 187 y 188.

Respecto al *Juzgado competente* del Poder Judicial, la situación actual es la que resulta de la ley N° 15.881 de 26 de agosto de 1987, con las modificaciones introducidas por los arts. 319 a 321 de la ley N° 16.226 de 29 de octubre de 1991, que combina el criterio material con el territorial y el cuantitativo<sup>35</sup>.

Al tenor del art. 1° de dicha ley N° 15.881, “*Los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo* entenderán, en primera instancia, en toda la materia contencioso administrativa de reparación patrimonial, en que sea parte demandada una persona pública estatal”. Según la norma, dicha materia comprende no taxativamente el contencioso de reparación por:

- a) actos administrativos anulados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o respecto de los cuales el Tribunal haya reservado la acción de reparación;
- b) actos administrativos respecto a los cuales no proceda la acción anulatoria, que son los de gobierno (siempre que así los califique el propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo)<sup>36</sup>;
- c) hechos u omisiones de la Administración;
- d) actos administrativos revocados en vía administrativa por razón de legitimidad; y
- e) actos legislativos y jurisdiccionales.

Conforme al art. 320 de la ley N° 16.226, se agrega a dicha disposición el siguiente texto: “*Los Juzgados de Primera Instancia del interior...* tendrán en su jurisdicción igual competencia que los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo. *Los Juzgados de Paz* conocerán en la materia contencioso administrativa de reparación patrimonial en que sea parte demandada una persona pública estatal, siempre que el asunto no exceda su competencia por razón de cuantía. En segunda instancia conocerán los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo en Montevideo, y los respectivos Juzgados Letrados de Primera Instancia en el interior”.

Quiere decir que, según se ha expresado en útil síntesis<sup>37</sup>, la distribución de competencia en materia contencioso administrativa de reparación patrimonial es la siguiente:

- a) en Montevideo, tienen competencia los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo;
- b) en el interior, son competentes los Juzgados Letrados de Primera Instancia;
- c) los Juzgados de Paz tienen competencia en los asuntos de menor importancia económica comprendidos dentro de su cuantía;

35 Horacio Cassinelli Muñoz, “Nueva competencia de los órganos judiciales en materia contencioso administrativa”, en *Rev. Judicatura*, N° 34, p. 343 y ss.

36 Julio A. Prat, “Contribución al estudio del acto de gobierno”, en *Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año IX, N° 4, p. 815 y ss.; y Horacio Cassinelli Muñoz, “Los actos de gobierno y los artículos 147, 160, 303 y 309 de la Constitución”, en *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 67, p. 241 y ss.

37 Augusto Duran Martínez, “El contencioso administrativo de reparación patrimonial”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo 128, sección Doctrina, p. 30.

d) las apelaciones contra las sentencias de los Juzgados de Paz son resueltas por los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo o por los Juzgados Letrados de Primera Instancia del interior, según corresponda; y

e) las apelaciones de las sentencias de los Juzgados Letrados son resueltas por los Tribunales de Apelaciones en lo Civil.

En cuanto al *actor*, cabe decir que puede serlo tanto el titular de un derecho subjetivo como el titular de un interés directo, personal y legítimo<sup>38</sup> ya que, en la medida que el contencioso reparatorio procura restablecer el equilibrio económico roto por el Estado, es preciso que el acto o hecho determinante del daño, afecte la esfera de un sujeto<sup>39</sup>.

Con relación al *demandado*, innecesario resulta abundar en que debe ser “una persona pública estatal”, es decir, un sujeto de Derecho regido primordialmente por el Derecho público y perteneciente a la organización jurídica de la colectividad que llamamos Estado en sentido amplio.

Finalmente, la intervención de terceros podrá ser voluntaria (excluyente o coadyuvante) o provocada, en los términos regulados en los arts. 48 a 55 del CGP<sup>40</sup>.

## 2. Objeto

El objeto del contencioso administrativo reparatorio es la pretensión resarcitoria de un daño causado por una entidad estatal.

*Con carácter general*, sin perjuicio de la adecuación de la acción a la índole de las posibles pretensiones<sup>41</sup>, “De acuerdo con el art. 24 de la Constitución y otras disposiciones concordantes, la acción reparatoria procede toda vez que el Estado por un acto o hecho, por acción u omisión, provoca un daño tanto material como moral. Comprende pues tanto la responsabilidad contractual como extracontractual, así como la responsabilidad por actividad legítima o ilegítima”<sup>42</sup>.

Al tenor de la citada norma constitucional, “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección”. Respecto al alcance de la referencia a “la ejecución de los servicios públicos”, existe consenso acerca de que dicha expresión está usada en un sentido amplio que hace aplicable el precepto a todos los daños ocasionados por sujetos estatales en el ejercicio de la función administrativa<sup>43</sup>.

38 Horacio Cassinelli Muñoz, “Responsabilidad del Estado por lesión de un interés legítimo”, en *Cuarto Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Edit. Nueva Jurídica, Montevideo, 1998, p. 14 y ss.

39 Aparicio Méndez, “Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo”, *cit.*, p. 62.

40 Enrique E. Tarigo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, F.C.U., Montevideo, 1994, tomo I, p. 307 y ss.

41 Juan Pablo Cajarville Peluffo, “Contencioso administrativo de reparación patrimonial”, en *A.A.V.V.* “Temas de Derecho Administrativo”, Edit. Universidad, Montevideo, s/f, p. 49 y ss.

42 Augusto Duran Martínez, “El contencioso administrativo de reparación patrimonial”, *cit.*, p. 31.

43 Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, *cit.*, tomo I, p. 658; Daniel Hugo Martins, “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya”, en *Constitución y Administración* (Montevideo, 1993), p. 263; Sergio Deus, “Responsabilidad civil del Estado”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo 94, sección Doctrina, p. 35; Julio A. Prat,

En consecuencia, la responsabilidad de cualquier Administración frente al damnificado es directa, obligándola a indemnizar pecuniariamente tanto por los actos como por los hechos y omisiones que ocasionaren perjuicio<sup>44</sup>.

Cabe añadir que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 39 de la ley N° 11.925 de 27 de marzo de 1953 -extendido a todas las entidades estatales por el art. 22 de la ley N° 16.226 de 29 de octubre de 1991- “todos los créditos y reclamaciones contra el Estado, de cualquier naturaleza u origen, caducarán a los cuatro años, contados desde la fecha en que pudieron ser exigibles”.

*En particular*, cuando el daño deriva de un acto administrativo, es preciso enfatizar que no se requiere el agotamiento de la vía administrativa a su respecto ya que dicho extremo es un requisito de admisibilidad de la acción anulatoria pero no de la acción reparatoria.

En virtud de la reforma constitucional que entró en vigencia en 1997, el art. 312 de la Carta dispuso lo siguiente: “La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que refiere el art. 309 se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine y sólo podrá ejercitarse por quienes tuvieren legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare” (inc. 1°). Agrega que “El actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado” (inc. 2°). “En el primer caso y si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente. No podrá, en cambio, pedir la anulación si hubiere optado primero por la acción reparatoria, cualquiera fuera el contenido de la sentencia respectiva. Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declarara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación” (inc. 3°).

Dicho texto vino a sustituir al anterior, a cuyo tenor “Declarada la anulación o reservada la acción de reparación, en su caso, se podrá promover el contencioso de reparación ante la justicia ordinaria para la determinación del daño causado”.

Mientras que la interpretación mayoritariamente aceptada (y seguida por la jurisprudencia) del texto sustituido era que la acción reparatoria por los daños causados por un acto administrativo ilegítimo estaba condicionada a la obtención de su previa anulación por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>45</sup>, el propósito manifiesto de la reforma fue el de habilitar al administrado una opción entre “pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado”<sup>46</sup>.

Ahora bien: despejada la cuestión de que el administrado puede elegir entre la acción anulatoria (ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo) y la acción reparatoria (ante el

---

*Derecho Administrativo*, Acali, Montevideo, 1979, tomo 4, vol. 2, p. 60; y José Korzeniak, *Curso de Derecho Constitucional 2°*, F.C.U., Montevideo, 1971, vol. 2, p. 11 y ss.

44 Carlos E. Delpiazzo, “Responsabilidad de la Administración en Uruguay”, en *Rev. Iberoamericana de Administración Pública N° 10*, INAP, Madrid, 2003, p. 34.

45 Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., tomo II, p. 553 y 554; Héctor Giorgi, *El contencioso administrativo de anulación*, cit., p. 84; Julio A. Prat, *Derecho Administrativo*, cit., tomo 4, vol. 2, p. 66 y 67; y José Korzeniak, *Curso de Derecho Constitucional 2°*, vol. 2, p. 12. En contra: Justino Jiménez de Arechaga, *La Constitución del Uruguay de 1952*, C.E.D., Montevideo, 1966, tomo IV, p. 961 y ss.; y Aparicio MÉNDEZ, *Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo*, cit., p. 72 y ss.

46 José Anibal Cagnoni, “Primeras consideraciones acerca de las reformas a la Constitución”, en *Rev. de Derecho Público*, Año 1997, N° 10, p. 44 y ss.

órgano competente del Poder Judicial), se ha planteado la interpretación de que para acudir al reparatorio patrimonial es preciso interponer los recursos administrativos que correspondan<sup>47</sup>, fundando tal aserto en la remisión que la disposición del art. 312 hace al art. 309, que es el que prevé la acción de nulidad contra los actos administrativos definitivos, es decir, aquellos respecto a los cuales se ha agotado la vía administrativa.

Según ya lo he destacado<sup>48</sup>, no es posible compartir tal postura con carácter general ya que, como bien se ha dicho, “La nueva redacción del art. 312 sólo dispone sobre la acción de reparación de los daños causados por actos administrativos definitivos, pero ninguna solución contiene para la hipótesis en que los daños fueron causados por actos respecto a los cuales no se ha agotado la vía administrativa. La reparación de los daños causados por actos administrativos no definitivos, sobre los cuales el art. 312 nada dispone, se rige entonces por el principio general, que no es otro que el contenido en el art. 24 de la Constitución: las entidades estatales son responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección, y esa responsabilidad puede exigirse judicialmente sin el requisito previo del agotamiento de la vía administrativa porque ninguna norma establece para ese caso tal requisito”<sup>49</sup>.

Lamentablemente, a pesar de que la doctrina ampliamente mayoritaria se ha expedido en tal sentido<sup>50</sup>, algunos calificados pronunciamientos jurisprudenciales se han inclinado por la tesis más gravosa para el damnificado<sup>51</sup>.

### 3. Características del proceso

Aún cuando ya quedó dicho que el objeto de esta presentación no es el análisis de los aspectos procesales, es importante enfatizar en algunos de los rasgos singularizantes del proceso contencioso administrativo de reparación.

En primer lugar, corresponde destacar que el mismo *se rige por el CGP*.

En segundo lugar, según ya quedó dicho, se trata de un proceso que admite *pluralidad de instancias*.

47 Carlos Labaure Aliseris, “El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del art. 312 de la Constitución”, en *Rev. de Derecho Público*, Año 1998, N° 13, p. 41 y ss.; y “Contencioso anulador y de reparación patrimonial”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo VI, p. 39 y 40.

48 Carlos E. Delpiazzo, “Responsabilidad de la Administración en Uruguay”, *cit.*, pp. 43 y 44.

49 Juan Pablo Cajarville Peluffo, “La reforma constitucional de 1997, los recursos administrativos y al acción reparatoria”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo 121, sección Doctrina, p. 53 y ss.

50 Augusto Duran Martínez, “Relación entre la acción anulatoria y la acción reparatoria”, en [www.elderechodigital.com.uy](http://www.elderechodigital.com.uy); Horacio Cassinelli Muñoz y Gonzalo Aguirre Ramírez, *La acción de reparación no requiere el agotamiento previo de la vía administrativa*, Edit. Nueva Jurídica, Montevideo, 1999, p. 1 y ss.; Mariella Saettoni, “La acción reparatoria y la prejudicialidad”, en *Reforma Constitucional 1997*, UCUDAL, Montevideo, 1997, p. 177; Horacio Cassinelli Muñoz, “La acción de reparación patrimonial en la reforma constitucional”, en *Reflexiones sobre la Reforma Constitucional 1996*, F.C.U., Montevideo, 1997, p. 125; Daniel Hugo Martins, “Algunos aspectos del reparatorio patrimonial”, en *Reflexiones cit.*, p. 127 y ss.; y Carlos E. Delpiazzo, “Responsabilidad de la Administración en Uruguay”, *cit.*, p. 44.

51 *Ver*: Lorenzo Sánchez Carnelli, “Contencioso reparatorio: exigencia de la instancia recursiva previa”, en *Rev. de Derecho Público*, N° 21-22, Año 2002, p. 219 y ss.

En tercer lugar, se trata de un proceso *por audiencias* ya que, una vez presentadas las alegaciones iniciales (demanda y contestación), se sustancia oralmente con presencia de las partes y el juez, caracterizándose por<sup>52</sup>:

- a) el predominio de la palabra como medio de expresión, aunque atemperada por el uso de escritos de preparación o proposición, y de documentación;
- b) la concentración del proceso en una o pocas audiencias ubicadas próximamente;
- c) la inmediatez de la relación entre el juez y las personas cuyas declaraciones el juez debe valorar o juzgar; y
- d) la apelación sin efecto suspensivo de las sentencias interlocutorias simples (sin fuerza de definitivas).

En cuarto lugar, el contenido de la sentencia, en congruencia con lo pretendido, será variable y tendrá por objeto restablecer el desequilibrio ocasionado por el daño inferido como consecuencia del hacer o no hacer estatal.

## V. ASPECTOS DE PARTICULAR INTERÉS

### 1. *Ejecución de sentencias contra el Estado*

Es de la esencia del Estado de Derecho no sólo que sea posible llevar a juicio a las entidades estatales y alcanzar una sentencia favorable dictada por un tribunal independiente e imparcial, sino también que sea posible obtener la ejecución del fallo, es decir, “asegurar la eficacia práctica de la sentencia... Ya no se trata de obtener algo con el concurso del adversario sino justamente en contra de su voluntad”<sup>53</sup>.

Dada la diversidad de sentencias contra las entidades estatales, pueden variar los tipos de ejecución de las mismas<sup>54</sup>.

En el caso de *sentencias que condenan a no hacer algo*, si la Administración demandada no cumpliera abiertamente o en forma encubierta lo dispuesto por el juez, cabrá al actor optar entre pedir la reposición al estado anterior y acumulativamente los medios de conminación o compulsión necesarios para evitar en el futuro el incumplimiento de la condena, o pedir la reparación de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la sentencia.

Tratándose de *sentencias que condenan a hacer algo*, debe distinguirse si la obligación de hacer es susceptible de hacerse cumplir por un tercero (hacer fungible) o si, por el contrario, no resulta posible hacerla cumplir por otro que no sea la Administración reclamada (hacer infungible). En este último caso, si no surtieran efecto las conminaciones económicas, no quedará otra alternativa que la reparación de los daños y perjuicios.

Si hubiere *sentencias que condenan a dar alguna cosa*, podrá ordenarse la entrega del bien bajo apercibimiento de medidas conminatorias y decretarse el desapoderamiento con auxilio de la fuerza pública. Sólo si no fuera posible la ejecución en especie, cabrá hacerlo por equivalente mediante la reparación de los daños y perjuicios.

52 Enrique E. Tarigo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, cit., tomo I, p. 72 y ss. y 331 y ss.

53 Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 438 y ss.

54 Alicia Castro, “Ejecución de sentencias contra personas públicas estatales”, en *IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Edit. Universidad, Montevideo, 1997, p. 64 y ss.

En la hipótesis más frecuente de *sentencias que condenan a pagar dinero*, hay que distinguir según se trate de cantidad ilíquida o líquida. En el primer caso, deberá procederse a la previa liquidación. En el segundo, se plantea la cuestión del alcance de la inembargabilidad que generalmente beneficia a los bienes del Estado, la cual ha sido a veces interpretada en forma estricta para posibilitar el embargo de ciertos bienes o créditos estatales<sup>55</sup>, sin perjuicio de soluciones de Derecho positivo tendientes a facilitar la ejecución de las sentencias contra el Estado<sup>56</sup> o a hacerla más gravosa<sup>57</sup>.

Un caso particular es el de las *sentencias anulatorias de actos administrativos*<sup>58</sup>. Respecto a las mismas, puede ocurrir que la reparación del agravio inferido por el acto se logre

55 Atilio Renzi Segura, "Sobre embargabilidad de ciertos bienes municipales", en *Rev. del Centro de Estudiantes de Derecho*, N° 8-9, Montevideo, 1927, tomo 1, p. 684 y ss.

56 En Uruguay, de acuerdo a la *redacción original del art. 400 del CGP*, "Ejecutoriada una sentencia contra el Estado, el acreedor pedirá su ejecución mediante el procedimiento que corresponda. Si la sentencia condenare al pago de una cantidad de dinero líquida y exigible, se hará saber al Banco de la República Oriental del Uruguay que debe poner a la orden del órgano jurisdiccional interviniente, debitándola de la cuenta del Estado, una suma equivalente al monto de la ejecución, a lo que debe proveerse dentro del plazo máximo de diez días. Confirmada por el Banco la disponibilidad de la suma, se librará orden de pago a favor del acreedor". *Agregaba el art. 401* que "Las sentencias dictadas contra los Municipios y Entes Autónomos y Descentralizados en general, se cumplirán en la forma establecida en el artículo anterior".

57 En virtud del art. 29 de la ley N° 17.296 de 21 de febrero de 2001, se dio la siguiente *nueva redacción al art. 400 del CGP*: "Ejecutoriada una sentencia contra el Estado, el acreedor pedirá su cumplimiento por el procedimiento correspondiente (art. 378 del CGP) con intimación por el plazo de diez días. Cumplido el mismo, si la sentencia condenare al pago de una cantidad líquida y exigible, y no se hubiera controvertido la liquidación por el Estado, se comunicará al Ministerio de Economía y Finanzas, el cual en un plazo de treinta días corridos a partir de su notificación, ordenará al Banco de la República Oriental del Uruguay (BROU) que se acredite a la orden del órgano jurisdiccional interviniente la suma correspondiente, previa intervención del Tribunal de Cuentas, quien se expedirá dentro de los quince días de haber recibido el expediente respectivo. Vencido dicho plazo sin que se hubiere pronunciado, el gasto se tendrá por intervenido. Confirmada por el BROU la disponibilidad de la suma, se librará orden de pago a favor del acreedor. Sin perjuicio de lo dispuesto, dictada la sentencia de condena al Estado a pagar cantidad líquida y exigible, los abogados patrocinantes de la Administración deberán comunicar por escrito tal hecho a su jerarca inmediato, quien a su vez tomará los recaudos necesarios a efectos de comunicar dicho extremo al Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Tesorería General de la Nación. El incumplimiento de lo anteriormente dispuesto será considerado falta grave". A su vez, de acuerdo al art. 42 de la ley N° 17.453 de 28 de febrero de 2002, se dio la siguiente *nueva redacción al art. 401*: "Ejecutoriada una sentencia contra los Gobiernos Departamentales o Entes Autónomos y Servicios Descentralizados industriales y comerciales del Estado, el acreedor pedirá su cumplimiento por el procedimiento del art. 378 del CGP, intimando al organismo perdedor por el plazo de diez días, el que deberá, si correspondiera, controvertir la liquidación presentada por el actor. Culminado dicho procedimiento, o cumplido el plazo de diez días sin oposición, el órgano judicial interviniente lo comunicará al órgano jerarca del organismo. Dentro del plazo de treinta días, el órgano jerarca del organismo ordenará que se debiten las sumas correspondientes de la cuenta que a esos efectos deberá tener abierta para atender dichos pagos en el BROU y se acrediten a la orden del órgano jurisdiccional interviniente. Confirmada por el Banco la disponibilidad de la suma, se librará orden de pago a favor del acreedor. Los Gobiernos Departamentales y los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados industriales y comerciales del Estado deberán realizar las previsiones correspondientes en oportunidad de proyectar sus presupuestos y prever los recursos necesarios para financiar las erogaciones del ejercicio. Los abogados patrocinantes de los Gobiernos Departamentales y de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados industriales y comerciales del Estado deberán comunicar por escrito al órgano jerarca del organismo el dictado de la sentencia de condena a pagar cantidad líquida y exigible. El incumplimiento de lo dispuesto será considerado falta grave".

58 Cristina Vázquez, "Ejecución de la sentencia anulatoria", en *Cuarto Coloquio sobre Contencioso*

íntegramente con su solo dictado o que, en cambio, sea necesario que la Administración dicte uno o más actos expresos u ordene medidas de contenido material a fin de cumplir el fallo jurisdiccional.

En el primer caso, normalmente no se requerirá actividad alguna de ejecución por parte de la Administración, salvo la obvia abstención de aplicar el acto anulado.

Por el contrario, en el segundo caso, podrá ocurrir que la Administración cumpla voluntariamente el fallo o que deba ser forzada a ello<sup>59</sup>.

Para el fiel cumplimiento de la sentencia anulatoria, el órgano competente deberá tener en cuenta los fundamentos (expresados en los Considerandos) de la decisión jurisdiccional, que constituyen los antecedentes lógico jurídico determinantes de la misma<sup>60</sup>.

Frente a la negativa franca o disimulada de la Administración a cumplir debidamente el fallo o aún ante la demora injustificada para hacerlo, cabrá la posibilidad de la intimación de cumplimiento bajo apercibimiento de responsabilidad penal por desacato u omisión contumacial de los deberes del cargo del funcionario omiso<sup>61</sup>. Asimismo, cabrá la posibilidad de demandar la reparación de los daños y perjuicios.

## 2. *Adopción de medidas cautelares contra el Estado*

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, el tema de las medidas cautelares frente a las entidades estatales es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el marco de las relaciones jurídico administrativas. Su estudio ha quedado relegado por años en virtud de prerrogativas públicas tales como la ejecutoriedad del acto administrativo y la inembargabilidad del Estado, entre otras<sup>62</sup>.

En Uruguay, estuvieron genéricamente vedadas por el art. 62 de la vieja ley de abreviación de los juicios Nº 13.355 de 17 de agosto de 1965. Con la entrada en vigencia del CGP y con la consiguiente derogación de aquella ley, ha dejado de ser inadmisibles el disponer medidas cautelares en procesos contra el Estado o contra personas de Derecho Público, sean estatales o no estatales.

---

*de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*, Edit. Nueva Jurídica, Montevideo, 1998, p. 51 y ss.

59 Ángel Landoni Sosa, *El proceso contencioso administrativo de anulación*, Acali, Montevideo, 1977, p. 134 y ss.

60 Horacio Cassinelli Muñoz, "El ajuste de la Administración a las sentencias jurisdiccionales", en *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 55, p. 70 y ss., y "La función administrativa y los fundamentos de la sentencia anulatoria", en *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 65, p. 220 y ss; Héctor Giorgi, "Cumplimiento de los fallos por la Administración", en *La Justicia Uruguaya*, tomo 40, sección Doctrina, p. 13 y ss.; y Alberto Ramón Real, "Ejecución de la sentencia anulatoria", en *Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XXI, Nº 1-4, p. 347 y ss.

61 Héctor Giorgi, "El Contencioso Administrativo de Anulación", *cit.*, pp. 301 y 302; y Cristina Vázquez, "Ejecución de la sentencia anulatoria", *cit.*, p. 59 y ss.

62 Carlos E. Delpiazzo, "Medidas cautelares en el Derecho Administrativo", en *Curso sobre medidas cautelares*, F.C.U., Montevideo, 1999, p. 207 y ss.

No obstante, la única prevista es la *suspensión de la ejecución del acto administrativo*, aunque limitadamente<sup>63</sup>. De todas maneras, es necesario enfatizar que la suspensión de la ejecución tiene por objeto aquellos actos que refieren a una actividad, pero es inócua en los casos en que el acto tiene por objeto denegar o prohibir.

Por eso, la doctrina más calificada insiste en la necesidad de ampliar el elenco de medidas cautelares frente a la Administración<sup>64</sup>. Así, se ha señalado que la suspensión opera plenamente en todos aquellos casos en que con la simple paralización de la actividad ejecutiva se puede lograr el mantenimiento de la materia del proceso y la efectividad de la sentencia, lo que ocurre normalmente respecto de aquellos actos cuyo cumplimiento comporta el ejercicio de una actividad. Pero carece de eficacia en los supuestos contrarios en que el acto administrativo contiene la denegación o la prohibición del ejercicio de una actividad<sup>65</sup>.

En sentido coincidente, se ha postulado que mientras el único mecanismo cautelar actuante durante la pendency del contencioso administrativo sea la suspensión de los actos administrativos, es necesario tener presente que de nada sirve en los casos de inactividad administrativa o de denegación por la Administración de una petición deducida ante ella<sup>66</sup>.

Por eso, bien se ha llamado la atención sobre la excesiva rigidez con que está configurada la única medida cautelar prevista y acerca de “la necesidad de flexibilizar de algún modo la dureza de la regla general de la ejecutoriedad del acto administrativo. Es imprescindible “admitir otras medidas cautelares más efectivas que la mera y simple suspensión de la ejecución del acto”<sup>67</sup>.

En tal sentido, cabe pensar en la admisibilidad de la medida cautelar de *ejecución provisional*, que tiene por objeto ejecutar provisoriamente lo que ha sido denegado o prohibido por un acto administrativo mientras transcurre el proceso principal de anulación o mientras se tramita el agotamiento previo de la vía administrativa. El fundamento de esta medida cautelar radica en garantizar al administrado una efectiva tutela jurisdiccional<sup>68</sup>.

También se ha postulado la viabilidad de la medida cautelar de *prohibición de innovar* frente a la Administración cuando ésta dicta un acto administrativo manifiestamente arbitrario o contrario a Derecho, según lo han admitido doctrina<sup>69</sup> y jurisprudencia<sup>70</sup> argentinas, por ejemplo.

63 Carlos E. Delpiazzo, “Desafíos actuales del control”, *cit.*, p. 64 y ss.

64 Carmen Chinchilla Marín, *La tutela cautelar en la nueva Justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 55 y ss.

65 Jesús González Pérez, “La justicia administrativa en Costa Rica”, en *Rev. de Ciencias Jurídicas*, San José, 1974, p. 103.

66 Luciano Parejo Alfonso, “La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa”, en *Rev. de Administración Pública*, Madrid, 1984, N° 38, p. 300 y ss.

67 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1981, tomo II, p. 548.

68 Carlos E. Delpiazzo, *Medidas cautelares en el Derecho Administrativo*, *cit.*, p. 213; y Juan Manuel Campo Cabal, *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, Temis, Bogotá, 1981, p. 187 y ss.

69 Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1962, tomo V, p. 528 y ss.; y Raúl Martínez Botos, *Medidas cautelares*, Edit. Universidad, Buenos Aires, 1990, p. 411 y ss.

70 Guillermo Andrés Muñoz, “Medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo”, en *Rev. de Derecho Público*, Año 1996, N° 9, p. 12 y ss.

En Uruguay se registra algún precedente jurisprudencial en el que se ha postulado la procedencia de la medida de no innovar cuando el acto no se basa “*prima facie*” en el ordenamiento jurídico vigente<sup>71</sup>.

Asimismo, por la vía de la acción de amparo, se ha entendido procedente reaccionar frente a la mora de la Administración y también se la ha conminado al cumplimiento de sus cometidos en caso de omisión<sup>72</sup>.

En la línea de ampliar el campo de las medidas cautelares frente a la Administración, corresponde destacar la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa operada en España con la entrada en vigor de la ley N° 29/1998 de 13 de julio de 1998 como respuesta positiva a los insistentes reclamos de la doctrina más prestigiosa<sup>73</sup>.

De acuerdo a la misma, se consagra un sistema de tutela cautelar que no se agota en una lista tasada de medidas posibles sino que reconoce en el art. 129.1 la admisibilidad genérica de “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”<sup>74</sup>.

## VI. PERSPECTIVAS

Tanto en el proyecto de ley preparado por el Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en el año 1985<sup>75</sup> como en el proyecto de reforma constitucional propuesto por el Colegio de Abogados del Uruguay en el año 2003<sup>76</sup>, se propició la inclusión de disposiciones tendientes a generar una magistratura especializada en Derecho público, así como a facilitar la ejecución de las sentencias contra el Estado y la amplia adopción de medidas cautelares contra las distintas Administraciones públicas.

En ambos casos, con distinto alcance, se propuso que la Justicia Administrativa fuera ejercida por tribunales y juzgados con amplia competencia (anulatoria y reparatoria), que actuaran en la órbita del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, propendiendo así a la especialización de los magistrados y al establecimiento de una carrera acorde en el ámbito del Derecho público.

También en ambas iniciativas se incluyeron disposiciones que no dejaran dudas en materia cautelar y de ejecución de sentencias contra entidades estatales, en el entendido de que toda limitación al respecto es una limitación al Estado de Derecho y a la garantía jurisdiccional efectiva que le es inherente. Así, en el texto proyectado del art. 310 de la Constitución, se

71 Carlos E. Delpiazzo, *Medidas cautelares en el Derecho Administrativo*, cit., p. 213.

72 Luis Alberto Viera y otras, *Ley de amparo*, Idea, Montevideo, 1993, p. 54 y ss., y 209 y ss.

73 Eduardo García de Enterría, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, Civitas, Madrid, 1995, p. 25 y ss.; y Luciano Parejo Alfonso, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1980, p. 286 y ss.

74 Mariano Bacigalupo, *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 133 y ss.

75 Proyecto redactado por los Profs. Juan Pablo Cajarville Peluffo y Carlos E. Delpiazzo, con la colaboración del Prof. Horacio Cassinelli Muñoz. Ver: Carlos E. Delpiazzo, “Apuntes para una revisión del contencioso administrativo uruguayo”, en *Rev. de la Facultad de Derecho*, N° 17, p. 51 y ss.

76 Proyecto redactado por los Profs. Juan Pablo Cajarville Peluffo y Carlos E. Delpiazzo. Ver texto en: *Rev. Tribuna del Abogado*, N° 135, p. 6 y ss.

previó expresamente que todos los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa “podrán asimismo, a pedido de parte, disponer la suspensión del acto impugnado y demás medidas cautelares que juzguen pertinentes, condenar a la reparación de los daños y perjuicios causados por el acto impugnado y disponer lo que corresponda para la plena ejecución de sus sentencias”.

Mientras no se avance en el sentido de fortalecer y dar coherencia a una Justicia Administrativa dotada de los medios jurídicos y recursos materiales necesarios para su funcionamiento, el esfuerzo de abogados, magistrados y funcionarios continuará chocando en la práctica cotidiana contra la inercia del Leviatán burocrático que son las Administraciones públicas. Así, seguirá siendo verdad que “la Justicia administrativa es una revolución pendiente” para el Derecho Administrativo al comienzo de su tercer centuria<sup>77</sup>.

---

77 Tomás Ramón Fernández, *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 110 y ss.

# Comentarios Monográficos

## PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE EXIGEN UNA INFORMACIÓN VERAZ, OPORTUNA, IMPARCIAL Y SIN CENSURA EN VENEZUELA

Luis A. Hernández B.  
*Abogado*

**Resumen:** *En este trabajo, además de analizar las implicaciones conceptuales y jurídicas de los principios constitucionales que exigen una información veraz, oportuna, imparcial y sin censura, se estudian las consecuencias de lo que debe entenderse por ello, a la luz de las distintas regulaciones que en el marco del derecho comparado se le ha dado a la libertad de expresión, y en particular, se determino el caso específico CONATEL & GLOBOVISIÓN como un diáfano ejemplo de la temática, que no solo ilustra, clarifica y ejemplifica, sino que pone de manifiesto la vigencia y actualidad del tema.*

### I. RESEÑA INTRODUCTORIA

Con el devenir del tiempo, ha llegado a constituirse una verdadera doctrina que se engloba bajo la denominación genérica de Derechos Humanos, entendiéndose por tal a ciertos derechos básicos o elementales que son inherentes a toda persona humana y que derivan únicamente de su condición de ser humano. Por el han luchado los hombres desde tiempos remotos y siguen luchando con ahínco, donde quiera que ese derecho es vulnerado o desconocido, tanto es así que ha llegado a sostenerse que, la historia del hombre es la historia de la lucha por la libertad o, dicho en la fórmula de Rudolf Von Jhreng, la historia del hombre es la lucha por el derecho<sup>1</sup>.

En lo que respecta a esa lucha que se ha trazado a lo largo de la historia de la humanidad, viene a obtener su corolario en la llamada Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948)<sup>2</sup>, aprobada por las Naciones Unidas, la cual recoge uno de los derechos fundamentales inherentes a la condición humana como lo es, el derecho a la libertad de expresión e información, al establecer en el artículo 19 que:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitaciones de fronteras por cualquier medio de expresión.

Sin duda que este precepto internacional recoge el derecho a la información que tiene toda persona como derecho humano fundamental, al expresar que toda persona tiene derecho a la libertad de opinión, de expresión y a recibir información.

---

1 Losing, Norberto, "Las Garantías Procesales de los Derechos Humanos en América Latina", *Revista de Derecho Constitucional N° 1*, en Ortiz, Álvarez L. y Lejarza, Jacqueline y Vicente Haro, J. (Comp.), Editorial Sherwood, Caracas-Venezuela 1999, pp. 221-239.

2 Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 1948.

De igual manera la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)<sup>3</sup>, o mejor conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 13, recoge y amplía lo expresado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (*ob.cit.*) al consagrar en el ordinal 1° que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección...

Así mismo, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)<sup>4</sup> es del mismo sentido que el mencionado artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica (*Ibidem*) y en el artículo 13-2-b de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)<sup>5</sup> todos estos instrumentos internacionales que reconocen la libertad de expresión e información, como un derecho humano fundamental y que por demás, fijan la línea del pensamiento de las organizaciones internacionales a este respecto.

Ahora bien, es innegable la influencia que dichas normas internacionales poseen en los distintos ordenamientos jurídicos de cada una de las naciones que integran el llamado derecho comparado, y así se desprende de las distintas constituciones que a nivel mundial reconocen el derecho a la libertad de expresión e información, desde las constituciones europeas como la del Bélgica, Dinamarca, Austria, Finlandia, Italia, Alemania, Grecia, Portugal, Países Bajos; hasta las distintas Constituciones latinoamericanas entre las cuales se encuentran Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Uruguay; y Venezuela, entre otras.

De esta manera se ha llegado así al caso de Venezuela, país latinoamericano que no es la excepción, en cuanto a la influencia del derecho internacional. En la historia constitucional venezolana se encuentran antecedentes que reconocen el derecho a la libertad de expresión e información que van, desde la primera Constitución venezolana de 1811 hasta la actual Constitución de 1999, quienes de una manera progresiva han perfeccionado con el tiempo esta institución, reconociendo de una manera general y en esencia similar la libertad de toda persona de expresión e información. Pero quizás ha sido la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), quien ha regulado con mayor precisión la institución de la libertad de expresión y el derecho a la información, mostrando en ella una visión mucho más moderna e idónea de la institución.

Uno de los aspectos sobre los cuales descansa tal argumento, es la influencia que la doctrina internacional tiene en la esencia de las disposiciones constitucionales reguladoras, tanto de la libertad de expresión como del derecho a la información, lo cual no es una mera coincidencia, ya que es un mandato del propio texto constitucional reflejado en su artículo 23 que establece:

Los tratados, pactos y convenios relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

3 Convención Americana de los Derechos del Humanos 1969. Pacto de San José de Costa Rica.

4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966.

5 Convención Sobre los Derechos del Niño 1989.

Y uno de los vestigios de esta influencia, se refleja en la redacción de los artículos que regulan la libertad de expresión y el derecho a la información, por cuanto la Constitución (1999) separa el derecho a la libertad de expresión del derecho a la información, al consagrarlos en los artículos 57 y 58 respectivamente. Y es que esta bifurcación normativa no tiene un carácter meramente formal, si no que recoge una necesidad planteada a nivel mundial al consagrar la doctrina de la libertad de expresión diferenciada del derecho a la información.

A este respecto se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien en sentencia del 12 de junio de 2001, N° 1013 caso: *Elias Santana y Asociación Civil, Queremos Elegir*, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero<sup>6</sup> estableció:

La vigente constitución separa el derecho a la libre expresión del pensamiento (artículo 57), del derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura...

Se trata de dos derechos diferentes, uno dirigido a garantizar la expresión de las ideas u opiniones, y el otro, en beneficio de los ciudadanos, constituido por el derecho de ser informados de manera oportuna, veraz, e imparcial y sin censura, por los medios de comunicación.

No obstante, una vez diferenciadas la libertad de expresión del derecho a la información, es menester destacar que este último sufre una nueva subdivisión asentada por la Corte Constitucional Colombiana<sup>7</sup>, al consagrar que el derecho a la información es un derecho de doble vía, el cual:

No cobija únicamente a quien informa (sujeto activo), si no que cubre también a los receptores del mensaje informativo (sujeto pasivo) quienes pueden y deben reclamar de aquel, con fundamento en la misma garantía constitucional, una cierta calidad de información.

Y es que, este último aspecto, referente a la información veraz e imparcial, es otro vestigio de la presencia de la normativa internacional en la novísima Constitución de 1999, la cual al regular el derecho a la información, expresa en su artículo 58:

La comunicación es libre y plural, y comprende los derechos y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

Este precepto constitucional reconoce el derecho a la información, pero lo limita al expresar que dichas informaciones deberán ser veraces, oportunas, imparciales y sin censura; es decir, que toda información emitida deberá cumplir con estos cuatro principios adoptados por el Constituyente de 1999, pero ¿Qué debe entenderse por una información veraz, oportuna, imparcial y sin censura?

---

6 Jesús Eduardo Cabrera Romero, Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, del 12 de Junio del 2001, N° 1013. Caso: *Elias Santana y Asociación Civil "Queremos Elegir*.

7 José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T332793, M.P.

## II. IMPORTANCIA DE DEFINIR UNA INFORMACIÓN VERAZ, OPORTUNA, IMPARCIAL Y SIN CENSURA

Una de las condiciones para que pueda existir una democracia clásica, es que los derechos individuales y colectivos y las libertades públicas estén consagrados dentro del marco de la Constitución. Esta condición es fundamental.

Las libertades públicas están comprendidas dentro de lo que genéricamente se denomina derechos del hombre. De hecho, el más preciado de los derechos humanos, después del derecho a la vida, es el derecho a la libertad, pero desde luego, la libertad no puede ser absoluta, esto es, ilimitada y el derecho a la información no es la excepción a este principio; toda vez, que la Constitución de 1999, exige que las informaciones cumplan con el requisito de la veracidad, oportunidad, imparcialidad y la prohibición de censura.

Tratados internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o mejor conocida como Pacto de San José de Costa Rica, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, las distintas constituciones a nivel latinoamericano y europeo, las normas rectoras y programáticas de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagran el derecho a la información, la Ley del Ejercicio del Periodismo (1994) entre otras leyes, contemplan de una u otra forma la protección al derecho a la información, tanto desde el punto de vista de quien informa, como desde el punto de vista de quien recibe dicha información, ya sea para consagrarlo o para fijar los límites dentro de los cuales se debe ejercer tal derecho.

Ahora bien, un aspecto que le da relevancia al presente estudio es que se toma en cuenta como uno de los sujetos primario que integran el tema *in comento*, al espectador. A este respecto se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien en sentencia del 12 de Junio del 2001, N° 1013, Caso: *Eltas Santana y Asociación Civil Queremos Elegir*, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero estableció:

La vigente Constitución separa el derecho a la libre expresión del pensamiento (artículo 57), del derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura...

Se trata de dos derechos diferentes, uno dirigido a garantizar la expresión de las ideas u opiniones, y otro, en beneficio de los ciudadanos, constituido por el derecho de ser informados de manera oportuna, veraz, imparcial y sin censura, por los medios de comunicación.

No obstante, una vez diferenciadas la libertad de expresión del derecho a la información, es menester destacar que este último sufre una nueva sub-división, asentada por la Corte Constitucional Colombiana al consagrar que el derecho a la información es un derecho de doble vía; el cual:

No cubre únicamente a quien informa (sujeto activo), si no que cubre también a los receptores del mensaje informativo (sujeto pasivo) quienes pueden y deben reclamar de aquel, con fundamento en la misma garantía constitucional, una cierta calidad de información.

Pero, si bien es cierto, que el Estado está llamado a velar por el cumplimiento de los límites impuestos al derecho a la información, no menos cierto es, que la idea del derecho a la información es un valor arraigado en la sociedad venezolana, donde cada uno de los ciudadanos, requieren de una manera creciente y generalizada del acceso a la información, afirmación que se logra constatar en el incremento del acceso a una serie de elementos tecnológicos, tales como las comunicaciones telefónicas residenciales, inalámbricas, Internet; los distintos medios de comunicación audiovisual, radioeléctricos, etc... Elementos que prácticamente se han convertido para algunos en más que un servicio, llegando a ser una necesidad.

Frente a este creciente incremento de la necesidad, por parte de la sociedad venezolana, de acceder a los medios informativos, se hace necesaria la regulación de dicha institución por parte del Estado, ya que como ha sido mencionado *ut supra*, las libertades no pueden ser absolutas, esto es, ilimitadas; si no que se hace necesario que el Estado las regule, asegure y controle en función de lograr garantizar, a sus ciudadanos que el uso de dichos medios no se revierta precisamente en su contra; toda vez, que esa es uno de los fines primordiales del Estado, como lo es satisfacer las necesidades de los ciudadanos, a través del ejercicio de sus funciones previamente establecidas por ley; funciones entre las cuales se encuentra la de regular, asegurar y controlar los medios, a través de los cuales se garantiza a los ciudadanos el derecho a estar informados y el de garantizar que los sujetos que se encargan de la administración de tales medios, tampoco se vean vulnerados por terceros, ni sean de igual modo vulnerados los derechos subjetivos de sus conciudadanos.

Y es en este sentido que acude la normativa constitucional, al imponer como límites a la libertad de información el que estas sean de carácter veraz, oportuna, imparcial y sin censura; límites que por demás no son ajenos a la doctrina internacional, ya que aparecen reflejados en los tratados internacionales, algunas constituciones mundiales tanto europeas, como latinoamericanas y por los distintos ordenamientos jurídicos de cada una de esas naciones.

Así lo ha sostenido la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo, en fallo de 29 de Febrero de 2000<sup>8</sup>, donde analizó la responsabilidad penal de los periodistas y editores; que sería otro derecho de los agraviados, el de querrellarse, y señaló:

En los Estados Unidos de América, donde la prensa y los medios de comunicación en general han alcanzado la más elevada potencialidad, la jurisprudencia ha establecido hace décadas la doctrina de la Real Malicia, en lo concerniente a la responsabilidad de dichos medios. Consiste esa doctrina en no hallar responsabilidad penal o civil para los periodistas, aunque lo que comuniquen sea incierto, con excepción de cuando actúen a sabiendas de la falta de veracidad.

Pero, si bien es necesario fijar límites al derecho a la información, no menos cierto es que tales límites, no pueden venir a convertirse en un elemento atentatorio de los derechos subjetivos de aquellas personas que tienen, bajo su responsabilidad, ser el medio o canal, a través del cual se logra garantizar el derecho de los ciudadanos de estar informados, ya que tal conducta sería un contra sentido; toda vez, que tal supuesto desencadenaría en la restricción al derecho mismo de información.

Por tal motivo, al exigirse en la recién promulgada Constitución de 1999, en su Artículo 58 que toda información deberá ser veraz, oportuna, imparcial y sin censura, tales requisitos no son más que los límites al ejercicio de tal derecho y el cual es perfectamente concebible como un lindero al ejercicio de un derecho humano fundamental, como lo es el derecho a la información. Ahora bien, pero al no estar definido el límite y alcance de las nociones de información veraz, oportuna, imparcial y sin censura, se considera que tales principios podrían ser trasgresores de uno de los derechos y principios de mayor relevancia para el máximo Tribunal de la República Bolivariana de Venezuela, como lo es la seguridad jurídica.

Desde este punto de vista si se toma en cuenta los límites impuesto a la información como lo son el que estas sean veraces, oportunas, imparciales y sin censura al no estar expresamente definidas y desarrolladas, por una ley que determine el sentido y alcance de tales

---

8 Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 29 de Febrero del 2000.

nociones, podrían convertirse en trasgresoras del principio de seguridad jurídica que poseen los ciudadanos; toda vez, que si no se tiene claro que debe entenderse por una información veraz, oportuna, imparcial y sin censura, los responsables de llevar adelante el deber de informar a la ciudadanía no sobran, cuando una información llena esos requisitos, cuando una información es trasgresora o no de tales principios, cuales son realmente límites racionales a la libertad de información y cuando son restricciones a la libertad de expresión y además, como saber los administradores de justicia cuando sancionar con certeza una información, si ni si quiera poseen la certeza, ni el criterio exacto del significado de lo que debe entenderse por una información veraz, oportuna, imparcial y sin censura, todo esto que además de generar inseguridad jurídica, sería trasgresora de otro principio como lo es el de fallos contradictorios.

Así lo comparte Nuñez (2003)<sup>9</sup> al expresar:

Ahora bien identificar las nociones de “Verdad” y “Veracidad” refleja la confusión de las autoridades públicas venezolanas en esta materia, (en el caso de Globovisión, la confusión de CONATEL), lo que resulta en una seria amenaza para los ciudadanos venezolanos que estamos sometidos a dichas autoridades. No esta demás indicar también que es más grave aún que dicha confusión provenga de la misma CONATEL ya que, a la fecha, este es precisamente el organismo público encargado de regular esta materia y, por lo tanto, se presume el de mayor experiencia en este campo en Venezuela y el de mejor manejo de la normativa jurídica aplicable.

### III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO

Una de las constituciones vanguardistas en la historia jurídico-constitucional venezolana y la primera Constitución que tuvo Venezuela, luego de la guerra de independencia, fue la Constitución de 1811, la cual en su artículo 181 consagró por primera vez el derecho a la libertad de expresión al propugnar que:

Será libre el derecho de manifestar los pensamientos por medio de la imprenta; pero cualquiera que lo ejerza se hará responsable á las leyes, si ataca, y perturba con sus opiniones la tranquilidad pública, el dogma, la moral cristiana, la propiedad, y estimación de algún ciudadano.

De lo anterior es importante destacar, como el constituyente de 1811 consagra el derecho de los ciudadanos a la libre expresión de los pensamientos, concibiendo como medio idóneo para manifestarlo el de la imprenta, derecho que por demás no se encuentra concebido como una facultad absoluta, si no que de inmediato se establece un límite, al expresar que cualquiera que lo ejerza asume su responsabilidad, frente a la ley, si ataca y perturba con sus opiniones una serie de valores de la sociedad de aquella época, como lo son la tranquilidad pública, el dogma, la moral cristiana, la propiedad, y estimación de algún ciudadano.

De igual modo la Constitución de 1819 consagra el derecho a la libre expresión en su artículo 4 que establece:

---

9 Ana Cristina Núñez Machado, Colectivo de Autores del Escritorio Tinoco, Travieso, Planchart; y Núñez. (comp.). *Temas sobre Derechos Constitucionales. “La Libertad de Expresión e Información en Venezuela”*, Caracas-Venezuela 2003, pp. 209 y ss.

El derecho de expresar sus pensamientos y opiniones de palabra, por escrito, ó cualquier otro modo, es el primero y más estimable bien del hombre en sociedad. La Ley misma no puede prohibirlo; pero debe señalarle justos términos, haciendo à cada uno responsable de sus escritos y palabras, y aplicando penas proporcionales à los que la ejercieren licenciosamente en perjuicio de la tranquilidad pública, buenas costumbres, vida, honor, estimación y propiedad individual.

Es menester resaltar como el constituyente de 1819 amplía los medios, a través de los cuales, los ciudadanos venezolanos pueden poner en práctica el derecho a la libre expresión de palabra, por escrito o de cualquier otro modo, donde no solo se amplía dicho medios, sino que adicionalmente al derecho a manifestar los pensamientos como lo consagraba la anterior Constitución de 1811, se agrega el de poder expresar también sus opiniones; pero uno de los cambios fundamentales que se le da a dicha institución, encuentra su punto más elevado al consagrarlo como el primero y más inestimable bien del hombre en sociedad, expresión que reseña la importancia que quiso otorgarle el constituyente a dicho derecho.

Otro de los cambios trascendentales que se pueden apreciar es el referente a las responsabilidades que está puede generar, al consagrar que la ley no puede prohibirla, pero si le esta permitido, y de su redacción se desprende que es casi un deber, el establecer las responsabilidades en que incurre los ciudadanos por sus escritos y palabras, responsabilidad que consistirá en penas proporcionadas a los que la ejercieren licenciosamente; expresión que conmina de manera primaria a los comunicadores que gozan de la licencia o el permiso para ejercer dicha función, como los primeros llamados a observar los lineamientos impuestos por el texto constitucional en el cumplimiento de tal labor en la emisión de sus ideas y opiniones, cuando estás se ejercieren en perjuicio de los mismos valores a que llamaba la Constitución de 1811, solo con unos ligeros cambios al precisar que el perjuicio sea causado en la propiedad, pero ahora circunscribiendo tal perjuicio a la propiedad individual, cambiando la expresión moral cristiana por el termino buenas costumbres y suprimiendo el dogma por el valor de la vida.

Continuando con el presente análisis histórico corresponde abordar la manera como la Constitución de 1821 regulo la libertad de expresión, pero antes menester destacar el contexto en que se produjo dicha Constitución, ya que ella es el resultado de la unión de tres países como lo son Colombia, Venezuela y Ecuador, en una sola nación que fue lo que se conoció con el nombre de la Gran Colombia o la Republica de Colombia, precisión que tiene su importancia, ya que esta vez no solo está destinada a regular el derecho a la libertad de expresión, a favor de lo que hoy conocemos como los ciudadanos venezolanos si no también a los ciudadanos de Colombia y Ecuador, recogidos en su texto bajo la denominación genérica de ciudadanos colombianos. Tal derecho se encuentra recogido en su artículo 156 al establecer que:

Todos los colombianos tienen el derecho de escribir, imprimir y publicar libremente sus pensamientos y opiniones, sin necesidad de examen, revisión o censura alguna anterior a la publicación. Pero los que abusen de esta preciosa facultad sufrirán los castigos a que se hagan acreedores conforme a las leyes.

El artículo anterior denota algunos rasgos disímiles de las constituciones anteriores, comenzando por hablar de ciudadanos colombianos y no venezolanos, por los motivos anteriormente expuestos, donde adicionalmente, ya no se habla de escritos, palabras o cualquier otro medio como la imprenta, si no que se establece como parte del derecho a la libre expresión el de escribir, imprimir y publicar libremente sus pensamientos y opiniones, adicionándole un requisito que sin duda alguna mantiene plena vigencia en nuestros días, al establecer que este será sin necesidad de examen, revisión o censura alguna anterior a la publicación, requisito en el que se estima es importante detenerse brevemente.

Se afirma que este requisito a que se contrae el constituyente de 1821 mantiene plena vigencia; toda vez, que una de las políticas más celosamente tuteladas por los organismos internacionales, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el referente a la prohibición de censura previa a las informaciones, recogida en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978), ya que ella prohíbe la censura previa, como forma para impedir la expresión del pensamiento, y de allí que establezca la responsabilidad por lo que se va a expresar, utilizando cualquier medio de comunicación; responsabilidad que nace con motivo de lo expresado, pero que nunca podrá ser previa si no posterior a su emanación. De igual modo la Constitución de 1999 se pronuncia sobre este aspecto en su artículo 58 al consagrar una información oportuna, veraz, imparcial y sin censura.

Ahora bien, para finalizar el análisis de la norma de la Constitución de 1821, hay que mencionar que al igual que sus antecesoras, recoge la responsabilidad por los conceptos emitidos al abusar de esta preciosa facultad; expresión que sin duda deja claro el alto nivel de aprecio del constituyente por dicho derecho, donde se harán acreedores de las sanciones que establezca el órgano legislativo mediante la ley respectiva.

De seguido, corresponde analizar la configuración normativa del derecho objeto del presente estudio, expresado en la Constitución de 1830 localizado en su artículo 194 "*Todos los Venezolanos tienen derecho de publicar sus pensamientos y opiniones de palabra ó por medio de la prensa, sin necesidad de previa censura; pero la responsabilidad que determine la ley*". Como puede observarse, esta norma no establece cambios significativos con respecto a los ya expresados y analizados en las anteriores constituciones, motivo por el cual no amerita mayores precisiones, salvo el destacar que se regresa a la consagración de este derecho, a favor de los ciudadanos venezolanos con motivo del suceso histórico conocido como la ruptura o desintegración de la Gran Colombia, donde los tres países que la conformaban vuelven a ser independientes entre los cuales se encuentra Venezuela.

Posteriormente a esta Constitución, es promulgada la Constitución de 1857 que consagra el derecho a la libertad de expresión en su artículo 101 y que regula en esencia similar dicha institución, con el único cambio referente a que la ley establecerá responsabilidades derivadas de las opiniones o pensamientos expresados de aquellas publicaciones que no sean relativas únicamente a los actos públicos de los funcionarios de la nación.

La siguiente en la línea de las constituciones promulgadas en la historia venezolana es la Constitución de 1858, que regula la libertad de expresión de la misma manera que sus antecesoras; es decir, que no introduce modificaciones significativas en su regulación, donde solo introduce como aporte a dicha institución al regular la responsabilidad derivada del ejercicio de dicho derecho, solo que esta vez, limita tal responsabilidad a dos valores fundamentales como lo son la moral pública y la vida privada. Y también consagra un aporte que será de gran relevancia en los años subsiguientes al garantizar que el juicio en materia de imprenta será por jurados.

Otra de las constituciones que forman parte de la historia constitucional de Venezuela es la Constitución de 1864, que regule el régimen de la libertad de emitir las opiniones o pensamientos de los ciudadanos en su artículo 14 ordinal 6, que por demás cabe destacar, será durante mucho tiempo, hasta la Constitución de 1901 el artículo en el cual se regule en las distintas constituciones venezolanas el régimen de la libertad de expresión. En dicha Constitución se introduce como cambio, el que por primera vez se utiliza el termino libertad de pensamiento y lo más importante es que consagra, por primera vez y apartándose de los lineamientos de sus antecesoras, la libertad de prensa sin restricción alguna.

Como es de hacer notar, en las distintas constituciones venezolanas de esta época se produce el fenómeno notorio de la regulación similar de la institución de la libertad de expresión, debido a que los cambios constitucionales producidos obedecían a razones totalmente ajenas a la institución objeto del presente estudio, motivo por el cual dichos cambios no son de gran trascendencia, salvo pequeñas modificaciones que no alteran su esencia. Y a este aspecto no escapa la Constitución de 1874 que al regular la libertad de expresión solo modificó levemente el régimen de las responsabilidades al establecer que en los casos de calumnias o injurias o perjuicio de terceros, queda para el agraviado expeditas sus acciones para deducirlas los tribunales de justicia competentes con arreglo a las leyes comunes.

En razón de los motivos anteriormente expuestos es que las constituciones, tanto de 1881 como de 1891, regularon la libertad de expresión de manera idéntica a su predecesora de 1874, motivo por el cual este aspecto no amerita que se haga mayor énfasis o referencia. Una de las constituciones que introduce nuevamente un cambio de importancia en esta institución es la Constitución de 1893-94, al consagrar como garantía a favor de quien exprese sus opiniones o ideas y cuando por tal conducta sea inculpado de injurias o calumnias, el inculpado no podrá ser detenido o preso en ningún caso, si no después de dictada por el tribunal competente la sentencia que lo condene; vale decir, para que una persona que haya expresado sus opiniones o ideas y se le inculpa de haber incurrido en una injuria o calumnia pueda ser apresado debe existir una orden o sentencia judicial precedente que lo ordene.

De lo anteriormente se puede apreciar que tanto las constituciones de 1901 al igual que la Constitución de 1904 y la de 1909 regulan de manera idéntica el régimen de la libertad de expresión, solo con la diferencia en estas dos últimas, donde una elimina la prohibición de ser detenido el inculpado sin una sentencia precedente y la otra la instaura de nuevo, regulación que se mantiene incólume en la subsiguiente Constitución de 1914.

Luego viene a ser la Constitución de 1922 que introduce un cambio en la pacífica y constante regulaciones constitucionales precedentes, al consagrar a favor del inculpado de los delitos de injuria o calumnia por los conceptos emitidos, la posibilidad de prestar fianza de cárcel segura para responder por los efectos de la detención, hasta sentencia ejecutoriada en aquellos casos en que obrare auto de detención contra él.

Cabe destacar que esta regulación de la libertad de emitir, los ciudadanos venezolanos sus opiniones o pensamientos se mantiene en la Constitución de 1925 y 1928, donde solo se introduce como cambio la inserción del ámbito de las responsabilidades, derivadas de las opiniones o pensamientos emitidos por incurrir el delito de ultraje y la prohibición en la Constitución de 1928 de la propaganda del comunismo.

Siguiendo con el presente análisis histórico-constitucional es menester destacar que tanto las constituciones de 1929 y 1931, no introdujeron cambios significativos a la institución objeto del presente análisis, si no que por el contrario la consagraron de manera idéntica a su predecesora de 1928, la cual se mantiene vigente a través del tiempo, hasta la Constitución de 1936 que introdujo un nuevo elemento a dicha institución de trascendental importancia y tanto es así, que se va a mantener en el tiempo hasta nuestros días al prohibir el anonimato, la propaganda de guerra, ni ninguna otra destinada a subvertir el orden político o social.

Esta innovación por demás trascendental que consagró dicha Constitución y que rompió con el asentamiento constitucional de la regulación de la libertad de expresión se ve interrumpida nuevamente, tanto por la Constitución de 1945 y de 1947, donde esta última solo adiciona la responsabilidad derivada de las opiniones emitidas, cuando éstas sean contrarias a la moral pública y se incurra en el delito de desacato, donde poseen precedentes en otras regulaciones constitucionales ya referidas. Pero esta última viene a profundizar la novedosa y

trascendental regulación que efectuara la Constitución de 1936, al consagrar que no se permite el anonimato ni tampoco la propaganda de guerra o la que tenga por objeto provocar la desobediencia de las leyes, sin que por está puedan coartarse el análisis o la crítica de los preceptos legales.

Seguidamente la Constitución de 1953 regula en de manera más escasa la institución en comento, donde únicamente tiene un elemento a destacar como la primera Constitución que consagra expresamente la fresa libertad de expresión de los pensamientos.

Ahora bien, como se ha observado y destacado las distintas constituciones venezolanas a lo largo de su historia, han regulado la institución de la libertad de expresión de manera similar, por lo que en muchos casos no se han hecho en el presente estudio mayor referencia a ellas, pero una Constitución que si merece una marcada referencia es la Constitución que tuvo mayor vigencia temporal es la historia constitucional venezolana como lo fue la Constitución de 23 de Enero de 1961, que regulo la libertad de expresión en su artículo 66 que reza:

Todos tienen el derecho de expresar su pensamiento de viva voz o por escrito y de hacer uso para ello de cualquier medio de difusión, sin que pueda establecerse censura previa; pero quedan sujetas a pena, de conformidad con la ley, las expresiones que constituyan delito.

No se permite el anonimato. Tampoco se permitirá la propaganda de guerra, la que ofenda la moral pública ni la que tenga por objeto provocar la desobediencia de las leyes, sin que por esto pueda coartarse el análisis o la crítica de los preceptos legales.

Como puede observarse, el mérito de dicha Constitución no reposa sobre la innovadora regulación de la libertad de expresión, ya que ciertamente no introduce nada innovador a dicho régimen, si no que su mérito reposa en la codificación de los elementos más importantes y trascendentales que a lo largo de la historia jurídico-constitucional se le ha otorgado a la libre expresión del pensamiento, pero que han sido reguladas de una manera intermitente, apareciendo en unas constituciones y desapareciendo luego en otras posteriores, donde el constituyente de 1961, a través de su función codificadora, logra un estatuto de la libertad de expresión que perdurara vigente por casi 40 años.

Por último se encuentra la recién promulgada y novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que regla en su artículo 57 y 58 la liberta de expresión y la cual no trascibiremos por ser precisamente el objeto central del presente análisis.

#### IV. IMPLICACIONES DERIVADAS DE LA AUSENCIA DE DESARROLLO DE UNA INFORMACIÓN VERAZ, OPORTUNA, IMPARCIAL Y SIN CENSURA

Como sabemos el 30 de diciembre de 1999 se aprobó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, producto de una Asamblea Nacional Constituyente que se configuró como un hecho inédito en nuestra historia política, donde puede decirse que la Constitución de 30 de diciembre del 1999, es la primera que es producto de una Asamblea Nacional Constituyente, electa democráticamente.

Y uno de los cambios e innovaciones fundamentales que trae el nuevo régimen Constitucional de 1999, es su regulación referente al derecho a la información previsto en su artículo 58 que consagra:

La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

Vale decir, que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el régimen jurídico del derecho a la información a sufrido un cambio fundamental y trascendental, donde lo primero que se observa es su separación del artículo que regula la libertad de expresión, razón por la cual pareciera que el constituyente de 1999 ha querido dejar en claro la diferencia diametral de ambas instituciones.

Pero, este nuevo régimen constitucional regulador del derecho a la información, no viene a ser un mero cambio de redacción en dicha institución, como se pudo observar en los antecedentes históricos constitucionales que regularon la libertad de expresión, si no que por el contrario viene a reformular dichas institución, que se inicia, desde la separación de su regulación normativa del relativo a libertad de expresión para de una manera más específica y propia de la institución, poder regular todo lo referente a un derecho fundamental como lo es el derecho a la información.

La primera consagración e innovación en el régimen jurídico constitucional del derecho a la información es que otorga el carácter de libre y plural a la comunicación, por lo que pareciera haber por parte del constituyente del 1999 una intención de que los medios, a través de los cuales se logre llevar a la ciudadanía el derecho a estar informados deberán ser plurales; es decir, por interpretación en contrario que no podrá ser política del Estado la consagración de un único medio o canal informativo, ni tampoco podrá constituirse monopolios, por parte de los sectores privados de la economía sobre dichos medio o canales informativos, por estar consagrados a favor de dichas comunicaciones su carácter plural; toda vez, que sostener lo contrario sería tanto como ir en contra del propio texto constitucional.

De igual modo dicho artículo sigue adelante en la regulación del derecho a la información consagrándola no solo como plural, si no también como libre, lo cual pareciera dar a entender que se invoca la necesidad de que las comunicaciones se efectúen sin coacción alguna; vale decir, que nadie puede ser obligado cumplir y emitir informaciones, salvo las excepciones legalmente establecidas por la propia Constitución y las leyes.

Seguidamente, el artículo consagra lo que será el objeto central del presente estudio, al establecer que toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura. Cabe decir que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, toda información que sea suministrada deberá cumplir con los cuatro requisitos impuestos por el constituyente de 1999, es decir que toda información deberá ser veraz, oportuna, imparcial y sin censura.

Pero tales requisitos, que a todas luces son innovadores, ya que aparecen por primera vez con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 como requisitos de rango constitucional, no aparecen desarrollados ni definidos, ni por una legislación especial que los desarrolle y defina cual es su sentido y alcense conceptual y jurídico en el marco del ordenamiento jurídico venezolano, ni en la exposición de motivos de la propia Constitución de 1999, ni en ningún otro texto normativo que nos permita tener un sentido exacto de lo que debe entenderse por una información veraz, oportuna, imparcial y sin censura.

Cabe destacar que es conteste la doctrina constitucional en afirmar, que no es el carácter de las constituciones el desarrollar, explicar y definir los derechos, principios, garantías y normas en ella consagrados, sino que muy por el contrario de allí deviene su carácter abstracto, ya que es costumbre en la implementación de las redacciones constitucionales que en ellas solo se consagre una serie de principios y valores generales y abstractos, derivados del contrato social o de la convención de la sociedad, a quien ella esta destinada a regular.

Siendo esto así, no es labor de las constituciones el desarrollar, explicar y definir los derechos, principios, garantías y normas en ella consagrados, si no que esa es una labor del órgano legislativo nacional, que en el caso venezolano es la Asamblea Nacional quien mediante leyes orgánicas, especiales y simples desarrolle, defina y explique las normas, valores, garantías y principios consagrados en la Constitución, todo esto, con la finalidad de excluir la inseguridad jurídica que puede generar los dispositivos constitucionales.

Es menester destacar, que si bien es cierto tal apreciación, ello no excluye la inseguridad jurídica generada desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, al exigir como requisitos de toda información que esta deba ser veraz, oportuna, imparcial y sin censura, se considera que tales principios podrían ser trasgresores a uno de los derechos de mayor relevancia para el máximo Tribunal de la República Bolivariana de Venezuela, como lo es la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica ha sido definida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela<sup>10</sup>, como “*la confianza y predictibilidad que los administrados pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación del ordenamientos jurídico vigente*”.

Por lo que la seguridad jurídica no es más que la suma de certeza que debe tener todo ciudadano de que ante conductas iguales procederá el Estado a aplicar las mismas normas y que tal aplicación generara las mismas consecuencias jurídicas.

De esta manera, al no tener en claro los ciudadanos o administrados que debe entenderse por una información veraz, oportuna, imparcial y sin censura, tales principios son generadoras de dicha inseguridad jurídica; toda vez, que si no se tiene claro que debe entenderse por una información veraz, oportuna, imparcial y sin censura, los responsables de llevar adelante el deber de informar a la ciudadanía no sabrán cuando una información llena esos requisitos, cuando una información es trasgresora o no de tales principios, cuales son realmente los límites racionales a la libertad de información y cuando son restricciones a la libertad de expresión y además, como saber los administradores de justicia cuando sancionar con certeza una información, si ni si quiera poseen la certeza ni el criterio exacto, del significado de lo que debe entenderse por una información veraz, oportuna, imparcial y sin censura, todo esto que además de generar inseguridad jurídica, sería trasgresora de otro principio como lo es el de fallos contradictorios.

Es de suponer que si los jueces que conforman el poder judicial no poseen un instrumento objetivo, el cual les de una certeza de lo que deben entender por una información oportuna, veraz, imparcial y sin censura como lo sería una ley, parece obvio que al momento en que estos deban conocer en sus tribunales la imputación a una persona, porque las informaciones por el emitidas o transmitidas no son veraz, oportuna, imparcial y han sido censuradas deberán ser ellos mismos quienes desentrañen el sentido de tales principios constitucionales.

En principio tal aseveración no suena en modo alguno riesgosa, ya que está en manos de los integrantes del poder judicial el determinar en cada caso que debe entenderse por dichos principios, pero esto no es así, por cuanto es lógico pensar que un juez puede entender por información veraz, oportuna, imparcial y sin censura una cosa y otro juez entender una total-

---

10 Carlos Escarra Malavem, Sentencia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, de fecha 06 de Julio del 2000, N° 01818, Exp. 16396, Caso: *Jubilados de la Contraloría General de la Republica*.

mente distinta, pero aun más allá es posible, como ha ocurrido en distintas oportunidades, que un juez un día entiende de una manera una institución y a los días sucesivos la entiende de una manera totalmente diferente cambiando de criterio.

Siendo esto así, dicha situación evidentemente no es generadora de una certeza y en ausencia de certeza jurídica en la aplicación de las normas y en la confiabilidad de los ciudadanos, en la condenatoria o absolutoria judicial, reina la inseguridad jurídica, ya que como se definió esta como la suma de certeza que debe tener todo ciudadano de que ante conductas iguales procederá el estado a aplicar las mismas normas y que tal aplicación generara las mismas consecuencias jurídicas.

Y como también ya antes fue expuesto y sirva para fundar el presente argumento, tal conducta por parte de los órganos judiciales, podría desembocar en el vicio de fallos contradictorios; toda vez, que sí un juez por un mismo tipo de información procede a condenar a un sujeto y a otro un juez lo absuelve, se quebranta la unidad de criterios incurriendo en fallos contradictorios y generándose la ya destacada inseguridad jurídica.

De esta manera, la ausencia de desarrollo de tales principios no definen las implicaciones jurídicas que estas han de tener en el marco del ordenamiento jurídico venezolano, ya que cuando un individuo emita o transmita una información que no sea oportuna, veraz, imparcial y sin censura; desencadenara para él una serie de consecuencias jurídicas previstas en las distintas normas venezolanas y que por demás al no estar claros, tales principios podrían generar para dicho sujeto una serie de consecuencias totalmente injustas o contrarias a sus derechos subjetivos.

Adicionalmente, existe otra consecuencia que tiene destacada importancia; toda vez, que puede llegar a contrastar con las normativas internacionales, ya que al no estar expresa y objetivamente definido que debe entenderse por tales principios, eso de igual modo podría desencadenar en una censura previa por parte de los comunicadores sociales, cuando por temor a que las informaciones que deben transmitir no se ajusten a tales extremos, ellos podrían ser condenados e inculcados por transmitir informaciones que no son veraz, oportuna, imparcial o considerada censurada y aun más siendo que ni siquiera los operadores de justicia; quienes tiene el deber de aplicar las normas, poseen la certeza de que deben entenderse por tales principios, menos aun podrían estar claros los comunicadores, desencadenado todo esto en una actitud por parte de los comunicadores de reprimirse de publicar informaciones para no incurrir en tales errores.

Y esto así entendido, a su vez, es trasgresor del derecho mismo a la información; toda vez, que como ha sido expresado, el derecho a la información no solo comprende el derecho a informar, si no también comprende un derecho de mayor importancia como es el derecho de la sociedad de estar informados y de conocer las informaciones aportadas, que según el mismo artículo 58 de la Constitución de 1999 deberá ser libre y plural; es decir, que las informaciones que este reciba deberán ser plurales, distintas; lo cual es un derecho de la colectividad.

En último lugar, es menester destacar que la ausencia de desarrollo de lo que debe entenderse por una información oportuna, veraz, imparcial y sin censura, consagrado de una manera genérica en el artículo 58 de la Carta Magna, no estipula los alcances que esta debe tener; es decir, hasta que niveles debe exigirse dicha información, hasta que ámbitos pueden exigirse tales principios, deberán cumplir con tales requisitos los órganos del estado llamados a informar a los ciudadanos, deberán cumplir de igual modo las empresas privadas que ofrecen información al público, deberán cumplir con tales extremos los tribunales al informar de sus actos a las partes en juicio; vale decir, hasta que ámbitos es constitucional exigir el cumplimiento de tales principios, donde la falta de certeza genera las consecuencias anteriormente expuestas.

Es menester destacar, que siendo tales requisitos límites al derecho a la información, desde todos sus puntos de vista, estos ámbitos a los cuales deberán ser aplicados deben ser determinados con sumo cuidado, en virtud de que la exigencia de su cumplimiento, viene a ser una restricción permitida y legítima a un derecho humano fundamental como lo es el derecho de todos a estar informados, es necesario tomar en cuenta las reglas de interpretación del derecho como lo es que cuando una norma, por más constitucional que esta sea, establece una restricción a un derecho subjetivo, como lo es el derecho a estar informados, el intérprete deberá realizar una interpretación restrictiva.

#### V. DISTINTAS REGULACIONES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Es menester destacar que no se pretende realizar un análisis exhaustivo, de todas las constituciones que a nivel mundial, han regulado la libertad de expresión y el derecho a la información, lo que se pretende es realizar un esbozo de las regulaciones más importantes y resaltantes, donde se ha consagrado el derecho a la información, estableciéndose como requisitos al ejercicio de dicho derecho el que esta sea veraz, oportuna, imparcial y sin censura, ya sea consagrado, a través, de una conjunción copulativa o de una conjunción disyuntiva o alternativa; es decir, estando presente solo uno o dos de dichos requisitos, todo con el objeto de establecer comparaciones para determinar la manera como el ordenamiento jurídico constitucional venezolano ha regulado tal institución de cara al derecho constitucional comparado.

De esta manera, encontramos un precedente en el continente europeo, como es el caso de la Constitución de España de 1978, que regula el derecho a la información, aunque en el mismo artículo del derecho a la libertad de expresión, al menos lo regula en un literal aparte como lo es el literal “d” del artículo 20 que reza “Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.” Es importante observar, como la Constitución española al igual que la Constitución venezolana, al regular la libertad de expresión, exige como requisito para su ejercicio el que esta deba de ser veraz, mas se abstuvo el constituyente español de 1978 de exigir, como lo hizo el constituyente venezolano que adicionalmente esta fuera oportuna, imparcial y sin censura.

De esta manera, vemos como la Constitución española se ha ceñido, únicamente a la exigencia de que las informaciones que sean emitidas en el reino español, deberán ajustarse al parámetro de la veracidad, pero es de hacer notar, que al igual que en el caso venezolano, en España tal principio no se encuentra desarrollado ni definido en un texto legal, si no que ha sido labor de su más alto órgano judicial competente en razón de la materia, como lo es el Tribunal Constitucional Español quien, a través de su labor jurisprudencia, se ha encargado de definir los parámetros, dentro de los cuales deberá definirse la idea de lo que debe entenderse, cuando la Constitución española exige que una información deberá ser veraz, interpretación a la cual no haremos referencia por ser objeto a desarrollar en el objetivo específico siguiente.

Otro de los elementos que se considera importante resaltar, es la avanzada consagración de la Constitución española del derecho a la información, no solo desde el punto de vista del derecho a informar o comunicar información, si no también el derecho que tiene la sociedad como colectivo a recibir informaciones, al establecer que se reconocen y protegen los derechos a comunicar o recibir libremente información, aspecto que fue obviado por el constituyente venezolano de 1999 en su redacción, ya que se limitó a consagrar en favor de toda persona el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura.

Uno de los aspectos en los que si son coincidentes ambos textos constitucionales, es consagrar el carácter libre de la comunicación, donde la constitución española lo consagra al expresar que se reconocen y protegen los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión y por su parte el constituyente de 1999, lo reconoce al darle el carácter de libre a la comunicaciones.

Como anteriormente se ha expuesto, esta tendencia al reconocimientos del carácter de libre del derecho a la comunicación e información, pareciera invocar la idea de que nadie puede ser coaccionado u obligado a ejercer el derecho a la información o a comunicar una determinada información, bajo ningún supuesto, porque tal conducta sería simplemente contraria a la Constitución, donde también podría desprenderse la idea de que, toda persona puede ejercer ese derecho a comunicar una determinada información, lo cual nada excluye que el Estado pueda establecer unos parámetros para su ejercicio, siempre que estos no comporten una trasgresión al carácter libre del derecho a la comunicación.

Continuando con el análisis del derecho comparado, surge la necesidad de hacer referencia a la Constitución de Colombia de 1991, quien establece el derecho a la información en su artículo 20, donde se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Cabe destacar que el constituyente de 1991 de Colombia, avanza en la materia de regulación del derecho a la información, consagrando, a diferencia del constituyente español, no solo el carácter de veraz de las informaciones, si no adicionalmente el de imparcial, que si aparece expresado en el artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pero que a su vez, y a diferencia de este ultimo, se abstiene de exigir el que estas deban ser oportunas, más si reconoce el que esta no podrá estar censuradas el establecer en su parte final que no habrán censuras.

Otra de los elementos a destacar, es que sigue la tendencia del constituyente español, en lo referente a invocar en su redacción el derecho que tiene toda persona a no solo difundir la información, si no el derecho que tiene la sociedad de recibir la información, al expresar que se garantiza a toda persona la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial, que como ya hemos mencionado fue totalmente obviado por el constituyente venezolano de 1999.

Y es que tal consagración adquiere importancia, al coincidir con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>11</sup>, expreso al respecto:

Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.

Expresa la Corte el doble ámbito del derecho a la información, por un lado el derecho individual que tiene toda persona de emitir y comunicar una determinada información y por el otro el derecho colectivo que posee la sociedad a recibir informaciones y a estar informado.

---

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985, Caso: *Colegiación Obligatoria de Periodistas*.

De igual modo, la Constitución de 1991 de Colombia consagra el carácter libre del derecho a la información y comunicación, al igual que la Constitución venezolana y española, que por demás pareciera ser una tendencia a nivel mundial dirigida al reconocimiento de tal principio, a favor del derecho a la comunicación.

Para finalizar con este estudio de derecho constitucional comparado, se hace menester destacar que la prohibición de censura a las informaciones es un requisito que se encuentra más difundido y presente en la mayoría de las constituciones a nivel mundial, ya que se encuentra expresado en diversas Constituciones, desde las Europeas como las de Bélgica, Dinamarca, Austria, Finlandia, Italia, Alemania, Grecia, Portugal, Países Bajos; hasta las distintas Constituciones Latinoamericanas entre las cuales se encuentran Argentina; Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Uruguay, y Venezuela, entre otras.

Este asentamiento generalizado de las distintas constituciones que a nivel mundial han consagrado el derecho a la información, bien sea enmarcado dentro del derecho a la libertad de expresión o bien sea por separado, como lo hace la Constitución venezolana de 1999, pareciera invocar una tendencia mundial a la aceptación de la prohibición de censura previa a las informaciones, afirmación que se ve reforzada por la adopción de dicha prohibición, por la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) que en su artículo 13.2 prohíbe la censura previa, como forma para impedir la expresión del pensamiento.

#### VI. ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS QUE EXIGEN UNA INFORMACIÓN VERAZ, OPORTUNA, IMPARCIAL Y SIN CENSURA

Como ha sido expresado y resaltado en anteriores oportunidades, el artículo 58 de la Constitución de 1999, regula y reconoce el derecho a la información, al expresar que toda persona tiene derecho a la información, pero de inmediato pasa a establecer cuatro condiciones o caracteres básicos que deberán de cumplir tales informaciones; es decir, que estas habrán de ser oportuna, veraz e imparcial, sin censura, donde cada uno de estos principios viene a constituir el objeto del presente estudio, motivo por el cual se desarrollara cada uno por separado a objeto de discernir y desentrañar el sentido y alcance conceptual y jurídicos.

En primer término, tenemos que uno de los parámetros que exige el constituyente de 1999 es el que las informaciones deberán ser veraz. Según el Diccionario de la Real Academia Española (2001)<sup>12</sup> proviene del latín *verus* que significa “*verdadero, realidad, verdad en lo que se dice o hace; Eficacia, fervor y actividad con que se ejecuta o desea algo con verdad con formalidad, eficacia o empeño*”. Vemos que es este el último criterio el mayoritariamente aceptado por la doctrina que entiende por veraz al fervor o empeño con que se ejecuta una determinada actividad; prácticamente es la exigencia de desplegar un esfuerzo o empeño en la realización de una determinada conducta o labor.

Según el *Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado* (1997)<sup>13</sup> veraz significa verdad, sinceridad, con lo cual se ratifica que el empleo de tal palabra denota una invocación a la verdad como valor que deberá estar implícito en las informaciones comunicadas, pero solo como un elemento orientador que debe guiar sus actividades, pero nunca entendiéndola la veracidad y verdad como dos nociones idénticas; toda vez, que no lo son, situación esta que será explicada más adelante y donde se emplearan las presentes definiciones.

12 Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*, España 2001.

13 García Pelayo, R. *Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado*, Buenos Aires-Argentina, 1997.

De esta manera se observa como el constituyente de 1999, al regular el derecho a la información, exige que tales informaciones deberán observar la verdad como uno de los parámetros que deben influir al momento de emitir tales informaciones, motivo por el cual se hace menester definir que se entiende por la verdad.

Según el *Diccionario de la Real Academia Española (ob.cit.)* proviene del latín veritas y significa:

*Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente. Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa. Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna. Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente. Existencia real de algo. Verdad, conformidad de lo que se dice con lo que se piensa. Aquella que es evidente, o la que se tiene por tal. Verdades evidentes contrario a ella. Para asegurar la certeza y realidad de algo Con engaño, con artificio contraponiendo algo a otra cosa, como que no impide o estorba el asunto, o para exceptuarlo de una regla general. Decir lo contrario de lo que se sabe. Para significar el disgusto que causa a alguien el que le pongan de manifiesto sus desaciertos o defectos para asegurar y confirmar la realidad de lo que se dice.*

Como podrá observarse, todas estas son explicaciones de lo que ha de ser entendido por la verdad, pero si la analizamos en su conjunto encontraremos que ninguna de ellas da una definición real y exacta de lo que debe entenderse por la verdad, si no que se limitan a dar caracteres de ella o formas para obtenerla o antivalores a la verdad en contraposición. Y es esto perfectamente entendible, porque la verdad es un valor que pertenece a ese orden de cosas abstractas, por las cuales el hombre ha buscado e intentado a lo largo de la historia, poder definir lo que debe entenderse en todo tiempo en todo lugar y en todo contexto lo que es la verdad.

Y es este sentido el que ha adoptado el Tribunal Constitucional Español, al momento de tener que definir el carácter de veraz, que adopta la Constitución de España de 1978, para el ejercicio del derecho a la información veraz; toda vez, que se abstiene de definir lo que ha de entenderse por una información veraz, si no que fija los parámetros y el marco en el cual, podrá ser entendido que se ha cumplido con el deber constitucional de la verdad y cuando no ha sido así.

En sentencia del Tribunal Constitucional Español (2003)<sup>14</sup> se expresó:

Sobre la veracidad de la información, este Tribunal ha establecido una consolidada doctrina según la cual este requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado.

De lo anterior se desprende, adicionalmente que al entendido de este máximo tribunal el requisito de la veracidad constitucional, no debe entenderse como una perfección de las informaciones emitidas o transmitidas, si no que admite que tales informaciones podrían incurrir en errores o en inexactitudes, pero que no lleguen a alterar la esencia de la información; toda vez, que dicha veracidad no esta orientada a la exigencia de informaciones perfectamente

14 Magistrado Ponente Pablo García Manzano, Sentencia del Tribunal Constitucional Español, de fecha 15 de Septiembre del 2003. STC158/2003.

exactas, sí no a imponer en cabeza de quienes asumen el derecho al ejercicio de tal derecho constitucional una labor de diligencia, tendente a la comprobación de la realidad de las informaciones a ser transmitidas.

Esta tesis se ve corroborada en las siguientes líneas de dicha sentencia cuando afirma que:

La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos. De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información.

Hemos, asimismo, señalado que la diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse a priori y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso.

Es menester destacar, que entiende el Tribunal Constitucional Español que para determinar cuando se ha cumplido por quien emitiera una determinada información con su labor diligente, este juzgamiento no podrá realizarse *a priori*, si no por el contrario, para determinar si se a cumplido con tal deber, tendrá que determinarse con posterioridad, si tal persona ha cumplido con el deber de diligencia y de verificación de las informaciones por él emitidas y que corresponderá al órgano judicial determinar, en cada caso concreto si se ha cumplido con este o no. Siguiendo con el análisis procede el Tribunal a fijar una serie de indicadores de cómo determinar, cuando se ha cumplido con tal deber de diligencia a este respecto afirma:

En este sentido, hemos establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional, y que aparecen recogidos en las citadas Sentencias. Entre otros, hemos señalado que el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad, cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere. De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia.

También debe valorarse, a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible, cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia” o “la transmisión neutra de manifestaciones de otro. Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos como el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.

Finalmente, hemos afirmado que la intención de quien informa no es un canon de la veracidad, sino la diligencia al efecto desplegada, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo o forma pueden resultar lesivos del honor de una tercera persona”.

Es de destacarse en estas precisiones que el Tribunal fija una serie de parámetros que ayudarán a los jueces a determinar en cada caso en concreto, si se ha cumplido con la labor de diligencia exigida, entre los que se considera importante destacar que cuando las informaciones emitidas puedan resultar en descrédito de una persona ajena tal deber de diligencia será mayor; toda vez, que tales informaciones podrían llegar a perjudicar el honor la reputación de dicha persona, pero por otra parte expresa que habrá de ponderarse, a la hora de la determinación de las responsabilidades y del cumplimiento del deber de diligencia, la

determinación de las responsabilidades y del cumplimiento del deber de diligencia, la presunción de inocencia como otro derecho constitucional de quines emitan dichas informaciones. También reitera que el norte o el canon de quien informa no es cumplir con el deber de la veracidad en sus informaciones si no el de la diligencia que estos habrán de observar al momento de la obtención de sus informaciones.

Para finalizar el análisis que efectúa el Tribunal Constitucional Español y que sirve de aporte al presente estudio constitucional, reitera nuevamente:

Como ya hemos apuntado, cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, o sencillamente no probadas en juicio, pues las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio. La veracidad de una información en modo alguno puede identificarse con su realidad incontrovertible, puesto que ello constreñiría el cauce comunicativo únicamente a los hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados. De ahí que la prueba de la veracidad no pueda consistir en la acreditación de que lo narrado es cierto, puesto que ello constituiría una *probatio* diabólica, por imposible en la mayoría de los casos. Dado que el canon de la veracidad se cifra en la diligencia razonablemente exigible, el objeto de su prueba no son los hechos en sí objeto de narración, sino aquellos hechos, datos o fuentes de información empleados, de los que se pueda inferir la verosimilitud de los hechos narrados.

De esta forma, el tribunal hace énfasis en que no se puede establecer como condición necesaria para el ejercicio del derecho a la información, el que estas sean exacta, perfectas y sin ningún margen de errores, porque declara que en tal supuesto la única seguridad que habría de no ser juzgado sería el silencio; es decir, no informar ya que solo podría comunicarse aquellos hechos plenamente demostrados, de donde concluye el tribunal la prueba en el caso de los informadores no recae en la demostración de la verdad de tales elementos, si no en su labor de diligencia, a través, de las fuentes empleadas para lograr la obtención de tales informaciones; toda vez, que sostener lo contrario sería tanto como poner en cabeza de los informadores una prueba diabólica o imposible.

Esta referencia al Tribunal Constitucional Español posee una marcada importancia, ya que esta fue recogida y aceptada en su mayoría por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, quien en sentencia Cabrera (2000) de la Sala Constitucional, caso: *Elias Santana y Asociación Civil Queremos Elegir* hizo suya tal criterio al expresar:

La doctrina transcrita, que hace suya esta Sala, que ha sido tomado de la obra de Tomás Gui Mori, *Jurisprudencia Constitucional 1981-1995*, Edit. Civitas S.A., Madrid 1957, p. 1976, es clave para el manejo del alcance de la libertad de información y las responsabilidades que el abuso de la misma puede generar, así como para delinear los derechos y acciones que tienen las personas<sup>7</sup>.

En este fallo la Sala Constitucional procede a interpretar el artículo 58 de la Constitución de 1999 y entre otras cosas establece con respecto al derecho a la información oportuna, veraz, imparcial y sin censura:

Los medios de comunicación, al permitir a las personas estar informados, satisfaciéndoles su derecho, en cuanto a esa información o noticia actúan en dos planos: uno general, donde deben emitir información veraz, oportuna e imparcial, donde se evita la difusión de la noticia falsa, o manipulada con medias verdades; de la desinformación que niega la oportunidad de conocer la realidad de la noticia; o de la conjetura o información parcializada para lograr un fin específico contra algo o alguien.

Es decir, que entiende la Sala Constitucional que los principios que consagran una información oportuna, veraz, imparcial y sin censura, procuran es el evitar la difusión de la noticia que es falsa o que está manipulada, por quien tiene la misión de llevar a delante el derecho de los ciudadanos a estar informados, o noticias que presentan medias verdades con la finalidad de evitar la desinformaciones que niegan el poder conocer las noticias reales, logrado a través de conjeturas o informaciones parcializadas para lograr un fin por parte del informante en contra de algo o alguien.

Igualmente declara la Sala como un atentado a la información veraz e imparcial tener un número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, a menos que el medio en sus editoriales o por sus voceros, mantenga y se identifique con una línea de opinión congruente con la de los columnistas y colaboradores.

Vale decir, que declara la Sala como contrario a los principios de una información oportuna, veraz, imparcial y sin censura, el tener mas columnistas de una misma tendencia ideológica, ya que de alguna manera estimaría la Sala que no se estaría cumpliendo con el deber de imparcialidad y el la pluralidad de las informaciones, donde los ciudadanos tienen el derecho a recibir todos los puntos de vista posibles sobre un mismo hecho, estableciendo de igual modo una sola excepción a esta regla general, como lo es que el informante deje claro, a través de sus editores o voceros, que se encuentra identificado con una línea de opinión coincidentes con la de los columnistas y colaboradores.

Siguiendo el análisis de la institución, expresa la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que “Hay falta de veracidad, cuando no se corresponden los hechos y circunstancias difundidas, con los elementos esenciales, no totales de la realidad”. Pareciera haber por parte de la Sala una invocación del criterio asentado por el Tribunal Constitucional Español, que el requisito de la verdad en modo alguno puede identificarse con su realidad incontrovertible, si no que basta con la labor de diligencia por parte del sujeto informante de comprobación de veracidad de la información, a través, de sus fuentes que serán los elementos probatorios que le permitan comprobar tal deber de diligencia.

Y es de suponer que es este el sentido de tal expresión realizada por la Sala, ya que como se ha referido anteriormente la Sala Constitucional ha hecho suyo tal criterio, donde se desprende que no es exigible con la veracidad una información perfecta, exacta y solo se publiquen aquellas informaciones plenamente comprobadas, si no que por el contrario se admite que estas puedan tener errores e imprecisiones que no alteren la esencia de la información. Son aquellas informaciones comunicadas con desprecio de la verdad que demuestran una conducta negligente, que comunique como hechos, simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas.

Dicho criterio se fundamenta y es admitido igualmente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, tomado de la obra “*Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid 1984, al respecto ha señalado “*Una información inexacta no constituye un objeto digno de protección, porque no puede servir a la correcta formación de la opinión postulada por el Derecho Constitucional*”; es decir, que tales expresiones no deben gozar de la protección por parte del sistema jurídico venezolano, por no contribuir en nada a la correcta información que deben tener los ciudadanos consagrada por la Constitución.

Continúa la Sala su análisis citando una Sentencia del Tribunal Constitucional Español de (1990) que:

La veracidad no actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos, puesto que su operatividad excluyente de la antijuricidad de las intromisiones en el honor e intimidad de las personas es muy distinta, según que se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte al derecho al honor o a la intimidad (...) El deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues, al asumir y transmitir a opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o in veracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador (...)"

De esta manera, juzga dicho Tribunal que el requisito de la veracidad no opera de igual manera en todos los casos, es decir, que en todos los casos se pueden establecer y aplicar los mismos parámetros, para determinar así se ha cumplido con el deber de diligencia del informador, donde adicionalmente establece la Sala que tal deber de diligencia no se encuentra acreditado ni cubierto por la remisión, por parte del informador a fuentes indeterminadas, que en nada liberan al informador de tal deber de diligencia, por cuanto al hacer pública su noticia es natural pensar que es una labor necesaria la de contrastar las informaciones con fuentes fidedignas por parte de dicho informador.

De esta manera se considera que ha quedado expuesto lo que ha de ser entendido por una información veraz y la manera como podría cumplirse con tal deber constitucional, motivo por el cual se hace necesario pasar al requisito de la información oportuna.

Sobre este aspecto se hará más difícil determinar como opera el deber de oportunidad de las informaciones; toda vez, que este requisito no tiene precedente alguno ni en el ordenamiento jurídico venezolano ni en el ordenamiento jurídico comparado, sin embargo a este aspecto se tratara de desarrollar en su sentido y exacto alcance.

El *Diccionario de la Real Academia Española* (2001) establece que oportuno proviene del latín *opportunus* que significa "que se hace o sucede en tiempo a propósito y cuando conviene". En el mismo sentido es definido por el *Diccionario del Pequeño Larousse Ilustrado* (1992) de esta manera pareciera invocar el Constituyente de 1999 al exigir que las informaciones sean oportunas el que estas sean transmitidas cuando se hacen, vale decir cuando se producen o cuando estas son convenientes.

De este modo, la invocación del carácter oportuno de la información pareciera exigir que siendo que estas, a diferencia del derecho a la libertad de expresión se fundamentan sobre hechos, estos deberán ser transmitidos al momento en que se produzcan, pero como sabemos tal afirmación así esgrimida parece en algunos supuestos imposible, porque si bien es cierto existen casos en los cuales es posible transmitir en los distintos medios, como radio o televisión, a través de señales microondas, no menos cierto es que a veces los informadores no cuentan con la posibilidad de tales medios y no podrían constituirse en su contra, tal prohibición de informar, por el simple hecho de no poseer tales instrumentos o por presentarse un percance que se lo impida o peor aun, para el caso de medio como el de la prensa que por su carácter propio de ordinario, solo pueden presentar las informaciones al día siguiente de haber ocurrido.

De lo anterior se desprende que sería ilógico establecer en cabeza de los informadores, el deber de informar los hechos cuando estos se produzcan, si no que la interpretación más sana sería la de considerar que quienes manejen las informaciones sobre determinados hechos deberán informarlos, si desean ejercer su derecho a la información de manera libre, en el menor tiempo posible, donde no se podría exigir un tiempo específico y genérico para que las informaciones sean llevadas ante la opinión pública.

De esta manera, se considera que al igual como se ha establecido en el supuesto de la veracidad, para cumplir con tal requerimiento, no es necesario que estas sean perfectas exactas, si no una labor de diligencia por parte del informante, de igual modo se estima que solo se requerirá para cumplir con el deber de la oportunidad de la información el que el informante, a través, de esa misma labor de diligencia, haya comunicado la información en el menor tiempo posible, sin haber actuado de manera negligente en el tiempo que tenía para comunicarla, ni mucho menos haber realizados actos que sugieran la intención de abstenerse de dar a conocer dichas informaciones..

Y es que este debe ser el sentido en que opera tal principio de oportunidad, ya que este pareciera ser el sentido que le otorga el Constituyente de 1999, el de fijar en cabeza de los informadores un deber de diligencia al momento de hacer públicas sus informaciones; toda vez, de que estas no sean presentadas semanas, meses, años más tardes, cuando en realidad esta información era importante en otra época, en la que los informadores tuvieron conocimiento de esta, que aun teniéndola no la saquen a la luz pública, siendo que dicha información era importante para una coyuntura o un momento determinado o como dice el Diccionario de la Real Academia Española cuando era conveniente, correspondiéndole a los órganos que integran el Poder Judicial en cada caso determinar si he ha cumplido o no tal extremo.

De esta manera, lo que se buscan también es la protección del derecho que poseen los ciudadanos, a conocer las informaciones que le son de interés en un momento determinado y a que estas no sean presentadas o comunicadas, cuando ya no poseen ningún valor para ellos y a evitar que tales comunicadores, impidan la salida en el tiempo oportuno de informaciones que para ese momento eran de importancia para dichas personas, presentándolas tiempo después cuando ya han perdido tal valor.

La única referencia que se encuentra sobre la oportunidad en la sentencia de la Sala Constitucional (*ob.cit.*) es cuando expresa:

El manejo masivo de la noticia, que permite a la persona ejercer el derecho a la información oportuna... La información es un derivado de la libertad de expresión, pero por su especificidad y autonomía, la trató aparte el Constituyente, sobre todo al tomar en cuenta la existencia de los medios de comunicación, ya que la información se comunica y, de no ser así, prácticamente no existiría. La información clandestina no pasa de ser el chisme, el rumor o la intriga, a nivel personal y no masivo.

De esta apreciación en realidad poco ayuda a definir lo que ha de ser entendido por la oportunidad que exige la Constitución a la informaciones emitidas, pero nos da solo una perspectiva a destacar y es que el manejo masivo de la informaciones es uno de los elementos que ayudan a consagrar y desarrollar el principio de oportunidad de las informaciones, ya que las informaciones clandestinas no pasan de ser solo un chisme, rumor intriga a nivel personal y no masivo, motivo por el cual las informaciones se comunican, ya que de no ser así prácticamente no existirían.

Así se considera que se ha logrado desentrañar el sentido que otorga la Constitución de 1999 al exigir como oportuna una información, donde se desprende y hace imperioso pasar al análisis del requisito de la información imparcial que no menos ardua será su tarea de definición.

Del mismo modo siguiendo el esquema de trabajo, define el Diccionario de la Real Academia Española (*ob.cit.*) la imparcialidad como “que juzga o procede con imparcialidad. Que incluye o denota imparcialidad. Que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad”; vale decir, que cuando la Constitución exige que las informaciones sean imparciales, esta requiriendo que los informadores no se encuentren adheridos a parcialidad

alguna; es decir, que no tomen partido a favor de nada ni de nadie, si no que al momento de transmitir y hace publicas las informaciones estas lo realicen de una manera imparcial sin tomar partido.

Por su parte el *Diccionario del Pequeño Larousse Ilustrado* (*ob.cit.*) define la imparcialidad como aquel “*que no sacrifica la justicia a consideraciones personales justo, objetivo, equitativo*” de lo anterior se desprende, que es deber de las personas que pretendan ejercer el derecho a la información al momento de hacer publicas estas, el de no alterarlas por consideraciones personales; vale decir, bien sea por que estas le beneficien o por que estas les perjudiquen de manera que estas consideraciones personales puedan influir en las informaciones por el emitidas.

Pero como se ha destacado anteriormente, no es nada fácil determina el sentido en el cual el constituyente de 1999 ha establecido al que las informaciones sean imparciales, ya que como afirma Garay (2001)<sup>15</sup> “*la imparcialidad es algo difícil de aquilatar pues todos tenemos prejuicios y parcialidades en uno u otro sentido*” tal afirmación es solo una corroboración de los conceptos anteriormente expresados, donde determinar que es la imparcialidad es algo difícil de determinar, ponderar y cumplir; toda vez, que cada ser humano tiene parcialidades en torno uno u otro sentido en cada discusión.

Y en este sentido se expresa Yagosesky (2001)<sup>16</sup> quien afirma:

*Cada persona otorga un significado diferente a lo que percibe, puesto que percibimos desde nuestros arquetipos innatos, así como desde los códigos culturales particulares adquiridos durante la crianza y la socialización. Esos códigos o mapas, varían en cada persona. La palabra robo no significa lo mismo para el ladrón que para la víctima. En resumen, cada persona percibe a penas lo que su filosofía y aprendizaje le permiten percibir. De allí que un mismo mensaje pueda ser interpretado de diez maneras distintas por diez individuos diferentes”.*

La cita anterior, si bien en principio no se refiere expresamente a la imparcialidad, nos aporta una perspectiva que es necesario destacar, la cual nos afirma que al momento de determinarse si una persona que emite una información la está transmitiendo de una manera parcializada, habrá que examinar si tal parcialidad no deviene de algunos de los elementos a que se contrae la cita anterior, como lo sería los arquetipos innatos, códigos culturales particulares adquiridos durante la crianza y la socialización.

Un ejemplo de esto podría constituirlo, si a un periodista le corresponde cubrir la información de una sentencia emanada hace solo 20 minutos del Tribunal Supremo de Justicia, como ha ocurrido en diferentes oportunidades; tal vez, la información que transmita dicho periodista podría estimarse parcializada a favor o en contra de dicha sentencia, pero tal apreciación podría obedecer al desconocimiento por parte de dicho profesional de la comunicación que solo se ha preparado para ser un comunicador y no entiende de conceptos emitidos en un fallo de nuestro máximo tribunal y que por su aprendizaje, no le permite entender a ciencia cierta y cabal los las apreciaciones emitidos en dicha sentencia, llegando a distorsionar el sentido en ella expresado, todo esto sin tomar en cuanta la parcialidad que como seres humanos tenemos en uno u otro sentido como afirma Garay.

15 Juan Garay, *La Constitución*, Corporación AGR, Caracas-Venezuela, 2001, pp. 45

16 Renny Yagosesky, *El Poder de la Oratoria*, Júpiter Editores C.A., Caracas-Venezuela 2001, pp. 102-103.

Pero si bien todo esto es cierto, no menos cierto es que como ya se ha expresado *ut supra* por el Tribunal Constitucional Español y por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el derecho a la información esta relacionado con los hechos en contraposición a las opiniones que forma parte del derecho a la libertad de expresión. De esta manera los informadores de los hechos, para entenderse que han cumplido con tal deber constitucional, deberán observar dentro de su labor de diligencia el transmitir estas sin tomar parcialidad alguna o partido alguno, ni a favor ni en contra, si no informando los hechos tal cual se ha producido, haciendo un esfuerzo por transmitir tales informaciones sin tomar partido ni en favor ni en contra de estas, correspondiendo a los órganos judiciales determinar en cada caso si tales informadores han cumplido con su deber de diligencia de transmitir tales informaciones de una manera imparcial, al igual que con el de la oportunidad y la veracidad tomando en cuenta las referencias ya realizadas.

De este modo se considera cubierto el análisis referente al principio de imparcialidad de las informaciones que requiere la Constitución de 1999, por lo que se hace necesario pasar al análisis del último de los principios o requisitos con que deben cumplir las informaciones que es el de que estas no podrán estar sometidas a censura.

Con respecto a lo referente a la censura, ocurre un fenómeno distinto al que ha caracterizado a los anteriores principios y es que es abundante las definiciones y delimitaciones, sobre la prohibiciones de censuras a las informaciones, solo que en su mayoría están referidas a la libertad de expresión, pero aun así estas también son validas en el marco del derecho a la información, ya que recordemos como lo ha expresado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (*Ibidem*):

El artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela desarrolla otro concepto distinto al anterior, el del Derecho a la Información, el cual está íntimamente ligado al de la libertad de expresión, ya que las ideas, pensamientos y opiniones a emitirse se forman con base en la información.

De esta manera se consagra como el derecho a la información, aun cuando es un derecho que posee una autonomía frente a la libertad de expresión, no menos cierto es que posee a su vez, una fuerte y estrecha relación con dicha institución y que es resaltada por la anterior sentencia al establecer que esas ideas opiniones a que se contrae la libertad de expresión se derivan y se forman de las informaciones.

Cabe destacar y recordar que en la oportunidad de realizarse el estudio de derecho comparado con las distintas constituciones mundiales que regulan el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, se llegó a la conclusión de que existía una tendencia mundial a reconocer y aceptar como un elemento del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, el que esta no podrá estar sometida a censura previa.

Y uno de los instrumentos internacionales que recoge tal precepto es la Ley Aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos (1978), quien en su artículo 13.2 prohíbe la censura previa, como forma para impedir la expresión del pensamiento, al expresar que el ejercicio del derecho mencionado, no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Y una de las interpretaciones mayoritariamente aceptadas sobre la censura previa, fue la realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985, en el caso de la colegiación obligatoria de los periodistas donde interpreto el artículo 13.2 de dicha Convención y que estableció:

El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.

De esta manera se observa como la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece al regularse la prohibición de censura, dentro del marco del Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos se prohíbe la censura previa del derecho a la libertad de expresión del pensamiento, donde lo que esta expresamente prohibido y no sujeto a relajo alguno es su censura previa, más si permite que se puedan imponer responsabilidades posteriores siempre y cuando tales responsabilidades cumplan con la finalidades por ella fijado.

En este aspecto también opina Casal, J. y Chacón, A. (Coord.) (2001)<sup>17</sup> al expresar: “*Así la Corte Interamericana ha determinado que lo prohibido no es solo la censura previa, sino que, además, cualquier medida de carácter preventivo, de acuerdo con el artículo 13.2 de la CADH, siendo posible solo responsabilidades ulteriores*”.

De esta forma dicho autor adicionan otro elemento a ser tomado en cuenta dentro de la prohibición de censura y es que no solo se prohíbe la censura previa, si no que también esta prohibida cualquier tipo de medida preventiva de conformidad con dicho artículo permitiéndose solo establecerse responsabilidades posteriores.

También ha sido corroborado tal criterio por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Cabrera (2003)<sup>18</sup> en Sentencia N° 1942 Exp. N° 01-0415 donde estableció:

La Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, establece otros límites a la libertad de expresión o de pensamiento, contemplando responsabilidades ulteriores a la expresión que están expresamente fijadas en la ley (artículo 13.2).

Tal advertencia la realiza la norma, ya que ella prohíbe la censura previa, como forma para impedir la expresión del pensamiento, y de allí que establezca la responsabilidad por lo que se va a expresar, utilizando cualquier medio de comunicación; responsabilidad que nace con motivo de lo expresado.

Tal idea reitera nuevamente lo expresado en cuanto a la prohibición de censura previa de las informaciones, donde solo tendrá cabida el imponer responsabilidades posteriores por parte de los distintos ordenamientos jurídicos de cada país siempre y cuando tales responsabilidades cumplan con las distintas finalidades a que se contrae dicho instrumento internacional.

Cabe destacar como la prohibición de censura previa ha sido recogida, tanto por los distintos ordenamientos jurídicos constitucionales comparados como por instrumentos internacionales, pero uno de los aspectos en que opera al ser regulado en el artículo 58 de la Constitución de 1999 y en el marco de una información veraz, oportuna, imparcial y sin censura, viene dado como una prohibición a los distintos informadores, que en este caso sería primor-

---

17 Jesús María Casal y Alma Cachón Hanson. *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano: Derecho a la Libertad de Información sin Censura Previa en el Contexto del Ordenamiento Jurídico Interamericano y Chileno*, UCAB, Caracas 2001, p. 381.

18 Jesús Eduardo Cabrera Romero. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, N° 1942, Exp N° 01-0415, de fecha 15 de julio del 2003.

dialmente los medio de comunicaciones de establecer censura a las informaciones, como seria el no trasmitir determinadas informaciones por ser contrarias a los intereses de tales medios o por provenir de una línea ideológica determinada.

De esta manera se estima opera los principios constitucionales que exigen una información oportuna, veraz, imparcial y sin censura en el marco del artículo 58 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela<sup>19</sup>, por se considera que tales requisitos solo recaen sobre las informaciones y no sobre las opiniones y es en este sentido que se pronuncia la exposición de motivos de dicha Constitución al expresarse que:

El derecho a la información veraz, oportuna, imparcial y sin censura, acogiendo una tendencia presente en derecho comparado, versa sobre hechos que constituyan información y que sean transmitidos por los medio de comunicación, no sobre las opiniones o juicios de valor que los medio de comunicación o periodistas ofrezcan sobre tales hechos.

Esta regulación consagra que tales requisitos de una información oportuna, veraz, imparcial y sin censura, deben exigirse sobre las informaciones de hechos transmitidas por los medios de comunicaciones y no sobre las opiniones que estos puedan esgrimir al respecto, pareciendo invocar tal referencia a los programas de opinión que cada día se presentan en los distintos medio de comunicación televisivos radiales de prensa entre otros los cuales estarán exento de tales requerimientos.

En lo que respecta a tales principios no se puede concluir sin antes hacer una referencia a las implicaciones jurídicas de la exigencia de tales requisitos; toda vez, que con la aplicación de los principios que exigen una información oportuna, veraz imparcial y sin censura estos desencadenaran una serie de consecuencias jurídicas previstas en distinto instrumentos normativos como seria por ejemplo el Código Penal en los delitos de difamación e injurias entre otros, el artículo 1185 y 1196 del Código Civil, que establece la posibilidad de que el juez pueda acordar una indemnización a la victima causada a su honor y reputación, y sobre lo cual no se hará mayor pronunciamiento, por no ser el objeto central del presente estudio, pero de donde devine la importancia de la determinación el exacto sentido alcance y de la manera como operan tales principios, tarea que fue el objeto del presente estudio.

#### VIII. ANÁLISIS DEL CASO *CONATEL & GLOBOVISIÓN*

En fecha 18 de Octubre del año 2001 la Comisión Nacional de Telecomunicaciones Venezolana (CONATEL) apertura un procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la cadena de televisión Globovisión, tras información emitida por el canal.

En la información comunicada el 29 de Septiembre, Globovisión transmitió declaración de un taxista sobre el asesinato de nueve colegas, cuando en realidad había sido uno. Con posterioridad, el canal rectificó la información.

El ente estatal CONATEL fundamenta la iniciación del referido procedimiento sobre la base del artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; entre otros, que a este tenor expresa:

---

<sup>19</sup> Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela 1999. *Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela* N° 5453 (Extraordinario) Marzo 24, 2000.

La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral. (Art. 58).

De conformidad con el procedimiento administrativo aperturado en contra del mencionado canal de televisión, CONATEL (2001) considera que:

Sobre la base de los hechos descritos precedentemente en el presente acto (*sic*), esta comisión puede presumir que Globovisión transmitió información relacionada con la muerte de taxistas sin poseer la certeza de la misma y que dicha información fue transmitida sin la previa comprobación de su veracidad ni de que esta proviniera de fuentes fidedignas. (p. 209).

Ahora bien, surge la interrogante de si incurrió aquí CONATEL en un error de derecho al considerar que la cadena de televisión Globovisión violó el artículo 58 de la Constitución; toda vez, que dicha norma no establece una obligación de comunicar únicamente aquellas noticias cuya certeza se posea, de las cuales haya conocido con seguridad que sean verdaderas, sino de comunicar información veraz, siendo la verdad y la veracidad dos nociones jurídicas perfectamente diferenciables. Así, contrario a lo que sugirió CONATEL, el artículo 58 no impone la obligación de transmitir informaciones verdaderas, sino informaciones veraces, se estima que ha podido incurrir dicho órgano en un error de interpretación de derecho al entender el significado de la exigencia constitucional de transmitir información veraz.

Llegado el momento de entrar al análisis del presente caso, se hace necesario partir de la base fundamental sobre la cual reposa el presente análisis; es decir, de las consideraciones o motivaciones expresadas por CONATEL. Pues bien, al iniciar el referido procedimiento sancionatorio contra Globovisión, CONATEL señaló en la referida providencia que abrió el procedimiento administrativo lo siguiente:

Sobre la base de los hechos descritos precedentemente en el presente acto, esta comisión puede presumir que Globovisión transmitió información relacionada con la muerte de taxistas sin poseer la certeza de la misma y que dicha información fue transmitida sin la previa comprobación de su veracidad ni de que esta proviniera de fuentes fidedignas. (p. 209).

Ahora bien, como resulta evidente, incurrió aquí CONATEL en un error de derecho al considerar que Globovisión violó el artículo 58 de la Constitución, toda vez, que dicha norma no establece una obligación de comunicar únicamente aquellas noticias cuya certeza se posea, de las cuales tenga conocimiento seguro de que sean verdaderas, sino de comunicar información veraz, siendo verdad y veracidad dos nociones jurídicas perfectamente diferenciables.

Así, contrario a lo que sugirió CONATEL, el artículo 58 no impone la obligación de transmitir informaciones verdaderas sino informaciones veraces. Es término de veracidad tiene un claro y preciso significado jurídico, el cual ya fue explicado anteriormente, el cual se refiere, no a que exista una total coincidencia entre la realidad y la información, sino a que se haya realizado un esfuerzo serio por comprobar la información, aunque esta en definitiva sea inexacta. Por ello evidentemente no puede afirmarse que el artículo 58 constitucional limite la información comunicable a aquella que sea verdadera.

Ahora bien, identificar las nociones de verdad y veracidad refleja la confusión de autoridades públicas venezolanas en esta materia; en este caso por parte de CONATEL, lo que resulta en una seria amenaza para los ciudadanos venezolanos que estamos sometidos a dichas autoridades.

No está demás indicar, que es más grave aún que dicha confusión provenga de las misma CONATEL, ya que a la fecha, ése es el organismo público encargado de regular esta materia y, por lo tanto, se presume el de mayor experticia en este campo en Venezuela y el de mejor manejo de la normativa jurídica aplicable.

En efecto en concordancia con el verdadero significado del término veraz, a que alude el artículo 58 de la Constitución, el cual ya fue señalado *ut supra*, ha señalado la doctrina nacional Núñez (2003) lo siguiente:

La exigencia de la veracidad de la información como requisito para merecer la protección del ordenamiento jurídico se ha entendido solo en el sentido de exigir a quien la difunde el propósito de buscar la verdad a través de una especial diligencia, a fin de contrastar debidamente la información asegurando la seriedad del esfuerzo informativo.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español parece coincidir con la de la Corte Suprema de los Estados Unidos en cuanto a que:

La referencia a la información veraz que se hace en la Constitución Española no demanda una comprobación de la verdad, sino que requiere solamente un esfuerzo razonable para averiguar la verdad o lo que es lo mismo, que no haya un desprecio temerario por la verdad, por consiguiente; la veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo.

La veracidad de una información en modo alguno puede identificarse con su realidad incontrovertible, puesto que ello constreñiría el cauce comunicativo únicamente a los hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados.

Más aún, esta radical diferencia entre la verdad y la veracidad a la que alude el texto constitucional, ha sido por demás asentada por la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso *Asociación Civil Queremos Elegir*, quien en doctrina vinculante al interpretar el artículo 58 de nuestra Carta Fundamental aclaró enfática e inequívocamente que “*si la información ha sido supuestamente contrastada por el medio antes de su divulgación aunque tenga errores o inexactitudes, la información puede considerarse veraz, ya que tiene una correspondencia básica con la realidad...*”

Procede entonces la Sala Constitucional a reiterar en diversas ocasiones y con un lenguaje que no se presta a confusiones, que “la obligación de transmitir información veraz contenida en el artículo 58 de la Constitución queda satisfecha cuando el comunicador en cuestión ha hecho un esfuerzo razonable por comprobar la veracidad de las noticias, por contrastar el medio, incluso si se cometen errores e inexactitudes”.

En resumen, tanto de las anteriores citas como de las consideraciones explanadas *latus sensu* en el objetivo específico relacionado con la determinación el exacto sentido y alcance de lo que debe entenderse por una información veraz, se considera que las ideas fundamentales reposan sobre que tal requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información.

Por ello, no le esta dado a autoridad pública alguna exigirle a las personas que comuniquen únicamente aquello de lo que tenga absoluta certeza, sino aquello que resulte veraz. Tampoco puede sancionárseles por haber comunicado noticias falsas, cuando resulte que, aunque inexactas, fueron veraces.

De igual modo es veraz una noticia aunque su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten la esencia de lo informado. Se ve cumplido el requisito de la información veraz cuando el informador haya realizado con carácter

previo a la divulgación de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los cuales versa la información. Y que la diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso.

Sobre la base de las anteriores consideraciones es menester concluir que CONATEL incurrió en un error de interpretación al considerar que Globovisión transmitió tal información sin poseer la certeza de lo informado, lo cual está directamente reñido con la doctrina asentada, tanto por nuestro máximo Tribunal de Justicia venezolano como los Tribunales que rigen en otras latitudes como el Tribunal Español, el de Estados Unidos y el Alemán que son contestes en afirmar que la veracidad de una información en modo alguno puede identificarse con su realidad incontrovertible, puesto que ello constreñiría el cauce comunicativo únicamente a los hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados, donde mal podría CONATEL exigirle al canal de televisión Globovisión que solo transmita dicha información, una vez que posea la certeza de la misma, máxime cuando dicho canal posteriormente procedió a rectificar la información y al exigirle que la misma cumpla con la verdad, cuando lo exigible es la veracidad.

Hilando los argumentos que conforman el presente análisis en su interpretación y motivaciones, CONATEL estima que Globovisión transmitió dicha información sin la comprobación de su veracidad ni que esta proviniera de fuentes fidedignas, lo cual de conformidad con los criterios anteriormente expuestos, la diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse *a priori*, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso, lo cual ha debido ser una conclusión a la que ha de llegar CONATEL en el acto administrativo definitivo y no definirlo *a priori*.

Por todos los argumentos antes expuestos es necesario concluir que al momento de dársele apertura al procedimiento administrativo objeto del presente análisis CONATEL incurrió en un error de interpretación del sentido y alcance conceptual y jurídico de la norma constitucional, el cual de ser adoptado por el acto administrativo definitivo que emane del procedimiento administrativo objeto del presente estudio lo viciaría.

## VII. PROPUESTA DE LEGISLACIÓN SOBRE LA INFORMACIÓN VERAZ, OPORTUNA, IMPARCIAL Y SIN CENSURA

Luego de elaborado el análisis del presente estudio investigativo y en virtud de las anteriores conclusiones y recomendaciones se propone sea redactado los artículos que deben ser ingresados a la Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión, por vía de reforma, así como al posible reglamento a que esta llamado a dictar el ejecutivo nacional de la siguiente manera:

### *Artículo 1.*

Se entiende por información veraz a aquellas informaciones transmitidas, en las cuales el comunicador haya desplegado un esfuerzo objetivo por constatar la veracidad de las informaciones por él emitidas, mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente y que lo que se transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado.

Parágrafo Único: El requisito constitucional de la información veraz no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información.

Parágrafo Segundo: El requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información.

Parágrafo Tercero: La diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso, donde al juez le corresponderá determinar en cada caso si se ha cumplido o no con tal deber o no.

Parágrafo Cuarto: El deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues, al asumir y transmitir a opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador.

#### *Artículo 2.*

A los efectos establecidos en el artículo anterior, se establecen algunos criterios que deben tenerse en cuenta el Juez, para determinar el cumplimiento del requisito constitucional de la información veraz en cada caso, entre estos se encuentran:

1. El nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad, cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere.

2. De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia.

3. También debe valorarse, a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible, cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia o la transmisión neutra de manifestaciones de otro.

4. Cualquier otros criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos como el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.

Parágrafo Único: La intención de quien informa no es un canon de la veracidad, sino la diligencia al efecto desplegada, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo o forma pueden resultar lesivos del honor de una tercera persona.

#### *Artículo 3.*

Se declara contrario al principio de la información veraz, la conductas de aquellos informadores que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente.

Igualmente la difusión de la noticia falsa, o manipulada con medias verdades; de la desinformación que niega la oportunidad de conocer la realidad de la noticia; o de la conjetura o información parcializada para lograr un fin específico contra algo o alguien.

*Artículo 4.*

La prueba de la veracidad no pueda consistir en la acreditación de que lo narrado es cierto, puesto que ello constituiría una prueba diabólica, por imposible en la mayoría de los casos. Dado que el canon de la veracidad se cifra en la diligencia razonablemente exigible, el objeto de su prueba no son los hechos en sí objeto de narración, sino aquellos hechos, datos o fuentes de información empleados, de los que se pueda inferir la verosimilitud de los hechos narrados.

*Artículo 5.*

Hay falta de veracidad, cuando no se corresponden los hechos y circunstancias difundidas, con los elementos esenciales, no totales de la realidad. Una información inexacta no constituye un objeto digno de protección, porque no puede servir a la correcta formación de la opinión postulada por el Derecho Constitucional.

*Artículo 6.*

Se entiende por Información oportuna aquella transmitida al momento en que se produzcan o que sean transmitidas en el menor tiempo posible por el informador. Corresponderá al Juez en cada caso determinar conforme a los hechos del caso concreto determinar si se cumplió con el principio de la información oportuna a través del deber de diligencia exigible a un profesional de la comunicación.

Parágrafo Único: Debe tomar en cuenta el ciudadano Juez en cuenta el caso específico de medio que por su naturaleza no les este dado la transmisión inmediata de la información como es el caso de los medios impresos y sopesando esta condición con las características concretas de dicha información. El manejo masivo de la noticia, que permite a la persona ejercer el derecho a la información oportuna.

*Artículo 7.*

Tanto el Órgano administrativo competente como Juez podrá establecer sanciones cuando las informaciones de que estas no sean presentadas años más tardes cuando en realidad esta información era importante en otra época en la que los informadores poseían dicha información que aun teniéndola no la saquen a la luz pública, siendo que dicha información era importante para una coyuntura o un momento determinado, cuando era conveniente o cuando no cumplan con tal deber de diligencia mencionado, correspondiéndole al juez en cada caso determinar si he ha cumplido o no tal extremo.

*Artículo 8.*

Se entiende por información imparcial aquella comunicada sin que al momento de ser transmitida haya sido distorsionada intencionalmente por parte de los informadores, bien sea al imprimirle su punto de vista subjetivo o sesgado, su opinión de manera que pueda alterar la esencia de lo informado. Quedan exentos del cumplimiento del principio de la información imparcial los programas de opinión de los distintos medios de comunicación. El Juez debe sopesar si al igual que en los casos anteriores se ha cumplido con un deber de diligencia y d esfuerzo por transmitir informaciones imparciales y tomar en cuenta el que una información haya sido transmitida de manera parcializada por las limitantes culturales y cognoscitivas del informador como una atenuante de su responsabilidad.

*Artículo 9.*

Se declara contrario al principio de la información imparcial el tener un número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, a menos que el medio en sus editoriales o por sus voceros, mantenga y se identifique con una línea de opinión congruente con la de los columnistas y colaboradores.

*Artículo 10.*

El principio de la prohibición de censura previa se entiende como la prohibición que la constitución establece a los informadores e incluso al Estado de; a través de cualquier medio, de censurar previamente alguna línea o corriente de información, bien sea por que le perjudique o por que no le sea favorable.

Parágrafo Uno: Versa sobre hechos que constituyan información y que sean transmitidos por los medio de comunicación, no sobre las opiniones o juicios de valor que los medio de comunicación o periodistas ofrezcan sobre tales hechos.

Parágrafo Dos: En virtud del principio de la prohibición de censura previa, toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo al derecho a la información.

Parágrafo Tres: No solo esta prohibido la censura previa, sino que, además, cualquier medida de carácter preventivo, siendo posible solo responsabilidades ulteriores.

## BIBLIOGRAFÍA

Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, 2 vols, Caracas 2004.

- *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas-Venezuela 1997.

Cachón Hanson, Alma y Casal, Jesús Maria, *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*, "Derecho a la Libertad de Información sin Censura Previa en el Contexto del Ordenamiento Jurídico Interamericano y Chileno", UCAB, Caracas 2001, pp. 381.

Centro de Estudios Constitucionales, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos fundamentales: Tribunal Constitucional Alemán*, Madrid España 1984.

Código de Procedimiento Civil, *Gaceta Oficial de La Republica de Venezuela N° 4.209* (Extraordinario), Septiembre 18, 1990.

Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela, 1999, *Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 5.453* (Extraordinario), 24 Marzo 2000.

Constitución Española 1978.

Constitución Política de Colombia 1991.

Convención Americana de los Derechos del Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. 1969.

Convención Sobre los Derechos del Niño (1989).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985. Caso: *Colegiación Obligatoria de Periodistas*

Declaración Universal de los Derechos del Hombre. (1948).

García Pelayo, R., *Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado*, Buenos Aires-Argentina 1997.

Garay, Juan, *La Constitución*, Corporación A.G.R., Caracas-Venezuela 2001, pp. 45.

Gui Mori, Tomás, *Jurisprudencia Constitucional, 1981-1995*, Edit. Civitas S.A., Madrid, pp.1957-1976.

Losing, Norberto, *Revista de Derecho Constitucional* N° 1, “Las Garantías Procesales de los Derechos Humanos en América Latina”, en Ortiz, Álvarez L. y Lejarza, Jacqueline y Vicente Haro, J. (Comp.), Editorial Sherwood, Caracas-Venezuela 1999, pp. 221-239.

Núñez Machado, Ana Cristina, Colectivo de Autores del Escritorio Tinoco, Travieso, Planchart; y Núñez (comp.). *Temas sobre Derechos Constitucionales*. “La Libertad de Expresión e Información en Venezuela”, Caracas-Venezuela 2003, pp. 209 y ss.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966).

Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*, Madrid-España 2001.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T332793, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, del 12 de Junio del 2001, N° 1013. Caso: *Elias Santana y Asociación Civil “Queremos Elegir”*.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, de fecha 15 de julio del 2003. Magistrado Ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero N° 1942. Exp N°01-0415.

Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 29 de Febrero del 2000.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, de fecha 15 de Septiembre del 2003. STC158/2003. Magistrado Ponente Pablo García Manzano.

Sentencia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, de fecha 06 de Julio del 2000. Carlos Escarrá Malavé N° 01818. Exp. 16396. Caso: *Jubilados de la Contraloría General de la República*.

Yagosesky, Jenny, *El Poder de la Oratoria*, Júpiter Editores C.A., Caracas-Venezuela 2001, pp. 102-103.



## LEGISLACIÓN



# Información Legislativa

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

Recopilación y selección  
por Marianella Villegas Salazar

*Abogado*

### SUMARIO

#### I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Poder Nacional*. A. *Poder Ejecutivo Nacional: Administración Pública Nacional*. B. Poder Judicial. a. Tribunales: Competencias. b. Selección de Escabinos. 2. *Poder Público Estatal*. 3. *Poder Público Municipal: Consejos Locales de Planificación Pública*.

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

1. *Sistema Presupuestario y de Crédito Público*. 2. *Sistema Impositivo*. A. Operaciones exoneradas. B. Tasas y otras contribuciones: Régimen Aduanero (Contingente Arancelario).

#### III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Comisión Asesora. B. Tratados, acuerdos y convenios. a. Acuerdos y tratados bilaterales. b. Integración Latinoamericana y Caribeña. 2. *Política de Relaciones Interiores*. A. Régimen de la Justicia. a. Código Orgánico Procesal Penal. b. Protección de sujetos procesales. B. Condecoraciones. 3. *Seguridad y defensa*. *Seguridad pública: Juegos pirotécnicos*.

#### IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen Cambiario*. A. Operaciones de corretaje o intermediación. B. Tramitación de divisas. 2. *Régimen de las Instituciones Financieras*. A. Régimen de los bancos y otras instituciones financieras. 3. *Régimen del mercado de capitales*. 4. *Régimen del comercio interno*. A. Bienes de primera necesidad. B. Precio máximo de venta al público. 5. *Régimen de la pequeña y mediana industria*. 6. *Régimen de energía y petróleo: Regalías*.

#### V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Salud*. A. Autorización y control de las radiaciones ionizantes. B. Certificados médicos. C. Expendio y consumo de productos. 2. *Educación*. 3. *Ciencia y tecnología*. 4. *Régimen de la vivienda*. A. Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat. B. Créditos hipotecarios. C. Congelación de Alquileres.

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

1. *Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales: Recursos forestales*. 2. *Ordenación urbana: Parques urbanos*. 3. *Régimen de las telecomunicaciones*. A. Equipos de uso libre. B. Difusión por suscripción. C. Interconexión. D. Bandas de frecuencia.

## I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

### 1. *Poder Nacional*

#### A. *Poder Ejecutivo Nacional: Administración Pública Nacional*

Decreto N° 5.022 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto N° 4.595, de fecha 16 de junio de 2006, publicado en la *G.O.* N° 38.464 de 22-6-2006, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional. *G.O.* N° 38.574 de 29-11-2006.

#### B. *Poder Judicial*

##### a. *Tribunales: Competencias*

Resoluciones N° 2006-00031, 2006-00032 y 2006-00034 del Tribunal Supremo de Justicia, por las cuales se suprimen las funciones de Sustanciación Mediación y Ejecución a los Juzgados, que en ellas se señalan, del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo, de las Circunscripciones Judiciales de los Estados que en ellas se mencionan. *G.O.* N° 38.538 de 6-10-2006.

Resoluciones N° 2006-00033 y 2006-00037 del Tribunal Supremo de Justicia, por las cuales se atribuye la competencia a los Juzgados que en ellas se indican, para tramitar las causas del Nuevo Régimen Procesal del Trabajo, en las Circunscripciones Judiciales que en ellas se mencionan. *G.O.* N° 38.538 de 6-10-2006.

Resolución N° 2006-00035 del Tribunal Supremo de Justicia, por la cual se suprime la función de juicio y la competencia para conocer de las causas del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo, al Tribunal que en ella se señala *G.O.* N° 38.538 de 6-10-2006.

Resoluciones del Tribunal Supremo de Justicia, por las cuales se suprime la función de juicio y la competencia para conocer de las causas del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo a los Tribunales que en ellas se mencionan. *G.O.* N° 38.569 de 22-11-2006.

Resoluciones del Tribunal Supremo de Justicia, por las cuales se atribuye la competencia a los Tribunales que en ellas se mencionan, para tramitar las causas del Nuevo Régimen Procesal del Trabajo en las Circunscripciones Judiciales de los estados que en ellas se señalan. *G.O.* N° 38.569 de 22-11-2006.

##### b. *Selección de Escabinos*

Resolución del Tribunal Supremo de Justicia (Dirección Ejecutiva de la Magistratura) por la cual se Dictan las Normas que Regularán las Bases para el Sorteo de Selección de Escabinos. *G.O.* N° 38.562 de 13-11-2006.

### 2. *Poder Público Estatal*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Asignaciones Económicas Especiales derivadas de Minas e Hidrocarburos. *G.O.* N° 38.542 de 13-10-2006. Véase *G.O.* N° 5.824 Extraordinario de la misma fecha.

### 3. *Poder Público Municipal: Consejos Locales de Planificación Pública*

Ley de Consejos Locales de Planificación Pública. *G.O.* N° 38.591 de 26-12-2006.

## II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

### 1. *Sistema Presupuestario y de Crédito Público*

Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Fiscal 2007. *G.O.* N° 38.581 de 11-12-2006. (Véase *G.O.* N° 5.827 Extraordinario de esa misma fecha).

Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2007. *G.O.* N° 38.581 de 11-12-2006. (Véase *G.O.* N° 5.828 Extraordinario de esa misma fecha).

### 2. *Sistema Impositivo*

#### A. *Operaciones exoneradas*

Providencia N° 0590 del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) mediante la cual se establecen los términos y condiciones para la presentación de la relación trimestral de las operaciones exoneradas acordada mediante Decreto N° 3.298 de fecha 7-12-2004. *G.O.* N° 38.538 de 6-10-2006.

#### B. *Tasas y otras contribuciones: Régimen Aduanero (Contingente Arancelario)*

Resolución de los Ministerios de Finanzas y de Alimentación, por la cual se establece el Régimen de Administración de Contingente Arancelario, para los productos que en ella se mencionan. *G.O.* N° 38.573 de 28-11-2006.

## III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

### 1. *Política de Relaciones Exteriores*

#### A. *Comisión Asesora*

Ley que deroga la Ley por la cual se crea la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores. *G.O.* N° 38.557 de 6-11-2006.

#### B. *Tratados, acuerdos y convenios*

##### a. *Acuerdos y tratados bilaterales*

Resolución N° DM 286 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorando de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Belarús, sobre la creación de una Comisión Conjunta de Alto Nivel. *G.O.* N° 38.536 de 4-10-2006.

Resolución N° DM 287 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Memorando de Entendimiento entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la Secretaría de la Liga de Estados Árabes. *G.O.* N° 38.537 de 5-10-2006.

Resolución N° DM 288 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Comunicado Conjunto sobre el Establecimiento de Relaciones Diplomáticas entre la República Bolivariana de Venezuela y el Reino de Swazilandia. *G.O.* N° 38.537 de 5-10-2006.

Resolución N° DM 289 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Comunicado Conjunto sobre el Establecimiento de Relaciones Diplomáticas entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Centroafricana. *G.O.* N° 38.537 de 5-10-2006.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam. *G.O.* N° 38.541 de 11-10-2006.

Resolución N° 280-A del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el “Memorándum de Entendimiento para el Establecimiento de la Feria de Acercamiento, Intercambio y Complementariedad entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Islámica de Irán”. *G.O.* N° 38.547 de 20-10-2006.

Resolución N° DM 324 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Comunicado Conjunto sobre el Establecimiento de Relaciones Diplomáticas entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Cabo Verde. *G.O.* N° 38.547 de 20-10-2006.

Resolución por la cual se ordena publicar el texto del Memorando de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Belarús, sobre la Creación de una Comisión Conjunta de Alto Nivel. *G.O.* N° 38.561 de 10-11-2006.

Resolución por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Relativo a los Privilegios e Inmidades de los Observadores del Proceso Electoral, correspondiente a las Elecciones Presidenciales del 3 de diciembre de 2006. *G.O.* N° 38.561 de 10-11-2006.

#### b. *Integración Latinoamericana y Caribeña*

Acuerdo mediante el cual se aprueba la modificación parcial del “Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR”, y específicamente el Anexo IV “Lista Paraguay”, originada en la XXX Reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Jefes de Estados de Mercosur y Estados Asociados, celebrada en la ciudad de Córdoba, República Argentina, entre los días 20 y 21 de julio de 2006. *G.O.* N° 38.547 de 20-10-2006.

### 2. *Política de Relaciones Interiores*

#### A. *Régimen de la Justicia*

##### a. *Código Orgánico Procesal Penal*

Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal. *G.O.* N° 38.536 de 4-10-2006.

##### b. *Protección de sujetos procesales*

Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales. *G.O.* N° 38.536 de 4-10-2006.

#### B. *Condecoraciones*

Ley sobre la Condecoración Orden del Libertador. *G.O.* N° 38.569 de 22-11-2006. (Se reimprime por error material del ente emisor).

### 3. *Seguridad y defensa. Seguridad pública: Juegos pirotécnicos*

Resolución de los Ministerios de Finanzas y de la Defensa, mediante la cual las importaciones de los Juegos Pirotécnicos comprendidos en la Partida 36.04, del Arancel de Aduanas, relativa a “Artículo para Fuegos Artificiales, Cohetes de Señales o Granífulgos y Similares, Petardos y Demás Artículos de Pirotecnica”, sólo podrán ingresar al país por las Gerencias de Aduanas Principales de La Guaira y Puerto Cabello. *G.O.* N° 38.5576 de 6-11-2006.

#### IV. DESARROLLO ECONÓMICO

##### 1. *Régimen Cambiario*

###### A. *Operaciones de corretaje o intermediación*

Resolución del Banco Central de Venezuela por la cual se dictan las Normas Relativas a las Operaciones de Corretaje o Intermediación en el Mercado de Divisas. *G.O.* N° 38.570 de 23-11-2006.

###### B. *Tramitación de divisas*

Resolución del Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio, mediante el cual se establece la lista de bienes que no requieren certificado para tramitar ante CADIVI divisas para su importación. *G.O.* N° 38.576 de 5-12-2006

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

###### A. *Régimen de los bancos y otras instituciones financieras*

Resolución N° 452.06 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se dictan las Instrucciones relativas al pago del aporte especial que deben efectuar todas las Instituciones Bancarias. *G.O.* N° 38.545 de 18-10-2006.

Resolución de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, mediante la cual se dictan las Instrucciones relativas al pago del aporte especial que deben efectuar las Casas de Cambio, los Operadores Cambiarios Fronterizos, los Fondos de Capital de riesgo, las Sociedades de Capital de Riesgo, los Fondos Nacionales de Garantías Recíprocas y las Sociedades de Garantías Recíprocas. *G.O.* N° 38.557 de 6-11-2006.

Resolución del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dispone que la tasa de interés activa máxima a ser aplicada por las Instituciones financieras al refinamiento de las deudas del sector agrícola, será igual a la tasa de interés aplicable a las colocaciones crediticias destinadas a dicho sector. *G.O.* N° 38.589 de 21-12-2006

##### 3. *Régimen del mercado de capitales*

Resolución de la Comisión Nacional de Valores, por la cual se dicta la Reforma de las Normas sobre Actividades de intermediación de Corretaje y Bolsa. *G.O.* N° 38.567 de 20-11-2006.

##### 4. *Régimen del comercio interno*

###### A. *Bienes de primera necesidad*

Decreto N° 4.997 de la Presidencia de la República, mediante el cual se declaran bienes de primera necesidad en todo el territorio nacional, los que en él se señalan. *G.O.* N° 38.567 de 20-11-2006.

Resolución Conjunta de los Ministerios de Finanzas y de Alimentación, por la cual se califican como bienes de primera necesidad o de consumo masivo, a las mercancías correspondientes a las subpartidas del Arancel de Aduanas que en ella se indican. *G.O.* N° 38.566 de 17-11-2006. (Se reimprime por error material del ente emisor).

### B. *Precio máximo de venta al público*

Resolución de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio, de Infraestructura y para la Vivienda y el Hábitat por la cual se fija en todo el territorio nacional a puerta de fábrica el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP), para los productos que en ella se especifican. *G.O.* N° 38.576 de 5-12-2006.

Resolución de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio, de Infraestructura y para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP), de los materiales para la construcción que en ella se señalan. *G.O.* N° 38.586 de 18-12-2006. (Se reimprime por error material del ente emisor).

### 5. *Régimen de la pequeña y mediana industria*

Decreto N° 4.910 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dictan las Normas para las Preferencias de Anticipos y Pronto Pago, para Asegurar la Promoción y Desarrollo de las Micros, Pymis y Cooperativas. *G.O.* N° 38.546 de 19-10-2006.

Decreto N° 4.998 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dictan las Medidas Temporales para la Promoción y Desarrollo de las Pequeñas y Medianas Industrias (PyMis), Cooperativas y Otras Formas Asociativas, Productoras de Bienes, Prestadoras de Servicios y Ejecutoras de Obras, Ubicadas en el País. *G.O.* N° 38.567 de 20-11-2006.

### 6. *Régimen de energía y petróleo: Regalías*

Resoluciones del Ministerio de Energía y Petróleo, por las cuales se liquida la regalía que corresponde a la República por la extracción de gas natural asociados y líquidos extraíbles del gas natural e hidrocarburos líquidos por parte de las empresas que realizan actividades primarias en el país. *G.O.* N° 38.563 de 14-11-2006. (La Resolución N° 313 fue derogada por la Resolución N° 002; y la Resolución N° 314 fue derogada por la Resolución N° 003, ambas publicadas en la *G.O.* N° 38.602 de 11-1-2007).

## V. **DESARROLLO SOCIAL**

### 1. *Salud*

#### A. *Autorización y control de las radiaciones ionizantes*

Resolución del Ministerio de Salud, por la cual se dicta la Norma Sanitaria para la Autorización y el Control de las Radiaciones Ionizantes en Medicina, Odontología y Veterinaria. *G.O.* N° 38.572 de 27-11-2006.

#### B. *Certificados médicos*

Resolución Conjunta de los Ministerios de Salud y de Infraestructura, por la cual se establece en dos (2) años, el lapso de vigencia de los Certificados Médicos para conducir vehículos de motor. *G.O.* N° 38.572 de 27-11-2006.

#### C. *Expendio y consumo de productos*

Resolución del Ministerio de Salud, por la cual se autoriza la Libre Venta y Consumo en el territorio nacional de los alimentos y bebidas que en ella se mencionan. *G.O.* N° 38.565 de 16-11-2006.

Resolución del Ministerio de Salud, por la cual se autoriza la fabricación, importación, exportación y comercialización, en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, de los Productos Naturales que en ella se mencionan. *G.O.* N° 38.569 de 22-11-2006.

Resolución del Ministerio de Salud, por la cual se autoriza el expendio de los Productos Farmacéuticos que en ella se mencionan. *G.O.* N° 38.569 de 22-11-2006.

Resolución del Ministerio de Salud, por la cual se autoriza el expendio de los Productos Farmacéuticos que en ella se indican. *G.O.* N° 38.588 de 20-12-2006. (Véase *G.O.* N° 5.831 de esa misma fecha).

Resolución del Ministerio de Salud, por la cual se autoriza la Libre Venta y Consumo en el territorio nacional de los alimentos y bebidas que en ella se especifican. *G.O.* N° 38.590 de 22-12-2006. (Véase *G.O.* N° 5.832 Extraordinario de esa misma fecha).

## 2. *Educación*

Resolución Conjunta N° 47 y 86 de los Ministerios de Educación y Deportes y de Infraestructura, por la cual se crea en el nivel de Educación Media Diversificada y Profesional, en la Especialidad Industrial, la Mención Ciencias Náuticas. *G.O.* N° 38.538 de 6-10-2006.

## 3. *Ciencia y tecnología*

Decreto N° 4.891 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, Referido a los Aportes e Inversión. *G.O.* N° 38.544 de 17-10-2006.

## 4. *Régimen de la vivienda*

### A. *Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat*

Ley de Reforma Parcial de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat. *G.O.* N° 38.591 de 26-12-2006.

### B. *Créditos hipotecarios*

Resolución N° JD-06-52 del Ministerio para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se aprueba el Instructivo para el Recálculo de los Créditos Hipotecarios de Vivienda Otorgados en Moneda Extranjera por Entes no Financieros. *G.O.* N° 38.545 de 18-10-2006. (Se reimprime por error de imprenta).

### C. *Congelación de alquileres*

Resolución Conjunta de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio y de Infraestructura, por la cual se proroga por seis (6) meses la medida de congelación de alquileres, contenida en la Resolución Conjunta 152 y 046, de fecha 18 de mayo de 2004, publicada en la *G.O.* N° 37.941 de 19-5-2004. *G.O.* N° 38.564 de 15-11-2006.

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

### 1. *Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales: Recursos forestales*

Resolución del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, por la cual se prohíbe el aprovechamiento de recursos forestales, así como la tala y deforestación de vegetación alta, en los Municipios que en ella se mencionan. *G.O.* N° 38.567 de 20-11-2006.

Resolución del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, por la cual se establece el formato oficial de “Guía de Circulación de Productos Forestales”, para amparar el transporte y depósito de productos forestales. *G.O.* N° 38.580 de 8-12-2006.

## 2. *Ordenación urbana: Parques urbanos*

Decreto N° 4.973 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dispone que el Parque Nacional del Este “Rómulo Betancourt”, ubicado en la Avenida Francisco de Miranda, Municipio Sucre, Estado Miranda, se denominará Parque “Generalísimo Francisco de Miranda”. *G.O.* N° 38.558 de 7-11-2006.

## 3. *Régimen de las telecomunicaciones*

### A. *Equipos de uso libre*

Providencia de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dicta la Reforma de las Condiciones para la Calificación de los Equipos de Uso Libre. *G.O.* N° 38.588 de 20-12-2006. (Véase *G.O.* N° 5.831 Extraordinario de esa misma fecha).

### B. *Difusión por suscripción*

Providencia de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se establecen los Parámetros de Calidad de Servicio para el Servicio de Difusión por Suscripción. *G.O.* N° 38.588 de 20-12-2006. (Véase *G.O.* N° 5.831 Extraordinario de esa misma fecha).

### C. *Interconexión*

Providencia de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan los Valores Referenciales para la Determinación de los Cargos de Interconexión de Uso para los Servicios de Telefonía Fija Local, Larga Distancia Nacional e Internacional. *G.O.* N° 38.588 de 20-12-2006. (Véase *G.O.* N° 5.831 Extraordinario de esa misma fecha).

### D. *Bandas de frecuencia*

Providencia de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dicta el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CUNABAF). *G.O.* N° 38.588 de 20-12-2006. (Véase *G.O.* N° 5.831 Extraordinario de esa misma fecha).

# Comentarios Legislativos

## INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS DE PRODUCCIÓN SOCIAL

Gigliana Rivero Ramírez

Carlos García Soto

*Abogados*

**Resumen:** *A partir de catorce preguntas prácticas se analiza el régimen jurídico de las empresas de producción social, de manera especial, en lo que respecta a su naturaleza jurídica, organización y formas de relación con el Estado.*

El Estado venezolano ha venido desarrollando medidas de fomento destinadas al impulso y desarrollo de la producción nacional, así como para la promoción de las pequeñas y medianas industrias (Pymis), cooperativas y otras formas asociativas, medidas que han tenido una particular manifestación en la actividad administrativa contractual, con fundamento en las disposiciones del Capítulo I del Título I del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones (Ley de Licitaciones)<sup>1</sup>.

De este modo, se ha previsto en los procedimientos de selección de contratistas la aplicación de medidas destinadas a dar preferencia a la presentación de ofertas con valor agregado nacional (VAN)<sup>2</sup>; se han reservado categorías de contratos y montos a ofertas con determinados VAN<sup>3</sup> y a ofertas presentadas por Pymis, cooperativas y otras formas asociativas<sup>4</sup>; se han establecido procedimientos especiales de adjudicación directa en el marco del Plan Excepcional de Desarrollo Económico y Social<sup>5</sup> y se ha creado la figura de las Empresas de Producción Social ("EPS"), que se ha desarrollado especialmente en los sectores petróleo, industrias básicas y minería .

El catálogo de medidas aquí mencionadas tiene así por objeto la promoción de la industria y la producción nacional, especialmente orientada a las Pymis, cooperativas y otras formas asociativas, y en el caso de las EPS involucra adicionalmente la responsabilidad social, como premisa fundamental para actuar como co-contratistas del Estado.

- 1 Publicada en la *Gaceta Oficial Extraordinario* N° 5.556, de 13 de noviembre de 2001.
- 2 Véase el Decreto N° 4.998 sobre Medidas Temporales para la Promoción y Desarrollo de las Pequeñas y Medianas Industrias, Cooperativas y otras formas asociativas, Productoras de Bienes, Prestadoras de Servicios y Ejecutoras de Obras, ubicadas en el país, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 38.567 de 20 de noviembre de 2006 (El Decreto 4.998).
- 3 Ver Decreto N° 3.798, sobre Medidas Temporales para el Establecimiento de Montos y Categorías de Contratos Reservados para las Empresas Alternativas Fabricantes de Bienes, Prestadoras de Servicios y Ejecutoras de Obras, publicado en *Gaceta Oficial* N° 38.242 de 3 de agosto de 2005.
- 4 Ver la Resolución del Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio que establece las Categorías de contratos de bienes y servicios reservados a las ofertas de Pequeñas y Medianas Industrias (PyMis), Cooperativas y otras Formas Asociativas que presenten un determinado porcentaje de VAN, publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.577 de 5 de diciembre de 2006.
- 5 Véase por ejemplo los artículos 3, 4 y 5 del Reglamento Parcial del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, para la Adquisición Directa en caso de Contratación de Obras, Servicios, o Adquisición de Bienes, publicado en *Gaceta Oficial* N° 37.688, de 13 de mayo de 2003.

En esta ocasión, teniendo en cuenta la importancia que ha venido adquiriendo la figura de las EPS, sobretudo en el ámbito petrolero, hemos querido dar respuesta de una manera sistemática a las interrogantes fundamentales que en torno a éstas se plantean y presentar así al lector una guía práctica que sirva de introducción en el análisis del tema.

Así pues, se presentan a continuación cada una de las preguntas formuladas con sus respuestas y comentarios correspondientes.

## I. ¿QUÉ SON LAS EPS?

Son personas jurídicas públicas o privadas de carácter comunitario que, en principio, pueden adoptar cualquiera de las figuras jurídicas que sus miembros decidan. Tienen como propósito fundamental la producción de bienes, obras y servicios que satisfagan las necesidades básicas del entorno en el cual se desenvuelven, asentadas en los valores de *solidaridad, cooperación, complementariedad, reciprocidad, equidad, sustentabilidad, no discriminación, igualdad sustantiva entre sus miembros, significado propio del trabajo, reparto igualitario de sus ganancias y planificación participativa y protagónica*, valores que deben prevalecer sobre la rentabilidad o de ganancia.

El ordenamiento jurídico venezolano ha definido las EPS en dos normas especiales. Por una parte, en el artículo 3 del Decreto N° 3.895, mediante el cual se garantiza el suministro de materias primas y productos semielaborados, provenientes de las industrias básicas, que permitan desarrollar la solución a los problemas que en él se mencionan (el Decreto N° 3.895)<sup>6</sup>, que establece:

*“Empresa de Producción Social: Son unidades de producción comunitaria, constituida bajo la figura jurídica que corresponda, tiene como objetivo 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.”*

En segundo lugar, el artículo 3 del Anexo A del *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, dictado por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería (el Instructivo)<sup>7</sup>, ha dispuesto por su parte la siguiente definición:

*“Empresas de Producción Social (EPS): Entidades económicas dedicadas a la producción de bienes o servicios en las cuales el trabajo tiene significado propio, no alienado y auténtico; no existe discriminación social en ningún tipo de trabajo, ni privilegios en el trabajo asociados a la posición jerárquica, existe igualdad sustantiva entre sus integrantes, basadas en una planificación participativa y protagónica, y pueden funcionar bajo un régimen de propiedad estatal, propiedad colectiva o la combinación de ambas.*

*Las Empresas de Producción social (EPS) asumirán compromisos que generen beneficios en las comunidades en que se desenvuelven.”*

6 *Gaceta Oficial* N° 38.271 del 13 de septiembre de 2005.

7 *Gaceta Oficial* N° 38.462 del 20 de junio de 2006.

Finalmente, si bien se trata de un instrumento interno, que no ha sido publicado en *Gaceta Oficial*, es preciso indicar que la Ficha Descriptiva Programa EPS (Programa EPS de PDVSA)<sup>8</sup> define las EPS, referidas específicamente al sector petrolero como:

*“aquellas unidades de producción de bienes, obras y servicios, relacionadas al sector petrolero, constituidas bajo la figura jurídica que corresponda, con la particularidad de destinar sus ganancias a un reparto igualitario entre sus asociados, asumiendo las condiciones del compromiso social que más adelante se detalla.”*

Así pues, tenemos que las EPS han sido especialmente definidas en el ámbito de los sectores industrias básicas, minería y petróleo, con fundamento en sus valores fundamentales, teniendo en cuenta su especial vinculación con la comunidad y la importancia del trabajo y la propiedad colectiva.

## II. ¿CUÁL ES EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EPS?

Propiamente, no hay un régimen jurídico claramente definido para las EPS. En realidad, y como se señaló, la figura sólo ha sido definida en dos normas especiales. Así, se tiene que el Decreto N° 3.895, que se limita a definir las EPS, sin establecer regulación alguna al respecto y, por otra parte, el Instructivo, en el que se regulan de un modo más detallado la promoción, funcionamiento y control de las EPS, aunque en este caso es preciso recordar que su ámbito de aplicación se restringe a las actividades relacionadas con el Ministerio de Industrias Básicas y Minería. El Instructivo, regula pues los siguientes aspectos:

1. Definición de EPS.
2. Definición de Sociedades mercantiles y demás formas asociativas comprometidas con la construcción del nuevo modelo productivo.
3. Definición de Unidades Productivas Comunitarias (UPC).
4. Incentivos a las EPS:
  - 4.1. Suministro de materias primas.
  - 4.2. Asistencia técnica (formación, capacitación, acompañamiento y seguimiento)
  - 4.3. Compras gubernamentales.
  - 4.4. Donación y/o préstamo de activos, y
  - 4.5. Financiamiento bajo las condiciones preferenciales establecidas en la Ley.
5. Compromisos y aportes de las empresas para la construcción del nuevo modelo productivo.
6. Comité de Seguimiento de las Empresas de Producción Social.
7. Comité Técnico Social.
8. Fondo Social.

---

<sup>8</sup> Documento interno elaborado por la Gerencia Corporativa de Empresas de Producción Social, de fecha 27 de marzo de 2006.

9. Fiscalización, control, seguimiento y registro de las EPS, sociedades mercantiles y demás formas asociativas comprometidas con la construcción del nuevo modelo productivo y las UPC.

Finalmente, es necesario destacar la Ficha Descriptiva Programa EPS (Programa EPS de PDVSA), en la que se establecen las dimensiones del Programa EPS de PDVSA, referidas a la contratación; el financiamiento para las EPS y la promoción, desarrollo y acompañamiento de las EPS, así como los requerimientos del Registro de Producción Social (REPS).

### III. ¿QUÉ RELACIÓN HAY ENTRE LAS EPS Y LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS INDUSTRIAS?

Las Pequeñas y Medianas Industrias (PyMIs) son figuras definidas por el artículo 3.1. de la *Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria*<sup>9</sup> como “Toda unidad de explotación económica, realizada por las personas jurídicas que efectúen actividades de transformación de materias primas en insumos, en bienes industriales elaborados o semielaborados, que responda a uno de los parámetros establecidos por el Ejecutivo Nacional mediante el Reglamento de esta Ley, según los criterios que se indican a continuación: promedio anual del número de trabajadores y valor de las ventas anuales expresado en unidades tributarias, estableciendo los límites máximos y mínimos”.

De este modo, las PyMIs son empresas tradicionales, que se identifican según el número de trabajadores o el valor de las ventas anuales. En realidad, una EPS puede adoptar la figura de una PyMI, o viceversa. Como se verá luego, una persona jurídica de cualquier tipo, si cumple con los requisitos establecidos, puede ser considerada como una EPS.

### IV. ¿QUÉ RELACIÓN HAY ENTRE LAS EPS Y LAS COOPERATIVAS?

Las Cooperativas son figuras cuyos valores se asemejan a los previstos para las EPS y, si bien pueden ser consideradas como empresas, no pueden considerarse como sociedades mercantiles. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley especial de asociaciones cooperativas<sup>10</sup>, éstas son “asociaciones abiertas y flexibles, de hecho y derecho cooperativo, de la Economía Social y Participativa, autónomas, de personas que se unen mediante un proceso y acuerdo voluntario, para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, para generar bienestar integral, colectivo y personal, por medio de procesos y empresas de propiedad colectiva, gestionadas y controladas democráticamente”.

De acuerdo con el artículo 6 de dicha ley, “las cooperativas se originan en un acuerdo libre e igualitario de personas que deciden constituir y mantener una empresa asociativa de Derecho Cooperativo, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y beneficio colectivo, sin privilegios para ninguno de sus miembros”.

Comparten las EPS y las Cooperativas los valores de ayuda mutua, esfuerzo propio, responsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad, que para estas últimas están consagrados en el artículo 3 de la Ley, que establece en cabeza de sus miembros el deber de promover los valores éticos de honestidad, transparencia, responsabilidad social y compromiso por los demás.

9 *Gaceta Oficial* N° 37.571 de 15 de noviembre de 2002.

10 *Gaceta Oficial* N° 37.285 del 18 de septiembre de 2001.

Al igual que sucede con las PyMIs, una EPS puede adoptar la forma de una Cooperativa, o viceversa.

#### V. QUÉ RELACIÓN HAY ENTRE LAS EPS Y LAS ASOCIACIONES COLECTIVAS PARA EL TRABAJO?

Las Asociaciones Colectivas para el Trabajo serían una figura jurídica distinta a las PyMIs, Cooperativas y EPS. A pesar de que no existe un instrumento normativo que las regule a cabalidad, puede señalarse que una nota característica de estas figuras sería que son beneficiadas por la Administración con distintas medidas que pretenden promocionar sus actividades.

Tal y como sucede con las otras figuras comentadas, una Asociación Colectiva para el Trabajo puede convertirse en una EPS o viceversa.

#### VI. ¿CÓMO UNA PYMI, UNA COOPERATIVA, UNA ASOCIACIÓN COLECTIVA PARA EL TRABAJO O CUALQUIER OTRA FORMA DE SOCIEDAD MERCANTIL PUEDE CONVERTIRSE EN UNA EPS?

Para que pueda ser considerada una EPS, la sociedad o asociación deberá manifestar su voluntad de asumir compromisos para la construcción del nuevo modelo productivo, manifestación general que deberá estar plasmada en acta de asamblea de socios.

#### VII. ¿CUÁNTOS TIPOS DE EPS EXISTEN?

En el ámbito de industrias básicas y minería, de acuerdo con el artículo 3 del Instructivo, existen tres tipos de EPS: las EPS como tales; Las Sociedades mercantiles y demás formas asociativas comprometidas con la construcción del nuevo modelo productivo<sup>11</sup> y las UPC<sup>12</sup>.

En el caso específico del sector petrolero, el Programa de EPS distingue las EPS, las Empresas Promotoras de Empresas de Producción Social (EPEPS) y las UPC. En la definición de las EPS, el Programa de EPS incluye una particularidad, al señalar que “sus ganancias deben estar destinadas a un reparto igualitario entre sus asociados”.

Por otra parte, el Programa de EPS crea las EPEPS como una nueva figura con el objeto de apoyar y promover las EPS, las cuales han definido como:

“Entidades económicas dedicadas a la producción de bienes, obras y servicios, y quienes alineadas a la política del Estado, participan voluntariamente en el Programa EPS de PDVSA, *apalancando e incentivando la constitución, desarrollo y participación de las EPS en las actividades económicas del país*, asociadas a su proceso productivo, asumiendo las condiciones del compromiso social (...)” (resaltados nuestros).

11 Se refiere a aquellas empresas privadas que manifiestan su consentimiento de evolucionar hasta convertirse en una EPS, asumiendo voluntariamente mayores compromisos sociales.

12 Definidas del modo siguiente: “Un tipo particular de Empresas 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 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”.

Esta nueva figura se diferencia de las EPS del sector petrolero en que: (i) no están obligadas a repartir de una forma igualitaria sus ganancias; (ii) no están obligadas a la prestación directa de bienes y servicios, sino que en el ejercicio de su actividad deben contemplar la promoción de EPS; (iii) asumen un compromiso social distinto al de las EPS y (iv) Al no tener carácter de EPS no son susceptibles de ser beneficiarias de los incentivos que el Estado determine para éstas.

#### VIII. ¿QUÉ FORMA JURÍDICA PUEDEN ADOPTAR LAS EPS?

Según las definiciones aportadas, las EPS podrían adoptar cualquier forma jurídica. Indudablemente, habrá figuras jurídicas que se asemejarán más a los valores que pretende proteger la figura de la EPS como tal, pero no se ha establecido limitación alguna en este sentido.

#### IX. ¿CUÁL ES LA FUNCIÓN PRIMORDIAL DE LAS EPS?

La función primordial de las EPS puede derivarse de su definición. Así, y como se señaló, las EPS tienen como propósito fundamental la producción de bienes, obras y servicios que satisfagan las necesidades básicas del entorno en el cual se desenvuelven. Sin embargo, puede considerarse que hay un propósito que responde a las políticas públicas del Estado y que sería la transformación de la empresa tradicional basada en la propiedad privada sobre el capital a la empresa fundada en la propiedad colectiva sobre tal capital.

#### X. ¿QUÉ ES EL REGISTRO DE EPS?

El Registro de EPS, creado por PDVSA, constituye una base de datos de empresas, en la cual deben inscribirse las EPS y las EPEPS, inscripción que ha sido definida en la Ficha Descriptiva del Programa de EPS, como requisito de participación en el mismo, así como condición para ser contratista de PDVSA.

En esta Ficha Descriptiva, la cual debe ser suscrita por los representantes legales de la empresa que esté solicitando la inscripción en el REPS, se establece que “con la inscripción en el REPS, la empresa en forma voluntaria asume el cumplimiento del compromiso social (...)”. Puede considerarse que tal declaración debe ser entendida en el sentido genérico en el que igualmente se realiza la declaración contenida en los estatutos sociales, pero en ningún caso, como la asunción de un compromiso u obligación específica, para la cual se requerirá la manifestación de voluntad precisa y especial de la empresa.

#### XI. ¿SUSTITUYE EL REGISTRO DE EPS AL REGISTRO AUXILIAR DE CONTRATISTAS DE PDVSA (RAC)?

No queda claro si el REPS coexiste con el Registro Auxiliar de Contratistas de PDVSA (RAC) o, si por el contrario, lo sustituye, ello en vista de que el Programa EPS nada menciona en este sentido y en el portal web de PDVSA se encuentra información contradictoria.<sup>13</sup>

Es por ello que será necesario revisar en cada caso las previsiones del pliego de licitación de que se trate y, en caso de duda, solicitar la aclaratoria correspondiente a la omisión de licitaciones que coordine el procedimiento.

---

13 <http://www.pdvsa.com/index.php?tpl=interface.sp/design/readmenu princ.tpl.html&newsidtemas=175>; [http://www.pdvsa.com/index.php?tpl=interface.sp/design/readmenu.tpl.html&newsid\\_obj\\_id=1526&newsid\\_temas=200](http://www.pdvsa.com/index.php?tpl=interface.sp/design/readmenu.tpl.html&newsid_obj_id=1526&newsid_temas=200)

XII. ¿PARA CONTRATAR CON EL ESTADO HAY QUE ADOPTAR LA FORMA DE EPS O DE EMPRESA PROMOTORA DE EPS?

Propiamente, sólo en PDVSA se exige en la actualidad adoptar la forma de EPS o de empresa promotora de EPS para contratar con ella. No se conocen instrumentos normativos internos o externos que exijan adoptar tal figura a los efectos de contratar con otros sectores de contratación del sector público. Como se señaló, la inscripción en el REPS, que constituye una base de datos de empresas, ha sido definida en la Ficha Descriptiva del Programa de EPS, como requisito de participación en el mismo, así como condición para ser contratista de PDVSA. Sin embargo, es muy probable que progresivamente tales sectores comiencen a exigir a los particulares la adopción de alguna modalidad de EPS.

XIII. ¿CUÁL ES EL ALCANCE DEL COMPROMISO SOCIAL QUE PUEDEN ASUMIR LAS EPS?

El compromiso social que asumen las EPS no está definido en instrumento alguno de carácter general.

Para el sector petrolero, en el alcance del compromiso social de las EPS y las EPEPS, coinciden, el aporte al Fondo Social de PDVSA, que se materializa en un porcentaje del monto de la contratación que es fijado en el Pliego de Licitación, y la contribución al desarrollo de UPC, que constituye un Plan de colaboración en el objeto de una UPC, en beneficio de los miembros de la comunidad. Ahora bien, para las EPS la participación en los proyectos de las comunidades podrá ser requerida tanto a través de aportes al Fondo Social de PDVSA o mediante la prestación de bienes y servicios, los cuales serán en todo caso determinados en el Pliego de Licitación.

En el caso de las industrias básicas y minería, los artículos 14 al 19 del Instructivo, regulan el compromiso y aportes destinados a contribuir en la construcción del nuevo modelo productivo, a través de acciones concretas en lo económico, social, político, territorial, ambiental e internacional. En concreto, estos compromisos pueden materializarse en un proyecto o aporte social.

XIV. ¿CUÁL ES EL ALCANCE DEL COMPROMISO SOCIAL QUE PUEDEN ASUMIR LAS EPEPS?

De acuerdo con el Programa EPS, las EPEPS estarán obligadas además, según las previsiones del Pliego de Licitación, a los siguientes compromisos sociales:

1. La presentación de oferta social en las licitaciones; que es el compromiso del aporte de un monto en Bolívares para la ejecución de un proyecto social que se determina en la licitación y se define como un requisito excluyente de participación en el Pliego de Licitación analizado.

2. El desarrollo y acompañamiento de empresas pequeñas y EPS, mediante el desarrollo de sistemas, tecnologías y programas, que es un Plan de promoción de PyMIs, EPS u otras formas asociativas, seleccionada por el oferente (puede estar vinculada con su proceso productivo, pueden seleccionar sus trabajadores del SIDEM, las Misiones o de los residentes de la comunidad beneficiada)

3. La conformación de consorcios con empresas pequeñas y EPS, para su fortalecimiento tecnológico, que a diferencia de los otros compromisos sociales, constituye una forma de participación en la licitación que se materializa una vez se es beneficiario de la buena pro.



# DOCTRINA ADMINISTRATIVA



# Doctrina Administrativa

## *Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Cuarto Trimestre de 2006\**

Recopilación y selección  
por José Ignacio Hernández G.  
*Profesor de la Universidad Central de Venezuela y  
Universidad Católica Andrés Bello*

### SUMARIO

- I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA
  - 1. *Conceptos claves de la libre competencia.* 2. *El mercado relevante.* A. Concepto de mercado relevante.
- II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA
  - 1. *Prácticas exclusionarias.* 2. *Manipulación de factores de producción.* 3. *El abuso de la posición dominio.* A. Condiciones de procedencia del abuso de la posición de dominio.

---

\* 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](http://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. *Concepto claves de la libre competencia*

Caso: Especialidades Dollder C.A, vs. Laboratorios Wyeth S.A.  
Resolución N° SPPLC/0076-2006 26-12-06

#### **La justificación de las prácticas restrictivas de la libre competencia**

Del artículo transcrito se colige claramente que la competencia para ser libre requiere que los agentes puedan entrar y salir del mercado sin afrontar ningún obstáculo. Pero es evidente, que la cooperación humana expresada a través de los contratos, convenios y prácticas, frecuentemente responde a la necesidad de asegurar oportunidades de negocios, que de otro modo no podrían realizarse, aún cuando éstas implican cierta pérdida social. No obstante, tales contratos y convenios en ocasiones generan beneficios a la sociedad que compensan las pérdidas ya mencionadas.

También es obvio que tales contratos o prácticas pueden suponer exclusiones o imposiciones en vías de lograr sus fines. En consecuencia, para ser legítimamente libre la competencia a la que alude el artículo 3° de la Ley, como bien tutelado por la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia requiere que de haber restricciones impuestas a la salida o entrada de los agentes, sean además ilegítimas, esto es, que no obedezcan a una razón de propósito comercial por encontrar o explotar beneficios, sino que se dirijan a frustrar la permanencia o entrada del agente afectado a fin de aprovechar ganancias monopólicas.

### 2. *El mercado relevante*

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

Caso: Especialidades Dollder C.A, vs. Laboratorios Wyeth S.A.  
Resolución N° SPPLC/0076-2006 26-12-06

#### **Métodos de determinación del mercado relevante**

En este orden de ideas se ha de señalar que los estándares legales para “construir” un mercado relevante o mercado antitrust, históricamente han surgido de la jurisprudencia y de la aplicación de conceptos técnicos-económicos, muy precisos y claramente definidos por la Teoría Económica (...) una definición adecuada del mercado de producto implica delinear el mercado de un bien y agregar en él todos los productos que son sustitutos cercanos del bien en cuestión, cuyo mercado se intenta analizar. Para ello se requiere examinar las propiedades físicas del producto y de los sustitutos, como también las diferencias observables en materia de usos finales o preferencias de los consumidores, costos de la sustitución y barreras institucionales para tal sustitución (...)

Los métodos para identificar el grado de sustitución entre productos son múltiples. Más allá de los métodos econométricos más tradicionales de estimación de demanda, también es frecuente entrevistar a los productores de una industria que presumiblemente conocen a sus clientes, y a sus potenciales competidores provenientes de otras industrias. A menudo se estudia la correlación de los precios: si el producto A y B están en el mismo mercado relevante, entonces sus precios deberían tender a moverse de manera “cercana”. Así, un primer paso razonable para testear sustituibilidad es la correlación de los precios entre diferentes

1 No ha habido, en este punto, variación sustancial en relación con la doctrina de la SPPLC dictada en el 2006, razón por la cual damos por reproducidos los conceptos sobre mercado producto y mercado geográfico contenidos en la anterior doctrina de SPPLC.

productos que se supone, podrían llegar a incluirse dentro del mismo mercado relevante. Con todo, hay que tener en cuenta que altas correlaciones no necesariamente indican que dos productos deben incorporarse directamente, en el mismo mercado relevante por su grado de sustituibilidad; por ejemplo, productos no sustitutos pero que utilizan los mismos insumos pueden exhibir alta correlación en sus precios. Asimismo, una baja correlación no necesariamente indica la existencia de poca sustituibilidad, y ante la presencia de este resultado se debe profundizar el análisis.

## II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. *Prácticas exclusionarias*<sup>2</sup>

Caso: Especialidades Dollder C.A, vs. Laboratorios Wyeth S.A.  
Resolución N° SPPLC/0076-2006 26-12-06

#### **Las condiciones de ilicitud de las prácticas exclusionarias**

Deben distinguirse las estrategias emprendidas por las empresas con el fin de mejorar su posición en el mercado, las cuales se ajustan a la naturaleza del proceso competitivo, de aquellas cuyo objeto es eliminar a los competidores establecidos en el mercado e impedir la disciplina que proviene de la rivalidad de los competidores potenciales. En este último caso, el objetivo sería obtener una posición monopólica en el mercado, lo cual finalmente le permitirá obtener beneficios supracompetitivos (...)

Es importante aclarar qué se debe entender como elemento intencional en el análisis de competencia. Para comprobar la presencia e intención de un agente económico al llevar a cabo una conducta restrictiva desde el punto de vista de competencia deben concurrir tres elementos, a saber: 1) que exista conciencia del alcance que en el mercado pueda tener la actuación llevada a cabo por el agente, 2) que habiendo otras opciones de actuación similares desde el punto de vista de los beneficios que presentan, no se haya escogido la que resultase menos restrictiva de la libre competencia, y, finalmente, 3) que el objetivo último de la conducta efectuada sea restringir la competencia.

### 2. *Manipulación de factores de producción*<sup>3</sup>

Caso: Especialidades Dollder C.A, vs. Laboratorios Wyeth S.A.  
Resolución N° SPPLC/0076-2006 26-12-06

#### **Concepto de manipulación de factores de producción**

(...) La prohibición a la que se refiere el artículo 8 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia es la manipulación de los factores de producción que tiendan a impedir ilegítimamente la entrada de nuevos competidores o provoquen la salida injustificada de aquellos que se encuentran en el mercado. En este sentido es tipificada como una práctica de tipo exclusoria.

### 3. *El abuso de la posición de dominio*<sup>4</sup>

Caso: Especialidades Dollder C.A, vs. Laboratorios Wyeth S.A.  
Resolución N° SPPLC/0076-2006 26-12-06

#### **La determinación de la posición de dominio**

2 *Cfr.*: DA/RDA N° 107, pp. xx. y ss.

3 *Vid.* DA/RDP N° 107, p. xx.

4 DA/RDP N° 107, pp xx y ss.

Según el artículo mencionado se desprende que para poder llegar a la conclusión de que existe una posición dominante en un mercado relevante, deben tomarse en cuenta dos consideraciones. La primera se refiere al análisis de las cuotas de participación en el mercado relevante: si sólo existe un agente que provee determinados bienes o servicios es claro que el mismo se encuentra en una posición de dominio. Si, por el contrario, están presentes en el mercado varios agentes, no sólo debe determinarse el grado de participación de mercado de cada uno de los agentes, sino que además debe hacerse una segunda consideración, que consiste en el análisis de la competencia efectiva existente entre los agentes que participan de dicho mercado relevante. Es posible, de este modo, que aún en presencia de varios agentes económicos, uno de ellos detente suficiente poder de mercado como para impedir el mantenimiento de una competencia efectiva.

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

Caso: Especialidades Dollder C.A, vs. Laboratorios Wyeth S.A.  
Resolución N° SPPLC/0076-2006 26-12-06

**Condiciones de ilicitud del ejercicio de la posición de dominio**

Cabe destacar que un abuso de posición de dominio se da cuando una empresa que ostenta posición de dominio, realiza prácticas comerciales restrictivas con el fin de desplazar a sus competidores del mercado o impedir de modo alguno la entrada de nuevos competidores. En este sentido, el artículo 13 de la Ley para Promover y Proteger el libre ejercicio de la Competencia, trata de impedir que todo agente económico que detente una posición de dominio, se aproveche abusivamente de la ausencia de competidores o de la ausencia de una competencia efectiva atendiendo a su propio interés y lucro. En los términos previstos en el artículo 13 de la Ley ejusdem, el Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, señala en su artículo 7° en el numeral 2, que la Superintendencia no podrá autorizar la realización de las prácticas o conductas unilaterales que constituyan un abuso de posición de dominio en el mercado relevante. Definido en este caso el mercado relevante como el mercado de Medicamentos Antidepresivos con igual principio activo y mecanismo de acción, para ser utilizados en el tratamiento de pacientes con depresión mayor y trastornos de ansiedad.

De acuerdo a lo anterior, se tratará como una práctica unilateral de acuerdo a lo anti-competitivo de la conducta, que puede ser llevada a cabo por una empresa individual, sin que se necesite de otras partes incurso en el propósito restrictivo para configurarse.

Por otra parte, aquellos actos unilaterales en los que la empresa en posición dominante interfiere con el proceso competitivo, tratando de acrecentar o proteger su posición a través de la eliminación de rivales actuales o de la disuasión a la entrada de rivales potenciales, son considerados abusos exclusorios de posición dominante. Entendidas las prácticas exclusorias como aquellas que tienden a dañar a los competidores actuales o potenciales.

# JURISPRUDENCIA



# Información Jurisprudencial

## *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Cuarto 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. *Responsabilidad Patrimonial del Estado.*
- II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
  1. *Garantías Constitucionales.* A. La Garantía de igualdad ante la Ley. B. La garantía de acceso a la justicia: Protección de derechos e intereses colectivos o difusos. C. Las garantías del debido proceso: Presunción de inocencia. 2. *Derechos Individuales.* A. Derecho a la vida. B. Derecho de petición y oportuna respuesta. 3. *Derechos Sociales y de las Familias: Derecho a la salud.* 4. *Derechos Culturales y Educativos: Derecho a la educación.* 5. *Derechos Políticos: Proceso Electoral.*
- III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
  1. *Régimen del Poder Público Nacional.* A. Competencias del Poder Nacional: Fijación de tarifas del servicio eléctrico. B. Régimen de la Administración Pública: Potestad sancionatoria: Principio de legalidad. C. El Poder Judicial. a. Tribunal Supremo de Justicia: Dirección Ejecutiva de la Magistratura. b. Régimen de los jueces: Jurisdicción disciplinaria. 2. *El Poder Público Estatal: Contralorías Estadales.* 3. *El Poder Municipal.* A. Representación de los Municipios. B. Impuestos Municipales: Licencia de Actividades Económicas: Mecanismo de control.
- IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO
  1. *Libertad Económica: Licencia de Actividades Económicas.* 2. *Régimen de los Servicios Públicos.* A. Servicios públicos domiciliarios. B. Servicio público de telecomunicaciones. C. Actividades relativas al suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos. 3. *Régimen Cambiario y Monetario.* 4. *Propiedad y Expropiación.* A. Expropiación. a. Motivación del avalúo. b. Impugnación del avalúo.
- V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO
  1. *Potestad contralora y fiscalizadora de la Contraloría General de la República.* 2. *Obligación tributaria. Incumplimiento: Intereses moratorios.*

## VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*. A. Caracterización: Diferencia con la función jurisdiccional. B. Derechos de los administrados: Derecho a la defensa. C. Pruebas. Flexibilidad probatoria. D. Silencio Administrativo. 2. *Reglamentos: Potestad Reglamentaria*. 3. *Actos Administrativos*. A. Actos de autoridad realizados por entes de derecho privado. B. Notificación defectuosa. C. Vicios. a. Vicios de forma. a'. Inmotivación. 4. *Contratos Administrativos*. A. Caracterización. B. Selección de contratistas: Adjudicación directa.

## VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Órganos*. A. Tribunal Supremo de Justicia: Sala Política Administrativa. Competencia. 2. *El Contencioso Administrativo de anulación*. A. Objeto: Actos sancionatorios dictados por los Jueces. B. Las partes en el procedimiento: Citación. C. Medios de prueba. a. Admisión. b. Testigo presencial. D. Sentencia: Ampliación y aclaratoria. 3. *El Contencioso Administrativo contra la abstención o negativa de la Administración*. 4. *El Contencioso Administrativo de Interpretación: Intervención de terceros*. 5. *El Contencioso Administrativo de las demandas contra los entes públicos*. A. Admisibilidad: Procedimiento administrativo previo (antejuicio administrativo). B. Sentencia. Costas: Improcedencia. 4. *El Contencioso Administrativo especial*. A. El Contencioso Administrativo funcionarial. a. Sentencia. Vicios: Inmotivación. B. El Contencioso Administrativo Tributario. a. Suspensión de efectos y "solve et repete". b. Notificación.

## VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control Concentrado de la constitucionalidad: Cosa juzgada de la sentencia: Reedición del acto normativo*. 2. *Acción de Inconstitucionalidad: Objeto. Normas derogadas*. 3. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Competencia. B. Motivos. C. Objeto: Ejecución de actos administrativos. D. Inadmisibilidad: Existencia de medios judiciales ordinarios. E. Procedimiento: Audiencia Oral.

## I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*

TSJ-SPA (2176)

5-10-2006

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Pedro Pablo Morantes vs. C.A. Electricidad de los Andes (CADELA)

**La culpa del agente causante del daño ha de ser demostrada en el supuesto de la responsabilidad ordinaria, en tanto que la culpa del civilmente responsable se presume en la segunda de estas categorías.**

4.- Ahora bien, visto que lo que se pretende imputar a CADELA en el presente caso, es su responsabilidad como guardián de las instalaciones eléctricas en las cuales se verificó el trágico evento, es preciso hacer unas breves consideraciones al respecto.

Establece el artículo 1.193 del Código Civil que:

*"Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor... (omissis)"*.

El dispositivo parcialmente transcrito contempla una de las formas bajo las cuales se verifica la denominada responsabilidad especial (la cual puede producirse por hecho ajeno o por cosas), en contraposición con la responsabilidad por hecho propio; siendo ambas, clasificaciones desarrolladas ampliamente por la doctrina, derivadas de la responsabilidad civil delictual o por hecho ilícito.

Estas dos clasificaciones generales, a saber, la responsabilidad especial (en sus dos versiones), y la ordinaria, presentan diferencias marcadas que a la vez se erigen en sus características más notables. Destacando como la principal de ellas el hecho de que mientras en la responsabilidad ordinaria el civilmente responsable es quien causó el daño; en la especial, lo es un tercero por el ilícito causado por una persona o una cosa con las cuales tiene un especial vínculo, en virtud de encontrarse bajo su dirección, guarda, control o vigilancia.

En segundo lugar, es preciso señalar que la culpa del agente causante del daño ha de ser demostrada en el supuesto de la responsabilidad ordinaria, en tanto que la culpa del civilmente responsable se presume en la segunda de estas categorías, siendo esta presunción de carácter absoluto en algunas situaciones (tratándose del dueño o principal, o el guardián de la cosa), y *juris tantum* (cuando lo que se analiza es la culpa de los padres, tutores, preceptores o artesanos por los daños cometidos por los menores que habiten con ellos, así como por los alumnos y aprendices, según sea el caso).

Es así que atendiendo al asunto objeto de controversia, el accionante atribuye la responsabilidad de los daños sufridos el día 23 de agosto de 1997, a CADELA, por considerar que es dicha sociedad mercantil es el guardián de las instalaciones y de los conductores de electricidad.

Expuesto lo anterior, cabría preguntar si en razón de haber actuado el accionante en calidad de trabajador al servicio de la demandada en la Subestación de Rubio en la señalada fecha, sería posible afirmar que se está en presencia de una responsabilidad de naturaleza excepcional a cargo de CADELA. Sobre este aspecto, en criterio de la Sala, la respuesta ha de ser afirmativa, pues si bien la demandada ejecuta sus acciones a través su personal, no es menos cierto que se verifica aquí la autoridad y, por tanto, el control de CADELA sobre las referidas instalaciones; ello, sin dejar de mencionar que es esta sociedad mercantil la que se beneficia directamente del uso de los equipos, tendido eléctrico e instalaciones que están bajo su guarda, como prestadora del servicio eléctrico.

De allí que tratándose de una responsabilidad por guarda de cosas la que se imputa a CADELA, no precisa por parte del denunciante, que sea demostrada la culpa de la demandada en los hechos generadores de los daños verificados en la humanidad del ciudadano Pedro Pablo Morantes.

**TSJ-SPA (2176)**

**5-10-2006**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Pedro Pablo Morantes vs. C.A. Electricidad de los Andes (CADELA)

**En el presente caso la participación de la víctima en la generación del accidente no fue tenida como una eximente de responsabilidad. Acordándose la indemnización acorde con la participación de la víctima.**

..... Este nuevo elemento, es decir, la intervención del ciudadano Pedro Pablo Morantes (que en el caso de autos se traduce en una omisión al no chequear la ausencia de tensión), en la producción del infortunio laboral, lleva a la Sala a referirse a un aspecto de singular relevancia, cual es el de que la participación de la víctima en la generación del accidente, no ha de ser tenida como una eximente de responsabilidad de la sociedad mercantil CADELA, dado que, como se explicó anteriormente, se pudo constatar que el procedimiento ejecutado por la cuadrilla de trabajadores enviados por CADELA a la Subestación de Rubio el día 23 de agosto de 1997, abundó en irregularidades que crearon una condición de mayor riesgo para los integrantes del equipo y derivaron en el accidente sufrido por el accionante.

Antes bien, la participación del accionante en los hechos dañosos, aunada a la de la sociedad demandada, declarada *supra*, deberá ser resuelta partiendo de la premisa según la cual las faltas en las que incurrió cada parte, habrán de ser compensadas en la medida de la injerencia que cada una tuvo en la ocurrencia del infortunio laboral.

Lo expuesto encuentra su fundamento legal en el artículo 1.189 del Código Civil, según el cual:

*“Cuando el hecho de la víctima ha contribuido a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuirá en la medida en que la víctima ha contribuido a aquél.”*

Así, preceptúa este texto legal que cuando en la producción del hecho ilícito, concurren tanto el agente como la víctima, quedará disminuido el resarcimiento del daño en la medida en que la última ha contribuido a generarlo.

Una solución como la señalada es, por supuesto, la ajustada a derecho, en tanto que de los autos no se evidencie que la víctima actuó en forma intencional para lograr el resultado dañoso, o asumió el riesgo de su ocurrencia a pesar de no haberlo querido; situaciones que inevitablemente darían lugar a liberar de toda responsabilidad al supuesto agente del daño.

Pues bien, como quiera que del expediente no surgen elementos con base en los cuales quede probado que la voluntad del afectado estuvo dirigida a provocar el incidente que le ocasionó las lesiones descritas, o que aun sin tener tal intención, asumió el riesgo de actuar en condiciones inseguras bajo la creencia de que no ocurriría un evento como el sufrido, considera la Sala que lo aplicable al caso, es la ya mencionada compensación de faltas entre CA-DELA y el ciudadano Pedro Pablo Morantes.

## II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

### 1. *Garantías Constitucionales*

#### A. *La garantía de igualdad ante la Ley*

**TSJ-SPA (2872)**

**13-12-2006**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Asociación Civil Aeroclub Caracas vs. Ministerio de la Defensa y Ministerio de Infraestructura.

El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha sido interpretado como el derecho de los ciudadanos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluya a unos lo que se le concede a otros, en paridad de circunstancias. Es decir, que en virtud de este derecho, no deben establecerse diferencias entre los que se encuentran en las mismas condiciones. La verdadera igualdad consiste en tratar de manera igual a los iguales y desigualmente a los que no pueden alegar esas mismas condiciones y circunstancias predeterminadas por la Ley, ya que éstas no obedecen a intereses de índole individual, sino a la utilidad general.

En el presente caso, advierte la Sala que la apoderada judicial actora denunció que fue permitida la operación de helicópteros en la Base Aérea, pero no se refirió a que a otros propietarios de aviones de ala fija les hubiese sido autorizado operar en la Base Aérea “Generalísimo Francisco de Miranda”, situación que, por tanto, no revela para la Sala un trato desigual respecto a su representada, pues los helicópteros son un medio de transporte con distintas características, lo cual, en su oportunidad ha debido ser ponderado por las autoridades competentes, quienes consideraron pertinente autorizar su operación en la referida Base Aérea; autoridades que por demás, como se indicó *supra*, están plenamente facultadas para estable-

cer las políticas y lineamientos generales que han de aplicarse en el sector aeronáutico, resguardando la necesaria seguridad del mismo. Así se decide.

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

**TSJ-SC (2134)**

**30-11-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Jesús Caldera Infante vs. Consejo Nacional Electoral

Preliminarmente esta Sala debe considerar el carácter bajo el cual el accionante invoca su legitimación para interponer la acción de amparo constitucional contra la Resolución número 061026-960, del 26 de octubre de 2006, dictada por el Consejo Nacional Electoral, toda vez que el carácter con el cual acude en amparo se fundamenta en el quebrantamiento de intereses colectivos.

El accionante aduce su participación alegando un doble aspecto, como es, el carácter de candidato y elector miembro de la comunidad en el Estado Carabobo, argumento sobre el cual considera, le permite actuar bajo una representación que trasciende la esfera personal de sus derechos e intereses.

Sobre este particular, esta Sala Constitucional en sentencia del 21 de noviembre de 2000 (caso: *Gobernador del Estado Mérida y otros vs. Ministerio de Finanzas*), estableció que la única autoridad pública que puede ejercer las acciones de protección de derechos e intereses colectivos y difusos es quien ejerza la Defensoría del Pueblo, por lo que tal carácter excluye a las demás autoridades que ejerzan función pública, señalamiento que se asentó con base en lo siguiente:

*“[...] Los derechos e intereses difusos y colectivos persiguen mantener en toda la población o en sectores de ella, una aceptable calidad de vida, en aquellas materias cuya prestación general e indeterminada de tal calidad de vida corresponde al Estado o a los particulares. Se trata de derechos e intereses colectivos que pueden coincidir con derechos e intereses individuales, pero que conforme al artículo 26 de la Constitución vigente pueden ser accionados por cualquier persona que invoque un derecho o interés compartido con la ciudadanía en general o con un sector de ella, y que teme o ha sufrido, como parte integrante de esa colectividad, una lesión en su calidad de vida, a menos que la ley le niegue la acción. Ahora bien, correspondiendo al Estado Venezolano mantener las condiciones aceptables de calidad de la vida, no pueden sus componentes solicitar de él dicha prestación; por ello, dentro de la estructura del Estado, el único organismo que de pleno derecho puede incoar tales acciones es la Defensoría del Pueblo, ya que representa al pueblo y no al Estado Venezolano, al igual que otros entes públicos a quienes la ley, por iguales razones de representatividad, expresamente otorgue tales acciones”.*

Atendiendo al criterio jurisprudencial antes expuesto, esta Sala debe considerar, interpretando de manera extensiva, que si un funcionario por elección popular no puede usurpar las funciones inherentes a la Defensoría del Pueblo, menos pudiera alegar tal carácter alguien que en su condición de candidato se postule al cargo de elección popular, pues el ejercicio de ese derecho como postulando no le permite subrogarse ni adjudicarse la representación del colectivo.

Entendida la exclusión de este carácter para interponer la acción de amparo bajo la invocación de derechos colectivos por parte de un postulante a un cargo de elección popular, esta Sala debe considerar el otro aspecto con el cual se alega la legitimación, como ha sido, la manifestación por parte del accionante de su situación jurídica como miembro de la población electoral del Estado Carabobo.

Este caso resulta distinto pues se deriva de su condición como elector miembro del sector poblacional cuya representación se permite adjudicar, siendo una identificación coincidente y confundible con el resto de las personas que integran dicho género por tener los mismos elementos distintivos del accionante, lo cual, le hace permisible compartir ese interés procesal que a su vez da lugar para actuar equiparablemente con el colectivo.

Interpretando el sentido jurisprudencial desarrollado por esta Sala sobre la legitimación en defensa de aquellos derechos e intereses cuya naturaleza los hacen indivisibles de la pluralidad de personas integrantes del fenómeno social, se permite concluir que la situación bajo la cual el accionante afirma actuar en defensa de la colectividad debe ser considerado solamente en su condición de elector y no como candidato presidencial, pues, se insiste, tal peculiaridad no le inviste de representación alguna, por lo que la facultad de actuación queda permitida solamente con el carácter establecido en los términos anteriormente expuestos. Así se decide.

C. *Las garantías del debido proceso. Presunción de inocencia*

**TSJ-SPA (2189)**

**5-10-2006**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Seguros Altamira, C.A. vs. Ministerio de Finanzas

**La garantía de presunción de inocencia requiere que la acusación aporte una prueba individual de culpabilidad, más allá de la duda, lo cual implica el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad.**

...Con relación a la presunta violación a la presunción de inocencia, señalan los apoderados judiciales de la sociedad mercantil recurrente que la Administración impuso una sanción a su representada sobre la base de simples indicios o presunciones, pues “*antes de cualquier análisis o consideración*” dio por sentado que existía una relación contractual entre ésta y la aseguradora.

Al respecto, observa la Sala que esta garantía requiere que la acusación aporte una prueba individual de culpabilidad, más allá de la duda, lo cual implica el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad.

En el presente caso, la Superintendencia de Seguros dejó constancia de los hechos que constituyen, a su juicio, infracción al ordenamiento jurídico, a través de las pruebas cursantes en el expediente administrativo, todo ello en función de su obligación de probar la existencia de irregularidades o ilícitos cometidos por la empresa aseguradora, la cual tuvo oportunidad de formular alegatos y traer pruebas en su defensa. En consecuencia, no puede afirmarse que con dichos instrumentos la Administración determinó la culpabilidad de la empresa de forma definitiva, ya que esta última tuvo la oportunidad de desvirtuar su contenido.

En efecto, la circunstancia de que la Administración tenga la carga de probar los hechos con base en los cuales considera que es procedente la aplicación de la sanción correspondiente, no implica que el administrado no tenga la facultad de traer al expediente administrativo

pruebas que permitan evidenciar ante la Administración, la licitud de su actuación. Por tanto, estima esta Sala que en el presente caso no se vulneró la presunción de inocencia, ya que la actividad desplegada por la Administración se efectuó a los fines de cumplir con la carga probatoria que le correspondía. Así se decide.

**TSJ-SPA (2673)**

**28-11-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Sociedad Williams Enbeidge & Compañía (SWEC) vs. Ministerio de Energía y Minas

**El principio de presunción de inocencia consagrado en el numeral 2 del artículo 49 de la Constitución, forma parte de las garantías inmanentes al debido proceso y consiste en el derecho que tiene toda persona de ser considerada inocente mientras no se pruebe lo contrario; se exige en consecuencia, que tanto los órganos judiciales como los de naturaleza administrativa ajusten sus actuaciones, a lo largo de todo el procedimiento respectivo, de modo tal que se ponga de manifiesto el acatamiento o respeto del aludido derecho.**

En segundo lugar, se observa que los apoderados actores denuncian la violación del derecho a la presunción de inocencia, pues -a su decir- desde el inicio del procedimiento administrativo, el Ministerio de Energía y Minas presumió que la empresa recurrente era culpable y que por ser esa presunción de carácter *iuris tantum*, la Sociedad Williams Enbridge & Compañía (SWEC) debía probar que no era culpable de los hechos imputados, cuando lo procedente -según afirman- era que la culpabilidad fuese demostrada por el órgano sancionador.

Cabe precisar sobre estos particulares, que el principio de presunción de inocencia consagrado en el numeral 2 del artículo 49 de la Constitución, forma parte de las garantías inmanentes al debido proceso y consiste en el derecho que tiene toda persona de ser considerada inocente mientras no se pruebe lo contrario; se exige en consecuencia, que tanto los órganos judiciales como los de naturaleza administrativa ajusten sus actuaciones, a lo largo de todo el procedimiento respectivo, de modo tal que se ponga de manifiesto el acatamiento o respeto del aludido derecho.

En tal sentido, su importancia trasciende en aquellos procedimientos administrativos que aluden a un régimen sancionatorio o disciplinario, como es el caso de autos, donde tal derecho se concretiza en la necesaria existencia de un procedimiento previo a la imposición de la sanción, que ofrezca las garantías mínimas a la persona investigada y permita, sobre todo, comprobar su culpabilidad o inocencia.

La presunción de inocencia debe abarcar todas las etapas del procedimiento sancionatorio, y ello implica que se de al investigado la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan, se le garantice la existencia de un contradictorio, la oportunidad de utilizar todos los elementos probatorios que respalden las defensas que considere pertinente esgrimir, y una resolución precedida de la correspondiente actividad probatoria a partir de la cual pueda el órgano competente fundamentar un juicio razonable de culpabilidad.

2. *Derechos Individuales*A. *Derecho a la vida*

CPCA

5-10-2006

Juez Ponente: Engullen Torres López

Caso: Maria Lucila Mora de Arellano vs. Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación.

**El derecho a la vida humana -derecho fundamental- es el origen inmediato de todos los derechos y obligaciones constitucionalmente consagrados así como pilar fundamental de los derechos humanos reconocidos y protegidos por instrumentos internacionales. De ahí que este derecho, por su esencia y como fundamento del ordenamiento jurídico, vincula de tal modo a los Poderes Públicos que éstos deben adoptar todas las medidas necesarias a fin de preservar este bien jurídico de cualquier amenaza o violación por parte de sus órganos o de cualquier otro agente distinto a aquellos.**

B. *Derecho de petición y oportuna respuesta*

TSJ-SC (1911)

7-11-2006

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Patria Para Todos (PPT) vs. Consejo Nacional Electoral

.....Por otra parte, esgrime el tercero opositor que habiendo operado el silencio administrativo quedaba abierta la opción del hoy accionante para acudir al contencioso electoral y que, por tanto, no podía desprenderse de tal circunstancia lesión constitucional alguna. En tal sentido, debe señalar esta Sala que a pesar de ser cierto que el silencio negativo está concebido en garantía del administrado ello no exime a la Administración de pronunciarse, es más, desde la oportunidad en que se estipuló constitucionalmente el derecho constitucional de obtener oportuna y adecuada respuesta el deber de la Administración puede incluso ser requerido mediante amparo si se cumple con las causales de admisibilidad, razón por la cual, en criterio de la Sala, que haya operado el silencio negativo no impide que se ampare el derecho ciudadano de obtener oportuna y adecuada respuesta porque ese es, precisamente, el deber de la Administración.

3. *Derechos Sociales y de las Familias: Derecho a la salud*

CPCA

5-10-2006

Juez Ponente: Engullen Torres López

Caso: Maria Lucila Mora de Arellano vs. Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación

**El derecho a la salud es un derecho social fundamental, el cual debe ser garantizado por el Estado, mediante políticas orientadas a aumentar la calidad de vida y el acceso a los servicios, así como unas condiciones adecuadas en el medio ambiente y en el trabajo, de manera que sean garantizadas unas condiciones sanas en los puestos de trabajo, empresas, establecimientos y en las áreas subyacentes a éstos, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.**

4. *Derechos Culturales y Educativos: Derecho a la educación***TSJ-SPA (2727)****30-11-2006**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Unidad Educativa Colegio Academia Merici de Venezuela vs. Ministerio de Educación.

**Es inherente al proceso educativo que los institutos docentes promuevan el conocimiento de los valores éticos, interviniendo en forma correctiva y sancionadora, y que los alumnos tengan el derecho a ser disciplinados, siendo perjudicial para su formación, la ausencia de sanción ante la falta cometida.**

En efecto, la circunstancia de que la alumna hubiera esperado afuera de la oficina donde se encontraban los exámenes, mientras la otra los sustraía, participando en tal acto sin lograr su objetivo, no disminuye su responsabilidad en los hechos ni le elimina el carácter de grave a la falta, por constituir una actuación que puso en peligro el resultado o eficacia de una evaluación académica, tal como se desprende del artículo 123, ordinal 3° de la Ley Orgánica de Educación. Por tanto, la sanción impuesta por el colegio no resultaba desproporcionada en atención a la participación de la alumna en este hecho calificado como grave, ya que comprometió la eficacia de una prueba de evaluación.

En este orden de ideas, debe esta Sala recalcar que el proceso social y educativo se fundamenta entre otros aspectos, en la disciplina de los niños y adolescentes. Por tanto, la normativa escolar determina cuál es la conducta esperada del alumno, fija sus límites e impone sanciones cuando exista un desacato a la misma, como parte de la educación. Por ello, es inherente al proceso educativo que los institutos docentes promuevan el conocimiento de los valores éticos, interviniendo en forma correctiva y sancionadora, y que los alumnos tengan el derecho a ser disciplinados, siendo perjudicial para su formación, la ausencia de sanción ante la falta cometida.

5. *Derechos Políticos: Proceso Electoral***TSJ-SE (173)****14-11-2006**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Luis Inciarte vs. Consejo Nacional Electoral, respecto a las Elecciones Parlamentarias celebradas en fecha 4 de diciembre de 2005.

**La Sala Electoral precisa cada uno de los tres aspectos del proceso electoral: el procedimiento de escrutinio; la auditoría; y la eventual realización de un recuento de votos en el marco de la impugnación de un proceso electoral.**

Al respecto, observa la Sala que el análisis de los términos en que el recurrente planteó su denuncia permite colegir que en su escrito existe una evidente confusión entre tres aspectos distintos del proceso electoral como son: 1) El procedimiento de escrutinio; 2) La auditoría; y 2) La eventual realización de un recuento de votos en el marco de la impugnación de un proceso electoral.

Frente a esta situación se impone la necesidad de precisar cada uno de los referidos aspectos, previamente a la emisión de un pronunciamiento en relación con las denuncias en concreto.

Por ende, a continuación se expone una serie de breves consideraciones de índole conceptual que resultan necesarias para aclarar conceptos que aparecen planteados de forma confusa en el escrito libelar.

En ese sentido, cabe precisar en primer lugar, que el escrutinio consiste en la contabilización de los elementos que se relacionan directamente con la emisión del voto, el cual se lleva a cabo en diversas instancias o etapas. La primera se realiza en las mesas receptoras del voto, llevándose a cabo las subsecuentes etapas en órganos electorales de mayor jerarquía y cuya competencia se extiende a dimensiones territoriales más amplias que las etapas inferiores (FRANCO, Beatriz, “El Escrutinio: Mecanismo y Control”, en *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Instituto Federal Electoral, Universidad de Heidelberg, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1998, p. 590).

Por otra parte, las auditorías electorales, a diferencia de las auditorías de carácter administrativo, tienen un fin más específico, como sería el caso de comprobar que los distintos pasos del *proceso electoral* aseguren que la votación y los escrutinios traducen la voluntad libremente expresada por los electores sobre las opciones presentadas durante el acto electoral. Más aún: que el proceso electoral es organizado para permitir que alternativas creíbles sean presentadas al *elector* y que todos los *electores* tengan igual acceso al derecho de voto. Una auditoría no es una fiscalización, sino más bien una evaluación con el objetivo de corregir errores, errados procedimientos, etc. Una *auditoría electoral* implicaría determinar, entre otras cosas: Si el proceso para contar los *votos* permite descartar el *fraude* en el *escrutinio*, y si los resultados finales presentados a los ciudadanos reflejan la suma de los resultados obtenidos en cada mesa de votación (Cf: [http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red\\_diccionario/auditoria%20electoral.htm](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/auditoria%20electoral.htm), consultada en fecha 27 de octubre de 2006).

En otro orden de ideas, la eventual realización de un recuento de votos sólo puede producirse en el marco de la impugnación de un proceso electoral, y frente a la invocación por parte del recurrente de determinadas y precisas causales de nulidad, como lo dejó establecido esta Sala en la sentencia número 114 del 2 de octubre de 2000, en los términos siguientes:

*Pues bien, resulta lógico que ante una regulación normativa de las características antes indicadas de un proceso electoral, automatizado en su fase de escrutinio en un ochenta por ciento, se proscriba la realización de un nuevo escrutinio o “reconteo manual” por parte de un único órgano: El Consejo Nacional Electoral, cuando la impugnación es en sede administrativa, o en la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, cuando es en sede jurisdiccional. En fin, la tesis del escrutinio o recuento manual atentaría contra la racionalidad del sistema contenido en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, e inclusive de todo el sistema normativo, pues basta imaginarse únicamente el tiempo que requeriría uno de esos órganos para escrutar nuevamente los votos en una elección de Gobernador, y ni se diga la presidencial, tiempo durante el cual el país regional o nacionalmente estaría signado por la inestabilidad política, sin tomar en cuenta las graves dificultades materiales que comporta el cómputo de votos en “óvalos” marcados, en tarjetas que sirven hasta para cinco votaciones. De allí entonces, que resulte concluyente para la Sala la inexistencia de un nuevo y total escrutinio manual (“reconteo”), como mecanismo para resolver recursos administrativos o contencioso electorales.*

*Por otra parte, es importante destacar que la Ley sí contempla la posibilidad de realización de nuevos escrutinios, para dilucidar recursos administrativos o contenciosos electorales, pero se encarga de condicionar categóricamente esos nuevos escrutinios, a la invocación por parte del recurrente de determinadas y precisas causales de nulidad, todas relacionadas lógicamente con actas de escrutinio. En efecto, así ocurre con las causales tipificadas en el artículo 220, en sus numerales 2, 3 y 4, de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. En el primero de esos numerales (el distinguido como 2) se configura la causal de nulidad del acta de escrutinio, cuando el número de votantes, según el cuaderno de votación, el*

*número de boletas consignadas y el número de votos asignados, sea mayor al número de electores de la Mesa; el segundo (distinguido como 3) establece que la causal se configura cuando el acta de escrutinio no esté firmada, por lo menos, por tres miembros de la Mesa, y el tercer numeral (distinguido como 4) cuando se haya declarado la nulidad del acta de votación.*

En el marco de las consideraciones anteriores, pasa esta Sala a analizar las denuncias formuladas por el recurrente y su petición de que se proceda a la apertura de las cajas y la revisión de los comprobantes de votación en aquellas mesas que no fueron auditadas.

En ese orden de ideas, el recurrente inicia su escrito cuestionando que en el proceso electoral que culminó con la elección de los Diputados a la Asamblea Nacional el pasado mes de diciembre de 2005, no se efectuó una auditoria respecto de la totalidad de las urnas, sino que se limitó a la revisión del cuarenta y cinco (45%) de las cajas contentivas de los comprobantes de votación, por lo que al no procederse a la apertura de la totalidad de las cajas, se incurrió en una supuesta omisión de conteo manual de todos los votos. Manifiesta igualmente que con el análisis de una muestra o fragmento y no de la totalidad del material en cuestión, solamente se refleja una tendencia y no la exacta correspondencia entre el número de votantes según conste en el Cuaderno de Votación, el número de boletas consignadas y el número de votos asignados en las actas, incluyendo válidos y nulos.

A partir de este hecho, objeta la validez de las Actas de Escrutinio elaboradas en aquellas Mesas donde las cajas de resguardo de los comprobantes de votación no fueron auditadas.

Ahora bien, en el contexto de las definiciones anteriormente expuestas, resulta patente la equivocación en que incurre el recurrente al exponer sus argumentos.

En primer lugar, confunde la figura del escrutinio con la auditoria, al pretender que durante esta última, la cual se realizó en términos parciales, se hiciera lo mismo que corresponde por esencia a la etapa de escrutinio que había tenido lugar previamente, esto es, la contabilización de los votos.

Luego, al afirmar que se incurrió en una supuesta omisión en el escrutinio manual de todos los votos, desconoce que el proceso electoral se llevó a cabo de manera automatizada, y que el escrutinio fue realizado por la máquina de votación, por lo que en consecuencia no se requería la contabilización manual de los votos.

Sobre ese particular, ya en anteriores decisiones se ha pronunciado este órgano judicial en cuanto a la constitucionalidad y legalidad del sistema de escrutinio automatizado, a la manera en que funciona y al hecho de que el escrutinio manual opera excepcionalmente cuando aquél no pueda instrumentarse.

En ese sentido, pueden verse, entre otras, la sentencia número 86 del 14 de julio de 2005, en la cual expresó lo siguiente:

*“A este respecto cabe indicar previamente que, conforme a lo dispuesto en los artículos 293 in fine y 294 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los órganos del Poder Electoral se rigen, entre otros, por los principios de eficiencia de los procesos electorales y de celeridad de los actos de votación y escrutinio. Tal aserto encuentra desarrollo legislativo en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Electoral que consagra el principio de celeridad en todos los actos y decisiones del Poder Electoral, y en el artículo 4 de esa misma Ley, que establece el deber del Consejo Nacional Electoral de garantizar la eficacia de los procesos electorales.*

*Por otra parte el artículo 154 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política prescribe claramente que los procesos de votación, escrutinio, totalización y adjudicación serán totalmente automatizados, lo que evidencia que en este punto dicha Ley, aun cuando es un*

*instrumento preconstitucional, se halla en perfecta sintonía con el espíritu de las normas constitucionales citadas. Igualmente cabe destacar que el artículo 168 de la misma Ley establece que el “proceso de escrutinio será mecanizado”.*

*Siendo así, el cuestionamiento de los recurrentes respecto del contenido de los artículos 44 y 50 de las Normas para la Instalación y Constitución de la Mesa de Referendo y para los Actos de votación y de Escrutinio de los Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, y por ende, de la forma en que se llevó a cabo el escrutinio y la totalización, resulta totalmente carente de fundamento y revela un desconocimiento de la legislación electoral, al señalar que el uso del sistema automatizado de votaciones contraría la ley venezolana. De igual forma, el mismo se traduce en un desconocimiento de principios básicos del Derecho Electoral y del contencioso electoral, al pretender la contabilización manual de todas las boletas empleadas en el proceso sin que se hayan presentado alegatos y pruebas que evidencien la necesidad de tal recuento.*

*En otros términos, es obvio que los recurrentes confunden el procedimiento que corresponde al escrutinio de las votaciones realizadas cuando se trata de procesos electorales automatizados, con el que corresponde al que debe adelantarse en el supuesto de que el sistema de votación, escrutinio, totalización y adjudicación sea manual.*

*A mayor abundamiento, cabe señalar que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política contempla como regla la automatización del proceso de escrutinio (artículos 154 y 168), aun cuando prevé que excepcionalmente, en los casos en que ésta no pueda instrumentarse, debe optarse por el sistema manual de escrutinio (artículo 154). Ello permite concluir que en el proceso automatizado el escrutinio lo realiza la máquina de votación, no requiriéndose por tanto, la contabilización manual de los votos, y la posterior impresión del Acta cumple, entre otras funciones, la de servir de constancia de los resultados, así como de soporte para el ejercicio de los mecanismos de control y también para una eventual impugnación.*

*En ese orden de ideas, al analizar los artículos 44 y 50 de las Normas para la Instalación y Constitución de la Mesa de Referendo y para los Actos de votación y de Escrutinio de los Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, se evidencia que tales normas prevén tanto el sistema automatizado como el sistema manual de votación y escrutinio, y en el caso del sistema automatizado, en el cual, como ya se expresó, el escrutinio lo realiza la máquina de votación, las normas en cuestión sólo contemplan que una vez finalizado el acto de votación se solicitará al operador de la máquina que transmita y luego imprima el Acta correspondiente. Es evidente entonces que las normas cuestionadas se adecuan al espíritu y propósito de lo que establece la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en materia de escrutinio de los procesos automatizados”.*

Por otra parte, la tantas veces invocada necesidad de comprobación de la exactitud entre el número de votantes según conste en el Cuaderno de votación, el número de boletas consignadas y el número de votos asignados en las actas, incluyendo válidos y nulos, fundada en lo dispuesto en los artículos 220, numeral 1, 221 y 222 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, revela que se pretende obtener un nuevo recuento sin que estén dadas las condiciones exigidas por la Ley, es decir, sin que se hayan invocado por parte del recurrente las determinadas y precisas causales de nulidad contenidas en las normas que él mismo cita.

Igualmente se evidencia que el recurrente desconoce la diferencia entre el escrutinio como etapa del proceso electoral, con aquél que pueda producirse en el marco de una eventual impugnación del proceso electoral (recuento).

Como puede verse, todas estas erradas interpretaciones impidieron al recurrente percatarse de que el proceso electoral para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional, se desarrolló, cumpliendo en términos generales con todos los requerimientos necesarios para ser considerado válido y eficaz, por las razones siguientes:

1.- El escrutinio fue realizado por las máquinas de votación, al tratarse de un proceso automatizado, y tal como debe ocurrir en esta fase, comprendió la totalidad de los votos emitidos por los electores durante el acto de votación.

2.- La auditoría fue realizada sobre un determinado porcentaje de las Mesas de Votación y no sobre la totalidad, por cuanto en este tipo de evaluación, como ya quedó expresado en la presente decisión, no se pretende realizar una totalización de los votos, sino más bien examinar el funcionamiento del sistema electoral sobre la base de un muestreo técnicamente suficiente a los efectos de cumplir con el objetivo de corregir eventuales errores o deficientes procedimientos.

3.- Los fundamentos de derecho invocados por el recurrente, esto es, los artículos 220, numeral 1, 221 y 222 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y en virtud de los cuales solicita que se realice un “conteo” manual sobre las Mesas de Votación que no fueron objeto de auditoría, sólo encuentran aplicación en el marco de la impugnación de un proceso electoral, frente a la invocación por parte del recurrente de determinadas y precisas causales de nulidad, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Para finalizar, resulta pertinente aclarar que este pronunciamiento se emite sin menoscabo de que el proceso electoral en cuestión pudiera resultar objetado por los interesados sobre la base de impugnaciones debidamente sustentadas en invocaciones de vicios o irregularidades previstas en el ordenamiento electoral y con fundamento en los lineamientos jurisprudenciales sentados por esta Sala, por lo que en modo alguno la presente decisión constituye prejuzgamiento al respecto.

Por los razonamientos anteriormente expuestos, resulta forzoso para esta Sala Electoral declarar SIN LUGAR el recurso contencioso electoral interpuesto por el ciudadano Luis Inciarte, actuando en su propio nombre y en representación del Partido Federal Republicano, asistido por el abogado RICARDO DE ARMAS, contra las actuaciones u omisiones del Consejo Nacional Electoral, respecto a las Elecciones Parlamentarias celebradas en fecha 04 de diciembre de 2005, como en efecto así se decide.

### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

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

##### A. *Competencias del Poder Nacional: Fijación de tarifas del servicio eléctrico*

**TSJ-SPA (2271)**

**18-10-2006**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: C.A. Energía Eléctrica de La Costa Oriental (ENELCO) vs. Concejo del Municipio Cabimas del Estado Zulia.

**La fijación de las tarifas del servicio eléctrico es competencia del Poder Ejecutivo Nacional.**

En primer lugar denunció la representación judicial de la empresa recurrente que el Acuerdo impugnado fue dictado por el Concejo Municipal del Municipio Cabimas del Estado Zulia, usurpando funciones del Poder Nacional y en violación de los artículos 117, 118, 119 y 136, ordinal 25 de la derogada Constitución de 1961. Sustentan la anterior denuncia señalando que el Poder Nacional es el titular de la competencia regulatoria de las tarifas del servicio eléctrico, no debiendo los Municipios intervenir en el establecimiento o regulación de dichas tarifas.

Asimismo, señalaron que la competencia atribuida a los Municipios por el ordinal 2° del artículo 36 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, aplicable *ratione temporis*, es únicamente la relativa a la materia de distribución y venta de energía eléctrica, mas no el aspecto tarifario, el cual la referida Ley dejó a salvo a favor del Poder Público Nacional, como se desprende del párrafo único de la citada disposición.

Igualmente, afirmaron que la fijación de las tarifas del servicio eléctrico es competencia del Poder Ejecutivo Nacional, a través de la actuación conjunta de los entonces Ministerios de Industria y Comercio y Energía y Minas.

Al respecto, debe señalarse que reiteradamente esta Sala ha establecido que 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 el principio de separación de los poderes según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias. (*Vid.* de reciente data, sentencia N° 1.506 del 8 de junio de 2006).

Ahora bien, a los fines de determinar si en el presente caso se ha producido la usurpación de funciones que ha sido denunciada, debe esta Sala referirse a lo dispuesto en el artículo 136 de la Constitución de la República de Venezuela promulgada en el año 1961, el cual determinó las materias respecto de las cuales el Poder Nacional tenía competencia.

La referida disposición a través de los primeros 24 ordinales, atribuyó al Poder Nacional distintas competencias entre las que no se encuentra la fijación de tarifas del servicio eléctrico. No obstante, en su numeral 25 señaló que igualmente estarían asignadas al Poder Nacional, *“Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Nacional o que le corresponda por su indole o naturaleza”*.

Ello así, el artículo 29, ordinal 27 de la Ley Orgánica de la Administración Central del 29 de noviembre de 1995, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.025 Extraordinario de fecha 20 de diciembre de 1995 -vigente para la fecha en que fue dictado el Acuerdo impugnado-, atribuyó al entonces Ministerio de Industria y Comercio competencia para la concertación, análisis, y fijación de precios y tarifas de productos y servicios, tanto públicos como privados, en todo el territorio nacional. Asimismo, la referida Ley en la disposición contenida en el artículo 35 ordinal 3°, asignó al Ministerio de Energía y Minas, competencia para la planificación y control de la producción, distribución y consumo de las distintas clases de energía.

Por su parte, mediante Decreto N° 1.558 del 30 de octubre de 1996, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.085 del 13 de noviembre de 1996, el Presidente de la República considerando, entre otras, la necesidad de crear un ente autónomo responsable de la operación coordinada y despacho económico de cargas en el Sistema Interconectado Nacional, así como del diseño e implantación de sistemas de precios y de tarifas sobre bases de orden económico, dictó las *“Normas para la Regulación del Sector Eléctrico”*.

Así, en el artículo 11 del referido Decreto se dispuso que *“El órgano regulador y de supervisión del Sector Eléctrico Nacional es el Ministerio de Energía y Minas. El Ejecutivo Nacional, en cuanto a materia del sector eléctrico se refiere, contará con la asesoría de la Comisión Reguladora de Energía Eléctrica, asistida técnicamente por la Fundación para el Desarrollo del Servicio Eléctrico.”*

Igualmente, de conformidad con las disposiciones del analizado Decreto, para la fecha en que fue dictado el Acuerdo impugnado era competencia de la Comisión Reguladora de Energía Eléctrica -integrada por el Ministro de Energía y Minas, los Ministros de Fomento, del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, por el Jefe de la Oficina Central de

Coordinación y Planificación de la Presidencia de la República y por el Presidente del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario-, considerar los pliegos tarifarios presentados por las empresas y las observaciones que sobre los mismos hiciera la Fundación para el Desarrollo del Servicio Eléctrico.

Ahora bien, la Ley Orgánica de Régimen Municipal publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.109 Extraordinario del 15 de junio de 1989, aplicable *ratione temporis*, desarrolló los principios constitucionales referentes a la organización, gobierno, administración, funcionamiento y control de los Municipios y demás entidades locales en ella determinadas. Así, la referida Ley en su artículo 36 dispuso:

*“Los Municipios, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, podrán promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad.*

*Son de la competencia propia del Municipio, las siguientes materias:*

*...omissis...*

*2. Distribución y venta de electricidad y gas en las poblaciones de su jurisdicción; (...).”*

Ahora bien, el párrafo único del comentado artículo, estableció lo siguiente:

*“ÚNICO: Cuando un servicio público municipal, tenga o requiera instalaciones, o se preste, en dos o más Municipios, limítrofes, por un mismo organismo o empresa pública o privada, dichos municipios deberán establecer una mancomunidad entre sí para la determinación uniforme de las regulaciones que corresponde a su competencia, sin menoscabo de las competencias nacionales referentes a la reglamentación técnica para instalaciones y modificaciones de las mismas, requisitos y condiciones de producción y suministro, facultades de inspección y potestades sancionadoras que se encuentren establecidas o se establezcan en normas nacionales.*

*En todo caso, las competencias municipales se ejercerán sin perjuicio de las atribuciones a los órganos que ejercen el Poder Nacional para el establecimiento de las tarifas de los servicios públicos, dentro del régimen de regulación de precios que le corresponde.”*

El análisis de las disposiciones legales y sublegales a las que se ha aludido ponen de manifiesto que para la fecha en que fue dictado el Acuerdo impugnado, a los Municipios les había sido asignada competencia para la distribución y venta de electricidad. Sin embargo, el ejercicio de dicha competencia no alcanzaba la fijación de tarifas para la prestación del servicio de electricidad por parte de las empresas públicas o privadas de energía eléctrica, pues tal competencia -como hemos visto- se encontraba asignada a la Comisión Reguladora de Energía Eléctrica.

Lo anterior puede colegirse no sólo de las referidas disposiciones del Decreto Presidencial N° 1.558, sino además de la limitación que la propia Ley Orgánica de Régimen Municipal impuso a las entidades territoriales menores, al dejar a salvo las competencias que en materia de fijación de tarifas habían sido asignadas al Poder Nacional.

De allí que, a juicio de esta Sala, el Concejo Municipal del Municipio Cabimas del Estado Zulia al dictar el Acuerdo sobre Tarifa Eléctrica Residencial en el Municipio Cabimas, publicado en la *Gaceta Municipal Extraordinaria* N° 40 de fecha 28 de noviembre de 1997, usurpó funciones atribuidas al Ejecutivo Nacional, siendo en consecuencia nulo dicho acto, en aplicación de lo previsto en el artículo 119 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, el cual dispuso que *“Toda autoridad usurpada es ineficaz, y sus actos son nulos”*.

Así, habiéndose determinado que el referido Municipio al dictar el señalado Acuerdo usurpó funciones del Poder Nacional, resulta inútil entrar a analizar las demás denuncias realizadas por la representación judicial de la recurrente, debiendo esta Sala declarar con lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto. Así se decide.

B. *Régimen de la Administración Pública: Potestad sancionatoria: Principio de legalidad*

**TSJ-SPA (2189)**

**5-10-2006**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Seguros Altamira, C.A. vs. Ministro de Finanzas

**La decantación de la exigencia de legalidad o tipicidad tiene su origen en el principio de seguridad jurídica, fundamental en todo Estado de Derecho, requiriéndose que la definición normativa de los ilícitos administrativos debe reunir unas características de precisión que satisfagan esa demanda de seguridad y certeza.**

1.- Siguiendo el orden de los alegatos esgrimidos por la actora, debe examinarse en primer lugar lo referente a la presunta violación del principio de legalidad, y en tal sentido vale destacar que en casos como el de autos, lo que se alude es al requerimiento de definición en una norma de rango legal, suficiente para su identificación, del ilícito y de su consecuencia sancionatoria, por lo que es conveniente efectuar algunas referencias acerca de tal principio.

Así, esta Sala en sentencia N° 1441 de fecha 6 de junio de 2006 (caso *C.N.A. de Seguros La Previsora contra Ministro de Finanzas*), estableció respecto del principio de legalidad lo siguiente:

*“doctrinariamente se ha venido admitiendo que el mismo comporta un doble significado, a saber: la sumisión de los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley; además, el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad pública, a las normas generales y abstractas, previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de esa misma autoridad”.*

De acuerdo a lo indicado, la legalidad representa la conformidad con el derecho, en otros términos, la regularidad jurídica de las actuaciones de todos los órganos del Estado.

Al analizarse detenidamente el contenido del principio tratado, se evidencia la existencia de dos intereses considerados como contrapuestos en el desarrollo de la actividad administrativa: por una parte, la necesidad de salvaguardar los derechos de los administrados contra los eventuales abusos de la Administración, y por la otra, la exigencia de dotar a ésta de un margen de libertad de acción.

En lo que se refiere al campo sancionador administrativo propiamente dicho, la Sala ha expresado (sentencia N° 1.947 del 11 de diciembre de 2003, caso: *Seguros La Federación*) que el principio de legalidad admite una descripción básica, producto de caracteres atribuidos en primera instancia, a la legalidad punitiva, pero que resultan extensibles a la legalidad sancionadora en general. Así, este principio implica la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), lo cual tiene correspondencia con el principio que dispone *nullum crimen, nulla poena sine lege*, esto es, no hay delito ni pena, sin ley penal previa. Se entiende pues, que la potestad sancionatoria requiere de una normativa que faculte a la Administración para actuar y aplicar determinada sanción administrativa.

Sobre este aspecto, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en fallo de fecha 5 de junio de 1986 (caso: *Difedemer C.A.*), señaló lo siguiente:

*“(...) El principio constitucional de la legalidad en materia sancionatoria (nullum delictum, nulla poena sine lege) expresado en el ordinal 2º del artículo 60 de la Constitución Nacional, según el cual ‘nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta’ no se limita exclusivamente, como bien lo advierte la recurrente, al campo penal, ya que su fundamentación y finalidad es la de proteger al ciudadano de posibles arbitrariedades y abusos de poder en la aplicación discrecional de penas y sanciones, sean de tipo penal o administrativo (...)”.*

Ahora bien, este principio de legalidad está conectado con la disposición constitucional de la reserva legal, mediante la cual determinadas materias, en este caso, las que imponen restricciones al sistema de libertades públicas, deben ser reguladas por Ley. A este respecto, resulta clarificadora la decisión precedentemente citada, pues en la misma la extinta Corte Suprema de Justicia estableció que *“las sanciones de carácter administrativo, según la intención y voluntad del legislador, pueden establecerse tanto en una ley como en un reglamento, pero, en este segundo caso, es indispensable que la propia Ley establezca que por vía reglamentaria, se determinarán las sanciones. Ese ha sido el camino escogido por el legislador en numerosos casos, al autorizar o delegar en el Poder Ejecutivo la determinación de las penas y sanciones a las infracciones de los administrados a la normativa legal y, en tal supuesto, se cumple con el precepto constitucional, pues el particular conoce, con antelación, cuales son concretamente, las sanciones aplicables a determinadas infracciones, y el poder administrador ejerce su acción dentro de cauces que no permiten arbitrariedades y abusos de poder”.* (Tal criterio ha sido reiterado en sentencia dictada por esta Sala N° 01441 de fecha 6 de junio de 2006).

Así, la decantación de la exigencia de legalidad o tipicidad tiene su origen en el principio de seguridad jurídica, fundamental en todo Estado de Derecho, requiriéndose que la definición normativa de los ilícitos administrativos debe reunir unas características de precisión que satisfagan esa demanda de seguridad y certeza.

Ahora bien, efectuadas las anteriores consideraciones, estimadas de importancia como marco general a los efectos de dilucidar la situación planteada, corresponde examinar los señalamientos efectuados por la parte impugnante sobre el asunto en particular.

Se observa que el alegato de vulneración del principio de la legalidad, se fundamenta en que no obstante el artículo 175 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros alude a la infracción, esto es, la “Elusión”, no consagra la *“tipificación legal de dicha infracción”*, agregando que la Administración no puede *“imponer sanción alguna a la supuesta comisión de la infracción señalada, cuando no existe en la Ley la necesaria tipificación legal: lex certa”*.

En tal sentido, la Sala considera conveniente determinar cuáles son las conductas que configuran ilícitos que deben ser sancionados con la multa prevista en el artículo 175 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1994, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.882 Extraordinario, de fecha 23 de diciembre de 1994, cuya modificación fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.865 Extraordinario, de fecha 08 de marzo de 1995, vigente para el momento en que se verificaron las conductas sancionadas, así como también actualmente, en virtud de que la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.561 Extraordinario de fecha 28 de Noviembre de 2001, fue suspendida con efectos *erga omnes* mediante sentencia de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia N° 1.911 del 13 de agosto de 2002; el cual es del tenor siguiente:

*“Artículo 175: Las empresas de seguros que sin causa justificada, a juicio del Superintendente de Seguros, eludan o retarden el cumplimiento de sus obligaciones frente a sus contratantes, asegurados o beneficiarios, serán sancionadas de acuerdo con la gravedad de la falta, con multa comprendida entre cien mil bolívares (Bs. 100.000) y el equivalente en bolívares a quinientos (500) salarios mínimos urbanos; sin perjuicio de que le sea suspendida temporalmente la licencia o revocada la autorización para actuar en el ramo donde ocurra la demora.*

*Parágrafo Primero.- La Superintendencia de Seguros orientará a las personas naturales que sean contratantes, aseguradas, o beneficiarias de los seguros en la presentación de sus reclamos a las empresas de seguros.*

*Parágrafo Segundo.- Las empresas de seguros dispondrán de un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para pagar los siniestros cubiertos, contados a partir de la fecha en que se haya terminado el ajuste correspondiente, si fuere el caso, y el asegurado haya entregado toda la información y recaudos en la póliza para liquidar el siniestro. La Superintendencia de Seguros podrá autorizar, mediante Resolución motivada y por vía de excepción, pactos en contrario al plazo indicado, en los casos de pólizas que por sus particulares características a su juicio así lo requieran.*

*Parágrafo Tercero.- Los ajustadores de pérdidas serán sancionados conforme a las previsiones de la presente Ley en caso de demora injustificada, a juicio del Superintendente de Seguros, en la entrega de sus informes de ajustes. La Superintendencia de Seguros regulará todo lo concerniente a los lapsos en que deberán ser entregados dichos informes.*

*Parágrafo Cuarto.- Las empresas de seguros no podrán rechazar los siniestros con argumentos genéricos estando obligadas a notificar por escrito dentro del plazo indicado, a sus contratantes, asegurados o beneficiarios de las pólizas los motivos que aleguen para considerar un siniestro como no cubierto”.*

El artículo citado prevé en su encabezado dos tipos sancionatorios, a saber, la elusión y el retardo en los que, sin justa causa, incurran las aseguradoras en el cumplimiento de sus obligaciones frente a sus contratantes, asegurados o beneficiarios. Asimismo, dicho artículo establece en su parágrafo cuarto la obligación de notificar por escrito las negativas de pago y la prohibición para las empresas de seguros de rechazar los siniestros con argumentos genéricos; mientras que en el parágrafo segundo del referido artículo, se determina cuál es el plazo que tienen las aseguradoras para pagar los siniestros cubiertos o en su defecto notificar la negativa respectiva.

De tal forma que puede colegirse que el artículo 175 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1994, prevé tres tipos sancionatorios distintos, configurados por:

- a) La elusión de las obligaciones a cargo de la aseguradora frente a los contratantes, asegurados o beneficiarios, como por ejemplo la de pagar las coberturas previstas en los contratos de seguros ante la ocurrencia del riesgo previsto, o la de notificar motivadamente su negativa de pago de dichas coberturas;
- b) el retardo en el cumplimiento de las referidas obligaciones; y
- c) el rechazo de los siniestros reclamados mediante argumentos genéricos.

Así, la falta de pago o la ausencia de respuesta ante la solicitud de cancelación de las coberturas previstas en una determinada póliza, se subsume en el supuesto de elusión de las obligaciones establecidas a cargo de la aseguradora, pues implica el incumplimiento del deber de notificar por escrito o de pagar las indemnizaciones debidas; en tanto que, la respuesta o el pago fuera del plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha en que se haya terminado el ajuste correspondiente, si fuere el caso, y el asegurado haya entregado toda la información y recaudos indicados en la póliza para liquidar el siniestro, se sub-

sume en el supuesto de retardo sancionado por la norma y, por último, la emisión de respuesta negativa dentro del plazo previsto en la norma pero conformada por argumentos escuetos e insuficientes para explicar el rechazo del pago que se trate, configura el tipo de rechazo genérico prohibido en el mismo párrafo cuarto del artículo en comentario.

Precisado lo anterior y en lo que se refiere a la sanción impuesta, la Sala advierte que la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros en sus artículos 1° y 6°, respectivamente, dispone lo siguiente:

*“Artículo 1°. El objeto de esta Ley es establecer los principios y mecanismos mediante los cuales el Estado regula las actividades aseguradora, reaseguradora y conexas realizadas en el país, en beneficio de los contratantes, asegurados y beneficiarios de los seguros mercantiles y de la estabilidad del sistema asegurador.*

*La intervención del Ejecutivo Nacional en las actividades aseguradora, reaseguradora y conexas, desarrolladas en el país, se realizará por órgano de la Superintendencia de Seguros, servicio autónomo de carácter técnico, sin personalidad jurídica, adscrito al Ministerio de Hacienda.*”

*“Artículo 6°. La Superintendencia de Seguros tendrá a su cargo la inspección, supervisión, vigilancia, fiscalización, regulación y control de la actividad aseguradora y en especial de las empresas de seguros y de reaseguros constituidas en el país, de los productores de seguros, de los ajustadores de pérdidas, de los peritos evaluadores, de los inspectores de riesgos, de las sociedades de corretaje de reaseguros y de las representaciones de las empresas de reaseguros constituidas en el exterior.”* (Subrayado de la Sala).

De las normas *supra* transcritas, se evidencia que el ramo asegurador reviste una especial significación para el legislador, quien consideró, incluso, como necesaria la intervención del Órgano Ejecutivo a través de la Superintendencia de Seguros, a los efectos de **inspeccionar, supervisar, vigilar, fiscalizar, regular y controlar la actividad aseguradora**.

Asimismo, vale destacar que tal y como se señaló precedentemente, sobre el supuesto contenido en el artículo 175 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, se contempló de manera específica una medida sancionatoria, cual es, la “*multa comprendida entre cien mil bolívares (Bs. 100.000,00) y el equivalente en bolívares a quinientos (500) salarios mínimos urbanos; sin perjuicio de que le sea suspendida temporalmente la licencia o revocada la autorización para actuar en el ramo donde ocurra la demora*”, de manera que no se ajusta a la realidad el argumento de la actora en lo atinente a que la infracción cometida, esto es, la “*elusión*” consagrada en el artículo 175 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, no se encuentra sujeta a sanción alguna, por no haberlo previsto el legislador.

En vista de lo expuesto, estima la Sala que en el presente caso no se produjo vulneración al principio de la legalidad, por lo que el mencionado alegato debe ser desestimado. Así se declara.

TSJ-SPA (2673)

28-11-2006

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Sociedad Williams Enbridge & Compañía (Swec) vs. Ministro de Energía y Minas.

**El principio de tipicidad postula la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas, el principio de legalidad concreta tal prescripción en el requerimiento de definición, suficiente para su identificación, del ilícito y de su consecuencia sancionatoria. La Sala Política Administrativa declara que el artículo 66 de la Ley**

**Orgánica de Hidrocarburos no constituye una norma penal en blanco en sentido estricto, pues si bien remite a las normas que la propia Ley Orgánica de Hidrocarburos prevé, al Reglamento de dicha Ley y a las demás disposiciones que se dicten para el debido cumplimiento de esas normas, su redacción se presenta en unos términos que hacen posible su aplicación.**

En cuanto a la violación del principio de legalidad y tipicidad de las sanciones, denunciada por la recurrente, se observa que los apoderados actores analizaron cada una de las normas cuya violación le fue atribuida a su representada por parte del órgano ministerial, concluyendo que ninguna de dichas normas establece sanciones y que, en algunos casos, constituían normas penales en blanco.

Alegan, que el artículo 66 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos constituye una norma penal en blanco al dejar abierta la posibilidad para que la Administración por sí sola juzgue las conductas a ser sancionadas, por lo cual solicitan a esta Sala Político Administrativa la desaplicación de la mencionada norma, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad.

En este orden de ideas, se hace necesario para la Sala realizar las siguientes precisiones:

El principio de legalidad se encuentra consagrado en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y exige la conformidad de las actuaciones de todos los órganos del Estado con el derecho. Así, el artículo 137 constitucional establece:

*“Artículo 137. Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”.*

Ahora bien, dentro del desarrollo de la actividad administrativa, el principio de legalidad encuentra dos intereses contrapuestos: por una parte, la necesidad de proteger los derechos de los administrados contra los posibles abusos de la Administración; y, por otra parte, la exigencia de dotar a la Administración de un margen de libertad de acción.

En este sentido, si bien debe evitarse que se produzcan actuaciones arbitrarias por parte de la autoridad administrativa supeditándola en su actividad a una serie de reglas jurídicas, tal sujeción no debe impedir el normal desenvolvimiento de la actividad administrativa pues, igualmente, se causarían graves perjuicios a los administrados. De esta manera, la oportunidad de adoptar determinadas medidas no siempre puede precisarse por vía general anticipadamente sino en el momento específico en que cada caso concreto se presente.

En lo que se refiere al ámbito administrativo sancionador, la Sala ha expresado (sentencia N° 1.947 del 11 de diciembre de 2003) que *“el principio de legalidad admite una descripción básica, producto de caracteres atribuidos en primera instancia, a la legalidad punitiva, pero que resultan extensibles a la legalidad sancionadora en general”.*

Así, el principio de legalidad implica la existencia de una ley (*lex scripta*), que ésta sea anterior (*lex previa*) y que describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), lo cual tiene correspondencia con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, esto es, no hay delito ni pena, sin ley penal previa. Se entiende, pues, que la potestad sancionatoria requiere de una normativa que faculte a la Administración para actuar y aplicar determinada sanción administrativa.

Por otra parte, debe señalarse que el principio de legalidad se relaciona con el principio de la reserva legal, mediante el cual determinadas materias deben ser reguladas por Ley.

En el caso de las sanciones administrativas, según la voluntad del legislador, éstas pueden estar establecidas en una ley o un reglamento, y en este último supuesto, es indispensable que la propia Ley establezca que por vía reglamentaria, se determinarán las sanciones, con el fin de dar cumplimiento al principio constitucional de la reserva legal.

En lo que concierne al principio de tipicidad cuya violación fue alegada por la parte recurrente, debe indicarse que éste se encuadra en el principio de la legalidad: mientras el principio de tipicidad postula la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas, el principio de legalidad concreta tal prescripción en el requerimiento de definición, suficiente para su identificación, del ilícito y de su consecuencia sancionatoria.

De allí, que la exigencia de legalidad o tipicidad tiene su origen en el principio de seguridad jurídica, fundamental en todo Estado de Derecho, requiriéndose que la definición normativa de los ilícitos administrativos debe reunir unas características de precisión que satisfagan esa demanda de seguridad y certeza.

En este contexto, la Sala observa que en el acto administrativo recurrido, el Ministro de Energía y Minas impuso a la empresa Sociedad Williams Enbridge & Compañía (SWEC) una multa de cincuenta mil unidades tributarias (50.000 U.T.), de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en concordancia con lo establecido en los artículos 19 y 66 *eiusdem*, por considerar como una falta gravísima la conducta asumida por la mencionada empresa al abandonar el Petro-Terminal que operaba y, consecuentemente, interrumpir la prestación del servicio público que prestaba.

Al respecto, se observa que los artículos 19, 60 y 66 del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.323 del 13 de noviembre de 2001, establecen:

*“Artículo 19. Las personas que realicen las actividades a las cuales se refiere este Decreto Ley, deberán hacerlo en forma continua y eficiente, conforme a las normas aplicables y a las mejores prácticas científicas y técnicas disponibles sobre seguridad e higiene, protección ambiental y aprovechamiento y uso racional de los hidrocarburos, la conservación de la energía de los mismos y el máximo recobro final de los yacimientos”.*

*“Artículo 60. Constituyen un servicio público las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados por el Ejecutivo Nacional conforme al artículo anterior, destinados al consumo colectivo interno. El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, fijará los precios de los productos derivados de los hidrocarburos y adoptará medidas para garantizar el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción. En la fijación de los precios el Ejecutivo Nacional atenderá a las disposiciones de este Decreto Ley y a las previsiones que se establezcan en su Reglamento. Estos precios podrán fijarse mediante bandas o cualquier otro sistema que resulte adecuado a los fines previstos en el presente Decreto Ley, tomando en cuenta las inversiones y la rentabilidad de las mismas”.*

*“Artículo 66. Las infracciones al presente Decreto Ley, a su Reglamento y a las demás disposiciones que se dicten para su debido cumplimiento, referidas a seguridad y protección de instalaciones, personas y bienes, construcción de obras e instalaciones, prestación de servicio, normas de calidad, transporte y distribución de hidrocarburos y productos, de precios y tarifas, serán sancionadas con multa entre cincuenta (50) y cincuenta mil (50.000) unidades tributarias o suspensión de actividades hasta por seis (6) meses o con ambas sanciones, que impondrá el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas, de acuerdo a la gravedad de la falta y la actuación pasada del infractor en el ejercicio de sus actividades.*

*Las sanciones anteriores se aplicarán sin perjuicio de las acciones civiles, penales, fiscales o administrativas que la infracción origine, de las medidas policiales que deban tomarse para impedir la infracción o para restituir la situación legal infringida y de las sanciones establecidas en otras leyes”.*

De las normas transcritas, se colige que las personas que realicen actividades relativas al suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, actividades estas que guardan el carácter de servicio público, deberán hacerlo de forma continua y eficiente. Por otra parte, las infracciones de las normas consagradas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y su Reglamento, así como de aquellas disposiciones dictadas para el cumplimiento de dichas normas, relativas a la seguridad y protección de instalaciones, personas y bienes, construcción de obras e instalaciones, prestación de servicio, normas de calidad, transporte y distribución de hidrocarburos y productos, de precios y tarifas, serán objeto de sanción por parte del Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Energía y Minas, con multa o suspensión de actividades.

Así pues, evidencia la Sala que la Administración Pública constató en el procedimiento administrativo la infracción de las normas de la Ley Orgánica de Hidrocarburos que ordenan la prestación continua y eficaz del servicio público de operación y mantenimiento de un terminal de almacenamiento y embarque de crudo petrolero por parte de la sociedad mercantil Sociedad Williams Enbridge & Compañía (SWEC), servicio que estaba obligado a prestar según el contrato de operación y mantenimiento suscrito con PDVSA Petróleo, S.A., por lo que el Ministro de Energía y Minas procedió a aplicar la consecuencia jurídica consagrada en el artículo 66 del referido Texto Legal, es decir, imponer la sanción de multa.

Desde esta perspectiva, considera la Sala que el aludido artículo 66 no constituye una norma penal en blanco en sentido estricto, pues si bien remite a las normas que la propia Ley Orgánica de Hidrocarburos prevé, al Reglamento de dicha Ley y a las demás disposiciones que se dicten para el debido cumplimiento de esas normas, su redacción se presenta en unos términos que hacen posible su aplicación. En efecto, establece el elemento esencial del tipo, esto es, la infracción de las normas de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, de su Reglamento y demás disposiciones dictadas para dar cumplimiento a esa normativa "*referidas a seguridad y protección de instalaciones, personas y bienes, construcción de obras e instalaciones, prestación de servicio, normas de calidad, transporte y distribución de hidrocarburos y productos, de precios y tarifas*". Además, la norma en cuestión prevé la consecuencia aplicable ante la infracción, es decir, la imposición de sanciones relativas a la suspensión de actividades hasta por seis meses, y/o multa de cincuenta a cincuenta mil unidades tributarias.

Por otra parte, la propia norma habilita al reglamento y demás disposiciones dictadas para el cumplimiento de las normas de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (referidas a seguridad y protección de instalaciones, personas y bienes, construcción de obras e instalaciones, prestación de servicio, normas de calidad, transporte y distribución de hidrocarburos y productos, de precios y tarifas), con el objeto de colaborar en la regulación de las actividades que son objeto de esa Ley.

Así las cosas, resulta pertinente indicar que la colaboración reglamentaria es una modalidad del ejercicio del principio de reserva legal y no una excepción al mencionado principio. La actividad administrativa, destinada como se encuentra a resguardar el interés colectivo, aparece en constante movimiento ante las distintas situaciones que no pueden ser previstas en su totalidad por el legislador, por lo que se hace perfectamente viable que el legislador faculte a la Administración para que dicte reglas y normas reguladoras de la función administrativa, que le permitan tener libertad de acción en el cumplimiento de sus funciones, sin que ello implique la violación de los principios de legalidad y de reserva legal.

Ahora bien, del auto que ordenó abrir el procedimiento administrativo (folios 81 al 83), observa la Sala que la autoridad administrativa consideró que la conducta desplegada por la sociedad mercantil Sociedad Williams Enbridge & Compañía (SWEC) presuntamente infringía los artículos 302, 322 y 326 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,

los artículos 4, 19, 60 y 66 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, los artículos 5 y 16 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, los artículos 344 y 361 del Código Penal, así como también estimó que tal conducta constituía un desacato a la sentencia N° 3.342 del 19 de diciembre de 2002, dictada por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, y a los Decretos Ejecutivos N° 2.172 y 2.214 del 8 y 21 de diciembre de 2002, respectivamente.

Cabe mencionar que, los artículos 302, 322 y 326 de la Constitución establecen:

*“Artículo 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”.*

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

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

Así, las normas transcritas constituyen principios relativos a la actividad petrolera reservada al Estado y a la seguridad de la Nación, normas constitucionales que el órgano administrativo consideró infringidas por la actuación de la recurrente, en el ejercicio de su función como órgano regulador en materia de hidrocarburos. Aunado a ello, debe recordarse que, en el contexto del artículo 131 constitucional que establece el deber de cumplir la Constitución y las leyes, el Ministerio de Energía y Minas, por su propia naturaleza de órgano administrativo, se encuentran en el deber de cumplir y velar por el cumplimiento de las normas y principios de la Carta Magna al igual que el resto de los órganos del Estado.

Respecto a la decisión de este Supremo Tribunal a la cual se refirió el Ministerio de Energía y Minas, debe señalarse que -efectivamente- la Sala Constitucional, en sentencia N° 3.342 del 19 de diciembre de 2002, se declaró competente y admitió la acción de amparo constitucional ejercida por el ciudadano Félix Rodríguez en su condición de Director Adjunto de Producción y Gerente General de Producción de la División de Occidente Exploración, Producción y Mejoramiento de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), en representación de los derechos colectivos de dicha sociedad y del pueblo venezolano, contra *“los hechos, actos y omisiones provenientes de los integrantes de una asociación que dicen llamar GENTE DEL PETRÓLEO”*.

Asimismo, en la mencionada sentencia, la Sala Constitucional acordó medida cautelar innominada *“...consistente en la orden a todas las autoridades y particulares vinculados con el restablecimiento de la actividad económica e industrial de la referida sociedad mercantil, de acatar todos aquellos Decretos y Resoluciones emanados de los órganos competentes cuya finalidad sea lograr la puesta en funcionamiento de la industria petrolera y sus derivados, en particular, del Decreto Presidencial N° 2.172, reimpresso y publicado en Gaceta Oficial N° 37.587, del 9.12.02, de la Resolución emanada del Ministerio de Energía y Minas, publicada en Gaceta Oficial N° 5.612, Extraordinario, del 8.12.02, y de la Resolución con-*

*junta emanada de los Ministerios de la Defensa y de Energía y Minas, publicada en Gaceta Oficial N° 37.588, del 10.12.02, aperecidos de que el desconocimiento de dicha orden supondrá un desacato a la autoridad, en los términos previstos en los artículos 29 y 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales...*”.

De esta manera, si bien es cierto que el delito de desacato -en este caso, de una medida cautelar acordada por la Sala Constitucional- debe ser determinado mediante sentencia judicial, no estima la Sala que el órgano ministerial haya infringido los principios de legalidad, tipicidad y reserva legal al considerar que la conducta de la Sociedad Williams Enbridge & Compañía (SWEC) contravino la sentencia N° 3.342 del 19 de diciembre de 2002; toda vez que en el ejercicio de sus funciones como órgano ejecutivo encargado de la formulación, regulación y seguimiento de las políticas y la planificación, realización y fiscalización de las actividades en materia de hidrocarburos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, está obligado a regularizar aquellas actuaciones tendientes a infringir dichas actividades.

Del mismo modo, no estima la Sala que al haber considerado el órgano ministerial que la conducta de la empresa Sociedad Williams Enbridge & Compañía (SWEC) contravenía el contenido de los Decretos Presidenciales N° 2.171 y 2.214 del 8 y 21 de diciembre de 2002, publicados en las *Gacetas Oficiales* N° 37.587 y 37.597, del 9 y 23 del mismo mes y año, respectivamente, haya violado los principios de legalidad, tipicidad y reserva legal.

Los mencionados Decretos fueron dictados por el Presidente de la República, durante el denominado “*paro petrolero*” llevado a cabo durante el mes de diciembre de 2002 por parte de las personas vinculadas con el sector petrolero, con el fin de disponer que lo concerniente al resguardo de las instalaciones de la industria petrolera nacional y el control y funcionamiento de esa industria estuviera a cargo de la Fuerza Armada Nacional, y que todos los buques venezolanos que se encontrasen anclados en aguas jurisdiccionales venezolanas, o atracados en puertos nacionales para el transporte de hidrocarburos y sus derivados, debían proceder de manera inmediata a realizar las respectivas maniobras de zarpe y/o atraque; todo ello con la finalidad de procurar la continuidad del servicio público de suministro de hidrocarburos, a nivel nacional e internacional.

Así pues, en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio de Energía y Minas observó que la actuación de la empresa Sociedad Williams Enbridge & Compañía (SWEC) “presuntamente” contravenía no solo las normas establecidas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos sino, además, normas constitucionales, decisiones judiciales y decretos presidenciales referidos a la actividad de hidrocarburos como actividad de utilidad pública e interés social, de carácter estratégico para el desarrollo nacional y la soberanía económica y política de la República. En razón de lo anterior, considera esta Sala que en el caso concreto no se violaron los principios alegados por la parte accionante, pues simplemente la Administración tomó en cuenta todas las normas y demás disposiciones dictadas dentro del marco de los hidrocarburos para determinar la irregular actuación de la recurrente.

En cuanto a las normas de la Ley de Seguridad Social y del Código Penal invocadas por el órgano ministerial, se evidencia del propio texto de la decisión recurrida (folio 566), que la autoridad administrativa “...Recono[ció] que (...) en el acto de apertura se hizo referencia al Código Penal, siendo que es[e] Ministerio no tiene competencia para aplicar dicho instrumento normativo ni para calificar hechos u omisiones con respecto al mismo. Tampoco puede aplicarse a este caso la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, ya que la misma fue publicada el 18 de diciembre de 2002 en la Gaceta 37.594 y SWEC dejó de estar en control del petro-terminal TAECJ de José el domingo 15 de diciembre de 2002, según se desprende del expediente”.

Por lo anterior, al no haber sido aplicadas las normas del Código Penal y de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación al caso concreto por parte del Ministerio de Energía y Minas, mal puede considerar la parte recurrente la violación de los principios de legalidad, tipicidad y reserva legal y, mucho menos, afirmar que la decisión del órgano administrativo se fundamentó en normas penales en blanco, toda vez que, en definitiva, la empresa Sociedad Williams Enbridge & Compañía (SWEC) fue objeto de un procedimiento administrativo y sancionada en el acto dictado por la máxima autoridad de mencionado Ministerio, según lo establecido en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en concordancia con los artículos 19 y 60 *eiusdem*; por lo que debe la Sala desestimar los alegatos de la parte recurrente sobre este particular. Así se declara.

C. *El Poder Judicial*

a. *Tribunal Supremo de Justicia: Dirección Ejecutiva de la Magistratura*

**TSJ-SC (1812)**

**20-10-2006**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Interpretación del artículo 267 de la Constitución

**La Dirección Ejecutiva de la Magistratura es un órgano consagrado de manera expresa en la Constitución que depende jerárquicamente de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, pero que goza, frente a la misma, de autonomía funcional. La Sala Constitucional analiza el alcance de esta autonomía, así como, la naturaleza y alcance de las potestades que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia ejerce sobre dicho órgano.**

1) En lo que respecta a la **Naturaleza Jurídico-constitucional de la relación que vincula a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura con la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia**, que se deriva de la interpretación del artículo 267 tantas veces mencionado, esta Sala observa:

Como punto previo y dado los términos en que se solicitó la interpretación del artículo objeto de la presente acción, se hace necesario establecer dentro de la estructura organizativa del Poder Judicial, la naturaleza jurídica de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, para así poder determinar la relación que vincula a ésta con la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

Es conocido que la función esencial del Poder Judicial es la jurisdiccional. Sin embargo, para poder cumplir su cometido, esas funciones van acompañadas de actividades administrativas, que conforme al actual texto constitucional son ejercidas por el Tribunal Supremo de Justicia a través de su Sala Plena, y entre otros órganos la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Sobre el particular, en sentencia N° 2956 del 29/11/02, esta Sala se pronunció dejando establecido:

*“...En tal sentido, esta Sala Constitucional observa que el artículo 267 atribuyó al Tribunal Supremo de Justicia, entre otras, la competencia para ejercer la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, y que con fundamento en dicha norma constitucional, la Sala Plena de este Supremo Tribunal dictó el 2 de agosto de 2000 la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, mediante la cual estableció el régimen jurídico de los órganos encargados de realizar las funciones antes mencionadas, así como las competencias atribuidas a cada uno de los órganos creados y regulados por dicha Normativa (Dirección Ejecutiva de la Magistratura, Comisión Judicial, Inspectoría General de Tribunales y la Escuela Judicial, entre otros) y la sujeción de todos ellos al control jerárquico, directo o indirecto, del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena.*

*Así las cosas, es evidente que las competencias atribuidas a este Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena (reunión de los integrantes del máximo órgano de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial) por el mencionado artículo 267 del Texto Fundamental, en concordancia con lo establecido en la Normativa antes referida y en diferentes disposiciones del ordenamiento jurídico pre-constitucional que mantienen su vigencia por no colidir en forma expresa con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, corresponden a un conjunto de funciones y potestades típicamente administrativas como son, entre otras:*

- a. Discutir y aprobar los proyectos de presupuesto del Poder Judicial (art. 28, literal e, de la Normativa).*
- b. Dictar la normativa sobre la organización y funcionamiento de la Inspectoría General de Tribunales, del Servicio de la Defensa Pública y de la Escuela Judicial (art. 28, literal h, de la Normativa).*
- c. Elegir a los Magistrados que junto con el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia integrarán la Comisión Judicial (art. 27 de la Normativa).*
- d. Nombrar y remover al Inspector General de Tribunales, al Director del Servicio de la Defensa Pública y al Director de la Escuela Judicial (art. 28, literales j, k e i, de la Normativa).*
- e. Nombrar y remover al Comité Directivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y escoger las políticas judiciales que ésta debe seguir (art. 28, literal b, de la Normativa).*
- f. Revisar ex officio los concursos realizados por la Comisión Coordinadora de Evaluación y Concursos para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial (art. 37 de las Normas de Evaluación y Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial).*
- g. Ordenar el inicio de averiguaciones para determinar la responsabilidad de los jueces u otros funcionarios de la administración de justicia (art. 44, numeral 6, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).*
- h. Decidir o acordar la jubilación de sus miembros o empleados (art. 44, numeral 12, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), etc.*

*Tales funciones y potestades, que ejerce la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia en sede administrativa, se distinguen con claridad de las competencias que a ella misma le atribuye el artículo 266, numerales 2 y 3 del mismo Texto Constitucional, y de las establecidas por la propia Sala Plena en su decisión N° 1/2000, del 2 de mayo, caso: Carlos Guía Parra y otros, con apego a las disposiciones legales pre-constitucionales que todavía mantienen su vigencia (contenidas, por ejemplo, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura y la Ley de Carrera Judicial), las cuales consisten en funciones y potestades típicamente jurisdiccionales como son, entre otras:*

*Omissis...*

*Distinguidas así algunas de las funciones administrativas y jurisdiccionales que a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de la desaparición del antiguo Consejo de la Judicatura, tiene atribuida la Sala Plena de este Alto Tribunal, es claro que, tal y como lo establecen la disposición contenida en el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la decisión de esta Sala Constitucional n° 37/2001, del 25 de enero, caso: Israel Fernández Amaya, contra los actos jurisdiccionales dictados por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio de cualquiera de las atribuciones o potestades jurisdiccionales antes indicadas, o de cualquier otra que le atribuya la Constitución o las Leyes, no se oirá ni admitirá recurso alguno, ya que en tales actuaciones típicamente jurisdiccionales la Sala Plena actúa como el más Alto Tribunal de la República; salvo la potestad extraordinaria de esta Sala Constitucional, establecida en el artículo 336, numeral 10, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de la cual, conforme a la doctrina establecida en su decisión n° 93/2001, del 6 de febrero, caso: Corpoturismo, le está dado revisar:*

*Omissis...*

*Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, esta Sala Constitucional considera que cuando la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia actúa en el ejercicio de cualquiera de las funciones o potestades típicamente administrativas a las que antes se hizo referencia, o en ejercicio de cualquier otra función o potestad administrativa que le atribuyan las Normativas y Leyes antes mencionadas, lo hace como cualquier otro órgano del Poder Público con rango constitucional que desempeña funciones propias de la Administración Pública, como es el caso, por ejemplo, del Presidente de la República, de la Asamblea Nacional, del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, cuando ejercen las funciones típicamente administrativas que le han sido atribuidas por la Constitución y las leyes en virtud de las competencias que le han sido asignadas para la prestación de un servicio o la satisfacción de un interés público.*

*Por lo tanto, como corresponde en todo Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, las actuaciones administrativas de la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia así como las omisiones o abstenciones que le sean imputables, de conformidad con lo establecido en los artículos 2, 7, 19, 25, 26, 27, 28, 49, 137, 141 y 259 del Texto Constitucional, se encuentran sometidas al control jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial competentes para ello, específicamente, en atención al rango de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia dentro de la organización política e institucional del Estado venezolano, de esta Sala Constitucional, cuando contra dichas actuaciones se ejerzan amparos autónomos, con base en lo establecido en los artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y de la Sala Político-Administrativa, cuando se ejerzan recursos de nulidad con fundamento en los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia...”.*

Con la derogada constitución (1961), estas funciones administrativas eran ejercidas por el extinto Consejo de la Judicatura, el cual según la doctrina y jurisprudencia, era considerado como un órgano con autonomía funcional de rango constitucional. Esto significaba que gozaba de independencia de los demás poderes públicos, entre ellos el judicial. No obstante, la Constitución vigente adoptó otra fórmula organizativa para el cumplimiento de esas funciones administrativas atribuyéndole al Tribunal Supremo de Justicia tal competencia, como se desprende del contenido del artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual reza:

**“Artículo 267. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.**

*La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley.*

*El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley. **Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales**”.* (Resaltado nuestro).

Consecuencia de lo anterior, se deriva que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura tiene rango constitucional por haber sido ordenada su creación en la Carta Magna, y cumple funciones administrativas, por cuanto éstas fueron asignadas así constitucionalmente. Por tanto, sus atribuciones son de índole administrativas, y por ello, se concluye que su naturaleza es de carácter administrativo. De ello deriva, que está sometida al régimen legal de Derecho Administrativo (Ley de Licitaciones, Ley de Presupuesto, Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, por mencionar

algunas), y en específico a las normas que regulan su actuación, tales como la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial (NSDGPJ) dictada por la Sala Plena de éste Tribunal Supremo de Justicia, respecto de las cuales debe sujetar el ejercicio de sus competencias públicas.

Ahora bien, en lo que respecta a la **naturaleza jurídico constitucional** que la vincula al Tribunal Supremo de Justicia, como se dijo anteriormente, del encabezamiento del artículo 267 del texto constitucional, concluye la Sala sin lugar a dudas, que la dirección, gobierno y administración el Poder Judicial está atribuida al TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sin embargo, para el ejercicio de esas atribuciones, el Constituyente estableció que el Máximo Tribunal en Pleno crearía la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA.

Esa disposición del Constituyente no impuso la fórmula organizativa que debía utilizar el TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA en pleno para su creación. Por tanto, correspondía a este último escoger, la que considerara más apropiada para el cumplimiento del mandato constitucional. Valga decir, crearlo bajo la figura de un ente o un órgano.

Es así como en el año 2000, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, dictó la Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.014 del 15 de agosto de 2000, en cuyo artículo 1° dispuso:

*“Artículo 1. Se crea la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, como órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerza por delegación las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial.”* (Resaltado nuestro)

De ello deriva, que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura es un órgano ubicado dentro de la estructura organizativa del Tribunal Supremo de Justicia. En consecuencia, carece de personalidad jurídica y de patrimonio propio, lo que es propio de los entes públicos.

Ahora bien, cabe preguntarse qué implicaciones tiene el hecho de que a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura se le considere órgano. En tal sentido, resulta pertinente establecer qué se entiende en la concepción moderna como órgano: Al respecto, tenemos que éste es *“...una unidad administrativa (...) integrada por las competencias que le han sido asignadas, su titular y los medios materiales para la ejecución de dichas competencias, especialmente facultada por una norma del Ordenamiento Jurídico para expresar la voluntad de la persona jurídica...”* (José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, N° 5, Vol. II, p. 156).

Como consecuencia, se puede extraer que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, siendo un órgano del Tribunal Supremo de Justicia, expresa la voluntad de éste hacia afuera en sus relaciones con terceros, en el ejercicio de sus atribuciones, valga decir, en lo que al ejercicio de su competencia administrativa del Poder Judicial se refiere. Ese concepto es cónsono con lo previsto en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, aplicable supletoriamente al Poder Judicial conforme a lo previsto en su artículo 2. Señala el prenombrado artículo:

*“Artículo 15. Los órganos y entes de la Administración Pública se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa, conforme a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.*

*Tendrá el carácter de ente toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios.*

*Son órganos las unidades administrativas de la República, los estados, los distritos metropolitanos y entes públicos a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.”*

Establecido como ha sido que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura es un órgano del Tribunal Supremo de Justicia, resulta necesario determinar si se encuentra inserto dentro de éste como una unidad administrativa concentrada o desconcentrada, ya que ello nos permitirá determinar el grado de dependencia, subordinación y tipo de relación que los vincula. Ahora bien, al haberle sido transferida su atribución mediante un acto normativo, se trata de un órgano desconcentrado, lo cual la Sala pasa a analizar de seguidas.

En este orden de ideas, sobre el particular ha señalado el Dr. José Peña Solís (*Manual de Derecho Administrativo*, Colección de Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, N° 5, Vol. II, p. 333), que la desconcentración se caracteriza así:

1) Es una fórmula organizativa que permite transferir la competencia (dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial), de un órgano superior que la tiene previamente asignada (Tribunal Supremo de Justicia) a un órgano inferior (Dirección Ejecutiva de la Magistratura), con la finalidad de optimizar el funcionamiento de la Administración.

2) La transferencia o traslado de competencia está fundamentado en un instrumento normativo que puede ser de rango legal o sublegal. En el caso en estudio, dicha traslado de competencia se efectuó mediante unas normas de rango sublegal, como lo es la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, dictado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, y publicado en *Gaceta Oficial* N° 37.014 del 15 de agosto de 2000.

3) De otro lado, por cuanto el traslado de competencia derivado de la desconcentración se hace mediante un instrumento normativo, la misma tiene carácter permanente, razón por la cual se transfieren todos los atributos de esas competencias, en cuanto a sus atribuciones. Lo anterior trae como consecuencia que las competencias transferidas no resulten susceptibles de revocación por parte del órgano superior, y la única forma en que puedan ser modificadas, es a través de la modificación de dicho instrumento normativo, por quien lo creó. Adicionalmente, el carácter permanente del traslado de competencia, viene dado en el presente caso, por haberlo así dispuesto el texto constitucional, en el sentido de que aún cuando la Sala Plena de este máximo Tribunal, revoque o modifique la normativa que rige el funcionamiento de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, no le es dable asumir o abrogarse las funciones administrativas que ésta cumple, pues las mismas sólo podrán ejecutarse a través de ésta última.

4) Como quiera que la transferencia de competencia se efectúa entre un órgano superior (Tribunal Supremo de Justicia) y un órgano inferior (Dirección Ejecutiva de la Magistratura) la relación está presidida por el principio de jerarquía.

A lo anterior habría que agregar que los órganos desconcentrados pueden gozar de autonomía presupuestaria, administrativa, financiera o de gestión, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Este mismo dispositivo legal, establece que existe control jerárquico por parte del superior sobre el órgano desconcentrado respecto de aquellas atribuciones de dirección que no se les haya transferido y ejercerá control que especialmente se determine sobre el ejercicio de las atribuciones transferidas.

Aplicando lo antes expuesto al caso bajo análisis, observa la Sala, que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura:

- A) Ejerce una atribución que le fue transferida por el Tribunal Supremo de Justicia.
- B) Fue creada por un acto normativo.
- C) La competencia que ejerce tiene carácter permanente

D) Se encuentra presente la relación de jerarquía respecto del Tribunal Supremo de Justicia.

E) Goza de autonomía, como se verá en el punto 3 de este capítulo.

F) Y los actos administrativos que dicta en ejercicio de sus competencias, son recurribles en vía administrativa a través de los recursos administrativos previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, siendo el recurso jerárquico competencia de la Sala Plena de este Supremo Tribunal, salvo los actos dictados con motivo de la relación funcional, los cuales *per se* agotan la vía administrativa, siendo recurribles en vía jurisdiccional ante el contencioso administrativo.

La Sala concluye, que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, es un órgano desconcentrado del Tribunal Supremo de Justicia, por tanto mantiene una relación de dependencia regida por el principio de jerarquía, pero que por ser desconcentrado, si bien tiene un deber de obediencia respecto al superior, éste es diferente en grado, en comparación con otros órganos. Por tal razón, sostiene la Sala, que la jerarquía se manifiesta de distinto modo, según el tipo de órgano que se trate, esto es, si es desconcentrado o no.

En opinión de la Sala, en los órganos desconcentrados, existe un menor grado de subordinación, por cuanto a éstos se les ha transferido el ejercicio de la competencia y de forma permanente, lo que implica un mayor grado de autonomía respecto al órgano superior en cuya estructura se encuentra inserto, y precisamente se adopta dicha técnica de desconcentración para que el órgano pueda actuar la competencia con mayor libertad y eficacia, sin que deba estar recibiendo instrucciones y ordenes del superior para poder ejercer su competencia. De allí que los funcionarios que actúan por el órgano desconcentrado sean directamente responsables del ejercicio de la competencia que tiene atribuida (véase artículo 32 de la Ley Orgánica de la Administración Pública), sin menoscabo de los controles que ejerce el superior en cuanto al ejercicio de esa competencia (verbigracia, aprobación de memoria y cuenta, de planes y proyectos).

En contraposición a esto, el órgano que no es desconcentrado, ejerce una competencia que corresponde al superior por cuanto no le ha sido transferida, y por tanto, actúa la competencia bajo órdenes e instrucciones del superior, quien en definitiva es el responsable por el ejercicio de la misma y puede avocarse a ejercer la competencia que actúa ordinariamente el órgano inferior, lo cual no puede ocurrir cuando se trata de un órgano desconcentrado, pues para que el superior pueda actuar la competencia del órgano desconcentrado requiere que ésta retorne a él, mediante un acto normativo de igual o superior rango que el que la transfirió. Para el caso de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, esto solo es posible modificándose la Constitución, por cuanto fue ésta la que determinó que las atribuciones administrativas respecto del Poder Judicial serían ejercidas por el Tribunal Supremo de Justicia, a través dicho organismo.

Conforme a lo anterior, tratándose de un órgano que ejerce una función administrativa, inserto dentro de la estructura organizativa del Tribunal Supremo de Justicia como máxima autoridad del Poder Judicial, el control por excelencia es el de jerarquía. Sin embargo, el hecho de que haya una relación de jerarquía, no supone que el órgano controlado no tenga autonomía frente al que ejerce el control, como antes lo apuntó este fallo.

Ciertamente, en el caso de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura existe una relación de jerarquía respecto al Tribunal Supremo de Justicia (Sala Plena), por cuanto se encuentra inserta dentro de la estructura organizativa de éste y también ejerce unas competencias que constitucionalmente le fueron asignadas.

Ahora bien, la Sala ha señalado que a pesar de estar regida las relaciones entre la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y el Tribunal Supremo de Justicia por el principio de jerarquía, existe una autonomía del primero respecto del segundo, con motivo de su característica de órgano desconcentrado y dicha jerarquía se manifiesta, en los controles que ejerce la Sala Plena, como es el poder de nombrar las autoridades de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (artículo 15, segundo aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en lo adelante LOTSJ); el poder de crear, modificar y extinguir órganos y dependencias de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (vg. artículo 15, encabezamiento y primer aparte LOTSJ y 5 de la NSDGPJ); el poder de señalar directivas (Artículo 15. 2 LOTSJ). Lo anterior no obsta a que se estime que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura goza de autonomía en el cumplimiento de sus funciones, como se verá de seguidas.

A juicio de esta Sala, cuando el Constituyente estableció que la administración y gobierno del Poder Judicial debía realizarse a través de la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA, quiso que una unidad distinta al TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, estuviera a cargo de la misma, de modo que éste pudiera cumplir con eficiencia su actividad jurisdiccional. Es decir, separar las atribuciones administrativas de las jurisdiccionales; para que ambos pudieran cumplir cabalmente con dichas atribuciones, sin que por el cumplimiento de una se entorpeciera la observancia de la otra.

Razonablemente, se deriva de ello que la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA debe tener un grado de autonomía que le permita llevar adelante su cometido de administración y gobierno del Poder Judicial, sin que la intervención del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA como tal, suponga un obstáculo para su funcionamiento. Sin embargo, ello no significa que esté exenta de control por parte de este último, por ser el máximo rector del Poder Judicial y el órgano que le ha dado creación conforme al texto fundamental.

La naturaleza de las potestades que la Sala del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA ejerce sobre la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA son **administrativas** dado que las funciones que le fueron encomendadas a ésta, son de tal carácter. Obviamente no corresponde a esa Sala Plena ejercer la potestad jurisdiccional cuando se trata de relaciones entre el órgano ejecutor de las políticas y directrices del Poder Judicial y la Sala Plena, toda vez que éstas, nada tienen que ver con el funcionamiento administrativo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (*vid.* SC. Sent. N° 256 del 29/11/02).

Ahora bien, tales potestades administrativas que puede ejercer la Sala Plena del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA sobre la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA en virtud de la relación jurídica organizacional que las vincula, se encuentran la de inspeccionar ó vigilar sus actuaciones, la normativa, la de organización (que comprende la de crear unidades administrativas y la de sustituir a sus directores), entre otras. Entiéndase que tales tipos de potestades, se pueden ejercer mediante controles periódicos, como son la rendición de cuentas, levantamiento de actas de inspección, remociones, nombramientos, y normalmente, suponen un control posterior a la actividad, la cual como se afirmó anteriormente debe estar ajustada a la normativa que rige la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA. Se dice que es posterior porque, como ocurre en la mayoría de los casos de órganos desconcentrados, se busca que el ejercicio de la competencia que le fue transferida sea lo más autónoma posible, y por ello la jerarquía se materializa en los controles del órgano superior una vez actuada la competencia.

3) Y, por último, con respecto al **alcance de la autonomía que le corresponde a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, en virtud de las atribuciones que constitucionalmente le fueron otorgadas.**

Debe entenderse que la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA es el órgano ejecutivo del Poder Judicial, que como tal debe ostentar autonomía suficiente para cumplir a cabalidad sus funciones pero siguiendo los lineamientos, directrices y políticas del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, toda vez que como ha quedado interpretado es un órgano que depende jerárquicamente de éste. Dicha autonomía le permite cumplir su actividad administrativa sin la intervención a priori de su Sala Plena, conforme las atribuciones que le han sido conferidas. Y, se manifiesta en la potestad normativa que ostenta contenidas en los artículos: (art.15.4 LOTSJ); autonomía presupuestaria (art.15.2 LOTSJ); autonomía administrativa (15.9.10.11.12.14 LOTSJ).

Cabe destacar, que lo anterior, lleva a considerar que esa misma autonomía en el adelanto de la gestión de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, excluye la responsabilidad del órgano de control (Sala Plena del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA) en lo referente al cumplimiento y modo de ejecución de esas actividades administrativas. En consecuencia, será el Director Ejecutivo de la Magistratura, el responsable civil, penal y administrativamente por la actividad administrativa que cumple dicho órgano, por cuanto es la máxima autoridad conforme el artículo 15 de la Ley Orgánica del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA que dispone:

*“Artículo 15:*

*El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena creará y organizará la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y sus oficinas regionales, como órgano dependiente de éste desde el punto de vista jerárquico y funcional, y, por ende, ejecutará las atribuciones que se le asignen.*

*La Sala Plena podrá, en cualquier momento, modificar la organización y funcionamiento de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, mediante acuerdo aprobado con el voto favorable de la mayoría simple de sus miembros.*

***La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, por mayoría simple de sus integrantes, designará al Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Magistratura, el cual o la cual será la máxima autoridad gerencial y directiva de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. Este funcionario o funcionaria será de libre nombramiento y remoción de la Sala Plena, y ejercerá la representación de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura tanto en las actividades internas como externas y ante los demás órganos del Poder Público.***

El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Magistratura tendrá las siguientes atribuciones:

- 1. Ejecutar y velar por el cumplimiento de los lineamientos sobre la política, planes, programas y proyectos dictados por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, que debe seguir la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y sus oficinas regionales.*
- 2. Decidir, dirigir y evaluar los planes de acción, programas y proyectos institucionales según los planes estratégicos y operativos, y el presupuesto asignado, de conformidad con la política, lineamientos y actos emanados de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.*
- 3. Presentar a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia los planes estratégicos, institucionales y operativos anuales de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, y sus oficinas regionales.*
- 4. Dictar la normativa interna de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de conformidad con el correspondiente Reglamento Interno de organización y funcionamiento que dicte la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.*
- 5. Mantener informada a la Sala Plena del Tribunal sobre las actuaciones de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y sus oficinas regionales.*

6. *Evaluar trimestralmente los informes de gestión que le presente la Coordinación General de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.*
7. *Proponer a la Sala Plena la normativa sobre la organización y funcionamiento de los órganos que la integren la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y sus oficinas regionales.*
8. *Velar por la correcta aplicación de las políticas y normas internas de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, así como por la integridad y calidad de los procesos internos que se desarrollen en dicha Dirección y en sus oficinas regionales.*
9. *Decidir sobre los asuntos concernientes al manejo administrativo y operativo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, y sus oficinas regionales.*
10. *Nombrar y remover a los miembros de la Coordinación General de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.*
11. *Promover la realización de estudios de importancia estratégica para incrementar la eficiencia institucional de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y del Poder Judicial.*
12. *Decidir sobre el ingreso y remoción del personal de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de conformidad con lo establecido por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.*
13. *Presentar a la consideración de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia los resultados de la gestión de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y de sus oficinas regionales.*
14. *Promover el desarrollo técnico y gerencial en los diferentes niveles de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.*
15. *Las demás que le sean asignadas mediante resolución por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.”.*

A su vez, el artículo 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone:

“Artículo 16: ...La Dirección Ejecutiva de la Magistratura tendrá una Coordinación General, integrada por tres (3) miembros, quienes serán de libre nombramiento y remoción del Director Ejecutivo de la Magistratura. Uno de los miembros se desempeñará como Coordinador o Coordinadora General, el cual será responsable de la organización y ejecución de la acción institucional, así como de la supervisión de los diferentes procesos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

La Coordinación General tendrá las siguientes atribuciones:

1. *Ejercer la supervisión de los órganos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.*
2. *Coordinar la gestión operativa diaria de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, bajo los lineamientos del Director Ejecutivo de la Magistratura.*
3. *Convocar a reuniones ordinarias y extraordinarias de la Coordinación General.*
4. *Coordinar la elaboración de la Memoria y Cuenta de las actividades realizadas por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.*
5. *Expedir copias certificadas, de acuerdo con las formalidades previstas en la ley.*
6. *Cualesquiera otras que le asignen el Director o Directora Ejecutivo de la Magistratura o el Reglamento Interno de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.*

Del texto de las disposiciones transcritas se desprende que la autonomía de acción de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, está claramente delimitada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pues debe seguir los lineamientos de la Sala Plena, que a su vez es el órgano directivo del Tribunal Supremo de Justicia conforme el artículo 3 de dicha Ley.

Las atribuciones que originalmente se establecieron en la Normativa Sobre la Dirección y Gobierno y Administración del Poder Judicial, respecto del Comité Directivo, como máxima autoridad de la Dirección, y de la Coordinación General -como órgano ejecutor- se encuentran actualmente establecidas en los artículos señalados *supra*; mientras que otras atribuciones que le correspondan estarán señaladas en otras leyes, como es el caso de la Ley de Licitaciones, por ejemplo. No obstante, en lo que se refiere a la estructura organizativa de la Dirección, se mantienen vigentes las disposiciones contenidas en la referida normativa, que regula entre otros a los Comités Internos (de Gerencia, Planificación Institucional y Operativo Presupuestario), toda vez que respecto de los mismos, nada dice la Ley que regula las funciones de este Tribunal, sin perjuicio de que las mismas puedan ser modificadas.

De todo lo anterior se deriva que la Sala Plena del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA cumple una función de control administrativo y dirección previo (en cuanto a la fijación de las políticas, planes y programas a seguir) respecto de las actividades que -conforme a sus atribuciones- debe cumplir la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA, y ésta cuenta con la estructura organizativa adecuada para llevar a cabo las atribuciones que la Ley Orgánica del Tribunal consagra, e igualmente la Sala Plena de este Alto Tribunal ejerce un control posterior sobre la ejecución que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura efectúa de las políticas, planes y programas que la normativa que la rige y dicha Sala previamente le ha definido o delineado. Cabe resaltar que dicho control posterior tiene carácter extraorgánico por cuanto es ejercido por un órgano autónomo y externo a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, como lo es la Sala Plena.

De este modo, no existen dudas para la Sala, acerca de la autonomía de acción de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que tiene sus límites en los parámetros fijados por la normativa que la rige y por la Sala Plena de este máximo Tribunal, teniendo en consecuencia la posibilidad de ejercer toda su competencia y aplicar todo el estatuto normativo que rige a los órganos que ejercen actividad administrativa (tales como la Ley de Licitaciones, Ley de Presupuesto, Ley de Procedimientos Administrativos, Estatuto del Personal del Poder Judicial, como antes se indicó) siendo por tanto el Tribunal Supremo de Justicia el que define sus políticas, controla posteriormente su actividad, pero no dirige su accionar, ni puede ejercer las competencias -avocándose a su conocimiento- que tiene la Dirección Ejecutiva de la Magistratura atribuidas constitucional y legalmente. Así se decide.

b. *Régimen de los jueces: Jurisdicción disciplinaria*

**TSJ-SPA (2429)**

**7-11-2006**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Inspectoría General de Tribunales vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

**Con la autonomía y el respeto debidos a la función jurisdiccional, el ente disciplinario cuenta con la potestad para vigilar el decoro y la disciplina de los tribunales de la República, por lo que sin entrar a examinar o intentar corregir aspectos de naturaleza jurisdiccional, como competencia exclusiva del Poder Judicial, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial está obligada a revisar aquellos aspectos que se enlazan de forma directa con la disciplina del juez.**

...Expuesto lo anterior, la Sala considera necesario aclarar que, por constituirse los jueces en funcionarios destinados a ejercer la administración de justicia, mal puede pretenderse el ejercicio de una actividad de tan delicada naturaleza, sin el sometimiento debido a la su-

pervisión de un órgano que controle el cumplimiento de esta labor. En seguimiento de esta regla, el Constituyente de 1.961 dispuso en un primer momento, la creación del Consejo de la Judicatura, el cual se consagró como un órgano orientado a asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales de la República, dejándose a cargo de la respectiva Ley, su organización y atribuciones. Este organismo guardó vigencia hasta el momento en que entró en vigor la Constitución de 1999, y hoy ha sido sustituido, mientras se crea la jurisdicción disciplinaria, por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Si bien es cierto que la mayor parte de la actividad desempeñada a diario por los jueces se desarrolla en el campo jurisdiccional, susceptible, por ende, de revisión por la alzada correspondiente en la materia que ha sido sometida a su conocimiento; tal circunstancia no es óbice para permitir la revisión de esta actividad también por parte del órgano de naturaleza administrativa, en tanto y en cuanto se vincule esa revisión con aquellas conductas sujetas a responsabilidad disciplinaria.

Significa que con la autonomía y el respeto debidos a la función jurisdiccional, el ente disciplinario cuenta con la potestad para vigilar el decoro y la disciplina de los tribunales de la República, por lo que sin entrar a examinar o intentar corregir aspectos de naturaleza jurisdiccional, como competencia exclusiva del Poder Judicial, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial está obligada a revisar aquellos aspectos que se enlazan de forma directa con la disciplina del juez, entre éstos, las actuaciones jurisdiccionales susceptibles de producir una vinculación directa con el catálogo de sanciones establecidos en la Ley de Carrera Judicial.

Siguiendo esas premisas, considera la Sala que la Jueza Aura Maribel Contreras de Moy, al suspender la ejecución de una medida por **razones de prudencia**, según ella misma admitió, sin estar respaldada por la respectiva base normativa, como denunció la Inspectoría de Tribunales, incurrió en un ilícito disciplinario que corresponde calificar al órgano administrativo competente, como así lo ordenó la propia Sala Constitucional de este Alto Tribunal, en la sentencia antes aludida. Tocaré determinar a la Comisión si la referida falta acarrea la imposición de una sanción, en este caso por abuso de autoridad, ilícito que se verifica cuando el juez realiza funciones que no le están conferidas por Ley, produciéndose una desmedida utilización de las atribuciones que se le han otorgado, traspasando así los límites del buen ejercicio y correcto uso de sus facultades. Así se decide

**TSJ-SPA (2514)**

**9-11-2006**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Freddy Álvarez Berneé vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

**Corresponde a la Inspectoría General de Tribunales la instrucción de los expedientes disciplinarios de los Jueces y demás funcionarios judiciales, actuando como órgano auxiliar de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial; siendo este último el que tiene a su cargo, de manera transitoria, el ejercicio de la competencia disciplinaria judicial que corresponde a los Tribunales disciplinarios.**

.....De las normas transcritas se evidencia que en efecto, corresponde a la Inspectoría General de Tribunales la instrucción de los expedientes disciplinarios de los Jueces y demás funcionarios judiciales, actuando como órgano auxiliar de la Comisión de Funcionamiento y

Reestructuración del Sistema Judicial; siendo este último el que tiene a su cargo, de manera transitoria, el ejercicio de la competencia disciplinaria judicial que corresponde a los Tribunales disciplinarios, conforme lo establece el artículo 24 del Régimen de Transición del Poder Público. Estas funciones disciplinarias permanecen aún vigentes, hasta tanto sean dictadas las leyes que regulen la jurisdicción disciplinaria, a tenor de lo previsto en la disposición transitoria contenida en el literal e) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

2. *El Poder Público Estatal: Contralorías Estadales*

**TSJ-SC (1775)**

**10-10-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación del ordinal 9° del artículo 157 de la Constitución Federal del Estado Falcón, publicada en la *Gaceta Oficial* de esa entidad federal, edición extraordinaria, del 7 de enero de 2004.

**La presentación anual de un informe de gestión y de ejecución presupuestaria de la Contraloría del Estado al Consejo Legislativo no viola la autonomía de esa Contraloría, sino que constituye una exigencia comprensible en la organización del poder público.**

La Constitución de la República prevé, siguiendo una tradición ya consolidada en la historia jurídico-institucional venezolana, la existencia de órganos de control fiscal sobre la Administración Pública, que operan con amplia autonomía respecto de todos los poderes del Estado. De hecho, una de las innovaciones de la Constitución de 1999 es la creación de una nueva rama del Poder Público Nacional –el Poder Ciudadano– en el que se ubica a la Contraloría General de la República, con lo que se enfatiza su autonomía.

En efecto, si bien la Contraloría General de la República era en la Carta Magna de 1961 un órgano de rango constitucional, autónomo respecto de todos los otros poderes nacionales, su reconocimiento como integrante de una rama distinta del Poder Público tiene como propósito enfatizar aún más la autonomía que la envuelve. De hecho, las escasas palabras que le dedica al Poder Ciudadano la Exposición de Motivos de la Constitución revelan claramente la relevancia que se concede a esa condición:

“El Poder Ciudadano es independiente de los demás poderes públicos y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa”.

Como se observa, el Constituyente empleó los mismos términos usuales en la doctrina nacional –*órganos con autonomía funcional, financiera y administrativa*–, pero destacó su independencia respecto del resto de los órganos que ejercen el Poder Público, entendida como la necesidad de impedir injerencia de unos sobre otros, de los controlados sobre los controladores.

Esa autonomía es absolutamente justificada al reparar en que también el Constituyente recuerda la misión primordial de los órganos del Poder Ciudadano y lo hace con las siguientes palabras, contenidas en la Exposición de Motivos de la Carta Magna:

“En general, los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa”.

La importancia de las labores contraloras aconsejó al Constituyente, además del establecimiento de un Poder Ciudadano Nacional, instaurar un auténtico Sistema Nacional de Control Fiscal, si bien dejó su regulación al legislador ordinario, en los términos siguientes:

“Artículo 290: La ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y del sistema nacional de control fiscal”.

Por supuesto, dentro de ese Sistema Nacional de Control Fiscal estarían integradas las Contralorías de los Estados y de los Municipios (ver, al respecto, los artículos 26, 33 y 43 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal). En ello difieren considerablemente las Cartas Magnas de 1961 y 1999, pues se ha reforzado, como es correcto, ese vínculo entre los diversos órganos de control fiscal externo.

Ahora bien, las Contralorías de Estados y Municipios, no obstante su integración como parte del Sistema Nacional de Control Fiscal, conservan la autonomía propia que se deriva de su pertenencia a los entes político-territoriales federados o locales. Son Contralorías que gozan de la misma autonomía que la Contraloría General de la República, pero que juntas forman un Sistema, encargada su rectoría al Poder Nacional.

En conclusión, todos los órganos contralores tienen garantizada su autonomía, pero a la vez mantienen vínculos con la Contraloría General de la República. En el caso de autos se ha denunciado que la Contraloría del Estado Falcón ve cercenada tal autonomía a causa de la disposición contenida en el ordinal 9º del artículo 157 de la Constitución de esa entidad, toda vez que se le vincula al Consejo Legislativo del Estado –a los efectos de presentación de informes y rendición de cuentas-, cuando, a su entender, esa vinculación sólo existe respecto de la Contraloría General de la República.

Para resolver esta demanda, la Sala observa que la autonomía de las Contralorías de los Estados está reconocida directamente en el Texto Fundamental de la República, en los siguientes términos:

“Artículo 163. Cada Estado tendrá una Contraloría que gozará de autonomía orgánica y funcional. La Contraloría del Estado ejercerá, conforme a esta Constitución y la ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estatales, sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República. Dicho órgano actuará bajo la dirección y responsabilidad de un Contralor o Contralora, cuyas condiciones para el ejercicio del cargo serán determinadas por la ley, la cual garantizará su idoneidad e independencia; así como la neutralidad en su designación, que será mediante concurso público”.

El artículo siguiente dispone que los Estados pueden dictar sus propias Constituciones, para regular en ellas sus diferentes poderes públicos. Establece el artículo 164 que:

“Artículo 164. Es de la competencia exclusiva de los Estados:

1. Dictar su Constitución para organizar los poderes públicos, de conformidad con lo dispuesto en esta Constitución”.

Es lo que ha hecho el Estado Falcón: dictar su Constitución, en la cual, entre otros órganos, reguló lo relacionado con la Contraloría del Estado. Son varias las normas dedicadas a ello (artículos 155 a 160), de los cuales la Contraloría del Estado Falcón, recurrente en esta causa, sólo ha objetado una: el ordinal 9º del artículo 157, que le obliga a informar de su gestión y de sus cuentas al Consejo Legislativo.

Para la Sala, sin embargo, la presentación anual de un informe de gestión y de ejecución presupuestaria de la Contraloría del Estado al Consejo Legislativo no viola la autonomía de esa Contraloría, sino que constituye una exigencia comprensible en la organización del poder público.

En efecto, esta Sala ya ha declarado, en sentencia N° 1414/2006, que no es inconstitucional la obligación a cargo de la Contraloría de un Estado de presentar informes de gestión al Consejo Legislativo de la entidad correspondiente. En tal sentido se lee en el fallo, lo siguiente:

“...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 estatal, 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 constatasen 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 Estatal a fin de “lograr el desarrollo progresivo y eficiente de la administración pública estatal”, 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”.

Como se observa, la Sala no dudó al reconocer la constitucionalidad de la exigencia de presentación de informes de gestión del órgano estatal de control al órgano deliberante del mismo Estado; por el contrario, la justificó plenamente. Estima la Sala, reiterando ese criterio, que esos informes son un mecanismo idóneo para la transparencia en las actuaciones públicas, que pueden hacer efectivos dos de los principios básicos del Estado de Derecho: la responsabilidad en el ejercicio de la función pública y la coordinación de las competencias y atribuciones de las autoridades estatales.

La parte demandante ha pretendido que su único vínculo ha de ser con el Poder Ciudadano, a través de la Contraloría General de la República, pero tal afirmación ignora que pueden coexistir controles -debe recordarse que los informes son siempre manifestación de control- y que la relación de las contralorías estatales y locales con la Contraloría nacional no elimina en modo alguno la incorporación de tales órganos en la estructura del poder público de la entidad de que se trate.

Las contralorías estatales y locales no son, como parece entenderse en el libelo de demanda, órganos que se desprenden de las entidades en las que se encuadran, por más que, a efectos *funcionales*, su vinculación exista también con el órgano de control fiscal nacional. No es un caso único: ciertas tareas, llevadas a cabo por órganos de diversos entes político-territoriales, requieren de una especial coordinación, pues sin ella difícilmente se alcanzarían sus objetivos. Es el supuesto, por ejemplo, de la competencia para el resguardo de la seguridad ciudadana, entregada a todos los entes público-territoriales, pero que cuenta con instancias de reunión para la planificación y actuación conjunta o concertada.

De ese modo, el encuadramiento de órganos en la estructura de la República, Estados o Municipios -entes con autonomía garantizada constitucionalmente-, no implica que no puedan actuar de manera coordinada, lo que incluye la existencia de órganos que les sirvan de reunión e incluso que tengan el poder suficiente para imponer directrices y normas.

Un Estado, por más descentralizado que sea, requiere de mecanismos para evitar la dispersión y la disgregación, so riesgo que su inexistencia atente contra los fundamentos mismos del Estado.

Indudablemente ese ha sido el espíritu que ha guiado la previsión constitucional sobre el Sistema Nacional de Control Fiscal. Así, aunque ya con la Constitución de 1961 la Contraloría General de la República podía intervenir en las contralorías estatales y locales (artículo 235: “*Las funciones de la Contraloría General de la República podrán extenderse por ley (...) a las administraciones estatales o municipales, sin menoscabo de la autonomía que a éstas garantiza la presente Constitución*”), lo cierto es que sólo el establecimiento de un auténtico Sistema Nacional de Control Fiscal cumple con el propósito de unificación de criterios y esfuerzos para el fin último perseguido: el correcto manejo de los recursos del Estado como conjunto. Confirma esta aseveración el propio texto del artículo 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el que se lee:

“El Sistema Nacional de Control Fiscal tiene como objetivo fortalecer la capacidad del Estado para ejecutar eficazmente su función de gobierno, lograr la transparencia y la eficiencia en el manejo de los recursos del sector público y establecer la responsabilidad por la comisión de irregularidades relacionadas con la gestión de las entidades aludidas en el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley” (entidades entre las que se enumeran las Contralorías estatales y locales).

No quedan dudas, entonces, de la intención del Legislador, materialización de la propia intención del Constituyente. Ahora bien, predicar la existencia de un Sistema Nacional de Control Fiscal y sostener sus bondades no puede implicar la negación del carácter estatal y local de las contralorías correspondientes. Lo contrario sería también un despropósito, pues atentaría contra la autonomía de Estados y Municipios. El asunto es, como todo lo relacionado con el Estado, necesariamente complejo: existen órganos en diferentes niveles territoriales y de diferentes estructuras jerarquizadas que cumplen con sus funciones; pero al hacerlo se someten a diversos mecanismos de control.

Para la parte accionante, resulta inconstitucional que se coloque a la Contraloría del Estado en la obligación de relacionarse, así sea con la presentación de un informe de gestión, con el Consejo Legislativo del mismo Estado. Ello significa que es criterio del demandante que la Contraloría del Estado deja de estar, como efecto necesario de la existencia del Sistema Nacional de Control Fiscal, dentro de la estructura estatal y, por tanto, también deja de estar sujeta a las diversas manifestaciones de vinculación entre sus órganos. Sin embargo, el criterio de la parte demandante no sólo contradice lo declarado por la Sala en la reciente decisión citada -Nº 1414/2006- sino sentencias anteriores, las cuales, basadas en la interpretación de la Constitución, han dejado sentado que esa vinculación no sólo es válida, sino necesaria.

En efecto, en sentencia Nº 2413/2004 la Sala sostuvo que las Contralorías estatales pueden válidamente tener una vinculación con los Consejos Legislativos y no sólo con la Contraloría General de la República. En concreto, al decidir sobre la impugnación del artículo 2 de la Ley para la Designación y Destitución del Contralor y Contralora del Estado, la Sala declaró:

“En tal sentido, la Sala observa que el artículo 163 Constitucional, desarrolla el tema de las Contralorías Estadales, al disponer que las contralorías gozarán de autonomía orgánica y funcional, ateniéndose a las disposiciones contenidas en la Constitución y en la Ley; así como señala que cada contralor designado deberá cumplir con las condiciones que para el ejercicio del cargo serán determinadas por la Ley especial, la cual garantizará su idoneidad e independencia, así como la neutralidad en su designación que deberá ser mediante concurso público.

Siendo así, tal disposición dejaba en evidencia la materia de reserva legal, que sobre la designación de los Contralores de Estado existía y sobre la cual el legislador debía promulgar la Ley especial que regularía dicha materia, como en efecto lo hizo.

Por lo que, una vez examinada la disposición legal impugnada sólo observa la Sala un desarrollo del texto constitucional (artículo 163), en la ley especial que organizara dicha materia, al disponer que los Consejos Legislativos designaran al Contralor o Contralora del Estado mediante concurso público, en los términos establecidos en la norma antes citada; sin poder pretenderse en consecuencia, que al haberse dispuesto en la Ley especial, que los Consejos Legislativos de los Estados regularían los concursos de oposición para el nombramiento de los contralores, se esté atentando contra el principio de autonomía de las contralorías, ya que es precisamente dicha norma la que dispone que el nombramiento se hará por concurso de oposición, y al tratarse de contralorías estatales, el ente más idóneo para supervisar el mismo son los Consejos Legislativos Estadales, tal como, de forma posterior fue desarrollado en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, cuando en su artículo 29 señala que '*(l)os Contralores de los estados, de los municipios, de los distritos y distritos metropolitanos serán designados por el Consejo Legislativo, Consejo (sic) Municipal y Cabildo Metropolitano, respectivamente*'.

Aunado a la circunstancia de que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en su artículo 27 estableció que, todos los titulares de los órganos de control fiscal -entre los que se encuentran las contralorías estatales-, serán designados mediante concurso público, el cual será reglamentado por la Contraloría General de la República, mediante resolución publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado (artículo 28 *eiusdem*). Situación esta, que pone en evidencia una vez más que los Consejos Legislativos de los Estados, cumplirán una función ejecutora al llevar a cabo y supervisar los concursos públicos mediante los cuales se nombrarán los contralores estatales, sin que ello implique que con tal proceder tendrán una ingerencia directa en dicho trámite, que pudiese afectar el principio de autonomía de las contralorías estatales. Argumentación bajo la cual, no observa la Sala, una violación al principio constitucional de autonomía de las contralorías de los estados y en consecuencia desestima el argumento esgrimido por el recurrente y así se decide.

Como se observa, los recurrentes en esa causa aseguraron que era inconstitucional que la Ley especial dictada por la Asamblea Nacional para desarrollar el artículo 163 de la Carta Magna, en lo relacionado con los concursos para designación de Contralores de los Estados, permitiese participación de los Consejos Legislativos. La Sala, en cambio, negó tal supuesta infracción, pues reconoció que el legislador nacional podía determinar cómo se haría esa designación, siempre que se respetase la exigencia del concurso público.

La constitucionalidad de ese artículo 2 de la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o la Contralora del Estado fue reiterada en fallo N° 634/2005, frente a otra demanda contra el mismo dispositivo legal, ocasión en que la Sala decidió que existía cosa juzgada al respecto. De esa forma, la Sala fue consecuente con su criterio, según el cual la autonomía de las Contralorías estatales y su integración en el Sistema Nacional de Control Fiscal no hace perder las relaciones de esos órganos con el resto de los órganos que ejercen el Poder Público en su nivel territorial, en especial con el Consejo Legislativo.

En ocasiones, parece existir una concepción errada, que lleva a concluir que la única forma de evitar injerencias por parte de los órganos controlados es alejándose por completo de ellos. Podría parecer apropiado, en ciertos casos, pero deja de serlo cuando se repara que la total independencia de un órgano puede redundar en falta de transparencia y, con ello, en el peligro del uso indebido del poder.

Una Contraloría aislada del todo de sus controlados aparenta fortaleza, al eximirse de presiones, pero a la vez trae consigo un riesgo que debe evitarse: el de perder la medida en el ejercicio de sus potestades, aparte, claro está, del siempre latente riesgo de mal manejo de sus propios recursos económicos. Recuérdese, tan sólo, la conocida expresión: *Quis custodiet ipsos custodes?* ¿Quién custodia a los propios custodios?

En todo caso, lo más relevante de ese fallo N° 2413/2004, a efectos de la presente demanda, es que para la Sala no sólo se trataba de una norma constitucional, sino que admitió que el Consejo Legislativo era el órgano “*más idóneo*” para tener participación en la designación de los Contralores estatales, por lo que reconoció la validez de la norma impugnada, a la par que admitió la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, según la cual “*(los Contralores de los estados, de los municipios, de los distritos y distritos metropolitanos serán designados por el Consejo Legislativo, Concejo Municipal y Cabildo Metropolitano, respectivamente*”.

Esto último tiene especial importancia, pues la parte accionante niega toda vinculación con el Consejo Legislativo –para lo que se basa en el carácter técnico y apolítico-partidista de la labor contralora- e invoca como fundamento jurídico la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. No obstante, lo cierto es que esa misma Ley –que regula el Sistema Nacional de Control Fiscal- ha previsto, y ha sido avalado por esta Sala, intervenciones relevantes de los Consejos Legislativos. Así, la Ley con la que el accionante pretende negarle participación, es la misma que concede a esos Consejos nada menos que el poder para, entre otras cosas, designar a los Contralores de Estado. No es cierta, pues, la desvinculación entre esos órganos. No ha sido la Constitución del Estado Falcón la que ha creado el lazo, sino que ya está contenido en las propias normas que el accionante cita como apoyo de su demanda.

Se trata, en definitiva, de un asunto de determinación de los límites de la autonomía, algo difícil de precisar en ciertos momentos. Se hace imprescindible idear medios de relación entre todos los órganos del Estado como una manera de asegurar el control en el ejercicio del poder. La fiscalización que realizan las Contralorías requiere de garantías de independencia, por lo que no pueden quedar esos órganos a merced de sus supervisados, pero tampoco sería razonable que, escudados en la autonomía, escapen ellos mismos de cualquier tipo de control. El ordenamiento jurídico prevé, así, una intrincada red de controles, uno de los cuales es la presentación de informes de gestión, especialmente relevante cuando se recuerda que los órganos parlamentarios son, por esencia, la representación del Pueblo. Esa concepción matizada del principio de separación de funciones ha sido destacada por la Sala, precisamente a efectos de la vinculación de las Contralorías de los Estados y los Consejos Legislativos, de la manera siguiente:

“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 (*cf.*, 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” (sentencia N° 1414/2006).

De la sentencia parcialmente transcrita tiene especial relevancia el último párrafo, según el cual, *“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”*, es decir, el equilibrio que debe existir entre todos los órganos que ejercen el Poder Público. Obsérvese cómo la Sala acepta la consagración de controles diversos, llegando a estimar *“plausible”* que los entes público-territoriales instrumenten los controles que consideren necesarios, siempre que, por supuesto, no *“quede comprometida la efectividad de las competencias que le han sido encomendadas a un órgano por una excesiva injerencia de otro”*, caso en el que *“habrá entonces que censurar tal intrusión rechazando la norma que la contenga”*.

En el caso de los Estados, por ejemplo, el artículo 15 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados dispone que a esos órganos corresponde *“participar en la designación, juramentar y destituir al Contralor o Contralora del estado, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y con la ley que rige la materia”* (número 6 del artículo 15). Se trata de la misma previsión del artículo 2 de la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado, sobre el que versó la sentencia N° 2413/2004, y que por su especialidad es de aplicación preferente a la Ley de los Consejos Legislativos de los Estados, según ese mismo fallo.

Ahora bien, es evidente que si los Consejos Legislativos tienen el poder para destituir al Contralor del Estado, deben disponer de elementos de juicio suficientes para adoptar esa decisión. La presentación de informes de gestión anual permite al órgano parlamentario, que es la representación del pueblo de la entidad que corresponda, formar criterio acerca del

desempeño de la labor de la Contraloría. Así, si está en manos del Consejo Legislativo la destitución del Contralor –lo que es natural, siendo el órgano que lo designa-, debe contar con los mecanismos que le permitan ejercer esa competencia. Por ello, el artículo 22 de La Ley de los Consejos Legislativos de los Estados prevé como atribución del Presidente de ese órgano la de “*solicitar a los órganos del Poder Público y a todas las autoridades la cooperación y los informes necesarios para el cumplimiento de las funciones del Consejo Legislativo Estatal*” (artículo 22.12).

La presentación de informes anuales es, así, una manera de que el Consejo Legislativo ejerza su función respecto de la Contraloría del Estado, por lo que es aceptable que la Constitución de la entidad establezca ese deber. Claro está, como parte de la red de controles a que se ha hecho referencia, y con el ánimo de evitar que la decisión adoptada por el Consejo Legislativo obedezca a motivos distintos al que inspiró la atribución de ese poder, el legislador nacional, cónsono con la consagración del Sistema Nacional de Control Fiscal, dispuso que la decisión de destitución debe ser autorizada por el Contralor General de la República (único aparte del artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: “*Los titulares así designados no podrán ser removidos ni destituidos del cargo sin la previa autorización del Contralor General de la República, a cuyo efecto se le remitirá la información que éste requiera*”).

Vuelve a notarse, en consecuencia, que son varios los mecanismos de control que se entrecruzan, a fin de evitar el abuso de poder. No sólo eso, sino que cuando la Contraloría General de la República declara que procede la destitución del Contralor del Estado, el Consejo Legislativo debe convocar una sesión especial y decidir al respecto por mayoría calificada, todo ello según el artículo 31 de la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado. En la misma demanda a que se ha ido haciendo referencia –la decidida con el fallo 2413/2004, la parte demandante sostuvo que ese artículo 31 era contrario al principio de autonomía que gozan los Contralores de Estado, toda vez que la posibilidad de destitución del cargo por un acuerdo de los miembros del Consejo Legislativo Estatal limitaría sus actuaciones. La Sala lo negó de la manera siguiente:

“De allí, que la norma impugnada lejos de establecer la posibilidad de que por consenso entre los miembros del Consejo Legislativo Estatal, se pueda destituir a un Contralor de Estado, observa la Sala, que este artículo 31 de la Ley para la Designación y Destitución de los Contralores o Contraloras de Estado, hace referencia a que una vez recibido el informe en el cual la Contraloría General de la República califica procedente la destitución del Contralor o Contralora del Estado, el Consejo Legislativo convocará dentro del lapso fijado a una sesión especial para conocer el contenido del informe y pronunciarse finalmente con las dos terceras partes (2/3) de sus miembros por la procedencia de la destitución.

Siendo el caso, que si se examinan los artículos 29 y 30 de la Ley para la Designación y Destitución de Contralores de Estado, se observa que, ese informe al que hace referencia la norma impugnada, tiene su origen cuando, existiendo fundadas razones para la destitución del Contralor o Contralora del Estado (sustentadas estas en las causales de destitución que prevé el referido artículo 30), el Consejo Legislativo solicita a la Contraloría General de la República, que instruya un expediente, con audiencia del interesado, a fin de preservar su derecho a la defensa y al debido proceso, el cual una vez finalizado se remitirá al Consejo Legislativo Estatal para su consideración. Es decir, que no obstante, que se considere que el Contralor o Contralora del Estado se vio incurso en una causal de destitución y se le sustancie un procedimiento en el cual estará presente para que alegue todas las defensas a que tenga lugar, siendo procedente dicho informe de destitución por parte de la Contraloría General de la República, el Consejo Legislativo podrá estimar o no la destitución del mismo.

De tal forma, que la norma impugnada antes de violar las garantías constitucionales denunciadas a los contralores estatales, le otorga a dichos funcionarios otra garantía, toda vez que cuando los Consejos Legislativos entren a conocer del informe de la Contraloría General de

la República, es porque dicho informe viene con el aval para la destitución del titular de ese órgano de control fiscal, de allí, que los miembros del Consejo Legislativo no destituirán al contralor estatal por consenso o capricho -como pretenden hacer ver los recurrentes- sino por estimar procedente la destitución aprobada por el máximo órgano del control fiscal, pudiendo presentarse el caso, que no se apruebe tal informe y, en consecuencia, no proceda la destitución del contralor estatal. Fundamentación bajo la cual, esta Sala desestima el argumento esgrimido por el recurrente y así se decide”.

Resalta la Sala, de los párrafos transcritos, cómo la Ley ha procurado extremar los controles, tanto de un lado como de otro, es decir, tanto por parte del Consejo Legislativo como de la Contraloría General de la República, de manera que la doble vinculación de las Contralorías de los Estados respecto del Parlamento de su propia entidad y de la Contraloría nacionales queda patente, haciéndose obvias las consecuencias de ser parte, a la vez, de la estructura estatal y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Olvidar los controles de una o de otra parte ocasionaría un desbalance que el Legislador ha querido impedir.

Por otro lado, en sentido similar, la obligación de los órganos contralores de presentar informes al órgano deliberante también está consagrada a nivel local en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en cuyo artículo 107 se dispuso:

“El contralor o contralora remitirá los informes solicitados por el Concejo Municipal, cada vez que se sean requeridos. Asimismo, deberá remitir anualmente a la Contraloría General de la República, en los tres meses siguientes a la finalización de cada período fiscal, un informe de sus actuaciones y de las gestiones administrativas del Municipio, una relación de ingresos y gastos de éste, los estados de ejecución del presupuesto, los balances contables con sus respectivos anexos y el inventario anual actualizado de los bienes de la respectiva entidad”.

Esa obligación viene acompañada por una sanción en caso de incumplimiento, a la que se refiere el artículo 109 de esa Ley, en el cual se dispone como una de las “*causales de destitución del contralor o contralora municipal*” la “*no presentación al Concejo Municipal y a la Contraloría General de la República del informe sobre la gestión administrativa del Municipio y de su gestión contralora, dentro del lapso establecido o de la prórroga concedida*” (artículo 109.3).

Como se observa, ese artículo también revela de modo claro la vinculación de la Contraloría Municipal tanto con el Concejo como con la Contraloría General de la República, lo que deriva de ser parte del poder local pero a la vez del Sistema Nacional de Control Fiscal. No resulta acertado, siendo doble su vinculación, que los controles se ejerzan sólo en un nivel y no en otro. No hay diferencia con el caso de las Contralorías de los Estados. Las leyes nacionales a que se han hecho referencia (Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado, Ley de los Consejos Legislativos de los Estados y Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal) no hacen más que reafirmar esa doble condición, a través de la consagración de diversos mecanismos de control sobre las Contralorías estatales.

Para la Sala, sería un despropósito excluir por completo a las Contralorías de los poderes del Consejo Legislativo, cuando lo cierto es que ese órgano es la representación del pueblo, cuyos miembros son electos en votación directa y universal. La garantía de la autonomía de los órganos de control externo no puede conducir a excluirlos de la supervisión que el pueblo ejerce sobre *todo* el aparato estatal. Eso mismo conduce a concluir que no constituye intromisión alguna la presentación anual de cuentas al Consejo Legislativo sobre el manejo del presupuesto de la Contraloría.

Para la Sala, la autonomía de las Contralorías estatales no libera a esos órganos de la obligación de exponer sus gastos. De hecho, en la tantas veces citada sentencia N° 2413/2006 se puso de relieve la necesidad de que los Parlamentos -en ese caso se trataba del Consejo

Legislativo del Estado Lara, pero es trasladable a cualquiera- controlasen la estimación del presupuesto de las Contralorías, frente a la pretensión de algunos órganos contralores, en el sentido de que su autonomía les permitía hacer abstracción de los ingresos del Estado y, por tanto, tener presupuestos desproporcionados. La Sala sostuvo:

“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 (...), 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 intrín-

secas 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”.

Los órganos parlamentarios –Consejo Legislativo, en caso de autos- carecen de poder para inmiscuirse en la *ejecución* del presupuesto, salvo para autorizar créditos adicionales o cualquier figura de modificación del presupuesto en las que la Ley exija su participación. Sin embargo, como un mecanismo de control, es obvio que tales Consejos, que deben año tras año analizar la pertinencia de los requerimientos presupuestarios de *todos* los órganos estatales, necesitan conocer cómo se ejecuta efectivamente ese presupuesto que aprueba. Claro está, sólo una vez al año puede exigirse tal informe de gestión y de ejecución presupuestaria, porque de lo que se trata es de evaluar de manera integral la gestión contralora; sin que ello pueda implicar rendiciones de cuentas parciales ya que ello constituiría una injerencia indebida que lesionaría el principio de separación de poderes, y haría la actuación inconstitucional. Ello es manifestación del principio de transparencia al que se ha hecho referencia continua en este fallo.

Las Contralorías estatales –y locales- no dependen del Consejo Legislativo para hacer uso de su presupuesto, pero ello no les releva de la obligación de exponer la ejecución de su presupuesto; de la misma manera tampoco están exentos de la obligación de justificar las cantidades que se piden cada año. El Consejo Legislativo, claro está, debe actuar con conciencia de que se trata de un control que persigue la transparencia y no un mecanismo de interferencia en la gestión de la Contraloría, de suceder tal injerencia indebida, el órgano de control fiscal debe salvaguardarla a través del ejercicio de los medios que tenga a su alcance, en especial las acciones judiciales para la defensa de la competencia, otra manifestación más de la red de instrumentos jurídicos que rigen las relaciones interorgánicas.

Por lo expuesto, esta Sala estima que es constitucional la exigencia en las Constituciones estatales de que las Contralorías estatales presenten anualmente informes de su gestión, y de ejecución presupuestaria a los Consejos Legislativos de los Estados, como mecanismos para hacer viable los poderes de tales Consejos sobre el órgano contralor. Debe advertirse, no obstante, que la validez de esa obligación está condicionada a que los referidos informes no se erijan en medios para incurrir en injerencia o presión en las actividades fiscalizadoras; de modo que no podrían requerirse sino una vez al año y nunca de manera parcial u ocasional a juicio del Consejo Legislativo.

En estos términos la Sala Constitucional desestima la demanda de anulación del ordinal 9° del artículo 157 de la Constitución del Estado Falcón. Así se declara.

3. *El Poder Municipal*A. *Representación de los Municipios***TSJ-SC (2153)****6-12-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación de los artículos 3 y 55.a de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio Chacao del Estado Miranda, G.M. N° Extraordinario 2246, del 20-10-1998.

**Con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal se invirtió la forma de otorgar poder: ahora corresponde hacerlo al propio Alcalde y se exige la opinión previa del Síndico Procurador.**

En su escrito de informes, la accionante negó la representación del Municipio Chacao que se atribuyen los abogados Manuel Rachadell y Jesús Rangel Rachadell. Al efecto expuso que el poder debió ser otorgado por el Síndico Procurador, pero con la autorización de la Cámara Municipal y no del Alcalde.

Al respecto se observa:

La Ley Orgánica de Régimen Municipal, en la actualidad derogada pero vigente para el momento del otorgamiento del poder para actuar en esta causa, preveía:

Artículo 74.- Corresponden al Alcalde, como jefe de la rama ejecutiva del Municipio, las funciones siguientes:

(...)

9. Autorizar al Síndico Procurador para designar apoderados judiciales o extrajudiciales que asuman la representación de la entidad en determinados asuntos, facultándole para otorgar poderes o mandatos, si fuere el caso;

(...)"

La disposición transcrita es clara: el Síndico Procurador podía, bajo la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, designar apoderados judiciales o extrajudiciales para representar al Municipio, siempre que contara con autorización del Alcalde. No resulta cierto, entonces, que debiera ser el Concejo Municipal el órgano que autorizase la designación del apoderado. El Síndico Procurador Municipal es el representante del Municipio, pero requería la habilitación del Alcalde para otorgar poderes a otras personas.

La situación varió con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en la que se invirtió la forma de otorgar poder: ahora corresponde hacerlo al propio Alcalde y se exige la opinión previa del Síndico Procurador (artículo 88: "El alcalde o alcaldesa tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones: ... 13. *Designar los apoderados judiciales o extrajudiciales que asuman la representación de la entidad para determinados asuntos, previa consulta al Síndico Procurador o Síndica Procuradora Municipal*").

En todo caso, el poder otorgado para actuar en el presente caso se hizo en apego de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por lo que esta Sala rechaza la cuestión planteada por la parte accionante y admite la representación del Municipio Chacao del Estado Miranda. Así se declara.

B. *Impuestos Municipales: Licencia de Actividades Económicas: Mecanismo de control*

**TSJ-SC (2153)**

**6-12-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación de los artículos 3 y 55.a de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio Chacao del Estado Miranda, G.M. N° Extraordinario 2246, del 20 -10-1998.

**La Licencia de actividades económicas es un mecanismo de control de diversos aspectos de interés jurídico, en especial –pero no exclusivamente- los urbanísticos.**

La Sala, en el capítulo II del presente fallo, ha reseñado los argumentos expuestos por la parte actora para fundamentar la demanda, los cuales pueden resumirse de la siguiente forma: los Municipios carecen del poder para exigir a los particulares la obtención de una Licencia (o Patente) para el ejercicio de actividades económicas, por cuanto la Constitución garantiza ese derecho y sólo podría ser limitado por leyes nacionales basadas en razones de interés general.

Aunque la parte actora admitió que en una oportunidad solicitó la respectiva Patente, la cual le habría sido negada porque el local incumplía normas urbanísticas, basó todo su recurso en el argumento de que la sola exigencia de tal forma de habilitación es inconstitucional. En su criterio, lo único que podrían hacer los Municipios es llevar un registro de industriales o comerciantes y cobrarles el impuesto por el ejercicio de sus actividades económicas, pero sin poder someter el ejercicio mismo de esas actividades a la satisfacción de un requisito formal (que la accionante califica como discrecional) y, mucho menos, pretender luego clausurar el local e imponer multas en caso de no contar con la Licencia.

La representación municipal rechazó toda esa argumentación, pues en su criterio las normas impugnadas, así como su aplicación por la Alcaldía, están ajustadas al texto constitucional. Para ello destacó que los municipios en cuyo territorio pretenda desarrollarse una actividad generadora de lucro, y por tanto sujeta al impuesto correspondiente, deben ante todo controlar el cumplimiento de los requisitos previstos en las leyes, sean las nacionales o las locales, entre los cuales destacan, para el caso de autos, las limitaciones impuestas por razones de urbanismo. Para los representantes del Municipio Chacao, la pretensión de la parte actora consiste en eximirse de la legislación urbanística y, así, operar en total infracción a las normas vigentes, amparándose para ello en la libertad económica.

Como se aprecia, se ha traído ante este Alto Tribunal un aspecto de gran relevancia: los límites constitucionales al ejercicio de actividades económicas particulares y, en especial, la posibilidad de que los municipios, aparte de cobrar impuestos por el desarrollo de actividades lucrativas, controlen el cumplimiento de los requisitos que exija el ordenamiento jurídico, a través de la expedición de una Licencia.

La Sala observa que la licencia para el ejercicio de actividades económicas es de vieja data en Venezuela, llamada anteriormente *Patente*, como se hace en otros países, nombre que incluso hoy en Venezuela sigue siendo utilizado en la práctica, seguramente debido a su tradición.

Como lo destacan tanto la parte accionante como la representación municipal, no debe confundirse esa licencia con el impuesto que se genera a causa del desarrollo de tales actividades económicas: la licencia es un acto administrativo de verificación del cumplimiento, por

parte de quienes pretenden desarrollar actividades lucrativas, de ciertos requisitos legales, mientras que el impuesto es una exacción que se causa por la obtención de ingresos (no necesariamente lucro) como resaltado de esas actividades.

De ese modo, quien desarrolle actividades económicas en territorio de determinado municipio debe contar con la Licencia y satisfacer además los tributos correspondientes. Se trata, sin embargo, de aspectos distintos: la Licencia habilita para el ejercicio de la actividad, pero no es la que da fundamento al poder municipal para exigir el pago de impuestos, por lo que su ausencia carece de relevancia a esos efectos. Por ello, quienes generen ingresos por actividades industriales, comerciales o de servicios están obligados a pagar los impuestos respectivos, así no hubiera contado con la Licencia, que es meramente un acto de control administrativo.

Lo anterior viene a colación, por cuanto en este proceso no se discute el poder constitucional de los entes locales para exigir el impuesto a las actividades económicas, sino el poder para exigir la Licencia. Para la empresa actora, constituye un exceso de los Municipios condicionar el ejercicio de esas actividades a una “*autorización*” o “*permiso*”, así como también sería contrario a Derecho sancionar a quienes carezcan de la Licencia, que es precisamente lo que ha ocurrido en el caso de autos, en el cual la recurrente fue objeto de una orden de clausura de su establecimiento comercial y de pago de multa, debido a estar operando como café, bar y restaurante desde 1998 sin contar con la licencia del Municipio Chacao del Estado Miranda.

Para la Sala, tiene razón la empresa accionante cuando pone de relieve la existencia del derecho de toda persona a dedicarse a la actividad económica de su preferencia (la conocida como *libertad económica*), pero no le asiste idéntica razón en el resto de sus afirmaciones, toda vez que los Municipios no incurren en inconstitucionalidad al prever en su ordenamiento un mecanismo de verificación del cumplimiento de la legalidad por parte de quienes desarrollen actividades lucrativas o tengan intenciones de hacerlo (sobre el poder de los Municipios para limitar la libertad económica, sin que ello implique violación a la reserva legal nacional, puede verse los fallos de esta Sala N° 2641/2003 y 266/2005)..

La presente demanda pretende reducir las facultades locales de manera considerable, convirtiendo a los Municipios en unos meros recaudadores de impuestos. Los tributos son, sin duda, de interés fundamental de todo ente público, pues de ellos obtienen la mayor parte de sus ingresos. No pueden ser, sin embargo, su única actividad, sino que, muy por el contrario, deben atender a un conjunto de necesidades colectivas, sea por medio de mecanismos de policía o mediante prestación de servicios.

De hecho, si los Municipios no reparasen más que en la obtención de recursos, probablemente desatenderían sus deberes y mostrarían su conformidad con el ejercicio de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios, independientemente de que estén apegadas a la Ley. Sin que esta Sala prejuzgue sobre si el Municipio Chacao del Estado Miranda negó la Licencia con base en hechos ciertos —el propio demandante se ha limitado a afirmar la inconstitucionalidad de la Patente, pero nada dijo sobre si se le había negado con fundamento en razones aceptables—, casos como el de autos revelan, por el contrario, que los entes públicos deben procurar el respeto de la legalidad antes que perseguir un fin meramente fiscal.

Según la empresa accionante “*la única facultad que el constituyente ha previsto en cabeza del poder legislativo local, es la de creación regulación y control de la percepción del impuesto de patente*”, pero no el establecimiento de “*medidas inconstitucionalmente coactivas contra los potenciales contribuyentes para obligarlos de manera compulsiva a dilatar, demorar o suspender el inicio de sus actividades económicas (...) hasta que obtengan la referida licencia*”. Ahora bien, para la Sala no resulta sencillo comprender el interés que

puede tener un Municipio para “*dilatar, demorar o suspender*” el inicio de esas actividades lucrativas en su territorio, cuando la propia demandante llama la atención acerca del interés de los municipios en que se desarrollen, pues de ellas, al gravarlas con impuestos, obtendrán buena parte de los recursos para su financiamiento.

Se observa, entonces, que la finalidad de las Patentes o Licencias excede lo fiscal para traducirse en un mecanismo de control del Derecho. La Sala, al efecto, llama la atención acerca de los muchos cometidos constitucionales de los Municipios, resumidos en los asuntos de la vida local a que hace alusión el artículo 178 de la Carta Magna (“*Son de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local (...)*”). Para el caso de autos, destacan la competencia municipal de control del desarrollo urbano -no en balde es la primera de las atribuciones listadas en el mismo artículo 178- así como las de control de las normas de seguridad, salubridad, transporte, tránsito, protección ambiental, entre otras, todas incluidas en la referida enumeración constitucional y que, de una manera u otra, se controlan con la Licencia de actividades económicas.

No puede negarse la libertad empresarial de los particulares, pues es parte de las bases del Estado venezolano, que garantiza la intervención privada en el sistema económico, pero ello por supuesto orientado siempre por la consecución de fines que trasciendan los puramente individuales. De ese modo, es evidente que el ejercicio de actividades económicas debe ser a la vez respetuoso de las normas que se han establecido para ordenar el desarrollo social. Sería un contrasentido en la evolución del orden colectivo prever rigurosas exigencias para mejorar la calidad de vida y a la par tolerar situaciones que atenten contra ese propósito.

Lo que plantean los demandantes es la negación a las autoridades locales del poder para hacer respetar el ordenamiento que se ha establecido en provecho de todos. No puede prevalecer un interés individual al ejercicio de actividades lucrativas sobre el interés de toda la sociedad en contar con condiciones óptimas de calidad de vida. Son intereses que no tienen por qué contraponerse, sino que deben conciliarse y son los Municipios, precisamente, los entes que tienen que velar por que esa conciliación se produzca, al ser los que tienen contacto más cercano con los particulares. Es un asunto de evidente interés para la vida local el que las actividades privadas (de industria, comercio y servicio, en el caso de autos) se desarrollen conforme a la legislación.

Pese a las libertades que la Constitución garantiza a los particulares (de diversa naturaleza, no sólo económica), la Ley no sólo *puede* sino que en ocasiones *debe* fijar límites para su ejercicio. Está totalmente superada cualquier concepción que pretenda partir de la premisa de libertades absolutas (así como, por supuesto, su contraria: de poderes absolutos del Estado para limitarlas). No puede ser de otro modo, desde el momento en que las libertades están establecidas en beneficio de las personas individualmente consideradas, mientras que el Estado debe a la vez tutelar que ello no implique perjuicios para la colectividad.

Ninguna sociedad permite, en realidad, que las libertades individuales se conviertan en medios para la consecución de fines privados que se alejen o -peor aun- que atenten contra el grupo social, pues al hacerlo se sientan las bases para la destrucción de la propia organización. Ello no es así exclusivamente en sociedades colectivizadas o en regímenes socialistas. Sucede incluso en las sociedades que puedan ser calificadas, sin reservas, como capitalistas. No existe sociedad -que pueda ser considerada como tal- que sea capaz de mantenerse sin reglas que delimiten y restrinjan las actuaciones privadas. Todo el Estado, dentro de los límites derivados del *principio de legalidad*, está en el deber de tutelar el cumplimiento del Derecho y no ser testigo inútil de situaciones de infracción del propio ordenamiento que la sociedad se ha procurado.

La parte demandante reconoce que esas restricciones deben establecerse, pero niega que sean los Municipios lo que puedan controlarlas, afirmando con insistencia que sólo la ley nacional puede fijar límites a la libertad económica, para lo cual proporcionó ejemplos, en especial la Ley de Impuesto sobre la Renta, el Código de Comercio, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística y la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio. Como se observa, la accionante parte de la reserva al Poder Nacional de ciertas actividades o de cierta legislación (por ejemplo, números 10, 24 y 25 del artículo 136 de la Constitución de 1961, vigentes para el momento de la interposición del recurso, normas que se repiten en los números 12, 32 y 33 del artículo 156 de la vigente Constitución), pero con esa afirmación correcta llega a una conclusión que no lo es.

En efecto, como la Constitución reserva a la República la regulación de ciertas materias (la mercantil, por ejemplo), la accionante considera que sólo ella puede controlar el cumplimiento de las normas que se dicten en consecuencia. Sin embargo, es parte de la colaboración entre los entes públicos la necesidad de que actúen de manera de lograr, en conjunto, los fines del Estado. Las limitaciones a derechos constitucionales son parte de la garantía de esos fines, pues a través de restricciones a intereses privados se aseguran los intereses generales. Es inaceptable jurídicamente, entonces, que el hecho de que el Poder Nacional tenga la exclusividad de regulación sobre ciertas materias implique la prohibición de intervención de los municipios para controlar el cumplimiento de la Ley.

De esa manera, aunque la reserva legal establecida en el artículo 156 de la Constitución a favor del Poder Nacional le permite regular con exclusividad ciertas materias, no comprende la Sala cómo la demandante concluye que los Municipios carecen de facultades de control para verificar que la actividad económica que vaya a desarrollarse o que se desarrolle efectivamente está conforme a Derecho. Es distinto el poder de regulación que el poder de control, asunto que la demandante desconoce en el caso de autos.

Así, el Poder Nacional tiene facultad para imponer límites al desarrollo de actividades particulares –como el ejercicio de la industria o el comercio o la prestación de servicios–, sin que ello traiga como consecuencia que los Municipios estén en incapacidad para garantizar que esos límites se cumplan. No sólo eso, sino que la demandante invoca competencias nacionales exclusivas como fundamento de su acción, con ánimo de demostrar que los Municipios carecen de poder para limitar la libertad económica, cuando la lectura del artículo 112 de la Carta Magna permite constatar que las limitaciones a la libertad económicas están efectivamente circunscritas a ser previstas por vía legal, pero no necesariamente nacional. Se dispone en ese artículo lo siguiente:

“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”.

La parte demandante hace una lectura de ese artículo que asimila la noción de Estado a la de República, cuando no son equiparables, sino que el Estado comprende a todos los entes político-territoriales a través de los cuales se cumplen los múltiples cometidos constitucionales (ver sentencia N° 285/2004). Tal interpretación restrictiva constituye un error, pues deja fuera de la posibilidad de imponer límites a los derechos a estados y municipios, cuando tanto unos como otros (pero en especial estos últimos) tienen garantizados unos poderes que les permiten intervenir en muchos aspectos de la vida social.

Recuérdese al efecto la amplia competencia municipal para intervenir en los asuntos que les atribuyan la Constitución y las leyes, en todo lo que *concierna a la vida local*.

La Sala estima, pues, que la demanda parte de un error conceptual, derivado de una estrechez de miras respecto de la interpretación de las normas constitucionales que reconocen libertades individuales (en este caso, la económica) y el poder estatal para limitarlas, todo lo cual le ha llevado a insistir en que sólo la República tiene facultad de intervención. Pero no sólo la demandante parte de ese error, sino que el libelo se fundamenta en una afirmación que amerita precisión: el carácter *autorizatorio* de la Licencia para el ejercicio de actividades económicas.

En criterio de la parte actora, no puede aceptarse que la Patente de Industria y Comercio (hoy Licencia de Actividades Económicas) sea un acto “*que allana una imposibilidad legal precedente al comerciante para iniciar su actividad económica, pues, es lo cierto, que la garantía constitucional de libertad económica y el principio de fomentar el Estado la iniciativa privada, mal pueden consentir que entes territoriales menores hagan descansar el ejercicio de una vocación comercial de una persona natural o jurídica a la obtención de una licencia*”.

En esa cita se observa que la accionante parte de la idea de que si la libertad económica es un derecho constitucional, no existe forma de que los municipios autoricen su ejercicio, en el entendido de que sólo se autoriza en casos de que exista una imposibilidad previa para el despliegue de determinada actuación. Ahora bien, debe advertir la Sala que la preexistencia de derechos –como es el caso de la libertad económica– no impide que la Ley imponga un límite formal para su ejercicio, límite que puede consistir en un acto de *comprobación*.

En puridad, la Licencia de actividades económicas no es una *autorización*, en el sentido de acto por el cual la Administración levanta un obstáculo legal para el ejercicio de un derecho, pues ese *obstáculo*, en el supuesto de la libertad económica, no existe. Es decir, toda persona puede dedicarse a una actividad lucrativa lícita y no hay norma que, con carácter general, lo sujete a una decisión administrativa.

Distinto son los casos –que no constituyen la regla, sino excepciones– en que a causa de la naturaleza de la actividad o en atención a sus consecuencias, el Estado decide someter su ejercicio a una manifestación expresa de voluntad del ente público levantando al particular la imposibilidad que tenía de hacerlo libremente. En tales casos, la Ley deja claramente sentada la necesidad de intervención pública, sin la cual no podrá actuarse. Es, por ejemplo, lo que ocurre con la actividad de fabricación y comercialización de armas, que sí requiere de autorización –que ni siquiera es municipal–, por cuanto la actividad no está reconocida como de ejercicio libre.

Las verdaderas autorizaciones son, así, actos por los cuales la Administración decide que una actividad puede ser desarrollada, en atención a diversos criterios, en mayor o menor medida reglados, en mayor o menor medida discrecionales. La autorización sirve para habilitar aquello que sin esa resolución administrativa no habría podido hacerse. No es una simple verificación del cumplimiento de exigencias legales: es el acto sin el cual la actividad no podría desplegarse. Puede notarse que incluso en sectores amparados por la libertad económica, el Estado –sí cuenta con razones legítimas– puede limitar esa *libertad*. Fuera de esos supuestos de excepción, todas las personas pueden ejercer actividades económicas lícitas sin *autorización*.

Como se observa, hay una clara diferencia entre un acto de *autorización* y uno de *comprobación*, si bien este último *habilite* para desarrollar la actividad y en esa medida encuentran puntos de contacto. Salvo las actividades que constituyen la intimidad personal, todas las actuaciones privadas están sujetas a alguna forma de control, así sea posterior. En ciertos casos, ese control es preferible realizarlo de manera preventiva, como ocurre con la licencia para el ejercicio de actividades económicas. De ese modo, aunque no hay obstáculo genérico para el desarrollo de una actividad empresarial, cuya remoción exija una *autorización*, sí existe una

multiplicidad de normas que el empresario debe cumplir. Esas normas pueden ser nacionales, estatales o locales (dependiendo de la competencia de cada ente para dictarlas). La decisión del Municipio no levanta obstáculos para ejercer la actividad, pero sí hace una constatación que permite garantizar la efectividad del ordenamiento legal.

La Licencia de actividades económicas es, entonces, un *mecanismo de control* de diversos aspectos de interés jurídico, en especial –pero no exclusivamente– los urbanísticos. Es bien sabida la dificultad de controlar el cumplimiento de las limitaciones legales a la propiedad que se imponen por razones de urbanismo, sobre todo de manera posterior a la infracción, por lo que uno de esos mecanismos es el de la Licencia de actividades económicas: quien pretenda dedicarse a determinada actividad debe contar con el acto de verificación de que se ajusta a lo dispuesto en las disposiciones respectivas.

La parte actora ha invocado el criterio de la extinta Corte Suprema de Justicia, sentado en fallo del 13 de diciembre de 1965 (caso: “*Compañía Anónima Cervecería Nacional*”), según el cual la licencia “*sólo tiene fines administrativos como es la formación del registro general del padrón de industriales y comerciantes*”. Por ello, sostuvo la demandante que “*la licencia de industria y comercio debe ser entendida bajo el único fin (...) de servir simplemente de guía para la cabal conformación, en este caso, del registro o padrón de contribuyentes*”.

No niega la Sala que la expedición de la Licencia sirve también para ayudar a conformar el registro de contribuyentes, pues quienes la obtengan pasan a engrosar de inmediato tal registro. Ahora bien, no es esa su finalidad esencial y mucho menos la única. La extinta Corte Suprema sostuvo que “*sólo tiene fines administrativos*” y tuvo razón, pero ello no implica, como lo pretende la parte accionante, que esos fines administrativos sean limitados, sino que la Licencia es un excelente mecanismo de control en ámbitos no tributarios. De hecho, el artículo 207 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal permite a los Municipios exigir la Licencia a la que se alude a lo largo de este fallo (“*El hecho imponible del impuesto sobre actividades económicas es el ejercicio habitual, en la jurisdicción del Municipio, de cualquier actividad lucrativa de carácter independiente, aún cuando dicha actividad se realice sin la previa obtención de licencia, sin menoscabo de las sanciones que por esa razón sean aplicables*”).

La jurisprudencia de esta Sala no ha desconocido la constitucionalidad de la Licencia para el ejercicio de actividades económicas. Al contrario, ha declarado expresamente que la libertad económica no es un derecho absoluto, por lo que el Legislador bien podría establecer ciertos límites, siempre que no constituyan una desnaturalización del derecho y se haga mediante la forma consagrada en el propio Texto Fundamental (es decir, por actos de rango legal, basados en ciertos supuestos de hecho, relacionados todos con el interés general).

La Sala ha reconocido que en principio la Licencia para desarrollar actividades económicas constituye una limitación válida para el ejercicio de la libertad económica, si bien ha negado su constitucionalidad en aquellos casos en que se observe un exceso en esa limitación por parte del Municipio, tal como ocurrió con la denominada Licencia de Extensión de Horario, exigida por el mismo Municipio Chacao del Estado Miranda y que constituía un requisito adicional para quienes desarrollasen sus actividades en horas nocturnas.

La Sala estimó, al ser demandada la nulidad de esa Licencia, que en ese caso sí violaba la Constitución, pero no a causa de la exigencia del acto de verificación general, sino porque se hacía de manera innecesaria (con una alta incidencia tributaria) para distinguir casos de empresarios respecto de los cuales no cabía legítimamente tal diferenciación (sentencia N° 1798/2005).

La demandante, aparte de negar la constitucionalidad de la exigencia de la Licencia, sostuvo también que los municipios –su afirmación era extensible a cualquiera y no sólo al autor de la Ordenanza impugnada- actúan de manera discrecional cuando la otorga o niegan, lo cual fue rechazado por la representación del Municipio Chacao del Estado Miranda.

Ahora bien, al respecto la Sala observa que la verificación del cumplimiento de requisitos legales no es un acto discrecional, sino reglado, por lo cual es obligatorio expedir la Licencia si se cumplen los extremos de Ley. En todo caso, cualquier denuncia sobre ejercicio errado de un supuesto poder discrecional, al negar una Licencia, exige exponer la razón y los hechos que conducen a constatarlo. No ha ocurrido así en el caso de autos, en el cual la parte actora se ha limitado a afirmar que los municipios se comportan de manera discrecional al expedir las Licencias respectivas, discrecionalidad que, como se ha advertido, no existe realmente.

Por las consideraciones que anteceden, esta Sala declara que está ajustado a la Constitución la exigencia de una Licencia de Actividades Económicas, por ser un mecanismo que no cercena ni restringe la libertad económica, sino que se trata de un instrumento de control del cumplimiento de la legislación nacional y local respecto de la actividad que se pretenda desarrollar. Por tal razón, se declara sin lugar la pretensión de nulidad de las normas que sancionan con clausura de establecimiento y con multa a las empresas que operen sin la correspondiente Licencia. Así se decide.

En virtud de que la demanda contra la Resolución N° 375-98, del 18 de noviembre de 1998, suscrita por los Directores de Liquidación de Rentas Municipales y de Recaudación de Rentas Municipales de la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda se basó exclusivamente en la inconstitucionalidad de las normas de la Ordenanza que sirvieron de fundamento para ordenar el cierre del local comercial y el pago de una multa, y dado que la Sala ha desestimado la demanda respecto de tales normas, debe rechazar también la demanda contra el acto administrativo de aplicación.

De ese modo, el Municipio Chacao del Estado Miranda, mediante su Administración Tributaria, en lo que concierne a las impugnaciones ventiladas en esta causa, puede válidamente ordenar la medida de cierre de establecimiento y pago de multa a la empresa por haber iniciado operaciones comerciales en su jurisdicción sin haber obtenido previamente la Licencia que exija el ordenamiento legal.

Ello sin perjuicio, además, de la atribución de ese mismo Municipio para exigir el pago del impuesto por los ingresos generados por la parte actora durante todo el tiempo que ha desarrollado su actividad. Así se declara.

#### IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

##### 1. *Libertad Económica: Licencia de Actividades Económicas*

Véase: Página 213 de esta Revista

**TSJ-SC (2153)**

**6-12-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación de los artículos 3 y 55.a de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio Chacao del Estado Miranda, G.M. N° Extraordinario 2246, del 20 -10-1998.

**La exigencia de una Licencia de Actividades Económicas, por ser un mecanismo que no cercena ni restringe la libertad económica, sino que se trata de un instrumento de control del cumplimiento de la legislación nacional y local respecto de la actividad que se pretenda desarrollar, está ajustado a la Constitución.**

2. *Régimen de los Servicios Públicos*

A. *Servicios públicos domiciliarios*

Véase: Página 170 de esta Revista

**TSJ-SPA (2895)**

**20-12-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Interpretación del artículo 88, numeral 7 del Decreto con fuerza de Ley de Licitaciones *G.O.* N° 5.556 Ext. de 13-11-2001.

**La prestación de los servicios públicos domiciliarios no se encuentra en un régimen de monopolio que impida ser regulado por la Ley de Licitaciones. Por el contrario este tipo de servicios constituye una actividad en la que el Estado ha permitido su prestación en un régimen de libertad económica y libre competencia, interviniendo en el mercado sólo como regulador y fiscalizador de las actividades privadas en esos sectores, tal como sucede en la prestación del servicio de electricidad y telecomunicaciones.**

B. *Servicio público de telecomunicaciones*

**TSJ-SPA (2651)**

**23-11-2006**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

**No obstante la declaratoria legal de una actividad como servicio público y consecuente reserva al Estado, el Poder Ejecutivo podía otorgar concesiones para la explotación y prestación del servicio de telecomunicaciones a particulares, tal como en el presente caso, mediante el contrato de concesión celebrado entre la República, por órgano del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), quedando el concesionario, en todo lo concerniente a la actividad que desarrolla al prestar el servicio, sometido a la Administración concedente en cuanto a las potestades de regulación, dirección, control, intervención e incluso la revocación de la concesión otorgada.**

Corresponde a la Sala decidir la pretensión de nulidad interpuesta por la sociedad mercantil COMPAÑÍA ANÓNIMA NACIONAL TELÉFONOS DE VENEZUELA (CANTV), contra la Providencia Administrativa N° 032 de fecha 18 de noviembre de 1994, dictada por el Director de la **COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (CONATEL)** mediante la cual declaró sin lugar el recurso de reconsideración interpuesto por la referida sociedad mercantil contra la Providencia Administrativa N° 015 de fecha 18 de agosto de 1994 y confirmó la sanción de amonestación pública prevista en la Cláusula 31, literal

A del Contrato de Concesión suscrito entre la República de Venezuela, hoy República Bolivariana de Venezuela y la mencionada sociedad mercantil en fecha 14 de octubre de 1991.

En virtud de que el objeto del recurso es obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo dictado por el Director de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), corresponde pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de este órgano y las competencias que le fueron atribuidas por el ordenamiento legal y sublegal vigente *ratione temporis*, no sin antes destacar que de conformidad con el artículo 136 de la Constitución de la República de Venezuela (1961) y el artículo 1 de la Ley de Telecomunicaciones, publicada en *Gaceta Oficial* N° 20.248 del 10 de agosto de 1940, las telecomunicaciones fueron reservadas al Estado, así como se lee:

*“Salvo lo dispuesto en esta Ley o Leyes especiales, el establecimiento y explotación de todo el sistema de comunicaciones telegráficas por medio de escritos, signos, señales, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos o sin ellos u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales, inventados o por inventar, **corresponde exclusivamente al Estado**”.* (Resaltado de la Sala).

No obstante la declaratoria legal de una actividad como servicio público y consecuente reserva al Estado, el Poder Ejecutivo podía otorgar concesiones para la explotación y prestación del servicio de telecomunicaciones a particulares, tal como en el presente caso, mediante el contrato de concesión celebrado entre la República, por órgano del Ministerio de Transporte y Comunicaciones y la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), quedando el concesionario, en todo lo concerniente a la actividad que desarrolla al prestar el servicio, sometido a la Administración concedente en cuanto a las potestades de regulación, dirección, control, intervención e incluso la revocación de la concesión otorgada.

La justificación de estos poderes radica en el hecho de que la Administración no puede desentenderse de la marcha de las actividades que son de su competencia, pues ésta es irrenunciable y tiene que ser ejercida por los órganos a los que les ha sido atribuida. En consecuencia, el contrato no implica la renuncia de la competencia. En los contratos administrativos, como en este caso de concesión del servicio público de telecomunicaciones, la Administración detenta una posición de supremacía, en virtud de la cual ejerce los poderes de autotutela, que dimanen del imperio del Estado, de la normativa legal y sublegal, del acto unilateral de establecimiento y organización del servicio y de las convenciones pactadas por los contratantes.

Según la Ley de Telecomunicaciones del año 1940, aplicable *ratione temporis*, el servicio público consta de tres elementos a saber: a) el elemento orgánico, porque la titularidad corresponde a la Administración, en virtud del cual -entre otras competencias- le corresponde la de controlar el respeto a las normas de organización y funcionamiento del servicio y sancionar su infracción; b) el elemento material, constituido por el interés general; c) el elemento formal que es el régimen jurídico exorbitante, consecuencia de la presencia de servicio público, determinado por su propio régimen jurídico público.

En la gestión de los servicios de telecomunicaciones, conforme a la citada Ley de Telecomunicaciones del año 1940, se ubican la Administración, el operador y el usuario, cuyas conductas debían ser exigibles y previsibles en la normativa establecida, lo que llevó a la creación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

La mencionada Comisión era, en su momento, un órgano desconcentrado de la Administración Pública Centralizada, creado mediante Decreto N° 1.826 del 5 de septiembre de 1991 (*Gaceta Oficial* N° 34.810 del 5 de septiembre de 1991), como servicio autónomo sin personalidad jurídica, con autonomía de gestión administrativa, financiera y presupuestaria, sujeto al control jerárquico por parte del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (hoy

Ministerio de Infraestructura), que además de ser responsable de la gestión de los operadores, ejercía -y ejerce todavía- la potestad de control, dirigiendo y fiscalizando el cumplimiento del marco normativo del servicio, y la potestad reguladora.

En el Decreto de creación, antes referido, se autoriza al entonces nombrado Ministro de Transporte y Comunicaciones para transferir las competencias en materia sancionatoria, a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, como en efecto ocurrió en el artículo 1 literal f de la del Reglamento Interno del Servicio Autónomo Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) (Resolución N° 482 del 25 de noviembre de 1991, publicada en *Gaceta Oficial* N° 34.851 del 28 de noviembre de 1991), fórmula organizativa en virtud de la cual el mencionado órgano desconcentrado quedaba facultado para imponer las sanciones administrativas prevista en la Ley de Telecomunicaciones, en los Reglamentos Técnicos y de Prestación de Servicios respectivos.

Por otra parte el artículo 11, literal h) del Reglamento sobre la Red Básica de Telecomunicaciones (Decreto N° 1.877 publicado en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 34.821 del 16 de octubre de 1991) faculta al ente concedente, en aras de la satisfacción del interés general y en ejecución no sólo del contrato, sino especialmente de la ley, para imponer las sanciones correspondientes por infracciones a la leyes, reglamentos o al contrato de concesión. De manera que la Administración puede optar por la resolución de la concesión o por la imposición de sanciones al concesionario, o ambas a la vez, en virtud de que éste no sólo está obligado al cumplimiento de las estipulaciones contractuales, sino de las disposiciones legales que regulan la actividad o servicio de que se trate.

En consecuencia, la existencia del régimen exorbitante de la Administración, previsto o no en el contrato, permite al ente público, inspeccionar y controlar la gestión del concesionario, interpretar las cláusulas contractuales, modificar las características de los servicios, sancionar al contratista por incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato o previstas en la ley y extinguir unilateralmente el contrato.

Precisado lo anterior destaca la Sala que en el caso de autos el Director de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, actuando por delegación del Ministro, dictó el acto administrativo impugnado, con base en lo dispuesto en el Contrato de Concesión suscrito por el mencionado órgano y la sociedad mercantil recurrente, para prestar, administrar, operar y explotar los servicios de telecomunicaciones, en cuyo capítulo VII se previó el régimen de las infracciones y sanciones.

Con base en el incumplimiento de la cláusula 15 del aludido contrato, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) impuso a la recurrente, luego de sustanciar el procedimiento administrativo, la sanción prevista en el literal A de la cláusula 31, es decir, amonestación pública difundida a través de dos periódicos de circulación nacional, por considerar que ésta no desvirtuó, durante el procedimiento administrativo, las imputaciones que le fueron formuladas.

La mencionada cláusula en el literal en cuestión establece lo siguiente:

*“CLÁUSULA 31: De acuerdo con la gravedad de la falta, y sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes y reglamentos aplicables, EL MINISTERIO podrá imponer a LA CONCESIONARIA algunas de las siguientes sanciones:*

*A) Amonestación pública, difundida a través de dos (2) periódicos de circulación nacional, a costa de LA CONCESIONARIA. La comisión en el plazo de un (1) año de dos (2) infracciones sancionadas con amonestación pública, dará lugar a la imposición de la multa contemplada en el párrafo B) de la presente cláusula (...).”*

Se observa que la sanción fue ejecutada por la recurrente, quien publicó la amonestación pública en fecha 23 de noviembre de 1994, en el diario El Nacional.

Respecto a los vicios del acto impugnado, la recurrente alegó lo siguiente:

1.- Que la sanción es ilegal porque para proceder a la apertura del procedimiento sancionatorio por parte de CONATEL, debía darse algún supuesto taxativamente contemplado como infracciones al contrato en la cláusula 30, y que éste fuese consecuencia de su conducta negligente o intencional, por preverlo así la mencionada disposición.

Corresponde a la Sala determinar si en la aludida cláusula 30 se agotan o no los supuestos de infracciones establecidas en el contrato de concesión, si la conducta de la recurrente estaba prevista como infracción en otra disposición contractual, y si, de ser así, sólo sería considerada como tal cuando el concesionario hubiese actuado con negligencia o intencionalmente.

A tal efecto advierte la Sala que mediante Providencia N° 004 del 4 de febrero de 1994 (folio 112) CONATEL inició el procedimiento, con fundamento en lo siguiente:

*“En vista que en la información suministrada por la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) en relación con las adquisiciones y contrataciones de obras realizadas en 1992, no existen suficientes evidencias de que hubo promoción de la competencia, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 15 del Contrato de Concesión, suscrito entre la República de Venezuela y (la referida compañía), de conformidad con lo previsto en la cláusula 30 letra Ñ) del ya indicado Contrato de Concesión; y en concordancia con lo establecido en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, (...) (Resaltado de la Sala).*

Por otra parte, en el acto administrativo primigenio, Providencia N° 015 de fecha 18 de agosto de 1994, se estableció lo que sigue:

*“(…) es de observar que en cuanto al acto de apertura del procedimiento, en el mismo se señala como motivación en referencia a los hechos, que de la información suministrada por la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) en relación con las adquisiciones y contrataciones de obras realizadas en 1992, no existen suficientes evidencias de que hubo en ellas la promoción de la competencia que se establece en la cláusula 15 del contrato, y como motivación jurídica se señala el inicio del procedimiento establecido en la cláusula 30, letra Ñ, como consecuencia del incumplimiento de lo estipulado en la cláusula 15 del referido contrato, de acuerdo con lo pautado en los artículos 31, 48 y 51 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.*

Del contenido de los actos parcialmente transcritos se desprende que el procedimiento administrativo se inició porque no existían evidencias de que en las adquisiciones y contrataciones se hubiese respetado la promoción de la competencia a que estaba obligada la concesionaria, de conformidad con lo previsto en la cláusula 15 del contrato de concesión.

La referida cláusula 15 establece lo siguiente:

***“CLÁUSULA 15: Adquisiciones de Equipos y Contratos de Obras.***

***LA CONCESIONARIA deberá promover la competencia en la provisión de cada adquisición e instalación de equipos, plantas y sistemas de comunicaciones y para la contratación de obras cuyo precio estimado exceda en un (1) año al equivalente de trescientos millones de bolívares (Bs. 300.000.000), expresados en términos constantes basados en la razón Bolívar/Dólar estadounidense del 31 de diciembre de 1991.***

***LA CONCESIONARIA deberá tratar con la debida atención y consideración, según los procedimientos internos que ella establezca y sin hacer discriminaciones injustificadas entre los postulantes, toda oferta competitiva hecha para la provisión de los productos y ser-***

**vicios anteriormente mencionados. Los procesos internos de compra de LA CONCESIONARIA, deberán ser compatibles con lo dispuesto en la cláusula 20. La documentación sobre los procesos internos y cualquier actualización de los mismos deberá ser presentada a EL MINISTERIO.**

**En caso de que EL MINISTERIO estime que LA CONCESIONARIA pueda haber incumplido con la cláusula 20 en sus actividades de compra, EL MINISTERIO tendrá la facultad de ordenar una auditoria de las actividades internas de compra de LA CONCESIONARIA.**

*Si EL MINISTERIO llegare a determinar que LA CONCESIONARIA ha adjudicado alguno de los contratos aquí regulados sin haber cumplido los procesos internos establecidos, EL MINISTERIO podrá imponerle la sanción correspondiente de conformidad con lo previsto en la cláusula 31, así como la adopción de nuevos procesos de compra.*

**LA CONCESIONARIA no podrá importar materiales o equipos de telecomunicaciones usados para instalarlos en su red, salvo con previa autorización de EL MINISTERIO.**

**LA CONCESIONARIA no podrá imponer condiciones de exclusividad a los proveedores de bienes o servicios que deslealmente reduzcan las condiciones de libre competencia a menos que se trate de bienes o servicios prestados a nombre de LA CONCESIONARIA".** (Destacado de la Sala).

De lo anterior se colige que en la cláusula 30 (que infra se transcribe) no se agotan los supuestos establecidos como sancionables, pues de conformidad con lo previsto en la cláusula 15 la concesionaria estaba obligada a promover la competencia y para ello debía adjudicar los contratos cumpliendo con los procesos internos establecidos; de lo contrario, la misma cláusula remite a la aplicación de la sanción prevista en la cláusula 31 del contrato.

Por lo tanto, quedan aclarados los dos primeros puntos planteados, es decir, los únicos incumplimientos no son los establecidos en la aludida cláusula 30, pues la conducta infractora sí está prevista en la cláusula 15 del contrato. Visto que la recurrente alegó que el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato debía producirse como consecuencia de su negligencia o intencionalidad, este Máximo Tribunal debe determinar si estas condiciones son exigidas para establecer el incumplimiento de la mencionada cláusula 15.

En este particular es pertinente advertir que la Administración, a los fines de dar inicio al procedimiento, invocó la cláusula 30, literal Ñ) del contrato de concesión que establece lo siguiente:

*“CLÁUSULA 30: Infracciones:*

**Además de las sanciones previstas en la Ley, LA REPÚBLICA podrá dar inicio a un procedimiento sancionatorio cuando LA CONCESIONARIA, con negligencia o intencionalmente:**

*A) Ceda o transfiera, total o parcialmente, la concesión por cualquier razón o, en cualquier forma, entre en cualquier tipo de asociación con terceros que transfiera el compromiso de cumplir con la concesión o el control de LA CONCESIONARIA sobre el cumplimiento de las obligaciones de la concesión, o haya un cambio en el control de LA CONCESIONARIA, sin previa autorización de EL MINISTERIO, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 18.*

*B) Incurra en actos que infrinjan la cláusula 20.*

*C) Viole el principio de igualdad de trato, previsto en la cláusula 42.*

*CH) Interrumpa total o parcialmente la prestación de los servicios, salvo en los casos previstos en la cláusula 6.*

D) Ceda o transfiera los bienes asignados a la prestación de los servicios, en violación de la cláusula 19.

E) Permita que se produzcan daños a la red de telecomunicaciones como consecuencia de conexiones o instalaciones no autorizadas.

F) Instale, utilice o conecte a la red de telecomunicaciones equipos que no cumplan con las normas técnicas aplicables o para los cuales no tenga la autorización necesaria.

G) Preste servicios de telecomunicaciones sin haber obtenido el correspondiente título administrativo.

H) Cobre más de lo previsto en las tarifas aprobadas.

I) Se atrase en el pago de la contraprestación o evada el pago de los tributos que le sean aplicables, conforme a lo señalado en las cláusulas 7 y 8, respectivamente.

J) Impida u obstaculice las inspecciones ordenadas por EL MINISTERIO.

K) Se declare o sea declarada en liquidación, quiebra o atraso. En este caso será irrelevante la intención o negligencia de LA CONCESIONARIA.

L) No alcance las metas contempladas en los anexos "A" y "B", y en los planes previstos en este contrato, sin la previa aprobación de EL MINISTERIO.

LL) Viole o incumpla las normas de la legislación laboral o de la contratación colectiva que le resulten aplicables.

M) No presente oportunamente, o incumpla el plan de numeración a que se refiere la cláusula 16.

N) No presente oportunamente la garantía a que se refiere la cláusula 49 cuando sea requerida, o permita su extinción prematura.

Ñ) **Incurra en cualesquiera otros incumplimientos graves del presente contrato**". (Resaltado de la Sala).

El encabezado del texto transcrito precisa que en los supuestos previstos en esta cláusula se requiere que la actuación del concesionario haya sido negligente o intencional. No ocurre lo mismo en el caso de autos, en que la infracción detectada y probada por la Administración fue la prevista en la cláusula 15.

Pese a la precisión anterior la Sala advierte que el literal Ñ) de la cláusula 30 que habilita a la Administración para iniciar el procedimiento sancionatorio cuando la concesionaria "Incurra en cualesquiera otros incumplimientos graves del presente contrato", fue mencionada tanto en la Providencia N° 004 (folio 112) como en el acto sancionatorio (folios 152 al 161), antes parcialmente transcritos. Sin embargo, no es en esta disposición contractual en la que se subsume el hecho sancionable de la concesionaria, como antes se precisó, pues en modo alguno la Administración califica como grave el incumplimiento contractual y muestra de ello, además, es que la sanción aplicada es la menos gravosa para el concesionario, es decir, la prevista en la cláusula 31 literal A del contrato "Amonestación pública, difundida a través de dos (2) periódicos de circulación nacional, a costa de LA CONCESIONARIA (...)".

Por tanto, si bien la Administración erró cuando aludió al literal Ñ) de la cláusula 30, esta mención no conlleva a la "ilegalidad" de la sanción impuesta, como alegó la recurrente, porque sólo se refirió a ella para iniciar el procedimiento y no para subsumir la conducta sancionada que, como quedó establecido por la Sala, fue la prevista en la cláusula 15, no en la 30, cláusula esta en la que sí se hubiera requerido que el órgano administrativo probara la negligencia o dolo de la contratista.

Por otra parte, alegó la recurrente que el literal Ñ) de la cláusula 30 contiene un concepto jurídico indeterminado y al efecto señaló que para establecer el incumplimiento grave la Administración debía aplicar la Ley de Telecomunicaciones, sus Reglamentos y el texto mismo del contrato, para mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y fines de la concesión.

En este particular, establecido como quedó que la sanción no fue impuesta con fundamento en el incumplimiento grave previsto en el literal Ñ) de la cláusula 30, es decir por “*cualquier otro incumplimiento grave*”, sino el incumplimiento de la cláusula 15, que prevé como sancionable una conducta perfectamente determinada, cual es que la concesionaria no hubiese promovido la competencia “*en la provisión de cada adquisición e instalación, o cada serie de compras o instalaciones de equipos, plantas y sistemas de comunicaciones y para la contratación de obras cuyo precio estimado exceda en un año al equivalente de trescientos millones de bolívares (Bs. 300.000.000,00) (...)*” cuando la Administración llegare a establecer que “*LA CONCESIONARIA [hubiere adjudicado] alguno de los contratos aquí regulados sin haber cumplido los procesos internos establecidos*”, resulta inficioso para este Máximo Tribunal establecer si aquélla contiene o no un concepto jurídico indeterminado, como alegó la recurrente. Así se declara.

2.- Alegó además la recurrente, que el acto impugnado adolece del vicio de falso supuesto, ya que la Administración no valoró ni mencionó en su decisión, la información suministrada por su representada y desconoció que mediante comunicación N° 3952 de fecha 9 de agosto de 1994, CANTV remitió la información relacionada con las obras contratadas durante el año 1992, de la cual se desprende –en su opinión– el cumplimiento de la cláusula 15 del contrato.

En relación con el vicio denunciado la Sala ha reiterado lo que sigue:

*“(...) el vicio de falso supuesto puede patentizarse de dos maneras, a saber: cuando la Administración, al dictar un acto administrativo, fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o no relacionados con el o los asuntos objeto de decisión, en cuyo caso se incurre en el vicio de falso supuesto de hecho. Ahora, cuando los hechos que dan origen a la decisión administrativa existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero la Administración al dictar el acto los subsume en una norma errónea o inexistente en el universo normativo para fundamentar su decisión, lo cual incide decisivamente en la esfera de los derechos subjetivos de los administrados, se está en presencia de un falso supuesto de derecho que acarrearía la anulabilidad del acto”. (Vid. Sentencias No. 474 2 de marzo de 2000, N° 330 del 26 de febrero de 2002, N° 1.949 del 11 de diciembre de 2003 y N° 423 del 11 de mayo de 2004, entre otras).*

Advierte la Sala que en el acto impugnado sí se hace mención y se valora la información suministrada mediante la comunicación No. 3952 de fecha 9 de agosto de 1994, en la que la recurrente remitió los datos “*relacionad (os) con las Obras contratadas por CANTV durante el año 1992, cuyo precio estimado excediera en un (1) año al equivalente de TRESCIENTOS MILLONES DE BOLÍVARES (Bs.300.000.000,00), dicha información constituye prueba documental para ser adjuntada al expediente administrativo a la Cláusula 15 del Contrato de Concesión*”.

Con la información suministrada, la Administración no derivó la consecuencia esperada por la hoy recurrente, pues el órgano decisor consideró que “*CANTV no envió la información requerida por CONATEL para el cumplimiento de sus funciones de control en la oportunidad requerida, o lo hizo en forma incompleta y, en segundo lugar, que en ningún caso LA CONCESIONARIA presentó a CONATEL el programa de adquisiciones a efectuar ni una participación de las razones por las cuales se escogió a un proveedor determinado sin examinar las ofertas*”.

Adicionalmente, en el acto primigenio CONATEL señaló que la recurrente afirmó que *“en aquellos casos en los cuales se contrató en diversas oportunidades con una misma empresa, CANTV puede demostrar que esas ofertas le eran más favorables y fueron seleccionadas conforme al procedimiento de emergencia establecido y conocido por CONATEL”*.

De la referida información la Administración coligió lo siguiente: *“puede señalarse que, de los recaudos suministrados por LA CONCESIONARIA, se observa que una sola empresa, la GTE SUPPLY, recibió más de doscientas (200) órdenes de compra en 1992”* y adicionalmente señaló que *“de las informaciones suministradas por LA CONCESIONARIA se desprende el incumplimiento de la Cláusula 15 del Contrato de Concesión”*.

Por su parte, la recurrente señaló que la Administración hizo una mala apreciación de los hechos, cuando no tomó en cuenta que luego de la privatización, CANTV se encontraba en situación de emergencia para cumplir las obligaciones derivadas del contrato en los plazos establecidos, razón por la cual *“inició una serie de mecanismos transitorios que le permitan cumplir con las obligaciones derivadas del contrato y que requieran actuación inmediata”* y *“se vio en la necesidad de adoptar procedimientos para la adquisición de bienes y servicios así como para la contratación de obras que le permitieran cumplir las metas estipuladas en los planes de expansión y modernización de la red”*, para lo cual *“inició procesos de confrontación de ofertas más ágiles y de resultados inmediatos (...) seleccionando en consecuencia empresas calificadas por su experiencia, especialización, capacidad técnica y financiera (...)”*.

Con relación a este particular la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en el acto impugnado precisó *“que en ningún caso LA CONCESIONARIA presentó a CONATEL el programa de adquisiciones a efectuar ni una participación de las razones por las cuales se escogía a un proveedor determinado sin examinar otras ofertas”* y que *“no es cierto que LA CONCESIONARIA hubiera notificado a CONATEL el establecimiento de un procedimiento de emergencia en que se dejara a salvo mecanismos que, en alguna medida, promovieran la competencia en las negociaciones a realizar con proveedores o contratistas, ni existe ningún elemento que induzca a pensar que tal procedimiento existió y se aplicó”* (sic).

Aprecia la Sala, que lo que se desprende de la propia declaración del recurrente y del expediente administrativo es que la concesionaria efectuó las adjudicaciones a las cuales se refiere la cláusula 15 del contrato de concesión, sin cumplir con los procesos internos establecidos y que tal documentación no fue presentada al Ministerio, todo lo cual fue probado en el expediente administrativo y debidamente valorado en la oportunidad en que la Administración decidió.

Finalmente cabe destacar que si bien en todo negocio está de por medio el ánimo de lucro del particular, y que en las concesiones es muy respetable tal interés privado, siempre prevalece el interés general del pueblo sobre el particular, razón por la que en los contratos administrativos la Administración goza de prerrogativas que le son negadas al otro sujeto de la relación contractual. En este contrato el concedente ejerce control sobre el concesionario y no puede garantizarle sus ganancias económicas, en detrimento de los intereses generales. Sin embargo, si bien el hecho de que la concesionaria se encontrara en situación de emergencia, podía eventual y temporalmente eximirla del cumplimiento de sus obligaciones contractuales; sin embargo, tal circunstancia no quedó probada en el expediente administrativo ni en el decurso del presente procedimiento de nulidad.

Visto lo anterior, se desestima la denuncia de falso supuesto alegada por la recurrente. Así se decide.

3.- Sobre la denuncia de desviación de poder, vicio que en opinión de la recurrente se presenta en el acto impugnado, porque el literal Ñ de la cláusula 30 del contrato de concesión constituye un concepto jurídico indeterminado, esta Sala observa:

Respecto al mencionado vicio, este Máximo Tribunal ha señalado lo siguiente:

*“(…) Ahora bien, la Sala reiteradamente ha establecido sobre el vicio de desviación de poder, que es una ilegalidad teleológica, es decir, que se presenta cuando el funcionario, actuando dentro de su competencia dicta un acto para un fin distinto al previsto por el legislador; de manera que es un vicio que debe ser alegado y probado por la parte, sin que pueda su inactividad ser subsanada por el juzgador. (…).*

*Lo anterior implica, que deben darse dos supuestos para que se configure el vicio de desviación de poder, a saber: que el funcionario que dicta el acto administrativo tenga atribución legal de competencia y que el acto haya sido dictado con un fin distinto al previsto por el legislador; además, estos supuestos deben ser concurrentes”. (Sentencias N° 1722, del 20 de julio de 2000; N° 1211 de fecha 11 de mayo de 2006, entre otras)*

Como se desprende de la sentencia parcialmente transcrita, para que se produzca el aludido vicio es necesario que el funcionario sea competente, y que la finalidad perseguida con el acto impugnado sea distinta a la prevista en la norma, circunstancia ésta que debe ser probada por la parte recurrente.

La Sala advierte que el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos impone la carga de la prueba en quien alega la desviación de poder del órgano emisor del acto. Sobre la base de la actividad probatoria corresponde al juez comparar el interés público y el fin perseguido con el acto impugnado, para determinar la existencia del mencionado vicio.

La recurrente insistió, para sustentar la desviación de poder, que el literal Ñ de la cláusula 30 del contrato de concesión constituye un concepto jurídico indeterminado, para cuya determinación por parte de la Administración se requerían informes y pruebas de carácter técnico, pues de lo contrario, en su opinión, la competencia debía limitarse *“a la calificación y definición de un concepto jurídico que sí se encuentra determinado en nuestro derecho como es el de ‘incumplimiento grave’*”.

Como quiera que el fundamento del aludido vicio es lo dispuesto en el literal Ñ de la cláusula 30 del contrato de concesión, respecto al cual ya la Sala declaró que no constituye el fundamento del supuesto de hecho sancionable, resulta igualmente inoficioso analizar la denuncia en cuestión partiendo de la calificación que de ésta hace el recurrente como concepto jurídico indeterminado.

No obstante, de las actas procesales no se desprende cuál es la finalidad distinta que pretendía obtener la Administración con la emisión del acto impugnado o que con él se hubiere vulnerado el objeto perseguido por la Ley. En consecuencia, se desestima por infundado el vicio de desviación de poder denunciado.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Sala declara sin lugar el presente recurso de nulidad. Así se declara.

C. *Actividades relativas al suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos*

Véase: Página 91 de esta Revista

**TSJ-SPA (2673)**

**28-11-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Sociedad Williams Enbeidge & Compañía (SWEC), vs. Ministerio de Energía y Minas.

**Las personas que realicen actividades relativas al suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, actividades éstas que guardan el carácter de servicio público, deberán hacerlo de forma continua y eficiente.**

3. *Régimen Cambiario y Monetario*

Véase: Página 168 de esta Revista

**TSJ-SPA (2487)**

**9-11-2006**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Eliseo Aristóbulo Duarte Noguera y otros vs. Banco Central de Venezuela.

4. *Propiedad y Expropiación*

A. *Expropiación*

a. *Motivación del avalúo*

**TSJ-SPA (2786)**

**12-12-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: C.V.G. Electrificación del Caroní (Edelca) vs. Decisión Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar.

**La Sala ratifica el criterio jurisprudencial existente referente a que los peritos evaluadores se encuentran en el deber de motivar ampliamente los resultados de su labor, lo cual implica exponer los datos e informaciones obtenidas durante la realización de la experticia, las operaciones realizadas y las gestiones llevadas a cabo para obtener dicha información. (Vid. sentencias SPA de 23-11-95 y N° 239 del 13-5-98; 16-7-2002, caso: ENELVEN vs. María C. González Ferrer y otros; 31-7-2002 caso: EDELCA vs. Propietarios Fundo "Los Caballitos" y 7-6-2006 caso: Estado Carabobo vs. Asociación Civil Aeroclub Valencia).**

b. *Impugnación del avalúo*

TSJ-SPA (2786)

12-12-2006

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: C.V.G. Electrificación del Caroní (Edelca) vs. Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar.

**La impugnación del avalúo antes de la terminación del lapso con que cuentan los peritos para su consignación, debe tenerse como válida si no comporta ninguna indefensión al ente expropiante.**

En efecto, EDELCA solicita se declare la inadmisibilidad de la impugnación del avalúo definitivo interpuesta por la parte expropiada, por haber sido presentada antes de que venciera el lapso concedido a los expertos para culminar con la experticia, argumentando la aplicabilidad del lapso de apelación de cinco días contenido en el artículo 185 de la derogada Ley Orgánica de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia estableció un criterio jurisprudencial relativo a la pertinencia y al régimen procesal aplicable a las impugnaciones contra los avalúos definitivos, dado el silencio en el cual incurrió la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social en ese aspecto (*vid.* especialmente sentencias de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fechas 24 de febrero de 1965, 6 de octubre de 1983, reiteradas por esta Sala en sentencia del 17 de julio de 2002, caso: *ENELVEN vs. María C. González Ferrer y otros*).

Estableció la Sala entonces, que las mencionadas impugnaciones constituían verdaderas apelaciones, en atención la importancia del justiprecio en la institución de la expropiación, vista como una limitación al derecho constitucional de propiedad, y los efectos que lleva implícito tal proveimiento.

En ese mismo marco conceptual, la jurisprudencia de esta Sala ha previsto, a falta de regulación expresa, que el lapso del que disponen las partes para el ejercicio de la impugnación del avalúo definitivo es de cinco días, igual al lapso previsto como regla general para las apelaciones en nuestra normativa procesal general (*vid.*, entre otras, sentencia del 17 de julio de 2002, caso: *ENELVEN vs. María C. González Ferrer y otros*).

En armonía con lo expuesto, si bien concuerda la Sala con el alegato expuesto por el apoderado judicial de EDELCA referente a que los cinco días de despacho para impugnar el contenido de la experticia iniciaban al vencimiento del lapso concedido a los peritos para la consignación del avalúo, en el caso concreto, la impugnación presentada por el apoderado judicial de la empresa expropiada contra el avalúo, antes de la terminación del lapso del que contaban los peritos para su consignación, debe tenerse como válida por no haber comportado ninguna indefensión al ente expropiante, el cual contó con el tiempo suficiente para responder la impugnación presentada antes de proferida la sentencia.

Asimismo, dicha posición es cónsona con el criterio reiterado y pacífico de la Sala referente a que las impugnaciones realizadas extemporáneamente por anticipadas deben ser consideradas como presentadas en tiempo hábil, siempre y cuando éstas no comporten indefensión a la contraparte o desvirtúen la naturaleza del procedimiento de que se trate, y que el medio de impugnación del que se decida hacer uso sea posterior al acto que constituya su objeto; todo esto en atención a los principios de economía procesal y tutela judicial efectiva, expedita, sin dilaciones ni reposiciones inútiles.

Conforme a lo precedentemente expuesto, debe la Sala desestimar el alegato de extemporaneidad de la impugnación presentada. Así se declara.

## V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

### 1. *Potestad contralora y fiscalizadora de la Contraloría General de la República*

**TSJ-SPA (2471)**

**9-11-2006**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Mitsubishi Venezolana, C.A. vs. Contraloría General de la República.

**La función de recaudación que se hace efectiva a través de las planillas de liquidación corresponde a la Administración Activa (Administración Tributaria), abstracción hecha de la actuación que pueda desplegar la Contraloría General de la República con relación a la vigilancia de la oportuna cobranza de los créditos del Fisco Nacional.**

El recurso de apelación ejercido por la representación judicial de la Contraloría General de la República, se circunscribió a denunciar en primer término, que la Administración Contralora no está obligada a emitir las planillas de liquidación, por no estar supeditada a seguir el procedimiento establecido en el Código Orgánico Tributario (1982), en razón de estar presuntamente dirigido a la "...*Administración Activa...*", y en segundo término que las impugnaciones hechas al reparo formulado por el órgano contralor conciernen a "...*la Resolución N° DGSJ-3-2-389 de fecha 20 de noviembre de 1984, a través de la cual se confirmó el acto administrativo de Reparación N° DGAC-4-1-1-650 del 9 de mayo de 1984...*" y no así a las planillas de liquidación recaudatorias.

Ahora bien, la doctrina constitucional ha definido la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República como un órgano que actúa con autonomía funcional en el ejercicio del Poder Público, dotado de facultades que la han sido conferidas a través de la Ley que rige su organización y funcionamiento.

En efecto, de conformidad con los artículos 287 y 289 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela puede observarse que la referida Administración contralora fue creada y permanece siendo un órgano dotado de autonomía funcional, administrativa y organizativa, no sujeto a subordinación o dependencia de ningún órgano del Poder Público, estando únicamente sometido al mandato constitucional y legal correspondiente.

Es así que por vía constitucional y legal le ha sido encomendada la función de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, ejercida bien a través del denominado control previo o a través del control posterior de los ingresos fiscales recaudados por la Administración Activa (Administración Tributaria), que tiene lugar mediante el procedimiento del examen de las cuentas, cuyo fin primordial es el de velar por el fiel cumplimiento de las normas fiscales y la reparación de las omisiones en que por diversas causas haya podido incurrir el "sujeto" controlado.

De manera que, específicamente de las disposiciones contenidas tanto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, que se encontraba vigente para el momento en que se dictó la resolución confirmatoria del reparo y que fue objeto de impugnación, como en la actual Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, surge evidente e incuestionable el amplio fundamento que ampa-

ra las actuaciones desplegadas por el prenombrado órgano de control en ejercicio de sus potestades contraloras y fiscalizadoras de los ingresos, gastos, bienes y operaciones relacionadas, dirigidas precisamente a efectuar un control fiscal externo de legalidad, de gestión y veracidad de las actuaciones administrativas de los organismos, entidades y personas cuyas actividades y operaciones sean susceptibles de ser controladas o verificadas, sin que tales potestades en modo alguno impliquen que adquiera la naturaleza de “Administración Activa”.

Es así, que al erigirse como órgano de control fiscal externo dotado de autonomía funcional, organizativa y administrativa, cuyo ámbito de actuación se encuentra claramente definido y desarrollado en la Ley que rige su estructura y funcionamiento, mal podría pretenderse que al momento de fiscalizar y formular un reparo tenga que aplicar un procedimiento que no existe en la Ley que lo rige, ni tampoco hacerse suya una función, como lo es la expedición de las planillas de liquidación o recaudatorias, cuando ello no está contemplado en su normativa y más aún cuando esa actividad de recaudación que se hace efectiva a través de las mencionadas planillas, está encomendado específicamente a la Administración Activa (Administración Tributaria).

Criterio éste que ha sido sostenido por esta Máxima Instancia en múltiples decisiones, inclusive en aquellas que fueron dictadas para el momento en tuvo lugar la Resolución N° DGSJ-3-2-389 del 20 de noviembre de 1984, emanada de la Contraloría General de la República, a través de la cual se confirmó el reparo N° DGAC-4-1-1-650 de fecha 9 de mayo de 1984.

En efecto, en sentencia de fecha 13 de diciembre de 1984, caso: *Cinzano, C.A.*, la extinta Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente:

*“...no se trata de que la Contraloría General de la República no esté facultada para hacer la determinación tributaria. Se trata de que el reparo de la Contraloría, de quedar firme, determina el monto definitivo del tributo y en la medida en que lo haga, la Administración estará obligada a librar la correspondiente planilla de liquidación, y gestionar el cobro administrativo o judicialmente, por tener la decisión de la Contraloría carácter de título ejecutivo conforme el artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República...”*

Más recientemente, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 01996 de fecha 25 de septiembre de 2001, caso: *Inversiones Branfema, S.A.*, estableció lo siguiente:

*“...En atención a ello, considera esta Sala que no puede asignársele al organismo contralor el carácter de órgano auxiliar externo de fiscalización de la Administración Activa, ya que al ser un ente de rango constitucional, dotado de una autonomía orgánica, funcional y administrativa, goza de independencia frente a la Administración Pública Nacional, lo que impide la existencia de cualquier vínculo de pertenencia o jerarquía, y por ende, de alguna subordinación o dependencia frente a ella. Esta independencia del ente contralor es esencial, inmanente y consustancial a su condición de órgano de vigilancia y fiscalización del manejo de los ingresos, gastos, bienes y demás recursos públicos, en particular, de la forma de causarse los gastos, liquidarse los ingresos, y la conservación, administración y custodia de los bienes, que realizan las dependencias de la Administración Activa.*

*Así, con la finalidad de preservar, cautelar y defender el patrimonio público, entendido en su sentido más amplio, constitucionalmente se le han atribuido a la Contraloría General de la República amplias facultades en materia de control, vigilancia y fiscalización de estos recursos públicos, funciones y potestades que están desarrolladas en la Ley Orgánica que rige la organización y funcionamiento de esta institución.*

(...)

*Sin embargo, puede también presentarse otro supuesto, que ocurre cuando el ente contralor requiere, bajo los parámetros de ley, ejercer su función de fiscalización directamente sobre cualquiera persona natural o jurídica que aparezca como contribuyente y en tal sentido emitir a su cargo actos de control, aun cuando incidan en sus esferas jurídicas.*

(...)

*No obstante, requiere esta alzada observar que si bien el organismo contralor puede efectuar las aludidas fiscalizaciones y, de ser necesario, formular e imponer reparo al contribuyente o responsable de que se trate, y al efecto habrá de comprobar la ocurrencia del hecho definido en la ley tributaria como generador del tributo y, principalmente, valorará y cuantificará la respectiva deuda tributaria; posteriormente corresponde sólo a la Administración Tributaria Activa, si fuese procedente dicho reparo, proceder a la respectiva liquidación y recaudación de las cantidades correspondientes a tributos, intereses o sanciones, según sea el supuesto que dio origen al reparo. Así se declara...”. (Resaltado de la Sala)*

De las transcripciones que anteceden no hay lugar a dudas de que la función de recaudación que se hace efectiva a través de las planillas de liquidación corresponde a la Administración Activa (Administración Tributaria), abstracción hecha de la actuación que pueda desplegar la Contraloría General de la República con relación a la vigilancia de la oportuna cobranza de los créditos del Fisco Nacional, más aún cuando el artículo 52 de la Ley que regía la estructura y funcionamiento del citado órgano contralor en 1975, que se encontraba vigente en razón del tiempo y sobre el cual se apoyó el juzgador de instancia para establecer una suerte de obligación por parte del mencionado organismo de control en la emisión de las planillas de liquidación, nada dice sobre tal obligación.

En efecto, el precitado artículo copiado a la letra disponía:

*“Cuando el reparo quede firme, por no haber sido contradicho o por falta de oportuno ejercicio del recurso previsto en el Capítulo II del Título VIII, la Contraloría declarará fenecida la cuenta y remitirá los autos al Ejecutivo Nacional para que gestione el cobro, administrativa o judicialmente. En este caso la decisión de la Contraloría tendrá carácter de título ejecutivo.*

*En el juicio, el ejecutado podrá oponer, además de las excepciones de derecho común, todas las relativas a la legalidad del acto”.*

De lo que precede queda en evidencia una vez más, que la gestión de recaudación estuvo (y actualmente está) dirigida a la Administración Activa (Administración Tributaria) y ello se desprende cuando el citado artículo señala que, *“...remitirá los autos al Ejecutivo Nacional para que gestione el cobro, administrativa o judicialmente...”*.

Lo anterior, implica que las impugnaciones hechas a los reparos formulados por la Contraloría General de la República conciernen a esos actos, pues como se ha expuesto precedentemente no está obligada a emitir las referidas planillas de liquidación y en razón de que dichos reparos constituyen actos administrativos que se caracterizan por ser definitivos, que intervienen de manera directa en el esfera jurídica subjetiva de los “sujetos” que se encuentran bajo su control. Y en el caso bajo estudio, no hay lugar a dudas de que el acto emanado de la Administración contralora, afectó la esfera jurídica subjetiva de la sociedad mercantil Mitsubishi Venezolana, C.A.

En atención a lo anterior, esta Sala debe declarar con lugar el recurso de apelación ejercido por la representación judicial de la Contraloría General de la República contra la sentencia de fecha 28 de junio de 1989, dictada por el Tribunal Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del entonces Distrito Federal y Estado Miranda y en consecuencia revocar el referido fallo. Así se decide.

2. *Obligación tributaria. Incumplimiento: Intereses moratorios***TSJ-SPA (2232)****11-10-2006**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: CONATEL vs. Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**La Sala Político Administrativa ratifica su criterio referente al cobro de intereses moratorios luego del vencimiento del lapso establecido para la autoliquidación y pago de la deuda tributaria, sin necesidad de actividad fiscalizadora por parte de la Administración Tributaria (Vid. sent. 5757 de 28-9-2005, caso: *Lerma, C.A.*)**

**VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**1. *El Procedimiento Administrativo*A. *Caracterización: Diferencia con la función jurisdiccional***TSJ-SPA (2514)****9-11-2006**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Freddy Álvarez Berneé vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

**El procedimiento administrativo (regido por los principios fundamentales del derecho a la defensa y al debido proceso), no puede ser confundido con la función jurisdiccional, en la cual el Juez se encuentra sometido a reglas procesales distintas dependiendo del proceso de que se trate.**

Con relación al silencio de pruebas, sostiene el recurrente que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, no valoró ninguno de los argumentos presentados en el escrito de descargo, así como tampoco las pruebas aportadas al procedimiento, por lo que denunció la “*violación al principio de globalidad y exhaustividad administrativa*”.

Al respecto, es preciso señalar que ha sido criterio de esta la Sala que el procedimiento administrativo (regido por los principios fundamentales del derecho a la defensa y al debido proceso), no puede ser confundido con la función jurisdiccional, en la cual el Juez se encuentra sometido a reglas procesales distintas dependiendo del proceso de que se trate; por tanto, basta para entender que se ha realizado una motivación suficiente, el análisis y apreciación global de todos los elementos cursantes en el expediente administrativo correspondiente, no siendo necesario que el ente administrativo realice una relación precisa y detallada de todos y cada uno de los medios probatorios aportados (*vid.* Sentencia N° 1623 de fecha 22 de octubre de 2003).

De la decisión recurrida cursante en autos (folios 85 al 115), se desprende que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, a los fines de dictar la sanción de destitución, apreció el escrito de defensa presentado por el ciudadano Freddy Álvarez Berneé, siendo ampliamente transcrito en el referido acto (folios 102 al 108), al igual que los argumentos expuestos por los denunciados y demás actas e informes de investigación levantadas por los Inspectores de Tribunales designados al efecto, con los cuales fundamentó su decisión.

En tal virtud, estima la Sala que los documentos aportados por las partes en el expediente administrativo, fueron valorados en su conjunto por la Comisión del Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, haciendo incluso referencia a cada uno de ellos en el acto recurrido; por tanto no encuentra esta Sala razones suficientes para considerar que la Administración haya dejado de apreciar algún medio de prueba necesario para declarar la sanción de destitución, por lo que se desestima la denuncia de silencio de prueba.

B. *Derechos de los administrados: Derecho a la defensa*

**TSJ-SPA (2240)**

**11-10-2006**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Aviones de Oriente, C.A. (AVIOR) vs. Ministerio de Infraestructura.

**Mal podía imputársele a la Administración la violación de los derechos a la defensa y debido proceso por no haberse evacuado una prueba de informes promovida en el recurso jerárquico, por cuanto correspondía al recurrente promoverla en el procedimiento de primer grado o constitutivo, o lo que es lo mismo, en la fase de sustanciación del expediente administrativo, durante la cual se preparó y dictó el acto recurrido, y no en la oportunidad de la interposición del recurso jerárquico**

Ahora bien, respecto a la denuncia formulada por la recurrente, esta Sala ha sostenido que los derechos al debido proceso y a la defensa implican el derecho a ser notificado de la apertura de un procedimiento administrativo, para que el particular pueda presentar los alegatos de su defensa, máxime si fue iniciado de oficio; el derecho a tener acceso al expediente con el propósito de examinar, en cualquier estado del procedimiento, las actas procesales; el derecho que tiene el administrado a presentar pruebas que permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración, el derecho a recibir oportuna respuesta a su solicitud y finalmente, el derecho que tiene a ser informado de los recursos y medios de defensa.

Por tal motivo, el procedimiento administrativo se constituye con actuaciones o sucesión formal de actos coordinados y orientados a la producción de un acto final por parte de quien ejerce funciones administrativas, a fin de ofrecer al administrado la garantía jurídica de participación en el desarrollo de la decisión administrativa, salvaguardando de esta forma sus derechos fundamentales, como lo son el debido proceso y la defensa.

En este sentido, la Ley de Aviación Civil publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, Extraordinaria N° 5.124 del 27 de diciembre de 1996 y aplicable al presente caso *ratione temporis*, establecía en el artículo 87 que la iniciación, sustanciación y resolución de las actuaciones administrativas a que daba lugar la aplicación de esa ley, se debían ajustar a las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ley que a su vez establece un régimen especial para los casos en que sea requerido a otras autoridades u organismos, informes relevantes para la resolución del asunto, durante la fase de sustanciación del expediente administrativo. En este sentido los artículos 54, 55, 56 y 57 *eiusdem*, establecen lo siguiente:

*“Artículo 54. La autoridad administrativa a la que corresponda la tramitación del expediente, solicitará de las otras autoridades u organismos los documentos, informes o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto.*

*Cuando la solicitud provenga del interesado, éste deberá indicar la oficina donde curse la documentación.*

*Artículo 55. Los documentos, informes y antecedentes a que se refiere el artículo anterior, deberán ser evacuados en el plazo máximo de quince (15) días, si se solicitaren de funcionarios del mismo organismo y de veinte (20) días en los otros casos.*

*(omissis)*

*Artículo 56. La omisión de los informes y antecedentes señalados en los artículos anteriores no suspenderá la tramitación, salvo disposición expresa en contrario, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario por la omisión o demora.*

*Artículo 57. Los informes que se emitan, salvo disposición legal en contrario, no serán vinculantes para la autoridad que hubiere de adoptar la decisión”.*

Como se observa, la normativa trascrita consagra la potestad de que la Administración, bien de oficio o a petición de parte, solicite a otros organismos documentos, informes y antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto, estableciendo que la oportunidad en la que deberá ser requerida es en la fase de sustanciación del expediente, así como los plazos máximos para su evacuación, vale decir, quince (15) días si se solicitaren de funcionarios del mismo organismo y de veinte (20) días en los otros casos; informes éstos que conforme al artículo 57 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no son vinculantes para la autoridad que hubiere de adoptar la decisión.

En virtud de lo anterior, considera esta Sala que mal podía imputársele a la Administración la violación de los derechos a la defensa y debido proceso por no haberse evacuado la aludida prueba de informes promovida en el recurso jerárquico, por cuanto correspondía al recurrente promoverla conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es decir, en el procedimiento de primer grado o constitutivo, o lo que es lo mismo, en la fase de sustanciación del expediente administrativo, durante la cual se preparó y dictó el acto recurrido, y no en la oportunidad de la interposición del recurso jerárquico - procedimiento de segundo grado-, cuyo objeto es la revisión del acto previamente dictado, fundamentado en una prerrogativa de la Administración denominada potestad de autotutela, por la cual puede confirmar el acto, revocarlo, modificarlo o sustituirlo por otro, por motivos de hecho, derecho, oportunidad y conveniencia.

En consecuencia, se observa que dentro del procedimiento administrativo a que se contraen las presentes actuaciones, no se conculcó el derecho a la defensa y al debido proceso, por cuanto, tal como fue admitido en el libelo por la actora y según se desprende del expediente administrativo, a la recurrente se le notificó del procedimiento llevado en su contra, de manera que ésta tuvo la oportunidad de acceder al expediente durante la sustanciación, para exponer las razones de hecho y de derecho que a su juicio fuesen pertinentes para la defensa de sus derechos, carga con la que no cumplió en la oportunidad prevista en la ley y cuya falta no puede ser atribuida a la Administración.

Con fundamento en los argumentos expuestos, esta Sala desestima la pretendida violación de los derechos a la defensa y debido proceso denunciados por la recurrente. Así se decide.

**TSJ-SPA (2354)**

**26-10-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Luis Fernández Villegas vs. Centro Simón Bolívar

**La citación constituye una fase ineludible en todo proceso, pues está estrechamente vinculada con la tutela judicial eficaz, el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, toda vez que su finalidad reside en prevenir al demandado de la acción ejercida en su contra para ejercer las acciones y oponer las defensas o excepciones que considere pertinentes.**

Con relación a la solicitud de nulidad de la citación formulada por la representación de la demandada del artículo 20 de los Estatutos del Centro Simón Bolívar se establece lo siguiente:

*“La Compañía tendrá un representante judicial, quien será de la libre elección y remoción de la Junta Directiva y permanecerá en el cargo mientras no sea sustituido. El representante judicial será el único funcionario, salvo los apoderados debidamente constituidos, facultados para representar a la sociedad en todos sus actos judiciales y administrativos y para absolver posiciones juradas, y, en consecuencia, toda citación o notificación judicial de la compañía deberá practicarse en la persona que desempeñe dicho cargo. Igualmente el representante judicial está facultado para intentar, contestar y sostener todo género de acciones, excepciones y recursos”.* (Resaltado de la Sala).

Como puede apreciarse, las normas estatutarias de la sociedad de comercio demandada son claras al precisar que sólo el representante judicial y los apoderados judiciales debidamente constituidos, son los facultados para darse por citados en los procesos que se instauren contra el Centro Simón Bolívar.

A la luz de esa normativa, la Sala observa que en la causa sometida a su conocimiento, el ciudadano Humberto Arturo Ruiz, quien recibió la boleta de citación emanada del Juzgado de Sustanciación de esta Sala (folio 93), se desempeñaba como consultor jurídico de la demandada, sin embargo, no consta instrumento alguno en autos que acredite que el referido ciudadano detentaba la cualidad de representante judicial, debidamente designado por la Junta Directiva del Centro Simón Bolívar.

Por el contrario, observa la Sala que en la certificación emanada del Secretario de la Junta Directiva de la sociedad de comercio demandada, se deja constancia que a partir del 23 de febrero de 2001, la representación judicial de la aludida empresa la detentaba la ciudadana Mercedes Febres Cordero Yépez, sin que conste en el expediente que a dicha ciudadana se le revocara su nombramiento o se designara un nuevo representante judicial para la aludida empresa.

En atención a lo anterior, esta Sala aprecia que conforme al citado artículo 20 de los Estatutos del Centro Simón Bolívar, el ciudadano Humberto Arturo Ruiz carecía de facultad para darse por citado en el proceso en curso, toda vez que, si bien se desempeñaba como consultor jurídico de la sociedad demandada, no detentaba la representación judicial de la misma, pues como se señaló, no consta en autos su nombramiento como representante judicial.

Dada las circunstancias señaladas, la Sala observa que en el caso bajo análisis la citación de la sociedad mercantil demandada fue indebidamente practicada, por lo cual debe reiterar que la citación constituye una fase ineludible en todo proceso, pues está estrechamente vinculada con la tutela judicial eficaz, el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, toda vez que su finalidad reside en prevenir al demandado de la acción ejercida en su contra para ejercer las acciones y oponer las defensas o excepciones que considere pertinentes.

Por las razones antes expuestas, estima la Sala que en el caso de autos, la empresa demandada se vio impedida de ejercer las defensas en el proceso, razón por la cual en resguardo a los derechos a la defensa y al debido proceso este alto Tribunal anula la citación efectuada

en fecha 22 de octubre de 2002, a la empresa demandada, lo cual haría necesario la reposición de la causa al estado en que se practique nuevamente la citación de la demandada; no obstante, se evidencia que en la oportunidad en que la apoderada judicial del Centro Simón Bolívar se hizo presente en autos, se dio por citada en el proceso.

En consecuencia, se ordena la reposición de la causa al estado en que comience el lapso para la contestación de la demanda, una vez que el Juzgado de Sustanciación notifique del presente fallo a las partes y a la Procuraduría General de la República. Así se declara.

C. *Pruebas. Flexibilidad probatoria*

**TSJ-SPA (2673)**

**28-11-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Sociedad Williams Enbridge & Compañía (Swec) vs. Ministerio de Energía y Minas.

**En el transcurso del procedimiento administrativo las partes pueden presentar las pruebas y los alegatos que consideren pertinentes, siempre que no se haya producido la decisión definitiva.**

Al respecto, resulta necesario hacer referencia a la flexibilidad probatoria que rige en el procedimiento administrativo, pues en este procedimiento no opera la preclusividad de los lapsos procesales con la rigurosidad del proceso judicial. En efecto, en el transcurso del procedimiento administrativo las partes pueden presentar las pruebas y los alegatos que consideren pertinentes, siempre que no se haya producido la decisión definitiva.

Dicho principio de flexibilidad de las pruebas en el procedimiento administrativo, encuentra su contrapartida con el principio de exhaustividad y globalidad del acto administrativo, previsto en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, toda vez que el órgano administrativo está obligado a pronunciarse sobre todas las cuestiones que hubieren sido planteadas durante todo el proceso.

De allí que, si bien el Ministerio de Energía y Minas no fijó los lapsos para promover y evacuar pruebas, se evidencia que en la resolución recurrida (folios 534 al 575) el órgano administrativo señaló todos y cada uno de los documentos consignados por la recurrente y demás pruebas promovidas por su representación judicial, así como también se pronunció acerca de la pertinencia y el valor probatorio de las mismas.

En efecto, el órgano administrativo se pronunció en cuanto a la prueba de informes promovida por la parte actora, señalando que dicha prueba era inoficiosa por cuanto versaba sobre hechos que constaban en el expediente. Asimismo, las pruebas de inspección ocular y de exhibición de documentos no fueron valoradas por la Administración, por haber considerado que las mismas estaban dirigidas a demostrar hechos no relacionados con el objeto del procedimiento, es decir, la verificación del abandono del Terminal TAEJ y la suspensión del servicio de operación y mantenimiento de dicho Terminal, en contravención de normas legales y constitucionales. Por lo cual -a juicio de la Sala- la omisión en la cual incurrió la Administración sobre la fijación de los lapsos para promover y evacuar pruebas no produjo indefensión alguna. Así se declara.

D. *Silencio Administrativo*

CSCA

20-12-2006

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Inversiones Piñegra, C.A., vs. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía.

**La Corte analiza la jurisprudencia existente referente al alcance de la figura del Silencio Administrativo.**

..... entra a verificar si en el presente caso se encuentra presente alguna de las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 19 aparte 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, así como el cumplimiento de los requisitos de la demanda exigidos en el artículo 21 aparte 9 *eiusdem*.

En primer lugar, debe esta Corte indicar que el acto administrativo de primer grado (N° IAAAIM-DG-2006-0065), ratificado en virtud del silencio administrativo en que incurrió el Director General del Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía al no resolver el recurso de reconsideración interpuesto por la recurrente, fue dictado por la nombrada autoridad en fecha 28 de marzo de 2006.

Ante este panorama, es necesario precisar, antes que nada, en cuanto al alcance del silencio administrativo alegado, que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado en jurisprudencia reiterada hasta fecha reciente, lo siguiente:

“(...) el interesado podrá intentar el recurso de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares, dentro del término de seis meses, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa días a partir de la fecha de interposición del mismo.

De acuerdo con lo previsto por nuestra legislación, el transcurso del lapso previsto para decidir el Recurso Jerárquico sin que la Administración se hubiere pronunciado, hace nacer para el interesado el derecho de actuar en vía contenciosa, al operar, de este modo, el denominado silencio administrativo negativo. Con esta previsión, se entiende entonces agotada la vía administrativa al vencer el referido término sin pronunciamiento por parte de la Administración, lo cual nuestra jurisprudencia ha venido interpretando, desde hace ya algún tiempo, como una garantía a favor del administrado para permitirle el ejercicio del recurso contencioso administrativo contra un acto que no causa estado, en caso de inacción de la Administración en la resolución del recurso administrativo interpuesto contra dicho acto, y porque con el transcurso del plazo del silencio administrativo se permite al administrado recurrir ante la vía contenciosa administrativa, se trata, por tanto, de una ficción legal con meros efectos procesales a favor del derecho al acceso a la justicia y a la defensa del administrado. El principal efecto procesal del silencio administrativo negativo, es el de considerar agotada la vía administrativa para acudir a la vía jurisdiccional contencioso administrativa.

En consecuencia, la figura del silencio administrativo (...) se establece como una garantía a favor del administrado, para permitirle el ejercicio del recurso contencioso administrativo contra un acto que no causa estado y que la posibilidad que se abre al particular de recurrir ante el silencio administrativo es eso mismo, una facultad o derecho y no una obligación y mucho menos una carga; y si el interesado decide no utilizar el beneficio procesal, puede optar libremente por esperar la decisión expresa del recurso administrativo, en cuyo caso, de no satisfacerle el mismo en sus pretensiones, puede intentar entonces el recurso contencioso administrativo de nulidad contra ese nuevo acto que causa estado.

Es por ello que, la figura del silencio administrativo no puede verse sino como un mecanismo procesal que permite a los administrados ejercer el recurso contencioso administrativo, cuando la Administración ha guardado silencio en la resolución del recurso administrativo y, como consecuencia, debe interpretarse que la regulación de esta figura está concebida en beneficio del interesado, y no en su perjuicio”. (Subrayado de la cita y negritas de esta Corte). (*Vid.* Sentencia N° 1213 del 30-5-2000)

“(…) la ficción legal del silencio administrativo, prevista en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, opera únicamente como una garantía a favor de los administrados frente a la falta de respuesta oportuna por parte de la Administración, que permite a los interesados la posibilidad de elegir entre acogerse al silencio administrativo de efectos negativos y por tanto intentar el recurso inmediato siguiente en el lapso oportuno, o en su defecto, esperar la decisión tardía de la Administración, en cuyo caso el lapso de caducidad empezaría a computarse una vez que se emitiera dicho acto.

Asimismo, es conveniente precisar, que los actos administrativos que resuelven extemporáneamente un asunto resultan válidos, dado que la Administración conserva su deber de decidir los asuntos sometidos a su conocimiento, aun transcurrido el lapso legalmente previsto para ello, esto derivado del deber constitucional (artículo 26) y legal (artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública) que tiene la Administración de ofrecer respuestas a las peticiones de los particulares”.

Siendo las cosas así, resulta claro que, en principio, la procedencia del recurso contencioso administrativo de nulidad presupone la existencia de un acto definitivo que cause estado, sea que éste fue dictado por el órgano administrativo correspondiente o que haya operado el silencio administrativo, y siendo este último el caso, el acto resultaría válido. Sin embargo, en el caso de que la Administración en el transcurso del lapso previsto para resolver el o los recursos administrativos que interpusiese el administrado afectado, no se pronunciare expresamente, se produciría la ficción de entender negada la solicitud ejercida, estimándose agotada la vía administrativa, tal como ocurre en el presente caso.

En el marco del punto en referencia, resulta importante destacar que con respecto a la caducidad en aquellos casos en los cuales estamos en presencia de la ficción legal del silencio administrativo, dicha causal comienza a transcurrir una vez cumplido el lapso del cual dispone la Administración para dar respuesta al recurso interpuesto ante la autoridad competente. Tal premisa encuentra su justificación en que, si bien el agotamiento previo de la vía administrativa no constituye una causal de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como sí lo era en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ello sin embargo no debe entenderse como una habilitación legal para que las partes interpongan el respectivo recurso contencioso administrativo en sede jurisdiccional sin antes haber agotado la vía recursiva administrativa iniciada a sus instancias, “supuesto en el cual carecería de sentido y sería contrario a los mencionados principios de economía y eficacia del proceso, que se movilice por medio del ejercicio del derecho de acción todo el aparato jurisdiccional, con miras a obtener un pronunciamiento acerca de la legalidad de dicha actuación, cuando lo cierto es que la misma no comporta el carácter de definitiva, por estar sometida a un proceso de revisión por parte de la propia Administración y del cual puede resultar la revocatoria o confirmatoria del acto” (*Vid.* sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia sentencia N° 6302 del 23 de noviembre de 2005, caso: *Teresa de Jesús Centeno de Díaz*, decisión citada por esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 2006-02413 del 26 de julio de 2006).

En efecto, tal como lo expuso la jurisprudencia invocada con antelación, resulta importante precisar que para la fecha de interposición del recurso de marras (27 de noviembre de 2006) había transcurrido sobradamente el lapso de quince (15) días previsto en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para que fuera resuelto el recurso de reconsideración interpuesto el 5 de mayo de 2006, de manera que, en principio, no existe el riesgo de que tanto la Administración como el Juez Contencioso Administrativo pudieran llegar a pronunciarse en sentidos contrapuestos, siguiendo el tenor del criterio jurisprudencial parcialmente citado *supra*.

Una vez precisados los puntos anteriores, revisadas como han sido las actas procesales que conforman el presente expediente, este Órgano Jurisdiccional constata que el conocimiento del asunto corresponde a este Órgano Jurisdiccional; en el mismo no se acumulan acciones que se excluyan mutuamente o con procedimientos incompatibles; no existe prohibición legal alguna para su admisión; no se evidencia la falta de algún documento fundamental para el análisis de la acción; el escrito recursivo no contiene conceptos ofensivos, irrespetuosos, minteligibles o contradictorios; la recurrente ostenta suficiente interés o cualidad para la interposición del recurso; se encuentra debidamente representada y no hay cosa juzgada.

Por tanto, no constatada la existencia de alguna de las causales de inadmisibilidad establecidas en el aparte 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela y, verificados los requisitos de la demanda contenidos en el aparte 9 del artículo 21 *ibidem*, esta Corte ADMITE el presente recurso contencioso administrativo de nulidad. Así se decide.

## 2. *Reglamentos: Potestad Reglamentaria*

**TSJ-SPA (2673)**

**28-11-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Sociedad Williams Enbridge & Compañía (Swec) vs. Ministro de Energía y Minas.

Así las cosas, resulta pertinente indicar que la colaboración reglamentaria es una modalidad del ejercicio del principio de reserva legal y no una excepción al mencionado principio. La actividad administrativa, destinada como se encuentra a resguardar el interés colectivo, aparece en constante movimiento ante las distintas situaciones que no pueden ser previstas en su totalidad por el legislador, por lo que se hace perfectamente viable que el legislador faculte a la Administración para que dicte reglas y normas reguladoras de la función administrativa, que le permitan tener libertad de acción en el cumplimiento de sus funciones, sin que ello implique la violación de los principios de legalidad y de reserva legal.

## 3. *Actos Administrativos*

### A. *Actos de autoridad realizados por entes de derecho privado*

**TSJ-SPA (2727)**

**30-11-2006**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Unidad Educativa Colegio Academia Merici de Venezuela vs. Ministerio de Educación.

**Para determinar la existencia de un acto de autoridad, debe existir un ente de derecho privado que en virtud de una disposición legal, ejerza potestades públicas o un servicio público, lo que apareja la atribución de prerrogativas destinadas a tutelar el interés general en la actividad de servicio público.**

En primer lugar, alegó la parte actora que la sanción impuesta por la UNIDAD EDUCATIVA COLEGIO ACADEMIA MERICI no es un acto de autoridad, tal como se señala en el acto recurrido, pues según el criterio jurisprudencial invocado "... *ni las universidades privadas, ni los colegios privados, tiene prerrogativas o potestades del Poder Público, porque ni la Ley de Universidades ni la Ley Orgánica de Educación les otorga tales prerrogativas...*" y por tanto, según afirma, no puede estar sometido al control contencioso administrativo.

Al respecto, debe señalarse que con relación a los denominados "*actos de autoridad*", existe una corriente jurisprudencial que ha consagrado esta especial categoría de actos, como una forma a través de la cual la jurisdicción contencioso-administrativa controla las actuaciones de ciertos entes que si bien se crean bajo la forma de derecho privado, sin embargo, ejercen potestades públicas por una disposición legal y sus actos son capaces de incidir sobre la esfera jurídica de otros sujetos. Esta corriente jurisprudencial ha sido reiterada en recientes sentencias de esta Sala al precisar que:

*"Al respecto se observa, que tal y como señalara el a quo, el acto impugnado encuadra dentro de los denominados doctrinaria y jurisprudencialmente 'actos de autoridad', los cuales podrían ser definidos en sentido lato, como aquéllos emanados de personas de derecho privado conforme a delegaciones que les hace la Ley, en procura de satisfacer fines de interés público propios de la actividad administrativa, impugnables en consecuencia ante a la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de haberse producido en el ejercicio de competencias fundamentadas en el imperium del Estado. (En este sentido, vid. decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, casos: M<sup>l</sup>. Josefina Bustamante y Ramón Escovar León, ambos vs. Universidad Católica Andrés Bello, de fechas 24 de noviembre de 1986 y 19 de enero de 1988, respectivamente)". (Sentencia de esta Sala N° 0766 del 27 de mayo de 2003).*

Ahora bien, tal como se desprende de esta definición, es evidente que para determinar la existencia de un acto de autoridad, debe existir un ente de derecho privado que en virtud de una disposición legal, ejerza potestades públicas o un servicio público, lo que aparece la atribución de prerrogativas destinadas a tutelar el interés general en la actividad de servicio público.

En el caso concreto, la **UNIDAD EDUCATIVA COLEGIO ACADEMIA MERICI** ejerce por atribución legal un servicio público, como es la educación. En efecto, la educación tal como lo establece el artículo 102 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y al igual como lo establecía la Constitución de 1961, -vigente para el momento en que ocurrieron los hechos que originaron la imposición de la sanción-, es un servicio público, un derecho de prestación para el mejoramiento de la comunidad y constituye un factor primordial del desarrollo nacional, que puede ser prestado por el Estado o impartido por los particulares, dentro de los principios y normas establecidos en la Ley, bajo la suprema inspección y vigilancia de aquél y con su estímulo y protección. De allí que la actividad realizada por los particulares en el campo educativo debe regirse por la Ley Orgánica de Educación y su reglamento, así como bajo la supervisión del Ministerio respectivo, conforme a las atribuciones establecidas en los artículos 56 y siguientes de la referida ley.

En virtud de ello, a las instituciones educativas privadas se le encomiendan potestades para garantizar el interés general que subyace tras el servicio público de educación, dentro de las cuales está la *potestad disciplinaria* que permite al ente educativo imponer sanciones a los alumnos que infrinjan los deberes que tutelan la educación como servicio público.

Esta atribución está en la Ley Orgánica de Educación, que en su artículo 4, califica la educación como un servicio público prestado por el Estado o por los particulares dentro de los principios y normas establecidos en la Ley.

En efecto, según el artículo 114 de dicha Ley, las autoridades educativas, *sean públicas o privadas*, ostentan potestades para la averiguación y determinación de las faltas cometidas por los alumnos, las cuales están previstas en el artículo 123 de la misma Ley y cuyas sanciones están establecidas, tanto para alumnos de los planteles públicos como privados, en el artículo 124 *eiusdem*.

Asimismo, el artículo 125 de la Ley Orgánica de Educación, precisa que la expulsión de un alumno de un plantel privado, podrá ser revisada por el Ministro de Educación, lo que implica el reconocimiento de la naturaleza del acto que se impugna y de los poderes de supervisión y control de la Administración Pública sobre los planteles privados.

Lo anterior pone en evidencia la relación especial de sujeción que existe entre los planteles educativos privados y los alumnos, quienes tienen el deber de respetar los deberes jurídicos que orientan el servicio público de educación. En otras palabras, existe una relación de supremacía del plantel privado respecto al alumno, que tiene como contrapartida la subordinación o sometimiento de éste respecto al plantel.

De lo antes expuesto, concluye la Sala que el acto por medio del cual la **UNIDAD EDUCATIVA COLEGIO ACADEMIA MERICI** impuso la sanción a la alumna María Daniela Guevara Sader, constituye un acto de autoridad, tal como lo calificó el acto recurrido, ya que el mismo fue dictado por el ente educativo en ejercicio de la competencias atribuidas por la Ley Orgánica de Educación, concretamente en virtud de la potestad disciplinaria que le confiere esa Ley para la protección del interés general presente en el servicio educativo. Por lo anteriormente expuesto, en criterio de esta Sala no se configura el vicio de falso supuesto de derecho alegado y así se decide.

.....

Precisado lo anterior, y visto que se trata de un acto de autoridad que afecta la esfera jurídica de un particular, resulta necesaria la instrucción de un expediente conforme lo establece el artículo 114 de la Ley Orgánica de Educación:

*“Para la averiguación y determinación de las faltas cometidas por la personas a que se refiere esta ley y a los fines de la decisión correspondiente, la autoridad educativa competente instruirá el expediente respectivo, en el que hará constar todas las circunstancias y pruebas que permitan la formación de un concepto preciso de la naturaleza del hecho. Todo afectado tiene derecho a ser oído y a ejercer plenamente su defensa conforme a las disposiciones legales”.*

En virtud de la disposición antes transcrita, es evidente que los institutos educativos pueden imponer sanciones disciplinarias y deben hacerlo con base en un procedimiento contradictorio con el fin de garantizar el derecho a la defensa de los alumnos.

En este sentido, debe destacarse que los entes privados a los cuales la Ley les atribuye potestades públicas, tal como ocurre con los planteles educativos privados, deben respetar el conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico confiere a los ciudadanos en su relación con la Administración. En efecto, el derecho a la defensa y las garantías derivadas del artículo 68 de la entonces Constitución de 1961, aplicable para el momento en que ocurrieron los hechos, deben ser respetados frente a cualquier situación en la que sobre un sujeto recaiga una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses, como sucede en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionatoria, disciplinaria o de cualquier índole que pueda afectar la situación jurídica del administrado.

B. *Notificación defectuosa***TSJ-SPA (2150)****4-10-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Transporte y Distribución de Hidrocarburos Sulbarán, C.A. (TRADHIS, C.A.) vs. Alcaldía del Municipio Girardot del Estado Aragua.

Precisado como ha quedado cuál es el lapso para la interposición del recurso contencioso tributario y el supuesto en el que opera la caducidad del mencionado plazo, esta Máxima Instancia antes de verificar en el caso concreto si la sociedad mercantil contribuyente hizo uso del aludido medio recursivo dentro del lapso fijado al efecto, estima necesario realizar algunas consideraciones en torno a la notificación de los actos administrativos de efectos individuales de naturaleza tributaria emanados de la Administración Tributaria, ello motivado a que el Fisco Municipal en los fundamentos de su apelación sostiene que la sentencia del a quo resulta contradictoria porque a pesar de reconocer que la notificación del acto impugnado “es defectuosa y sin efecto alguno” concluye que ésta cumplió el fin al cual estaba destinada.

Así, los artículos 161 y 167 del Código Orgánico Tributario vigente, contemplan lo siguiente:

“Artículo 161: La notificación es requisito necesario para la eficacia de los actos emanados de la Administración Tributaria, cuando éstos produzcan efectos individuales”.

“Artículo 167: El incumplimiento de los trámites legales en la realización de las notificaciones tendrá como consecuencia el que las mismas no surtan efecto sino a partir del momento en que se hubiesen realizado debidamente, o en su caso, desde la oportunidad en que el interesado se deba tener por notificado personalmente en forma tácita, según lo previsto en el numeral 1 del artículo 162 de este Código”.

Los artículos transcritos deben ser analizados en concordancia con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual establece en sus artículos 73 al 77 las reglas generales referentes a la notificación de los actos administrativos de efectos particulares, aplicables supletoriamente en materia tributaria de conformidad con lo previsto en el artículo 148 del Código Orgánico Tributario vigente.

En tal sentido, el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra el principio general, según el cual todo acto administrativo de carácter particular debe ser notificado a los interesados, estableciendo además dicho artículo que esa notificación debe contener el texto íntegro del acto de que se trate, los recursos que procedan contra él, los términos para ejercerlos y los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse; requisitos mínimos que han sido considerados por la doctrina y la jurisprudencia patria como una manifestación del derecho a la defensa.

***De allí que, el artículo 74 del texto normativo en referencia prevé que las notificaciones que no cumplan con los requisitos antes reseñados, se consideran defectuosas y “no producirán ningún efecto”.***

En este orden de ideas, el artículo 77 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que en caso de que se haya interpuesto un recurso equivocado por haber atendido a información errónea contenida en la notificación practicada, el tiempo transcurrido no se tomará en cuenta a efectos de la determinación del vencimiento del lapso de caducidad para ejercer el recurso apropiado.

Así, una vez practicada la notificación de manera correcta comenzará a computarse el lapso de caducidad para la interposición del recurso de que se trate, pues de lo contrario, se

violaría el derecho a la defensa y al debido proceso, consagrado en el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (*Vid.* sentencia de esta Sala N° 1541 del 04 de julio de 2000).

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Máxima Instancia ha señalado que al ser la finalidad de la notificación llevar al conocimiento de su destinatario la voluntad de la Administración, cuando una notificación defectuosa ha cumplido con el objetivo a que está destinada, es decir, ha puesto al notificado en conocimiento del contenido del acto y cuando el recurso ha sido interpuesto oportunamente e incluso le permitió acceder a la vía judicial, los defectos que pudiera contener, quedan convalidados. (Sentencia de esta Sala N° 02418 del 30 de octubre de 2001).

Con vista a las anteriores consideraciones, esta Alzada estima indispensable examinar la notificación del acto impugnado, esto es, la Resolución N° 046 de fecha 11 de febrero de 2003, suscrita por el Alcalde del Municipio Girardot del Estado Aragua, a fin de verificar si la misma cumple con los requisitos establecidos en las normas antes referidas. ....

..... ***Del texto de la notificación antes transcrita, se evidencia que la Administración Tributaria Municipal además de no indicarle a la sociedad mercantil recurrente el o los recursos que podía ejercer contra el acto que afectaba su esfera jurídica, expresa equivocadamente que puede acudir*** a la jurisdicción contencioso administrativa en un lapso de seis (6) meses contados a partir de dicha notificación, cuando lo correcto era que en ella se señalara que el acto era impugnabile ante la jurisdicción contencioso tributaria mediante el empleo del recurso contencioso tributario dentro de los veinticinco (25) días hábiles siguientes a aquel en que se practicara la notificación, por tratarse de un acto administrativo de naturaleza tributaria.

Por lo que se concluye, que al haberse notificado de manera errónea a la contribuyente Transporte y Distribución de Hidrocarburos Sulbarán, C.A. (TRADHIS, C.A.), no operó el lapso de caducidad establecido en el Código Orgánico Tributario vigente a los efectos de que la sociedad mercantil accionante interpusiera el recurso contencioso tributario, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, razón por la cual resulta improcedente la oposición a la admisión del mencionado recurso planteada por la representación judicial del Fisco Municipal, y admisible dicho recurso. Así se declara.

### C. *Vicios*

#### a. *Vicios de forma*

**TSJ-SPA (2727)**

**30-11-2006**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Unidad Educativa Colegio Academia Merici de Venezuela vs. Ministerio de Educación.

**Para determinar la nulidad de un acto administrativo por vicios de forma, hay que tener en cuenta la relación existente entre el vicio de forma y la decisión de fondo adoptada en el acto y ponderar, lo que hubiera podido variar el acto administrativo en el caso de observarse el trámite omitido. En consecuencia, si la decisión de fondo hubiera permanecido igual, no tiene sentido anular el acto recurrido por motivos meramente formales y tramitar otra vez un procedimiento cuyo resultado último ya se conoce.**

En tal sentido, cuando la entonces adolescente María Daniela Guevara Sader conjuntamente con su representante, admitió su participación en los hechos, no había nada que probar, por tanto, si bien no se le otorgó un lapso para alegar, promover y evacuar pruebas, ya que ello no era objetivamente necesario, tal situación no implicó una violación al derecho a la defensa de la referida alumna, por cuanto ésta había asumido su responsabilidad, sin traer elementos que tuviesen la finalidad de demostrar lo contrario, ni solicitó otra oportunidad para ello.

En efecto, al allanarse no había pruebas que presentar en orden al esclarecimiento de los hechos que es esencia de todos los actos de instrucción.

En relación al carácter instrumental de los vicios de forma, la Doctrina ha señalado que *“el vicio de forma carece, pues de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo que adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración”*. Por ello se ha señalado que para determinar la nulidad de un acto administrativo por vicios de forma, habrá que tener en cuenta la relación existente entre el vicio de forma y la decisión de fondo adoptada en el acto y ponderar, lo que hubiera podido variar el acto administrativo en el caso de observarse el trámite omitido. En consecuencia, si la decisión de fondo hubiera permanecido igual, no tiene sentido anular el acto recurrido por motivos meramente formales y tramitar otra vez un procedimiento cuyo resultado último ya se conoce.

En este orden de ideas, debe indicarse que la omisión de los lapsos para alegar y probar en el presente caso, no llegó a producir una indefensión real y efectiva, y además, no impidió que se aportaran elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la decisión adoptada, ya que la resolución final hubiera tenido que ser la misma, lo que hace que esta situación en el presente caso, no tenga una verdadera trascendencia invalidante.

Adicionalmente, debe destacarse que la representante de la alumna pudo presentar recurso de reconsideración contra la decisión inicialmente adoptada por el referido Colegio, asumiendo la responsabilidad de su hija frente a los hechos, pero solicitando una sanción *“proporcional”* a su participación, lo cual fue analizado por el Consejo de Profesores, tal como se evidencia de las Actas que conforman el expediente administrativo, e implicó un desarrollo complementario de las posibilidades de defensa.

a'. *Inmotivación*

**TSJ-SPA (2673)**

**28-11-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Sociedad Williams Enbeidge & Compañía (SWEC) vs. Ministerio de Energía y Minas.

**La circunstancia de alegar paralelamente los vicios de inmotivación y falso supuesto se traduce en una contradicción o incompatibilidad.**

...En tercer lugar, se observa que los recurrentes alegan el vicio de falso supuesto de derecho y de hecho conjuntamente con el vicio de inmotivación.

Al respecto, afirman que se configura el vicio de falso supuesto de hecho y de derecho al considerarse como servicio público la actividad realizada por la recurrente, conforme a los artículos 60 y 66 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, pues dicha actividad consistía en el almacenamiento y la carga de crudo para la exportación y consumo externo. Igualmente,

señalaron que la empresa accionante nunca se sumó al “*paro general*” del mes de diciembre de 2002, y que a pesar de haber invocado tempestivamente el supuesto de fuerza mayor, la Sociedad Williams Enbridge & Compañía (SWEC) cumplió todos sus deberes y obligaciones con estricto apego a lo establecido en el contrato de operación y mantenimiento.

Manifiestan, que su representada no conoce las pruebas ni los hechos que “*supuestamente*” evidencian el abandono del Terminal, por lo que -a juicio de los apoderados actores- la Resolución impugnada se encuentra inmotivada e infringe el derecho constitucional a la defensa.

Afirman, que en el supuesto negado de que haya existido algún tipo de incumplimiento, el responsable ante la Administración es PDVSA Petróleo, S.A. y no sus contratistas, como es el caso de su mandante, quien sólo sería responsable contractualmente frente a la empresa petrolera del Estado, y en ese caso, las controversias que surjan serían resueltas mediante arbitraje internacional.

Expresan, que su representada actuó con apego a lo previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, y no como contrariamente lo afirma el órgano administrativo en el acto administrativo objeto de impugnación.

En ese orden de ideas, cabe precisar que en numerosas decisiones esta Sala se ha referido a la contradicción que supone la denuncia simultánea de los vicios de inmotivación y falso supuesto por ser ambos conceptos excluyentes entre sí, “*por cuanto la inmotivación implica la omisión de los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar al acto, y el falso supuesto alude a la inexistencia de los hechos, a la apreciación errada de las circunstancias presentes, o bien a la fundamentación en una norma que no resulta aplicable al caso concreto; no pudiendo afirmarse en consecuencia que un mismo acto, por una parte, no tenga motivación, y por otra, tenga una motivación errada en cuanto a los hechos o el derecho*”. (Ver, entre otras, sentencia N° 1659 del 28 de junio de 2006).

No obstante, también ha expresado la Sala lo siguiente:

*“Ahora bien, tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia de esta Sala han señalado respecto del vicio de inmotivación (dentro del cual puede ubicarse el vicio de contradicción), que el mismo se produce no sólo cuando faltan de forma absoluta los fundamentos de la decisión, sino que, paralelamente, existen otros supuestos que al incidir de manera negativa sobre los motivos del fallo los eliminan, deviniendo así en inexistentes, por lo que tales errores producen la inmotivación total, pura y simple.*

*En este sentido, la jurisprudencia de la Sala ha sostenido en anteriores oportunidades (ver sentencias N° 02273 del 24/11/2004, caso: Ferro de Venezuela, C.A., y 04233 del 16/6/2005, caso: Manufacturers Hanover Trust Company), que tales circunstancias pueden ocurrir bajo las siguientes hipótesis:*

- *Ausencia absoluta de razonamientos que sirvan de fundamento a la decisión.*
- *Contradicciones graves en los propios motivos que implica su destrucción recíproca.*
- *La desconexión total entre los fundamentos de la sentencia y las pretensiones de las partes, en virtud de la grave incongruencia entre la solución jurídica formulada y el *thema decidendum*.*
- *La ininteligencia de la motivación en razón de contener razones vagas, generales, ilógicas, impertinentes o absurdas.*
- *El defecto de actividad denominado silencio de prueba”. (Sentencia N° 06420 del 1° de diciembre de 2005) (Resaltado de la Sentencia).*

Las consideraciones expuestas en la sentencia parcialmente transcrita ponen de manifiesto que la inmotivación, tanto de los actos administrativos como de las sentencias, no sólo se produce cuando faltan de forma absoluta los fundamentos de éstos, sino que puede incluso verificarse en casos en los que habiéndose expresado las razones de lo dispuesto en el acto o decisión de que se trate, dichas razones presentan determinadas características que inciden negativamente en el aspecto de la motivación, haciéndola incomprensible, confusa o discordante.

Por tanto, la circunstancia de alegar paralelamente los vicios de inmotivación y falso supuesto se traduce en una contradicción o incompatibilidad cuando lo discutido respecto a la motivación del acto es la omisión de las razones que lo fundamentan, pero no en aquellos supuestos en los que lo denunciado es una motivación contradictoria o ininteligible, pues en estos casos sí se indican los motivos de la decisión, resultando posible entonces que a la vez se incurra en un error en la valoración de los hechos o el derecho.

TSJ-SPA (2779)

7-12-2006

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Jesús Rafael González Noriega vs. Ministro de Justicia, hoy Ministro del Interior y Justicia.

**La circunstancia de alegar paralelamente los vicios de inmotivación y falso supuesto se traduce en una contradicción o incompatibilidad cuando lo argüido respecto a la motivación del acto es la omisión de las razones que lo fundamentan, pero no en aquellos supuestos en los que lo denunciado es una motivación contradictoria o ininteligible, pues en estos casos sí se indican los motivos de la decisión (aunque con los anotados rasgos), resultando posible entonces que a la vez se incurra en un error en la valoración de los hechos o el derecho expresados en ella**

2) El recurrente denunció que el acto impugnado adolece de los vicios de inmotivación y de falso supuesto, señalando, en cuanto al primero de los vicios que “...en dicha decisión existe falta absoluta de motivación...”; mientras que respecto al vicio de falso supuesto adujo que “...el Acto Administrativo dictado (...) distorsiona la real ocurrencia de los hechos y el alcance de las previsiones legales aplicables para tratar de lograr efectos distintos a los que acreditan la realidad de las situaciones...”.

Por su parte la representación del Ministerio Público señaló que al alegar simultáneamente los vicios de inmotivación y falso supuesto, “...se produce una incoherencia en la fundamentación de los supuestos expresados que no permite constatar la existencia de uno u otro, dado que se trata de conceptos mutuamente excluyentes...”.

Observa la Sala que el recurrente le imputó a la Resolución impugnada tanto el vicio de inmotivación como el de falso supuesto, para cuya situación esta Sala Político-Administrativa se ha pronunciado en numerosas decisiones, refiriéndose a la contradicción que supone la denuncia simultánea de ambos vicios, por ser generalmente, conceptos excluyentes entre sí, por cuanto la inmotivación implica la omisión de los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar al acto, y el falso supuesto alude a la inexistencia de los motivos, a la apreciación errada de las circunstancias presentes, o bien a la fundamentación en una norma que no resulta aplicable al caso concreto; no pudiendo afirmarse en consecuencia que un mismo acto, por una parte, carezca de motivación, y por otra, tenga una motivación errada en cuanto a los hechos o el derecho.

De igual manera esta Sala, en sentencia N° 1930 del 27 de julio de 2006, precisó lo siguiente: “la circunstancia de alegar paralelamente los vicios de inmotivación y falso supuesto se traduce en una contradicción o incompatibilidad cuando lo argüido respecto a la motivación del acto es la omisión de las razones que lo fundamentan, pero no en aquellos supuestos en los que lo denunciado es una motivación contradictoria o ininteligible, pues en estos casos si se indican los motivos de la decisión (aunque con los anotados rasgos), resultando posible entonces que a la vez se incurra en un error en la valoración de los hechos o el derecho expresados en ella”. (Subrayado de este fallo).

En el presente caso, el accionante argumentó que el acto recurrido carecía de absoluta motivación, configurándose por tanto, la contradicción o incompatibilidad con el vicio de falso supuesto, lo que hace improcedente la inmotivación alegada. Así se decide.

#### 4. *Contratos Administrativos*

##### A. *Caracterización*

**TSJ-SPA (2487)**

**9-11-2006**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Eliseo Aristóbulo Duarte Noguera y otros vs. Banco Central de Venezuela.

**Los contratos de compra-venta de divisas verificados dentro del excepcional régimen jurídico que imperaba en el año 1995, deben ser catalogados como contratos administrativos.**

Al respecto, como se indicó anteriormente, se observa que la compra-venta de divisas dentro del excepcional régimen jurídico que imperaba en el año 1995, estaba precedida de un complejo procedimiento administrativo, implementado con la finalidad de proteger las reservas internacionales y lograr la estabilización monetaria del país; en este sentido, al estar el interés público involucrado en este tipo de operaciones y en razón de las prerrogativas que en pro del bien común se establecen a favor del Estado en los regímenes de control de cambio, concluye la Sala que los contratos de compra-venta de divisas verificados en dichas circunstancias, deben ser catalogadas como contratos administrativos.

Siendo ello así, las aludidas operaciones en criterio de esta Sala no son susceptibles de regirse por la costumbre mercantil que invocan los demandantes, debiendo conforme al principio de legalidad que rige la actividad administrativa, regularse con estricto apego a las normas previstas a tal fin, supeditada en todo caso su interpretación al interés público que con tales medidas se busca tutelar.

En este orden de ideas, estima la Sala que contrariamente a lo alegado por la parte accionante, la sola presentación de la aludida notificación sin la manifestación de voluntad del Banco Central de Venezuela, no puede considerarse suficiente para perfeccionar contrato alguno, pues ello llevaría a la absurda conclusión de que el mencionado Instituto Bancario estaría obligado a pagar divisas a cambio preferencial aún a aquellos particulares que hubieran incumplido la normativa cambiaria.

Asimismo, advierte la Sala que conforme al Instructivo de compra-venta de divisas para las Casas de Cambio, traído a los autos por la parte actora, la forma RD-003 constituía una “notificación” de compra de divisas, la cual a la luz de la normativa cambiaria y de los criterios jurisprudenciales que pacíficamente se han reiterado sobre esta materia, no puede ser considerada como generadora de un derecho adquirido a obtener divisas a un tipo de cambio preferencial.

En este sentido, si bien el mencionado formato era un paso del procedimiento ideado para la restitución de las divisas que las casas de cambio hubieran vendido a los particulares conforme a la regulación cambiaria existente, ninguna de las normas que conformaban el marco jurídico que regía tal actividad, establecía que la sola entrega de la mencionada solicitud originaba el derecho a obtener divisas al tipo de cambio oficial de conformidad con los convenios cambiarios vigentes en el momento.

Así como tampoco preveía tal normativa, que la recepción de las notificaciones de compra de divisas debía entenderse como la aprobación del Banco Central de Venezuela respecto a tales solicitudes.

Cabe resaltar, que en el presente caso no se trata ni siquiera de una autorización emitida por el Banco Central de Venezuela, sino de la solicitud de compra que las casas de cambio entregaban con la finalidad de iniciar el trámite de adquisición de divisas en aquellos casos permitidos por el régimen de control de cambio existente, sin que ello necesariamente conlleve a generar en cabeza de los particulares derecho alguno.

En este sentido, resulta pertinente indicar que ya en anteriores oportunidades esta Sala se ha pronunciado en casos similares respecto a la inexistencia de derechos adquiridos en virtud de las solicitudes de adquisición de divisas, así en sentencia N° 469 del 25 de marzo de 2003, se dejó sentado lo siguiente:

*“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala en cuanto a que las autorizaciones emitidas por las autoridades cambiarias respecto de las solicitudes de divisas dentro de un mercado controlado, no generan derechos subjetivos para los particulares, porque las medidas que dicta el Ejecutivo Nacional en materia económica, monetaria o fiscal son adoptadas en función del interés colectivo y en ejercicio del poder soberano que lo inviste de una facultad discrecional. Así, en sentencia N° 514 de fecha 07 de octubre de 1993, caso Laboratorios Sánalo C.A. se asentó:*

*(Omissis...)*

*“...la paridad cambiaria siempre puede ser modificada por el Estado, siendo contrario a los principios que informan la actividad pública en materia monetaria el sostener que las personas naturales o jurídicas afectadas puedan invocar, en razón de normas derogadas, un derecho adquirido al tipo de cambio aplicable antes de cada modificación de la paridad cambiaria. (...) la modificación de la paridad cambiaria por parte del Estado no es un hecho ilícito, sino el ejercicio lícito de una facultad soberana y, en consecuencia, es contrario a derecho reclamar divisas al tipo de cambio previsto en la normativa derogada, o pretender obtener una indemnización por haber tenido derecho a adquirir divisas a un tipo de cambio mayor. Así se declara”.*

*Conforme a la jurisprudencia citada, que se reitera plenamente en esta ocasión, no tiene la demandante, dentro del marco del ordenamiento jurídico interno, un derecho subjetivo que le permita accionar en función de obtener el reconocimiento judicial a su pretensión de que se le debieron debitar de su cuenta los bolívares correspondientes a una tasa que estuvo vigente al momento en que solicitó las divisas”.*

Así las cosas, aun cuando en el presente caso los documentos invocados como fundamento de la pretensión de los actores son “notificaciones de compra” entregadas al Banco Central de Venezuela y no autorizaciones emitidas por autoridades cambiarias, las cuales por lo menos suponían que los solicitantes habían cumplido con las exigencias contenidas en la normativa cambiaria, el criterio mencionado encuentra plena aplicación en virtud de la similitud del supuesto bajo análisis con el que motivó el citado pronunciamiento.

A su vez, respecto al alegato relativo a que de acuerdo al convenio cambiario N° 1 del 11 de diciembre de 1995, las divisas compradas por los bancos y casas de cambio antes de esa fecha se mantendrían a la tasa de cambio de Bs.170,00 por cada dólar americano, “*aun*

*aquellas que confronten alguna causa de retención, siempre que el reclamo sea presentado a más tardar el día 15 de diciembre de 1995*”, acotando al respecto que de la comunicación por ellos dirigida al Banco Central de Venezuela el 12 de diciembre de 1995 se evidencia la tempestividad del reclamo que realizan, advierte la Sala que de ninguna de las veintiún cláusulas que integran el referido convenio se desprende lo aducido por los demandantes.

El Convenio Cambiario N° 1 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 35.856 del 11 de diciembre de 1995, vigente desde la fecha de su publicación, establece en su cláusula vigésima lo siguiente:

*“Las operaciones de venta de divisas cuya liquidación hubiere sido solicitada al Banco Central de Venezuela por los operadores cambiarios antes de la entrada en vigencia del presente Convenio, se realizarán al tipo de cambio establecido en el Convenio Cambiario N° 1 de fecha 9 de julio de 1994. Las operaciones de venta de divisas efectuadas por los operadores cambiarios, antes de la entrada en vigencia del presente Convenio, con base a las autorizaciones genéricas emitidas conforme a lo previsto en el Decreto N° 714, serán liquidadas por el Banco Central de Venezuela al tipo de cambio establecido en los Convenios Cambiarios N° 1 y 2, según corresponda. Igual tipo de cambio se aplicará para las compras de divisas realizadas por los operadores cambiarios antes de la fecha de vigencia de este Convenio”.*

La cláusula citada nada indica respecto de las solicitudes en reclamación, así como tampoco se incluye mención al respecto en las restantes cláusulas del Convenio en cuestión.

A su vez, el referido convenio no establece un derecho adquirido a favor de los demandantes para comprar divisas a un tipo de cambio específico por la sola presentación de las aludidas notificaciones de compra, y además, no desvirtúa la existencia de la medida de inhabilitación de la cual fue objeto la Casa de Cambio Viajes Vía Única, C.A., y que duró, según indica el Banco Central de Venezuela en la contestación de la demanda, hasta después de derogado el régimen cambiario en el cual se produjeron las solicitudes en referencia; todo lo cual lleva a esta Sala a desestimar el alegato bajo análisis, al no corresponder lo aducido por los demandantes con las previsiones contenidas en el Convenio Cambiario N° 1 *supra* identificado.

En este orden de ideas, la Sala, con base en los razonamientos precedentemente expuestos, considerando: la inexistencia de un derecho adquirido en cabeza de los demandantes por la sola presentación de la notificación de compra de divisas; que la presentación de ese documento sin ningún tipo de manifestación por parte del Instituto Bancario no puede considerarse como el perfeccionamiento de un contrato; y que con posterioridad a la solicitud de compra de divisas contenida en las formas RD-003 identificadas anteriormente, la Casa de Cambio Viajes Vía Única, C.A. fue inhabilitada por el tiempo que duró el control de cambio en cuya vigencia se realizaron las notificaciones en referencia, considera improcedente la pretendida venta de DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$ 2.6000.000,00) al tipo de cambio de CIENTO SETENTA BOLLÍVARES (Bs.170,00) por cada dólar de los Estados Unidos de América. Por todo lo cual debe ser declarada sin lugar la presente demanda. Así se decide.

B. *Selección de contratistas: Adjudicación directa*

**TSJ-SPA (2895)**

**20-12-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Interpretación del artículo 88, numeral 7 del Decreto con fuerza de Ley de Licitaciones G.O. N° 5.556, Ext. de 13-11-2001.

**La Sala Político Administrativa precisa que la máxima autoridad del órgano o ente administrativo contratante, para proceder por adjudicación directa a la selección de sus contratistas, conforme al numeral 7 del artículo 88 de la Ley de Licitaciones, deberá hacerlo respecto a la contratación de servicios básicos domiciliarios que requiere la Administración para funcionar, tales como: agua, electricidad, aseo, gas y telecomunicaciones, no encontrándose comprendidos dentro de este supuesto los servicios comerciales que deba contratar a fin de garantizar la continuidad del servicio público que presta, pues para ello debe proceder a contratar por medio del procedimiento de licitación previsto en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Licitaciones, salvo lo contemplado en sus artículos 87 y 88 del referido Decreto.**

... Ahora bien, la norma cuya interpretación se solicita establece lo siguiente:

**“Artículo 88:**

*7. Se puede proceder por Adjudicación Directa, independientemente del monto de la contratación, siempre y cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia, en los siguientes supuestos:*

*(Omissis)*

*7. Cuando se trate de servicios básicos indispensables para el funcionamiento de la institución.”*

El objeto de la interpretación en los términos expuestos por la parte recurrente, se circunscribe a establecer lo siguiente:

1º Si el concepto de servicios básicos indispensables alude a los servicios comerciales, distintos a los profesionales y laborales, que al ser esenciales e indispensables para el normal funcionamiento de los órganos y entes sometidos a la Ley de Licitación, pueden ser adjudicados directamente, cuando el inicio de un procedimiento de licitación pública, al retrasar esa contratación, pueda afectar el funcionamiento normal de tal institución.

2º Si el concepto de servicios básicos indispensables no debe reducirse a la categoría de los servicios públicos domiciliarios como el agua, la electricidad, el gas o el aseo urbano, cuya gestión -a su decir- se encuentra en régimen de monopolio del Estado, lo que podría hacer aplicables otros supuestos del artículo 88.

3º Si el concepto de servicios básicos indispensables, atendiendo a las actividades que realiza HIDROCAPITAL, debe abarcar a los servicios comerciales que esa empresa debe contratar a fin de garantizar la continuidad del servicio público que ella presta.

En definitiva, se observa que lo que la parte solicitante pretende es que la Sala precise el alcance de la expresión “*servicios básicos indispensables*”, a los fines de determinar cuáles servicios deben incluirse en dicha expresión con el objeto de que las empresas hidroeléctricas puedan proceder a través de la adjudicación directa, cuando requieran un servicio que se considere necesario para el funcionamiento de esa institución.

Así las cosas, estima la Sala necesario realizar las siguientes precisiones:

Para que la Administración pueda contratar -con excepción del contrato laboral- es necesario llevar a cabo un procedimiento de selección de su contratista, procedimiento que resulta una formalidad ineludible que caracteriza a la contratación administrativa. En este contexto, el ordenamiento jurídico ha establecido el procedimiento licitatorio como regla para

el otorgamiento de contratos por parte de la Administración y su importancia es tal que rige para todo el desarrollo de la vinculación contractual; más aun cuando la actividad de la Administración siempre debe exteriorizarse según las formas establecidas en la ley, en atención al principio de legalidad, consagrado en el artículo 137 de la Constitución.

Desde esta perspectiva, la Sala, en sentencia N° 930 del 29 de julio de 2004, al analizar el procedimiento de licitación contenido en la derogada Ley de Licitaciones de 1990, señaló lo que de seguidas se transcribe:

*“Ahora bien, de conformidad con la Ley de Licitaciones y con el Decreto N° 1.411 del 25 de julio de 1996, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.008 del 26 de julio de 1996, mediante el cual se actualizaron los montos previstos en los artículos 16, 29, 30 y 33 de la Ley de Licitaciones de 1990, vigente para el momento en que los contratos indicados fueron celebrados, era obligatorio proceder por licitación general en los casos de adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato a ser otorgado era por un precio estimado superior a setenta millones de bolívares; podía procederse por licitación selectiva en los casos de adquisición de bienes o contratación de servicios, si el contrato era por un precio estimado de siete millones de bolívares a setenta millones de bolívares, y podía procederse por licitación general, licitación selectiva o adjudicación directa, en los casos de adquisición de bienes o contratación de servicios, cuando el precio estimado del contrato era inferior a siete millones de bolívares.*

*Fuera de los casos antes señalados, únicamente podía contratarse por la vía de la adjudicación directa en los casos previstos en el artículo 34 de la mencionada Ley de Licitaciones”.*

En este orden de ideas, la Ley de Licitaciones publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.556 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001, en su artículo 1°, impone a los entes allí regulados la obligación de utilizar el procedimiento de selección de contratistas para la ejecución de obras, la adquisición de bienes muebles y la prestación de servicios distintos a los profesionales y laborales, todo ello en aras de garantizar la transparencia, eficiencia y honestidad en los procedimientos de selección.

En este contexto, dicha Ley regula el procedimiento mediante el cual la Administración contrata para la prestación de algún servicio, la adquisición de bienes o la construcción de obras.

Asimismo, los artículos 3 y 4 establecen los supuestos en los cuales no procederá la aplicación de la Ley y, en consecuencia, el procedimiento de licitación allí consagrado. Al respecto, las referidas normas señalan lo siguiente:

*“Artículo 3°. Se excluyen de la aplicación del presente Decreto Ley, los contratos que tengan por objeto el arrendamiento de bienes inmuebles, inclusive el financiero y la adquisición de bienes inmuebles, los contratos de seguros y los servicios financieros prestados por entidades regidas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.*

*Artículo 4°. Quedan excluidos de la aplicación del presente Decreto Ley, los procesos de selección de contratista para la construcción de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, cuyo valor total o parcial haya de ser sufragado con recursos provenientes de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados”.*

Como puede observarse, es la propia Ley de Licitaciones la que establece las exclusiones a su aplicación, por tanto, salvo los supuestos indicados en los citados artículos 3 y 4 *eiusdem*, toda la actividad de la Administración dirigida a contratar con particulares o con otros órganos de la propia Administración se encuentra sometida a la aplicación del procedimiento licitatorio establecido en dicha ley.

Efectivamente, aprecia la Sala que el aludido Cuerpo Normativo establece como regla general la contratación a través de la licitación. Sin embargo, en situaciones excepcionales -distintas a las establecidas en los aludidos artículos 3 y 4- el Estado se encuentra facultado para elegir directamente al contratista sin concurrencia u oposición de oferentes.

*Tales excepciones se encuentran reguladas en los artículos 87 y 88 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Licitaciones.*

Así, entre los nueve supuestos que autorizan a los sujetos destinatarios de la Ley de Licitaciones para proceder a la selección de los contratistas por adjudicación directa con independencia de los montos de contratación fijados en unidades tributarias, se encuentra la contratación de servicios básicos indispensables para el funcionamiento de la institución (numeral 7), norma esta cuya interpretación fue solicitada.

Ahora bien, el artículo 88 de la Ley de Licitaciones faculta a la Administración a proceder mediante el proceso de selección directa de su contratista cuando se trate de servicios básicos indispensables para el funcionamiento de la institución; sin embargo, esta selección directa no comporta posibilidad de arbitraria elección, toda vez que esta actividad de la Administración Pública debe ajustarse y respetar los criterios generales que delimitan la validez de su actuación.

En este sentido, el encabezado del artículo 88 *eiusdem* faculta al ente público a proceder por adjudicación directa independientemente del monto de la contratación, **siempre y cuando la máxima autoridad del órgano o ente contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia** y en los supuestos regulados en dicho artículo, siendo imprescindible que la Administración motive su actuar a los fines del control al cual se encuentra sujeta.

En orden a lo anterior, la Sala insiste y precisa que la contratación por adjudicación directa debe ajustarse a un procedimiento caracterizado por la transparencia, honestidad y eficiencia, pues se trata de una actividad administrativa en la que se encuentra comprometido el interés general, cuyo respeto debe quedar de manifiesto en el acto; por ello el referido artículo impone la obligación de exponer las razones respecto a la conveniencia de utilizar, en el caso concreto, el procedimiento de contratación directa.

En sintonía con lo expuesto debe señalarse que el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, impone a la Administración la obligación de ajustar su actividad a los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, principios que deben caracterizar la contratación a través de la selección directa.

El artículo 88 de la Ley de Licitaciones consagra, entre los supuestos para la contratación directa, la prestación de servicios cuando ellos son requeridos para el funcionamiento interno de la institución y cuando son necesarios para la prestación del servicio que constituye su actividad principal. El numeral 7 del aludido artículo 88, faculta a la Administración a proceder mediante la contratación directa cuando se trate de servicios básicos indispensables para el funcionamiento de la institución, entendiéndose que dichos servicios son aquellos requeridos por el ente para su óptimo funcionamiento interno y no para la prestación de la actividad que desempeña, pues este último supuesto se encuentra contemplado en el resto de los numerales del referido artículo, como por ejemplo el numeral 9, cuando alude a servicios que por razones de interés general deban ser ejecutados en un plazo perentorio no mayor de ciento ochenta (180) días hábiles.

Ahora bien, para determinar el alcance de la expresión “*servicios básicos indispensables*” resulta necesario hacer algunas precisiones terminológicas, ya que como tantas veces ha señalado la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 4 del Código Civil: “... *A la ley debe atribuirsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión entre sí y la intención del legislador...*”.

En este sentido, el significado del vocablo “*servicio*”, conforme al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de G. Cabanellas y Alcalá-Zamora, alude al conjunto de medios, objetos y utensilios que se utilizan en una actividad o cooperan a su mejor realización o el conjunto de elementos humanos y materiales que, debidamente organizados, contribuyen a satisfacer una necesidad o conveniencia general y pública o a mejorar una ya existente.

Sobre este particular, entiende la Sala que la expresión “*servicios básicos indispensables*” empleado por el legislador en el artículo 88, numeral 7 de la Ley de Licitaciones se refiere al conjunto de elementos personales y materiales dirigidos al mantenimiento y optimización de bienes ya existentes, que resultan esenciales para satisfacer las necesidades de operatividad interna de la institución.

Tales servicios, a juicio de esta Sala, son por ejemplo los denominados servicios públicos domiciliarios, pues se trata de servicios que pretenden satisfacer las necesidades más básicas de las personas. Estos servicios resultan indispensables para que la institución opere en óptimas condiciones; por tanto, estima la Sala que la norma restringe la facultad de la Administración a proceder a la selección directa cuando se trate de servicios básicos indispensables, tales como agua, electricidad, aseo, gas y telecomunicaciones.

Respecto a estos servicios públicos domiciliarios, debe aclararse que contrariamente a lo sostenido por los solicitantes, su prestación no se encuentra en una situación de monopolio que impida ser regulado por la Ley de Licitaciones. En efecto, resulta necesario precisar que se trata de una actividad en la que el Estado ha permitido a los entes privados su prestación en un régimen de libertad económica y libre competencia, interviniendo en el mercado sólo como regulador y fiscalizador de las actividades privadas en esos sectores, tal como sucede en la prestación del servicio de electricidad y telecomunicaciones.

Al respecto, la Asamblea Nacional ha dictado una serie de instrumentos normativos - Ley de los Servicios Eléctricos, Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos- tendientes a liberar éstos servicios públicos de la prestación exclusiva del Estado. Así, fueron promulgadas distintas leyes que permitieron la explotación de las actividades de telecomunicaciones, electricidad e hidrocarburos gaseosos por los particulares a los fines de promover la iniciativa privada en estos sectores, haciéndolos más competitivos con el objeto de que los usuarios se beneficiaran de servicios públicos de calidad.

En consecuencia, la Sala considera que el numeral 7 del artículo 88 de la Ley de Licitaciones cuando señala que el ente Administrativo podrá proceder a la adjudicación directa cuando se trate de servicios básicos indispensables para el funcionamiento de la institución, hace referencia a los servicios básicos domiciliarios, tales como: agua, electricidad, aseo, gas y telecomunicaciones, sin cuya prestación el ente administrativo no podría desempeñar cabalmente sus funciones.

Efectuadas las precedentes consideraciones y, en atención al planteamiento formulado por la representación de HIDROCAPITAL en relación con la interpretación del dispositivo antes mencionado, insiste la Sala, que el ente administrativo, para proceder por adjudicación directa a la selección de sus contratistas, conforme al numeral 7 del artículo 88 de la Ley de Licitaciones, deberá hacerlo respecto a la contratación de servicios básicos domiciliarios que

requiere la Administración para funcionar, tales como: agua, electricidad, aseo, gas y telecomunicaciones, no encontrándose comprendidos dentro de este supuesto los servicios comerciales que deba contratar a fin de garantizar la continuidad del servicio público que presta, pues para ello debe proceder a contratar por medio del procedimiento de licitación previsto en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Licitaciones, salvo lo contemplado en sus artículos 87 y 88 del referido Decreto.

Así, en los términos antes expuestos, queda interpretado por la Sala el numeral 7 del artículo 88 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Licitaciones. Así se declara.

## VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### 1. Órganos

#### A. Tribunal Supremo de Justicia: Sala Político Administrativa. Competencia

**TSJ-SPA (2176)**

**5-10-2006**

Magistrado Ponente: Lewis Ignacio Zerpa

Caso: Pedro Pablo Morantes vs. C.A. Electricidad de los Andes (CA-DELA).

En virtud de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada *Gaceta Oficial* N° 37.942 de fecha 20 de mayo de 2004, debe esta Sala pronunciarse sobre la competencia para seguir conociendo de la presente causa, en virtud de que el referido texto legal contiene disposiciones expresas respecto de sus competencias, conforme a lo dispuesto en su artículo 5, numerales 24 al 37.

En tal sentido, por remisión que hace el primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo texto establece que “*Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen por ante el Tribunal Supremo de Justicia*”, resulta aplicable el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la jurisdicción y la competencia que deben tomarse en cuenta para todo el transcurso del proceso, ante los cambios sobrevenidos en ellas, son las reglas o criterios atributivos que existían para el momento de la presentación de la demanda.

En efecto, dicho artículo establece:

*“Artículo 3.- La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa.”* (Destacado de la Sala).

Este principio general, cuyo origen proviene del derecho romano, se denomina *perpetuatio jurisdictionis*, y tradicionalmente la doctrina ha abarcado en él a la jurisdicción y a la competencia.

Sin embargo, en el presente caso no se trata de una afectación de la jurisdicción sino de una variación en la competencia, razón por la cual el principio más apropiado, conforme a lo expuesto por el Maestro Luis Loreto, es el de la llamada *perpetuatio fori*, (*Ensayos Jurídicos*, “Principios Fundamentales en la reforma del Código de Procedimiento Civil Venezolano”, Fundación Roberto Goldschmidt, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1987, p. 19) igual-

mente contenido en el artículo 3 *eiusdem*; en el entendido de que el principio se aplica a las circunstancias que constituyen los criterios atributivos sobre los cuales un tribunal puede conocer una causa, esto es la materia, el valor, el territorio, o el grado del tribunal.

Ahora bien, ante la existencia de estos dos principios consagrados en el texto legal referido, esta Sala teniendo presente que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 2, establece que Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia; considera que ambos principios deben ser armonizados en plenitud, con los valores, garantías y normas procesales constitucionales vigentes, tales como los derechos fundamentales del justiciable, a una justicia accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, y a un proceso sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles y al servicio de la justicia (artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

Es por ello, que en observancia a lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a lo establecido en el segundo aparte del artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales establecen que “*El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*”; esta Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su carácter de garante de los principios y valores constitucionales, entiende que al no haber establecido la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, disposición expresa que afecte la competencia de las causas que actualmente conoce, en aplicación de las premisas expuestas y conforme al principio de la *perpetuatio fori*, debe reafirmar su competencia para conocer y decidir la presente controversia. Así se decide.

**TSJ-SPA (2285)**

**18-10-2006**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Centro de Estética Sandro. C.A. vs. Actos de la Inspectoría del Trabajo en el este del área metropolitana de Caracas.

En el presente caso, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia de fecha 15 de mayo de 2003, se declaró competente para conocer el recurso de nulidad interpuesto contra la Providencia Administrativa N° 68-01 de fecha 5 de septiembre de 2001, emanada de la Inspectoría del Trabajo en el Este del Área Metropolitana de Caracas, que declaró con lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos formulada por los ciudadanos Ernesto L. González Padilla, Silvia Tovar, María E. Mejías de Tovar, y otros.... “por tener interpuesto un procedimiento por ante la Inspectoría del Trabajo en el Municipio Libertador de reenganche y pago de salarios caídos en contra del ‘GRUPO DE EMPRESAS SANDRO’ siendo este hecho demostrado por la empresa accionada (...) no siendo impugnado por los referidos ciudadanos”

Ahora bien, el criterio de este Máximo Tribunal actualmente vigente en materia de recursos de nulidad contra actos de Inspectorías del Trabajo, define que esa competencia corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, y dentro de ella, particularmente en primera instancia, a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales.

No obstante, visto que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el caso de autos, asumió la competencia con fundamento en la sentencia dictada por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, el 20 de noviembre de 2002, la cual atribuía a dicho órgano

jurisdiccional la competencia para conocer, en primera instancia, de los recursos contencioso administrativos de nulidad contra los actos dictados por las Inspectorías del Trabajo y a esta Sala Político-Administrativa en segunda instancia, este Órgano Jurisdiccional en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, la doble instancia y el principio de celeridad procesal, se atribuye por vía de excepción, la competencia para conocer y decidir la apelación de la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 15 de mayo de 2003. Así se declara.

## 2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

### A. *Objeto: Actos sancionatorios dictados por los Jueces*

**TSJ-SPA (2943)**

**20-12-2006**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Keneth Enrique Scope y otros vs. Decisión Juzgado Superior Sexto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**La Sala Político Administrativa confirma la jurisprudencia establecida en lo atinente a que cualquier juez es competente para imponer sanciones administrativas, incluyendo el arresto, y que cuando se impugne la contrariedad a derecho de la misma, por ser actos administrativos, su conocimiento corresponde a los tribunales contencioso administrativos.**

Establecido lo anterior, pasa la Sala a pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto y en tal sentido observa:

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró con lugar el recurso de nulidad a que se refieren las presentes actuaciones, pues consideró que se había lesionado el derecho a la defensa del recurrente, al habersele impuesto una sanción administrativa por una autoridad incompetente y sin que le fuese seguido el correspondiente procedimiento administrativo.

En efecto, según se desprende de las actas que componen el expediente, el abogado Kenneth Enrique Scope, antes identificado, fue sancionado por el Juez Suplente del Juzgado Superior Sexto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con ocho (8) días de arresto en aplicación del artículo 115 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en fecha 27 de octubre de 1994, sin que haya constancia de que se hubiese sustanciado previamente algún procedimiento sancionatorio.

Asimismo, se advierte que el apelante ni siquiera intentó desvirtuar la alegada falta de sustanciación de procedimiento administrativo previo para imponer la aludida sanción administrativa.

Ahora bien, el criterio jurisprudencial aplicable para el momento en el cual fue dictada la sentencia apelada, estaba contenido en la decisión de la Sala Constitucional, de fecha 23 de enero de 2002, signada con el N° 21 (caso: *Mirna Mas y Rubí Spósito*), la cual fue citada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pero a diferencia de lo sentado por el *a quo*, para ese entonces este Máximo Tribunal no exigía la sustanciación de un procedimiento administrativo previo para que los jueces impusieran la sanción disciplinaria de arresto, asimismo, y contrariamente a lo sostenido por el tribunal remitente, el fallo *in commento* establecía que cualquier juez podía imponer una sanción disciplinaria de arresto, pero que era el juez penal quien debía conocer de las **impugnaciones** contra las actuaciones de esta naturale-

za, y siempre que se solicitara la especial protección a través del *habeas corpus*, pues es bien sabido que para solicitar la mera contrariedad a derecho de cualquier acto administrativo, la vía correcta es la contencioso administrativa.

En efecto, reza la comentada decisión, como sigue:

*“(...)En este sentido observa la Sala que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido contestes en considerar que las sanciones correctivas y disciplinarias decretadas por los jueces, en ejercicio de la potestad disciplinaria de la cual están investidos, son actos administrativos de efectos particulares, toda vez que el tribunal no actúa en la función jurisdiccional que originariamente le ha sido atribuida, sino en una función administrativa, por lo cual, dichas decisiones son recurribles por la vía del contencioso administrativo ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.*

*Tal potestad deviene del hecho de que los distintos poderes del Estado pueden dictar actos que rebasan o escapan de su función natural, verbigracia, la facultad del Poder del Ejecutivo de reglamentar leyes, o en el caso específico del Poder Judicial, la facultad del Juez de imponer multas, o destituir funcionarios, los cuales constituyen actos distintos a su función, cual es la de emitir actos o decisiones judiciales.*

*Al respecto los artículos 91, 93 y 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial expresan:*

*‘Artículo 91. Los jueces podrán imponer sanciones correctivas y disciplinarias, así:*

- 1) A los particulares que falten al respeto y orden debidos en los actos judiciales;*
- 2) A las partes, con motivo de las faltas que cometan en agravio de los jueces o de las otras partes litigantes; y*
- 3) A los funcionarios y empleados judiciales, cuando cometan en el tribunal faltas en el desempeño de sus cargos, y cuando con su conducta comprometan el decoro de la judicatura.*

*Artículo 93. Los jueces sancionarán con multas que no excedan del equivalente en bolívares a tres unidades tributarias (U.T.), o de ocho días de arresto, a quienes irrespetaren a los funcionarios o empleados judiciales; o a las partes que ante ellos actúen; y sancionarán también a quienes perturbaren el orden de la oficina durante su trabajo.*

*Artículo 94. Los tribunales podrán sancionar con multa del equivalente en bolívares a cuatro unidades tributarias (U.T.), o con arresto hasta por ocho días, a los abogados que intervinieren en las causas de que aquellos conocen:*

- 1) Cuando en el ejercicio de la profesión faltaren oralmente, por escrito, o de obra al respeto debido a los funcionarios judiciales;*
- 2) Cuando en la defensa de sus clientes ofendieren de manera grave o injustificada a las personas que tengan interés o parte en el juicio, o que intervengan en él por llamado de la justicia o a los otros colegas. Todos estos hechos quedan sometidos a la apreciación del juez, quien decidirá discrecionalmente si proceden o no las medidas indicadas; pero los sancionados tendrán el derecho de pedir la reconsideración de la medida si explicaren sus palabras o su intención, a fin de satisfacer al tribunal. En caso de falta cometida por escrito, el juez ordenará testar las especies ofensivas, de manera que no puedan leerse’.*

*Ahora bien, dentro de estas facultades sancionatorias y disciplinarias conferidas a los jueces, aprecia la Sala que, en lo que se refiere a los arrestos, la situación cambia radicalmente, pues en tales decisiones se encuentran en juego dos valores definidos constitucionalmente, como son: el derecho a la libertad y a la seguridad personal, preservado por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual protege a toda persona de detenciones arbitrarias; y el respeto a la majestad de los jueces en el ejercicio de sus funciones, tutelado en los artículos antes mencionados de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los cuales facultan a los jueces para imponer arrestos ante irrespetos de las partes, funcionarios o empleados judiciales.*

*En este contexto debe distinguirse entre aquellos actos del Juez que tienen por objeto la privación de la libertad, de aquellos que impongan sanciones distintas a éstas, ya que en el primer caso, el tribunal competente para conocer de la impugnación debe ser el Juez Penal, mientras que el segundo caso debe ser conocido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.*

*(...omissis...)*

*No comparte esta Sala tal argumento por cuanto el artículo supra transcrito de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 94) en nada vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa del sancionado, ya que la aplicación del referido dispositivo presupone lo que en la doctrina penal se conoce como la flagrancia.*

*En efecto, debe señalarse que la referida figura contemplada en la Carta Magna y desarrollada en el Código Orgánico Procesal Penal, constituye una excepción al derecho que tiene toda persona de no ser detenida sin antes existir un procedimiento judicial previo. Este principio tiene su fundamento en que inicialmente se desconoce el o los autores del delito, por lo cual se requiere la constatación de los hechos y para ello es necesario probar una serie de indicios que finalmente puedan atribuírsele a quien se pretende detener; en tanto que en la flagrancia se sorprende al autor en plena comisión del delito, por lo cual se puede prescindir de formalidades legales ordinarias que regulan la detención.*

*Lo anterior perfectamente puede ser aplicable a los casos en que los abogados, particulares, funcionarios y empleados judiciales irrespeten flagrantemente la majestad de los jueces, por lo que éstos, en esa circunstancia se encuentran facultados para ‘imponer sanciones correctivas y disciplinarias’ a los mismos, sin necesidad de abrir un procedimiento previo a su imposición, lo cual no puede ser entendido como una violación del derecho al debido proceso, toda vez que de la misma disposición se desprende el derecho del sancionado ‘...a pedir la reconsideración de la medida si explicaren sus palabras o su intención, a fin de satisfacer al tribunal. En caso de falta cometida por escrito, el juez ordenará testar las especies ofensivas, de manera que no puedan leerse’.*

*Aunado a lo anterior debe precisarse que quien tenga razones para creer que el Juez se ha excedido en la aplicación de estas medidas puede impugnarlas, o tal como se señaló ut supra solicitar -en caso de detenciones- un mandamiento de hábeas corpus.*

*En razón de lo antes expuesto debe señalarse que los jueces que conozcan de la solicitud de mandamiento de hábeas corpus deben limitarse a pronunciarse únicamente acerca de la proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción dictada por el Juez y determinar si la misma es arbitraria e inconstitucional y no cuestionar el fundamento legal que se aplicó para su implementación. Así finalmente se decide (...)*” (Destacado de la Sala Político-Administrativa) (Vid. Sentencia N° 21, de fecha 23 de enero de 2002, caso: *Mirna Mas y Rubí Spósito*)

Visto el contenido de la decisión parcialmente transcrita *supra*, pareciera procedente la revocatoria del fallo apelado, no obstante se advierte, que el criterio de la Sala Constitucional que rige actualmente (Vid. Sentencia N° 1212, de fecha 23 de junio de 2004, caso: *Carlo Palli*), sí establece que debe seguirse un procedimiento administrativo previo para la imposición de las sanciones administrativas, lo cual es más favorable para el abogado sancionado, y en consecuencia el que debe ser aplicado, pues ese beneficio es capaz de producir una excepción del principio general de irretroactividad de los criterios jurisprudenciales.

Por otra parte, la vigente postura de la Sala Constitucional establece que cualquier juez es competente para imponer sanciones administrativas, incluyendo el arresto, y que cuando se impugne la contrariedad a derecho de las mismas, por ser actos administrativos, su conocimiento corresponde a los tribunales contencioso administrativos.

En efecto, dispone la decisión contentiva del criterio *in commento*, lo siguiente:

*“(...)esta Sala deja sentado el siguiente criterio, con carácter vinculante para todos los tribunales de la República:*

*1. El ejercicio de la potestad disciplinaria que a los jueces otorga la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe forzosamente garantizar, entre otros, los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la presunción de inocencia, a ser oído, al juez natural, a la legalidad de la pena y al non bis in idem, en los términos en que los establece el artículo 49 del Texto Fundamental.*

***2. En ausencia de un procedimiento especial que prevea la norma legal, el ejercicio de la potestad disciplinaria de los jueces se tramitará de conformidad con el procedimiento que establece el artículo 607, Título III, Libro Tercero, del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia:***

*(i) Al momento de la ocurrencia de la supuesta infracción, el Tribunal pondrá a derecho al sujeto, por escrito, para que esté en conocimiento de los hechos que se le imputan y de la oportunidad que tiene para el ejercicio de las defensas que considere pertinentes. De esa manera se entenderá notificado del inicio del procedimiento disciplinario.*

*(ii) Se otorgará al supuesto infractor la oportunidad de plantear alegatos en su favor, promover las testimoniales y, en general, las pruebas que considere pertinentes, defensas que deberá ejercer al día siguiente de dicha notificación.*

*(iii) Se haga o no uso de la oportunidad de defensa que se otorgó al supuesto infractor, el Juez competente para la imposición de la sanción resolverá a más tardar dentro del tercer día, a menos que haya necesidad de esclarecer algún hecho, caso en el cual abrirá una articulación por ocho días, sin término de la distancia.*

***3. La competencia para la decisión del procedimiento disciplinario corresponde al juez del Tribunal en el cual ocurriere la falta, cuando el ofendido sea la contraparte, terceros o apoderados en juicio, o bien cuando sea cualquier funcionario judicial distinto al propio juez; en caso de que él mismo sea el ofendido, la decisión corresponderá a otro juez de igual jerarquía, siguiendo las reglas procesales de la inhabilitación.***

*4. El juez competente deberá decidir con fundamento en los supuestos y pautas que le indican el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y determinará si procede la imposición de alguna de las sanciones disciplinarias expresamente tipificadas en dicha Ley. El juez podrá tomar, aún de oficio, las medidas cautelares que estime indispensables para asegurar la tramitación y los resultados del procedimiento sancionador, como, entre otras, la detención preventiva para el caso de flagrancia.*

***5. Quien se vea afectado por la decisión disciplinaria podrá acudir a las vías jurisdiccionales que ofrece el ordenamiento jurídico para el planteamiento de la contrariedad a derecho de dicha sanción, a través del recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos, o bien a través del amparo constitucional, en los términos en que, de ordinario, éstos son admisibles y según las respectivas reglas procesales de competencia.***

*Asimismo, tendrá la posibilidad de solicitar la reconsideración de la decisión sancionadora, ante la misma autoridad que dictó la medida, tal como lo prevé el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reconsideración que será siempre de carácter potestativo.(...)” (Destacado de la Sala Político-Administrativa) (Vid. Sentencia N° 1212, de fecha 23 de junio de 2004, caso: Carlo Palli).*

Establecido lo anterior, es claro que debe esta Sala confirmar, aunque por distinta motivación, la sentencia recurrida en lo atinente al deber del juez que imponga una sanción administrativa, de seguir el correspondiente procedimiento administrativo previo. Así se declara.

B. *Las partes en el procedimiento: Citación*

TSJ-JS-SPA

30-11-2006

Magistrado Ponente: María Luisa Acuña López

Caso: Consorcio Minero San Salvador, C.A. vs. Ministerio de Energía y Minas (hoy Ministerio de Industrias Básicas y Minería).

**Al procedimiento contencioso administrativo no le son aplicables las normas que regulan la citación en el juicio ordinario (artículo 218 y siguientes del Código de Procedimiento Civil), toda vez que las mismas no pueden subsumirse en dicho procedimiento.**

Fundamenta su solicitud la abogada de la parte accionante, alegando que: *“no se cumplió y no consta en autos la citación del ciudadano Ministro de Industrias Básicas y Minería conforme a la ley, del folio 361 del expediente se puede apreciar que la citación fue dejada en la recepción de correspondencia del Ministerio, recibida por Anais Hernández, persona completamente distinta al ciudadano Ministro de Industrias Básicas y Minería o funcionario o funcionaria con delegación y facultad expresa para darse por citado”*.

De las actas que conforman el presente expediente, se evidencia, que por auto de fecha 6-7-06, se admitió la presente acción de nulidad, ordenándose citar de conformidad con lo dispuesto en el aparte once del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, a los ciudadanos Fiscal General de la República, Ministro de Industrias Básicas y Minería y a la Procuradora General de la República, e igualmente, se constata inserto al folio trescientos sesenta (360) del presente expediente, diligencia del alguacil de fecha 26.7.06, mediante la cual consigna el recibo de citación dirigido al Ministro de Industrias Básicas y Minería, debidamente recibido por la ciudadana Anais Hernández, y sellado por el departamento de correspondencia del aludido Ministerio.

Al respecto, este Juzgado por decisión N° 252, de fecha 10 de mayo de 2005, dejó sentado su criterio acerca de la citación personal contenida en el aparte once del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela; así dispuso lo siguiente:

*“En este sentido, estima que efectivamente el proceso por el cual se regula la presente causa es de naturaleza contencioso administrativa, cuya característica fundamental, está en que su objeto es la nulidad de un acto administrativo. El diseño procesal de este juicio difiere del seguido en el juicio ordinario, en el cual el establecimiento de una litis entre demandante y demandado es esencial, con todas sus secuelas de citación y litis contestación. Nos encontramos en presencia, de un procedimiento en el cual no se demanda ni a la persona jurídica del derecho público que dictó el acto recurrido ni a los posibles beneficiarios de dicho acto, no hay propiamente demandante ni demandado, se trata del o los impugnantes del acto recurrido y defensor o coadyuvantes del mismo, pues en definitiva, lo que se persigue es la nulidad del acto y, por tanto, no se efectúa una citación ni litis contestación, en lo términos en los cuales se concibe en el procedimiento ordinario.*

*En efecto, en el procedimiento contencioso-administrativo se pretende la nulidad de una actuación de la Administración, la cual es informada de la acción interpuesta, una vez que se ha admitido la solicitud, lo que evidencia que a ella se le pone en conocimiento de la pretensión de nulidad inmediatamente que ésta es aceptada por el órgano jurisdiccional, utilizando para ello los mecanismos propios del proceso que lo rige (artículo 19, 20 y 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).*

*Esta circunstancia, sería la que más apropiadamente podríamos llamar en el contencioso-administrativo la trabazón de la litis, -si es que algún paralelismo pretendiera establecerse sin embargo, debe observarse que a diferencia del juicio ordinario, ese conocimiento de los térmi-*

*nos de la solicitud de nulidad se produce “citado” o notificado como ha sido el órgano emisor del acto, quien no está obligado- como si lo estaría en el juicio ordinario- a contestarla y quien, además, no renuncia derechos o acepta hechos; contrario a lo que ocurre en el juicio ordinario, en el cual, por una ficción jurídica, la no comparecencia del demandado debe entenderse como aceptación de los hechos.*

*Tales son las diferencias -en cuanto a este aspecto se refiere- entre un procedimiento y otro, que el juicio ordinario jamás se concebiría sin la defensa del demandado (desde luego una vez que ha sido debidamente citado); por el contrario, en el contencioso de nulidad es factible y, puede ocurrir que el proceso se inicie y culmine sin que un representante de la Administración cuyo acto se ha acusado, se haga presente en el mismo para defenderlo, e incluso, concluye el trámite de la sustanciación y el juez contencioso-administrativo debe decidir sin que la defensa del acto se materialice en el proceso, pues esa “defensa” debe inferir el juez, se encuentra en el fundamento mismo del acto dictado y las actuaciones realizadas en sede administrativa; no se exige por tanto, que aquella defensa se ratifique siquiera, ya que lo que se cuestiona es la legalidad de la actuación administrativa, la cual -por efecto de una presunción- abraza al acto hasta tanto sea desvirtuada por el accionante.*

*Establecido entonces, que en el contencioso administrativo no podemos introducir el instituto procesal de la citación en los términos concebidos en el juicio ordinario, estima este Juzgado oportuno señalar que, no obstante que el Legislador indicó en el aparte 11 del artículo 21 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que a los funcionarios involucrados en la emisión del acto, al Fiscal o Procurador General de la República, debe citárseles, tal expresión no tiene una connotación conminatoria que es lo que identifica una verdadera citación. En efecto, si bien es cierto que el Legislador ordena al Juez que cite a los funcionarios, también lo es que, no indica oportunidad alguna a los funcionarios para su comparecencia, esto es, no los emplaza u obliga a intervenir en una actuación determinada, de lo cual se infiere que no se trata entonces de una citación strictu sensu, antes bien, es en su esencia una verdadera notificación, pues no responde a las características que la citación comporta, y que fue definida por el Dr. Aristides Rengel-Romberg, de la siguiente manera:*

*“En el sentido amplio, citación es la acción y efecto de llamar a una persona a concurrir a un lugar con un objeto determinado. Sin embargo, aquí cuando se trata del estudio de los actos procesales, la citación cobra un sentido más específico y restringido, de llamada del demandado ante el juez (vocatio in ius), para un acto singular y concreto: la contestación de la demanda.*

*En este sentido restringido y procesal, la citación puede definirse en nuestro sistema, como el acto del juez por el cual se llama al demandado para que comparezca a dar contestación a la demanda dentro de un plazo determinado”.*

En cuanto a la notificación expresó que:

*“En esencia la notificación es una participación de conocimiento, por el cual se hace saber a un litigante una resolución del juez u otro acto de procedimiento” RENGEL-ROMBERG, A., Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo II, Segunda Edición, Editorial Arte, Caracas, 1992, pp. 206, 207 y 210).*

También el maestro Rafael Marcano Rodríguez, al establecer la distinción entre citación y notificación, enunció:

*“La notificación es el acto por el cual se hace saber a una persona una providencia o determinación judicial, como la que se hace a las partes o a sus representantes poniéndolas en conocimiento del nuevo día señalado para principiar la vista de la causa, ... Tal es el concepto estrecho de la notificación, en el cual es insusceptible de confundirse ni con la citación, ni con el emplazamiento”.*

*Resulta evidente por tanto, que en el juicio de nulidad no hay una verdadera citación de los funcionarios incluidos en el artículo 21 de la referida Ley, se trata de una notificación que se hace a dichos funcionarios para ponerlos en conocimiento de la existencia del mismo. Así se declara.*

*Precisado lo anterior, no pasa inadvertido para este Juzgado, el hecho de que en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 21, se repite la misma disposición que antes recogía el artículo 125 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la forma de poner en conocimiento del juicio de nulidad a los funcionarios que allí se indican, con la diferencia precisamente de que en la norma derogada el legislador se refería a notificaciones y en la vigente a citación, sin que el hecho de haber cambiado la forma de expresarlo (al decir citación), desvirtuara lo que en efecto se hace, que es enterarlos o notificarlos de la existencia de un juicio determinado, es así como lo ha interpretado esta instancia, interpretación que reitera en esta oportunidad. Así se declara.”.*

Establecido lo anterior, concluye este Juzgado, que al presente caso no le son aplicable las normas que regulan la citación en el juicio ordinario (artículo 218 y siguientes del Código de Procedimiento Civil), toda vez que las mismas no pueden subsumirse en el procedimiento contencioso administrativo, por lo tanto, declara válida la “citación personal” o “notificación personal” practicada al Ministro de Industrias Básicas y Minería en fecha 26-7-06, así como las actuaciones subsiguientes, y consecuentemente improcedente la solicitud de reposición formulada por la abogada *Laura Calderón* . Así se decide.

C. *Medios de prueba*

a. *Admisión*

**TSJ-SPA (2452)**

**8-11-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Yelitza Beatriz Samper Hernández vs. Compañía Anónima Energía Eléctrica de Venezuela (Enelven).

**El Código de Procedimiento Civil no establece como requisito para la admisión de una prueba, que las partes deban señalar expresamente cuál es el objeto de la misma.**

Corresponde a esta Sala determinar si el auto dictado por el Juzgado de Sustanciación en fecha 30 de julio de 2002, por el cual se declaró improcedente la oposición formulada por la representación judicial de la Compañía Anónima Energía Eléctrica de Venezuela C.A., (ENELVEN), contra las pruebas promovidas por la parte actora, quebranta las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil que regulan los medios de pruebas en el juicio ordinario.

En tal sentido, los apoderados judiciales de la empresa demandada se opusieron a las pruebas promovidas por la representación judicial de la accionante, indicando, por una parte, que en el referido escrito no se señalaron los hechos que se pretenden demostrar con tales medios probatorios. Por otra parte, refiriéndose a las inspecciones judiciales y a la prueba médico-forense promovidas por el apoderado judicial de la accionante, señalaron lo siguiente:

Con relación a las inspecciones judiciales, indicaron que fueron promovidas con el objeto de probar hechos que constan en archivos, documentos o papeles que posean terceras personas y que se encuentren en la Compañía Anónima Energía Eléctrica de Venezuela (ENELVEN), indicando que los artículos 472 del Código de Procedimiento Civil y 1.428 del Código Civil “...limita la admisibilidad de ese medio a situaciones que no sean fáciles de constatar por otro medio de prueba...”, señalando que la prueba pertinente es la de informes.

Respecto a la prueba médico-forense, expresaron que ésta resulta improcedente para demostrar los hechos debatidos, ya que con el uso de esa prueba no podía verificarse que la causa de la muerte del ciudadano Heribert José Corona Navarro hubiese sido una descarga eléctrica.

Ahora bien, de la revisión de las actas que conforman el expediente, puede constatar la Sala que, efectivamente, las pruebas promovidas por la parte actora fueron evacuadas, a excepción de la prueba médico-forense y las pruebas de inspección judicial que debían practicarse en las oficinas de las empresa Procedatos y la Compañía Anónima Energía Eléctrica de Venezuela (ENELVEN), las cuales son objeto de la oposición que dio lugar al presente recurso.

En este sentido, considera la Sala necesario revisar la apelación ejercida respecto a las pruebas evacuadas y, a tal efecto, observa:

El artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente:

*“Artículo 395.- Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.*

*Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez”.*

Del artículo anterior, se evidencia que son medios de pruebas admisibles en juicio, los previstos en el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República, además de aquellos no prohibidos por la ley y que las partes consideren conducentes para la demostración de sus pretensiones, de conformidad con el principio de la libertad de la prueba.

Asimismo, puede apreciarse que la disposición transcrita no establece como requisito para la admisión de una prueba, que las partes deban señalar expresamente cuál es el objeto de la misma.

De otro lugar, resulta necesario señalar que existen casos en los cuales resulta conveniente para las partes hacer tal señalamiento, pues sin duda alguna ello facilitaría la labor de valoración de las pruebas que debe desempeñar el juez al dictar sentencia.

Lo que no puede, en ninguno de los casos, es pretenderse de manera general que tal precisión sea de obligatorio cumplimiento, creando una carga para las partes no establecida expresamente por la ley, tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Sala (*Vid. Sentencia N° 0034 de fecha 5 de marzo de 2003*); por lo tanto, debe declararse sin lugar el recurso de apelación ejercido por los apoderados judiciales de la empresa Energía Eléctrica de Venezuela (ENELVEN), contra el auto dictado en fecha 30 de julio de 2002 por el Juzgado de Sustanciación. Así se decide.

b. *Testigo presencial*

**TSJ-SPA (2176)**

**5-10-2006**

Magistrado Ponente: Lewis Ignacio Zerpa

Caso: Pedro Pablo Morantes vs. C.A. Electricidad de los Andes (CADELA).

.....Dadas las declaraciones precedentes, es claro que la información contenida en el documento cuyo contenido y firma fueron ratificados, no fue obtenida en forma directa e inmediata por el testigo, sino que se obtuvo a través de dos empleados (el ciudadano Reinaldo Quintero y un técnico, cuyo nombre no se menciona) al servicio de la Gerencia de Seguridad Integral de CADELA, a quienes les fue asignada dicha tarea.

Lo expuesto permite afirmar que el testigo llamado a juicio para la ratificación del instrumento que se quiso hacer valer, reprodujo también, por medio de su declaración, hechos que no presenció, establecidos en el informe bajo estudio y relacionados con el accidente que afectaron al accionante. Con ello, se ve vulnerado, en cierta manera, el principio que rige en materia probatoria, relativo a la originalidad de la prueba, que en el caso concreto implica que el testimonio debe ajustarse, en la medida de lo posible, al hecho que se quiere probar, por lo cual la intermediación en esta relación *testigo-hechos percibidos y deducidos por él*, aumenta las posibilidades de que el juzgador establezca equivocadamente circunstancias de tiempo, lugar, así como características e incluso, la identidad personas o cosas; y disminuye, por tanto, la eficacia probatoria de lo declarado.

No obstante lo dicho, no escapa a la apreciación de esta Sala que el informe que fue objeto de ratificación por José Manuel Toro Sánchez, fue producto de una investigación llevada a cabo por la Gerencia de Seguridad Integral de CADELA, la cual, como lo indica su nombre, debe tener entre sus funciones la de prevenir accidentes laborales y llevar a cabo los estudios e investigaciones que sean necesarios una vez ocurridos infortunios como el sufrido por el accionante; ello, con la finalidad de proponer e implementar las medidas que se consideren convenientes para evitar, en lo sucesivo, la ocurrencia de tales situaciones, e igualmente, para cumplir con la denuncia por ante el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, de enfermedades ocupacionales, accidentes y cualesquiera otras condiciones patológicas que ocurrieren dentro del ámbito laboral.

A la ejecución de las actuaciones descritas se encontraba obligado todo empleador, conforme al numeral 2 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (publicada en *Gaceta Oficial* N° 35.028 de fecha 17 de agosto de 1992), normativa vigente para la fecha del accidente del ciudadano Pedro Pablo Morantes, (derogada por la ley del mismo nombre, publicada en *Gaceta Oficial* N° 38.236 del 26 de julio de 2005). Así, la averiguación de los acontecimientos desarrollados el día 23 de agosto de 1997 en la subestación de Rubio se llevó a cabo bajo la dirección del ciudadano José Manuel Toro Sánchez quien debió delegar en dos subalternos la función de recopilar los datos y hacer las entrevistas requeridas para la elaboración del informe N° ER/21030-028. Esto se deduce de lo señalado por el testigo una vez que se le planteó la quinta repregunta:

*“(omissis) ...QUINTA: Diga el testigo, que el informe que usted remite a la gerencia de la Zona de CADELA el día 9/9/97 lo hizo en base a recopilaciones, informaciones, notas y datos que le señalaron y lo prevén los trabajadores de rango inferior a usted? Contestó: “El levantamiento de la información fue realizado por el Ing. Reinaldo Quintero y por el técnico que no recuerdo el nombre (sic), se hace en el sitio de los acontecimientos y se recopila evidencias por fotografías, entrevistas a los trabajadores que tenían que realizar las aperturas o cierres de seccionadores para transferir los circuitos de la subestación Rubio a otras subestaciones aledañas en función de esas actividades se realiza y se analiza el informe... (omissis)”.*

Asimismo, infiere la Sala que por razón del cargo que ejercía dicho testigo dentro de la estructura organizativa de CADELA y por cuanto fue él quien suscribió el informe ratificado, debió reunirse con los empleados a quienes encomendó las labores preliminares de recolección de datos para llegar a las conclusiones que finalmente fueron formuladas en el documento *in commento*.

Por tanto, si bien el testigo en referencia no es de los que denomina la doctrina como presencial, lo que llevaría a esta Sala a restar eficacia probatoria al informe N° ER/21030-028, por las razones precedentemente expresadas, esta Sala le otorga pleno valor en el presente juicio. Así se decide.

D. *Sentencia: Ampliación y aclaratoria*

CSCA

28-11-2006

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Gabriela Andreína Andrade López vs. Instituto Autónomo de Transporte y Estrategia Superficial del Municipio Autónomo Sucre del Estado Miranda (IMAT).

..... Con relación al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil la doctrina y la jurisprudencia nacional han señalado expresamente que la posibilidad concedida por el legislador en dicha norma legal, tiene como propósito la rectificación de los errores materiales, dudas u omisiones, que se hayan podido cometer en el fallo, pero, con la advertencia, de que dicha facultad no se extiende hasta la revocatoria o reforma del fallo, sino a corregir las imperfecciones, que le resten claridad a sus declaraciones.

En consecuencia, la posibilidad de hacer aclaraciones o ampliaciones de las decisiones judiciales está limitada a exponer -con mayor precisión- algún aspecto del fallo que haya quedado ambiguo u oscuro, bien porque no está claro su alcance en un punto determinado de la sentencia (aclaratoria); o bien, porque se haya dejado de resolver un pedimento (ampliación). Además, la aclaratoria permite corregir los errores materiales en que haya podido incurrir la sentencia (errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos).

De manera que, las partes, una vez emitida la sentencia, pueden de conformidad con el artículo *supra* indicado solicitar al Tribunal que aclare los puntos dudosos, salve las omisiones y rectifique los errores en los casos señalados e igualmente que dicte ampliaciones; no obstante, no podrá pretender que el Juez modifique la sentencia en su favor, pues a éste le está vedado revocar o reformar su decisión.

Dicho lo anterior, esta Corte observa que según la propia disposición que regula la materia, el justiciable tiene derecho -y así puede hacerlo valer en la oportunidad procesal correspondiente- a que el Tribunal realice correcciones a la decisión emitida, sin que implique modificación o reforma de la misma, pero siempre y cuando se trate de una sentencia definitiva o de una interlocutoria sujeta a apelación.

3. *El Contencioso Administrativo contra la abstención o negativa de la Administración*

CSCA

19-12-2006

Juez Ponente: Alexis José Crespo Daza

Caso: Centro Petrol, C.A. vs. PDVSA Petróleo y Gas, S.A.

**Cuando se intenta el ejercicio conjunto del recurso contencioso administrativo por abstención o carencia conjuntamente con una solicitud cautelar, las pretensiones de ambas acciones deben ser distintas. Es decir, no debe haber identidad entre la pretensión cautelar y la pretensión principal que examina el mérito del derecho subjetivo deducido a través del recurso.**

Ahora bien, de manera conjunta al presente recurso por abstención o carencia, el representante judicial de la sociedad mercantil recurrente solicitó que se le amparara "(...) *contra el acto de hecho que recae sobre la suspensión del suministro de productos de hidrocarburos derivados del petróleo a mi poderdante por parte de PDVSA PETRÓLEO Y GAS S.A. como conducta resistente a una obligación legal, (...)*", requiriendo a su vez que "(...) *levante*

*provisionalmente la suspensión de suministros de productos de hidrocarburos derivados del petróleo que de hecho pesa sobre CENTRO PETROL C.A., en virtud de la urgencia y la precaria situación económica por la que atraviesa mi representada; en tanto que se compela a PDVSA PETRÓLEO Y GAS S.A, (...)*”.

Así tenemos, que cuando se intenta el ejercicio conjunto del recurso contencioso administrativo por abstención o carencia conjuntamente con una solicitud cautelar, las pretensiones de ambas acciones deben ser distintas.

En la primera, se solicita el cese de la abstención o la carencia de la Administración, que, de ser declarada con lugar por el Órgano Jurisdiccional, conllevaría a la satisfacción del derecho subjetivo, en este caso, una obligación de hacer, ordenándose en consecuencia, una determinada actuación administrativa.

En la segunda, la pretensión cautelar únicamente se debe contraer a la protección temporal del presunto agraviado, hasta tanto se decida el juicio principal. Este carácter anticipado de la tutela cautelar, tiene un fin preventivo que trata de evitar un daño causado por la falta de actuación por parte de la Administración y no un fin de reparación del daño o fin ejecutivo. Es decir, no debe haber identidad entre la pretensión cautelar y la pretensión principal que examina el mérito del derecho subjetivo deducido a través del recurso.

En el caso sub examine, resulta evidente que, de acordarse la protección cautelar solicitada en los términos expuestos por el actor se estaría dando satisfacción al recurso por abstención o carencia incoado, pues el fallo deberá pronunciarse sobre la obligación supuestamente incumplida y, en consecuencia, se confundiría, en criterio de esta Corte, el carácter anticipado, preventivo, instrumental y homogéneo de la tutela cautelar instada, con la ejecución anticipada de la sentencia del recurso principal.

En ese orden de ideas, la Sala Político-Administrativa en un caso similar al de autos señaló, en reciente sentencia N° 902 del 5 de abril de 2006, caso: *Belén Teresa Bustillo Vidal*, lo siguiente:

“En otras palabras, dado que el recurso por abstención constituye un mecanismo adjetivo dirigido a cuestionar la omisión de la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones (no sólo respecto de aquellas previstas de manera específica en una norma legal sino en general de su inactividad con relación a actuaciones que jurídicamente le son exigibles, sin que se exija necesariamente una previsión legal concreta, tal y como se dejó sentado en sentencia N° 00818 del 29 de marzo de 2003), el ordenar por vía cautelar que el Rector de la Universidad Central de Venezuela provea lo conducente con relación a la solicitud de convalidación de título, dejaría sin contenido la causa principal, que en definitiva se dirige a los mismo, esto es, a que la recurrida responda al recurso administrativo en referencia, desnaturalizándose así la pretensión cautelar esgrimida, por cuanto carecería de sentido continuar sustanciando un proceso en el cual no habría materia sobre la cual pronunciarse”. (Resaltado de esta Corte).

Siendo ello así, es necesario precisar que las medidas cautelares están dirigidas a preservar el derecho del solicitante asegurándole la ejecución del fallo definitivo, pero no puede este mecanismo utilizarse para obtener un pronunciamiento por parte del Juez cautelar que vacíe de contenido lo perseguido con la acción principal.

De manera que, en el contexto planteado, de acordarse lo solicitado, esto es, que la Administración actúe o dicte determinado acto administrativo, no se estaría precaviendo un eventual daño, sino creando o constituyendo una situación que se hace invariable o inmutable a favor del recurrente, lo cual lo dejó sentado la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 6 de junio de 2003, (caso: *Jesús Alberto Díaz Peña*), en los siguientes términos:

“Ahora bien, para el caso como el de autos, en que el particular que inicia la construcción de una edificación y que se ha sometido al procedimiento antes referido, considere que la Administración ha incurrido en una omisión al no dictar el acto administrativo otorgando la constancia solicitada (sea de ajuste a las variables urbanas o bien ya la de culminación de la obra), pues será el fallo definitivo del recurso de abstención que el mismo interponga ante el juzgado superior con competencia contencioso-administrativa correspondiente al lugar (numeral 1 del artículo 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), el cual -de ser procedente- ordenará el cumplimiento de esa obligación.

Lo contrario, supone subvertir el debido proceso y la tutela judicial efectiva, creando a través de un amparo cautelar, situaciones jurídicas irreversibles e inmutables por el juzgador al momento de pronunciar el fallo sobre lo principal.

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

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

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

En atención a los criterios parcialmente transcritos, debe apreciar esta Corte que no resulta adecuado que a través de un decreto de naturaleza cautelar en un recurso por abstención o carencia, como el aquí tratado, se acepte la posibilidad de anticipación e identificación entre el pronunciamiento cautelar y el pronunciamiento definitivo del recurso por abstención, si ello atiende a la producción de una situación jurídica revestida del carácter de irreversibilidad, esto es, que por su naturaleza hiciera imposible la reposición de las circunstancias fácticas, colocando en peligro al interés público, en caso de ser desfavorable el fallo definitivo a la recurrente.

Así pues, en el caso que se estudia sería muy improbable, (por no utilizarse el calificativo imposible) que en el supuesto que el recurso principal por abstención o carencia no prospere de manera favorable a la recurrente, no podrían retrotraerse las circunstancias al estado en que se encontraban al momento del otorgamiento de la medida cautelar, ello por cuanto si se levanta provisionalmente la suspensión de suministros de productos de hidrocarburos derivados del petróleo, -lo cual constituye el petitorio cautelar- se estaría originando un escenario en la esfera jurídica de la parte actora que difícilmente podría retrotraerse al estado

actual, y por tanto, en palabras de la Sala Político-Administrativa“(…) carecería de sentido continuar sustanciando un proceso en el cual no habría materia sobre la cual pronunciarse”, al haberse otorgado a la recurrente vía cautelar, su solicitud principal, en el presente recurso por abstención o carencia.

En virtud de los anteriores argumentos, debe esta Corte declarar improcedente la medida cautelar interpuesta de manera conjunta al recurso principal en el presente caso. Así se declara.

4. *El Contencioso Administrativo de Interpretación: Intervención de terceros*

**TSJ-SPA (2276)**

**18-10-2006**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Interpretación del artículo 8 de la Ley del Ejercicio de la Profesión de Licenciados en Relaciones Industriales y Recursos Humanos, publicada en la *G. O.* N° 37.593 de 17-12-2002.

**Es procedente en los recursos de interpretación que un interesado acuda al proceso para coadyuvar u oponerse al recurso ejercido, siempre que se cuente con la misma legitimación exigida al recurrente, la cual deriva en estos casos en forma directa, como se ha dicho, de la necesaria vinculación o participación en las circunstancias específicas que conforman ese caso concreto, ante el cual se plantea la solicitud.**

...Sobre la intervención del Colegio de Licenciados de Relaciones Industriales y Recursos Humanos del Distrito Capital y Estado Miranda.

En anteriores oportunidades esta Sala ha dejado sentado que “*se puede aceptar dentro de estos especiales recursos de interpretación que un interesado acuda al proceso para coadyuvar u oponerse al recurso ejercido, siempre que se cuente con la misma legitimación exigida al recurrente, la cual deriva en estos casos en forma directa, como se ha dicho, de la necesaria vinculación o participación en las circunstancias específicas que conforman ese caso concreto, ante el cual se plantea la solicitud*”. (Sentencia N° 1002 del 5 de agosto de 1999).

En el presente caso, el abogado Juan Carlos Varela, actuando como apoderado judicial del Colegio de Licenciados de Relaciones Industriales y Recursos Humanos del Distrito Capital y Estado Miranda, presentó escrito mediante el cual solicitó la adhesión de su representante al presente recurso, exponiendo la opinión que dicha organización sostiene respecto del artículo 8 de la Ley del Ejercicio de la Profesión de Licenciados en Relaciones Industriales y Recursos Humanos.

Sobre el particular, esta Sala observa que corre inserto al folio 72 del expediente, copia simple del documento constitutivo de la mencionada organización, la cual se identifica como una asociación privada de derecho civil, sin ánimo de lucro, con carácter permanente y con interés colectivo, cuyo artículo 2 establece: “*OBJETO Y MISIÓN: El objeto de la asociación es procurar el perfeccionamiento de las instituciones mediante el control y vigilancia de los principios éticos que orientan al Licenciado de Relaciones Industriales y Recursos Humanos, la investigación y el estudio de la disciplina. La misión es fomentar la educación, la mutua colaboración, disciplina y la capacidad profesional entre sus miembros*”.

Asimismo, el artículo 7 al referirse a la calidad de los miembros que integran dicha organización, estipula que para ser miembro fundador se requiere tener título de licenciado en relaciones industriales o en recursos humanos, o haber ejercido la profesión durante al menos

diez años anteriores a la entrada en vigencia de la ley que regula las funciones de la referida profesión. Visto lo anterior, esta Sala acepta la intervención en el presente recurso de interpretación como tercero interesado de la asociación civil Colegio de Licenciados en Relaciones Industriales y Recursos Humanos del Distrito Capital y Estado Miranda, por existir un evidente interés de parte de ésta -el cual ha sido debidamente demostrado- en las results del mismo. Así se declara.

Véase: Página 170 de esta Revista

**TSJ-SPA (2895)**

**20-12-2006**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Interpretación del artículo 88, numeral 7 de la Ley de Licitaciones G.O. N° 5.556 Ext.de 13-11-2001.

5. *El Contencioso Administrativo de las demandas contra los entes públicos*

A. *Admisibilidad: Procedimiento administrativo previo (antejuicio administrativo)*

**TSJ-SPA (2535)**

**15-11-2006**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Silverio Antonio Narváez Fernández vs. Juzgado de Sustanciación Sala Político Administrativa.

**El antejuicio administrativo se constituye como un elemento de garantía para la Administración, en tanto que le permite tener conocimiento exacto acerca de las pretensiones que serán deducidas por el particular, luego del antejuicio, en vía jurisdiccional.**

Conforme a lo expuesto y visto los alegatos de la parte actora, corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la apelación interpuesta contra el auto de admisión de fecha 25 de octubre de 2005, dictado por el Juzgado de Sustanciación de esta Sala, que declaró inadmisibile la presente causa.

En tal sentido, se observa que el aparte 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.942 de fecha 20 de mayo de 2004, prevé las causales de inadmisibilidad de toda demanda, solicitud o recurso presentado ante este Máximo Tribunal, y al efecto señala:

*“Se declarará inadmisibile la demanda, solicitud o recurso cuando así lo disponga la ley; o si el conocimiento de la acción o recurso compete a otro tribunal; o si fuere evidente la caducidad o prescripción de la acción o recurso intentado; o cuando se acumulen acciones o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles; o cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción o recurso es admisible; o cuando no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; o si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos; o es de tal modo inteligible que resulte imposible su tramitación; o cuando sea manifiesta la falta de representación o legitimidad que se atribuya al demandante, recurrente o accionante; o en la cosa juzgada”.* (Resaltado de la Sala).

Por su parte, el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República publicada en fecha 13 de noviembre de 2001, *Gaceta Oficial* N° 5.554 Extraordinaria, dispone:

*“Artículo 54. Quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República deben manifestarlo previamente por escrito al órgano al cual corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso. De la presentación de este escrito se debe dar recibo al interesado y su recepción debe constar en el mismo.”*

*(...Omissis...)*

*“Artículo 60. Los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones o tercerías que se intenten contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo a que se refiere este Capítulo.”*

Como se observa, la norma transcrita prevé lo que en doctrina se ha denominado el ‘Antejuicio Administrativo’, el cual tiene por objeto que la República conozca de las pretensiones que pudieran ser alegadas en su contra y sus fundamentos, para entonces, si lo considera procedente, admitirlas total o parcialmente, evitándose así las cargas que implicarían un potencial litigio, o simplemente desecharlas. En ambos casos, el antejuicio administrativo se constituye como un elemento de garantía para la Administración, en tanto que le permite tener conocimiento exacto acerca de las pretensiones que serán deducidas por el particular, luego del antejuicio, en vía jurisdiccional.

*Sobre esto último, interesa precisar el sentido en que debe entenderse dentro de la aludida exigencia, qué como indispensable para la admisibilidad de las demandas contra la República, la expresión “manifestarlo previamente por escrito al órgano al cual corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso”; para lo cual se impone concatenar lo dispuesto en el precitado artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, con los artículos 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*

Ahora bien, esta Sala, en sentencia número 1648 dictada en fecha 13 de julio de 2000, expresó lo que a continuación se transcribe:

*“En la estructura del ordenamiento jurídico, está concebida la acción procesal como el medio para acceder a la función jurisdiccional, cuando existe la necesidad de satisfacer pretensiones jurídicas. Si se entiende la acción procesal como un derecho a la jurisdicción, debe precisarse que ella es un presupuesto lógico de todo derecho, dado su carácter de medio o instrumento jurídico para lograr, por intermedio de los órganos jurisdiccionales, el goce y ejercicio pleno de todos los demás derechos. Esta necesaria relación de medio a fin, permite calificar a la acción como un derecho especial o de segundo nivel, es decir, un auténtico metaderecho, frente a todos los demás derechos del ordenamiento jurídico.*

*Este especial derecho de acción procesal está previsto y garantizado expresamente en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. (omissis)”.*

***Sin embargo, a pesar de existir la garantía de acceso a la jurisdicción, en algunos casos la ley somete a ciertas condiciones o requisitos previos, la tutela judicial de las pretensiones que los justiciables aspiren proteger o defender.***

***Así tenemos que quien pretenda instaurar demandas contra la República Bolivariana de Venezuela, debe agotar previamente el procedimiento administrativo contemplado en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.***

*Frente a esta exigencia de agotamiento anticipado del procedimiento administrativo, su omisión constituye una causal expresa de inadmisibilidad, la cual debe tener muy en cuenta el juez de lo contencioso administrativo, en la oportunidad de decidir sobre la admisión de las demandas o solicitudes que se le presentan.*

En efecto, el ordinal 5° del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dispone lo siguiente:

*“Artículo 84. No se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte:*

*(...omissis)*

*5° Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible; o no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República;”*

*La indicada omisión del requisito del antejuicio administrativo, también puede ser alegada dentro de la cuestión previa prevista en el ordinal 11° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, cuando la demanda es admitida sin percatarse el juzgador de su existencia. En este caso conviene precisar que no se trata, propiamente, de que la ley prohíba admitir la acción propuesta, lo que la ley prohíbe es admitir la demanda, mientras no se haya dado cumplimiento a tan importante requisito. La pretensión procesal tiene la correspondiente protección jurídica, no hay en verdad ausencia de acción ni prohibición de su ejercicio, la cuestión procesal consiste en exigir el agotamiento previo de la reclamación administrativa, la cual puede evitar el uso de la vía jurisdiccional. (Resaltado del fallo).*

De lo anteriormente transcrito, se desprende que lo exigido por el legislador al particular es un requerimiento previo a la instauración de demandas contra la República, previsto con la finalidad de lograr que las pretensiones de los administrados sean estudiadas y resueltas en la propia vía administrativa; su agotamiento consiste en permitir al interesado poner en conocimiento de la Administración el contenido de su pretensión, en aras de evitar la posibilidad de acudir por vía jurisprudencial.

Ahora bien, de la revisión de las actas procesales que conforman el expediente, resulta concluyente que la parte actora no acreditó el cumplimiento de la formalidad que se analiza y en tal virtud, debe la Sala declarar sin lugar la apelación interpuesta por la apoderada judicial del accionante, de conformidad con lo previsto en el aparte 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, por no haberse cumplido con el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, previsto en el artículo 54 y siguientes de Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Así se declara.

**TSJ-SPA (2280)**

**18-10-2006**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Constructora Franma, C.A. vs. Instituto Municipal de la Vivienda Andrés Eloy Blanco (IMVAEB) del Estado Barinas.

**En las acciones de nulidad con pretensiones de condena que se ejerzan con ocasión de los denominados contratos administrativos, es necesario exigir el cumplimiento del antejuicio administrativo, sólo si el ente contra el cual va dirigido el recurso goza a su favor de las prerrogativas procesales otorgadas a la República, a través de una disposición legal expresa.**

Expuesto lo anterior, debe la Sala pronunciarse sobre el falso supuesto en el que presuntamente incurrió la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, al considerar en el fallo impugnado que en el caso bajo examen *“la verdadera pretensión del recurrente, vale decir aquella que le resulta de vital importancia, es que se condene al Instituto Municipal de la Vivienda Andrés Eloy Blanco al pago de una suma de dinero; por encima de una posible declaratoria de nulidad del acto donde se acordó la rescisión unilateral del contrato, razón*

*por la cual, entiende este Órgano Jurisdiccional que nos encontramos frente a una demanda por daños y perjuicios contra la República”,* razonamiento éste en que se sustentó dicho órgano jurisdiccional para declarar inadmisibles el recurso de nulidad, al no constatar el cumplimiento del requisito del antejuicio administrativo.

Al respecto, conviene precisar que si bien la Corte afirmó que la pretensión de “*vital importancia*” en este caso era la indemnizatoria, lo cierto es que del análisis del escrito libelar a cuyos fundamentos se aludió *supra* en este fallo, se desprende de forma diáfana que adicionalmente, lo pretendido por la representación judicial de la empresa Constructora Franma C.A., es la impugnación del acto administrativo que rescindió el contrato de obra que suscribiera con el Instituto Municipal de la Vivienda Andrés Eloy Blanco (IMVAEB).

Más concretamente debe señalarse, que en los términos de la acción incoada, la pretendida indemnización sería la consecuencia natural, desde el punto de vista pecuniario, de la nulidad solicitada.

Así, queda claramente determinado que en el caso bajo examen se ejerció un recurso de nulidad con pretensiones de condena, es decir, de plena jurisdicción. Ahora bien, a los fines de dilucidar si en la situación de autos resulta exigible el cumplimiento del antejuicio administrativo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, debe precisarse lo siguiente:

La presente acción se generó en virtud del contrato de obras celebrado entre Constructora Franma C.A. y el Instituto Municipal de la Vivienda Andrés Eloy Blanco (IMVAEB) del Estado Barinas, convención que cumple con las características esenciales que tanto la doctrina como la jurisprudencia le han atribuido a los contratos administrativos, es decir, una de las partes contratantes es un ente público; su finalidad está vinculada a una utilidad pública como lo es, en el caso concreto, el desarrollo habitacional a través de la construcción de 432 de viviendas, y se encuentran presentes en el texto del contrato ciertas prerrogativas a favor de la Administración.

Respecto a ese particular tipo de acción -léase, nulidad del acto de rescisión e indemnización de daños y perjuicios- ejercida a propósito de los contratos administrativos, y la necesidad de agotar el antejuicio administrativo, esta Sala ha establecido en su jurisprudencia, lo siguiente:

*“...De manera pues que para la celebración misma del contrato, además de las disposiciones del Código Civil, se aplica una normativa especial que implica la concurrencia de un sujeto diferente a la administración para la validez del negocio jurídico, y su eficacia va a estar determinada por lo que establezcan las cláusulas contractuales. Por otra parte, **no existe un control interno con relación a la ejecución de los contratos, y para su control contencioso se tiene como requisito de admisibilidad el agotamiento de la vía administrativa, no a través de los recursos en sede interna, sino mediante el canal peculiar de un antejuicio regulado en los artículos 30 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en concordancia con el ordinal 5º del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.**”* (Resaltado de esta Sala). (Sentencia N° 1.025 publicada el 3 de mayo de 2000, en el caso *Inversora Mael contra Corporación Venezolana de Guayana*).

Del mismo modo, esta Sala en sentencia N° 2870 de fecha 29 de noviembre de 2001, caso: *MAMPRA*, sostuvo que “*en el contencioso de las demandas o también denominado de plena jurisdicción los entes del Estado poseen una serie de garantías o privilegios, como lo sería el antejuicio administrativo*”; precisando posteriormente en sentencia de esta Sala N° 1.371 del 25 de mayo de 2006, que “*para que tal privilegio sea aplicable a determinado ente público es necesario que exista expresa previsión legal al respecto.*”

Ello es de tal manera, toda vez que en casos como el presente es indisoluble a sus aspectos de mérito, lo relativo a la pretensión indemnizatoria de la accionante, razones éstas que llevan a esta Sala a ratificar que en materia de contratos administrativos, específicamente en las acciones de nulidad con pretensiones de condena, existen circunstancias particulares que hacen exigible, a los fines de su admisión, el cumplimiento de ciertos requisitos previos a su ejercicio, los cuales no se requieren en otros casos, tales como las acciones de nulidad con pretensiones de condena ejercidas en materia funcionarial, donde el tema nuclear que se discute se refiere netamente a obligaciones de índole laboral, razón por la cual -se insiste-, sólo en los casos de contratos administrativos es que debe exigirse el antejuicio administrativo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Así pues, concluye esta Sala que en las acciones de nulidad con pretensiones de condena que se ejerzan con ocasión de los denominados contratos administrativos, es necesario exigir el cumplimiento del antejuicio administrativo, sólo si el ente contra el cual va dirigido el recurso goza a su favor de las prerrogativas procesales otorgadas a la República, a través de una disposición legal expresa, toda vez que para estos casos particulares, resulta imprescindible el análisis del contenido del contrato y el cumplimiento de las obligaciones inherentes al mismo, para así, de ser declarada procedente la nulidad del acto, poder determinar la procedencia o no de la pretensión de condena.

Determinado lo anterior, debe la Sala, a los efectos de resolver la apelación planteada, analizar si en el caso de autos el Instituto Municipal de la Vivienda Andrés Eloy Blanco (IMVAEB) del Estado Barinas es acreedor de la prerrogativa procesal del antejuicio administrativo, para lo cual observa:

La Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en fecha 17 de octubre de 2001, en la *Gaceta Oficial* N° 320.595, dispone en su artículo 97 lo siguiente:

**“Artículo 97.- Los institutos autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios.”**  
(Destacado de la Sala)

La anterior disposición normativa establece, sin distinción alguna, que los institutos autónomos gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional acuerda a la República, razón por la cual quien pretenda instaurar demandas de contenido patrimonial contra cualquiera de ellos (sea de carácter nacional, estatal o municipal), debe cumplir con el requisito del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, previsto en los artículos 54 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Así los artículos 54 y 60 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, prevén:

*“Artículo 54: Quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República deben manifestarlo previamente por escrito al órgano al cual corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso. De la presentación de este escrito se debe dar recibo al interesado y su recepción debe constar en el mismo”.*

*“Artículo 60: Los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones o tercerías que se intente contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo a que se refiere este Capítulo.”*

Conforme a lo dispuesto en las normas antes citadas, resulta evidente que al ser el Instituto Municipal de la Vivienda Andrés Eloy Blanco (IMVAEB) del Estado Barinas, un instituto autónomo de carácter municipal, goza de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional acuerda a la República, razón por la cual quien pretenda instaurar una demanda de contenido patrimonial en su contra, debe cumplir con el requisito del procedimiento administrativo previo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Bajo estas premisas esta Sala observa que en el caso de autos, cursa a los folios 87 al 90, escrito contentivo del “recurso de reconocimiento de nulidad absoluta” presentado en fecha 1° de abril de 2005, por el ciudadano Franco Barrios, en su carácter de Director de la sociedad mercantil Franma, C.A., ante el Presidente del el Instituto Municipal de la Vivienda Andrés Eloy Blanco (IMVAEB) del Estado Barinas, en el cual se expuso que el acto de rescisión del contrato de obras que habían suscrito las partes, debía estar precedido de un procedimiento administrativo previo, por lo que se solicitó su nulidad, sin que se evidencie de dicho escrito que se haya manifestado al ente municipal la intención de solicitar indemnización alguna.

En tal sentido se observa que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, dispone en el aparte quinto del artículo 19, las causales de inadmisibilidad de las demandas, acciones o recursos intentados ante este Tribunal, siendo dichas causales las siguientes:

*“(...) cuando así lo disponga la ley; o si el conocimiento de la acción o recurso compete a otro tribunal; o si fuere evidente la caducidad o prescripción de la acción o recurso intentado; o cuando se acumulen acciones o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles; o cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción o recurso es admisible; o cuando no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; o si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos; o es de tal modo ininteligible que imposibilite su tramitación; o cuando sea manifiesta la falta de representación o legitimidad que se atribuya al demandante, recurrente o accionante; o en a cosa juzgada.”* (Resaltado de la Sala).

De conformidad con lo dispuesto en las normas *supra* transcritas, se declararán inadmisibles aquellas demandas en las que no se haya dado cumplimiento al procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, según las reglas que al efecto se encuentran establecidas en la citada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Visto todo lo anterior, y al tratarse el caso bajo examen de un recurso de nulidad con pretensiones de condena ejercido en el marco de un contrato administrativo, aplicando las premisas expuestas *supra* en este fallo, el presente recurso resulta inadmisibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, aparte quinto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Siendo ello así, debe la Sala declarar sin lugar la apelación formulada por la representación judicial de la sociedad mercantil Constructora Franma C.A., contra el fallo dictado por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en fecha 7 de febrero de 2006, sentencia que se confirma en los términos expuestos precedentemente.

B. *Sentencia. Costas: Improcedencia*

**TSJ-SPA (2280)**

**18-10-2006**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Constructora Franma, C.A. vs. Instituto Municipal de la Vivienda Andrés Eloy Blanco (IMVAEB) del Estado Barinas.

Finalmente, es de advertir que en casos como donde se formulan pretensiones de condena contra entes que gozan de los mismos privilegios que la República, como los Institutos Autónomos, y la parte actora resulta totalmente vencida, se ha señalado reiteradamente que no procede su condenatoria en costas. (*Vid.* Sentencias de esta Sala N° 588 del 7 de marzo de 2006, 1.126 del 4 de mayo de 2006, 1.221 del 11 de mayo de 2006).

4. *El Contencioso Administrativo especial*
  - A. *El Contencioso Administrativo funcional*
    - a. *Sentencia. Vicios: Inmotivación*

**CPCA**

**7-12-2006**

Juez Ponente: Javier Tomás Sánchez Rodríguez

Caso: Partes: Néstor Morales contra la Corporación de Los Andes.

Corresponde a esta Corte pronunciarse acerca de la apelación interpuesta por la representación judicial de la Corporación de Los Andes, y a tal efecto observa:

Denuncia la apelante, que la decisión del *a quo* carece de motivación, por cuanto, se limitó a señalar que "... se hizo un análisis detenido de Expediente... pasando de inmediato al dispositivo del fallo, omitiendo por completo la valoración de cada uno (*sic*) de las pruebas que constan en el expediente...".

Al respecto, advierte la Corte que, la motivación como requisito de forma de la sentencia, constituye uno de los principios rectores de la actividad jurisdiccional, a través del cual los jueces deberán señalar en cada caso el fundamento expreso que da lugar a su decisión, mediante la exposición de los fundamentos o motivos que la soportan; y que dicha obligación, la de motivar el fallo, se encuentra consagrada en el ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, el cual prevé que el fallo debe contener los motivos de hecho y de derecho en que fundamenta su decisión. En efecto, la motivación de la sentencia representa un mecanismo que permite al justiciable conocer en forma clara y precisa las razones fácticas y jurídicas de la decisión tomada.

Por el contrario, cuando no se indican con precisión los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyen las bases o motivos en que se apoyó el juez para dictar la decisión, se incurre en el vicio de inmotivación, debido a la falta de fundamentos que soportan a la misma; ocasionando en consecuencia, la nulidad de la sentencia dictada; pero haciendo la salvedad que los motivos exigüos o escasos, o la errada motivación, no ocasiona que la sentencia incurra en dicho vicio; el cual además puede adoptar diversas modalidades, como lo son: a) que la sentencia no contenga materialmente ningún razonamiento de hecho o de derecho en que pueda sustentarse el dispositivo; b) que las razones expresadas por el sentenciador no tengan relación alguna con la pretensión deducida o con las excepciones o defensas opuestas, caso en el cual los motivos aducidos a causa de su manifiesta incongruencia con los términos en que quedó circunscrita la *litis*, deben ser tenidos como inexistentes; c) que los motivos se destruyan los unos a los otros por contradicciones graves e inconciliables, generando así una situación equiparable a la falta absoluta de fundamentos; y d) que los motivos sean tan vagos, generales o inocuos, ilógicos o absurdos que impidan a la alzada conocer el criterio jurídico que siguió el Juez para dictar su decisión, caso este que se equipara también al de falta de motivación.

B. *El Contencioso Administrativo Tributario*a. *Suspensión de efectos y “solve et repete”*

TSJ-SC (2105)

28-11-2006

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: (Compañía Occidental de Hidrocarburos INC ahora Arco Producción de Venezuela, LTD.) Impugnación de la Ordenanza sobre el Régimen de Contingencia al cual deberán someterse los contribuyentes que se le determinen Impuestos Complementarios por Reparos Fiscales, sancionada por el Concejo Municipal del Municipio Rosario de Perijá del Estado Zulia.

**La Sala Constitucional anula la ordenanza impugnada por haber establecido la proscrita exigencia de *solve et repete*, condicionando el acceso a la jurisdicción a la satisfacción de una carga pecuniaria (pago parcial o constitución de garantía).**

Una vez efectuado el examen panorámico del texto normativo municipal impugnado, se advierte con meridiana claridad que el objeto de tal instrumento impedir que la suspensión automática de efectos de los actos impugnados, que operaba según lo dispuesto en los artículos 173 (en lo que refiere al recurso jerárquico) y 189 (en lo que atañe al recurso contencioso tributario) del Código Orgánico Tributario entonces vigente, mermara ostensiblemente los “*derechos fiscales*” del Municipio Rosario de Perijá.

Sin necesidad de mayor profundidad, se advierte claramente que el mal llamado “*tributo provisorio*” actúa como fachada de la exigencia de pago de una porción del impuesto correspondiente a cualquier ramo municipal determinado previamente por la Administración Tributaria y que fuese objeto de impugnaciones por parte del contribuyente. Ello es así, desde que la misma Ordenanza en cuestión, en su artículo 7, parte in fine, declara que “[e]n la oportunidad en que se produzca sentencia definitiva y firme, se efectuará la compensación correspondiente” y, asimismo, el artículo 16 *eiusdem* señala que “los Recursos Fiscales provenientes del Régimen de Contingencia previsto en la presente Ordenanza, serán tomados como anticipos a la tributación de que se trate y los mismos serán descontados, al decidirse por los órganos competentes o jurisdiccionales la controversia entre el Fisco y sus contribuyentes”.

Indudablemente, en apego al rigor técnico que el caso amerita, la alusión contenida en las referidas normas a las figuras de la compensación –en cuanto mecanismo de extinción de la obligación tributaria– o del anticipo –en cuanto técnica recaudatoria– resultan equívocas; pero dejan entrever el reconocimiento por parte del legislador local acerca de la real naturaleza del “tributo provisorio”, como una simple porción de los impuestos, tasas o contribuciones específicamente adeudados, no obstante que medie una cautela que opere *ex lege*, suspendiendo la eficacia del acto determinativo del tributo, a tenor de lo previsto en los artículos 183 y 189 del Código Orgánico Tributario vigente en el tiempo en el que fue dictada la Ordenanza delatada (G.O. N° 4.727 Extraordinario, de 27.05.94), según los cuales:

“Artículo 173.- La interposición del Recurso [Jerárquico] suspende la ejecución del acto recurrido. Cuando en el Recurso sólo se impugne parcialmente el acto, será exigible el pago de la porción no objetada, en el término de Ley.

Queda a salvo la utilización de las medidas cautelares previstas en este Código.

[...]

Artículo 189.- La interposición del Recurso [Contencioso Tributario] suspende la ejecución del acto recurrido. Queda a salvo la utilización de las medidas cautelares previstas en este Código, las cuales podrán decretarse por todo el tiempo que dure el proceso, sin perjuicio de que sean sustituidas conforme al aparte único del artículo 214” (Corchetes de esta Sala).

No hace falta un examen detallado del asunto, pues la letra de la Ordenanza impugnada abiertamente reconoce cuál es su objetivo: “*no privar al Fisco Municipal de la totalidad de los tributos, hasta no tenerse la sentencia firme en la vía contenciosa*”.

Queda así en evidencia el deliberado propósito del Legislador local de soslayar el contenido de las cautelares otorgadas *ope lege* por el Legislador Nacional y, por tanto, un claro desprecio a sus disposiciones.

Por lo demás, merece censurarse la sola apreciación por parte de la cuestionada ordenanza de la suspensión de efectos acordada por las recién transcritas normas como una “prerogativa” a favor del contribuyente; pues el favorecimiento del administrado o contribuyente por una medida cautelar, ya sea que opere *ex lege* o bien que sea decretada por un juez, en modo alguno constituye un privilegio o ventaja de éste en relación con la Administración, sino –por el contrario– un reconocimiento de su disimilitud y debilidad frente aquélla, la cual sí está dotada de potestades exorbitantes, ajenas a cualquier particular, quien sólo cuenta con la expectativa de ejercer los recursos o acciones a que haya lugar –ante la propia Administración Tributaria o ante los órganos jurisdiccionales– a fin de enervar aquellas actuaciones que considere lesivas, en la medida en que carece de capacidad para rebelarse en su contra, dada la presunción de legalidad y el carácter ejecutivo y ejecutorio de esta clase de actos.

Ello es otra muestra más que patente de la abyecta voracidad fiscal del mencionado ente político-territorial, pues aún a costa de los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso de los contribuyentes, pretende asegurarse por cualquier medio recursos financieros; en este caso, penalizando el ejercicio de los recursos o acciones correspondientes y limitando o impidiendo ilegítimamente la libertad económica de los contribuyentes; lo cual, desde toda perspectiva, es censurable constitucionalmente.

Ya esta Sala ha establecido en innumerables decisiones, que la justicia cautelar es un contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, como tal, constituye un deber ineludible del Estado procurarla (véanse, entre otras, sentencias N° 1832/2004, caso: *Bernardo Weininger*; 269/2005, caso: *Defensoría del Pueblo*; 4335/2005, caso: *Wilmer Peña Rosales y 960/2006, caso: ICAP II*). Ello conduce al planteamiento de que tal obligación de protección anticipada, no sólo reposa en la Ley o en el Juez, según sea el caso, sino –con mayor razón– en los órganos del Poder Público a los que está dirigida, de quienes demanda su máximo respeto, en estricto apego a las funciones propias de cada Poder, en cada uno de los niveles político-territoriales.

No entiende la Sala por qué la Ordenanza en cuestión se dedicó a regular lo concerniente al recurso jerárquico, pues conforme lo previsto en el último aparte del artículo 1 del mencionado Código, su aplicación resultaba supletoria para los Estados y Municipios, razón por la cual la entidad local no se encontraba vinculada a la legislación nacional en materia de procedimientos administrativos con contenido tributario, sino en la medida en que careciera de un ordenamiento propio en la materia.

Pero en el caso de la suspensión de efectos derivada de la interposición del recurso (*recitius*: acción) contencioso tributario, es claro que la Ordenanza aludida se rebeló ilegítimamente en contra de las previsiones del Poder Nacional. En efecto, esta Sala tiene claro que la materia relativa al ordenamiento adjetivo, que estatuye los mecanismos de acceso a la jurisdicción, se ampara en el marco de la reserva legal y, en tal sentido, compete exclusivamente

al Poder Nacional reglamentar la misma, tal y como disponía el artículo 136.24 de la Constitución de 1961 y, actualmente, el artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No se trata, advierte la Sala, de que la Ordenanza en cuestión estuviera viciada de ilegalidad al contravenir al Código Orgánico Tributario; sino que el Legislador Municipal abusó del poder regulatorio que se le había conferido tocando una materia que le estaba expresamente vedado normar, usurpando con ello las atribuciones propias del Poder Público Nacional.

Desde otra perspectiva, debe señalarse que el acto normativo impugnado hace escuetos esfuerzos por señalar que sus disposiciones no constituyen óbice para que los contribuyentes ejerzan las impugnaciones que estimasen procedentes, pero la realidad dictamina que tales afirmaciones no pasan de ser meras declaraciones de principios, desprovistas de contenido material.

En efecto, las condiciones que plantea la normativa impugnada –desde diversos ángulos- actúan como reprochables mecanismos de coacción para inhibir a los particulares a ejercitar sus derechos a impugnar los actos emanados de la Administración Tributaria local. Ya se vio que, en un primer momento, la Ordenanza impugnada obliga directamente a los contribuyentes que se ampararan en la suspensión de efectos del acto recurrido a pagar –al menos la mitad del tributo determinado e impugnado para continuar desarrollando su actividad económica, bajo pena de aplicar las sanciones ya descritas. Así las cosas, por la vía de los hechos, el acto normativo local *sub iudice* instaura la proscrita exigencia de *solve et repete*, condicionando el acceso a la jurisdicción a la satisfacción de una carga pecuniaria (pago parcial o constitución de garantía), limitando ostensiblemente el contenido de tal derecho fundamental y, por vía de consecuencia, el libre desarrollo de la actividad económica de los contribuyentes.

En relación con este tema, mediante sentencia N° 321/2002 (caso: *Papeles Nacionales Flamingo*) esta Sala dejó asentado que:

*“En cuanto a la exigencia de pago de la obligación tributaria previo al ejercicio del recurso, debe observarse que tanto el artículo 68 de la abrogada Constitución, como el 49.1 de la vigente, facultan a la ley para que regule el derecho a la defensa, regulación que se ve atendida por el ordenamiento adjetivo. Ello en modo alguno quiere significar que sea disponible para el legislador el contenido del mencionado derecho, pues éste se halla claramente delimitado en las mencionadas disposiciones; sino que, por el contrario, implica un mandato al órgano legislativo de asegurar la consagración de mecanismos que aseguren el ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, no sólo en sede jurisdiccional, incluso en la gubernativa, en los términos previstos por la Carta Magna. De esta forma, las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas; esto es, la sola previsión legal de restricciones al ejercicio del derecho de defensa no justifica las mismas, sino en la medida que obedezcan al aludido mandato constitucional.*

*En este sentido, se observa que la referida ordenanza (artículo 65) exigía que para admitir el recurso jerárquico en contra de un acto emanado de la administración tributaria local, el contribuyente debía pagar el impuesto o multa determinado por ella, o bien constituir garantías suficientes para asegurar el pago, en el caso de que el recurso no prosperare.*

*Ello así, conforme la norma aludida, fundada en un criterio de capacidad económica, se restringen las posibilidades de impugnación en sede administrativa, permitiendo el ejercicio de los recursos (únicamente) a aquellas personas que tengan disponibilidad para ese pago, pero mermando tal capacidad de impugnación a quienes -por cualquier motivo- no se encuentren en igual situación y, en consecuencia, el derecho a la defensa del contribuyente que se encuentre bajo este último supuesto”.*

Ello hace patente, además, que la Ordenanza impugnada vulnera el derecho de la defensa y de acceso a la jurisdicción de los contribuyentes, previstos en el artículo 68 de la abrogada Constitución de 1961 y recogidos en los artículos 26 y 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así se declara.

En otro orden de ideas, debe también rechazarse la directa vulneración a la garantía de irretroactividad de las leyes en que incurrió la Ordenanza estudiada, pues conforme su artículo “*los reparos fiscales determinados a los contribuyentes con anterioridad a la promulgación de la presente Ordenanza deberán ajustar su régimen tributario transitorio de conformidad a las disposiciones incluidas en esta Ordenanza, lo mismo que para obtener o renovar licencias, desde el mismo momento en que entre en vigencia la misma*”.

Por último, la Sala estima necesario acotar que las consideraciones que han sido vertidas en este fallo, no pierden contenido por la circunstancia de que el vigente Código Orgánico Tributario no haya previsto la suspensión automática de los efectos del acto (salvo que la impugnación tenga curso en sede gubernativa, ex artículo 247), pues el “*régimen de tributación provisoria*” que ha sido delatado en este juicio –cuyos cargos han sido estimados por esta juzgadora– tiene lugar por la sola impugnación (ante la Administración Tributaria o los órganos jurisdiccionales competentes) de los actos determinativos de tributos cuestionados y su aplicación excede la esfera del desacato a la tutela cautelar –como antes se vió– y tiene graves implicancias en el desarrollo de actividades económicas lícitas por parte de los contribuyentes en el Municipio Rosario de Perijá del Estado Zulia.

Atendiendo las consideraciones ya plasmadas, esta Sala estima con lugar la presente demanda y, en consecuencia, anula en su totalidad la Ordenanza sobre el Régimen de Contingencia al cual deberán someterse los contribuyentes que se le determinen Impuestos Complementarios por Reparos Fiscales, sancionada por el Concejo Municipal del Municipio Rosario de Perijá del Estado Zulia, publicada en la *Gaceta Oficial* de dicho ente político-territorial N° 113 de 03 de septiembre de 1996. Atendiendo la grave entidad de los cargos de inconstitucionalidad verificados, esta Sala Constitucional acuerda que la presente declaratoria de nulidad surta efectos hacia el pasado. En virtud de este pronunciamiento, quedan a salvo los reclamos a la responsabilidad del Municipio, en cuanto ente legislativo, por los daños ocasionados a los contribuyentes en virtud de la ordenanza declarada inconstitucional. Así, finalmente, se decide.

*Voto Concurrente del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López*

En virtud de la atribución conferida en el artículo 53 del Reglamento de Reuniones de este Alto Tribunal, quien suscribe, el Magistrado doctor **Francisco Antonio Carrasquero López**, consigna su opinión concurrente al contenido decisorio del presente fallo, en los siguientes términos:

El fallo concurrido declaró la nulidad de la Ordenanza impugnada, porque correctamente se razonó, que la misma presenta entre otros vicios, el de usurpación de funciones. Al respecto se observa, que aun cuando al segundo párrafo del folio 21 se deja expresa constancia que el análisis desarrollado no implica que la Ordenanza esté viciada de ilegalidad, la motivación expuesta realmente desarrolla lo contrario. En efecto, tal como se desprende del último párrafo del folio 18, la Sala precisó, que la Ordenanza estableció una serie de disposiciones en materia de recaudación de porciones de impuestos, tasas y contribuciones “*...no obstante que medie una cautela que opere ex lege, suspendiendo la eficacia del acto determinativo del tributo, a tenor de lo previsto en los artículos 183 y 189 del Código Orgánico Tributario vigente en el tiempo en que fue dictada la Ordenanza delatada...*”.

En el mismo sentido, al segundo párrafo del folio 19 estableció, que *“Queda así en evidencia el deliberado propósito del Legislador local de soslayar el contenido de las cautelas otorgadas ope lege por el Legislador Nacional y, por tanto, un claro desprecio a sus disposiciones”*.

Igualmente, el tercer párrafo de la página 20 señala, que *“No entiende la Sala por qué la Ordenanza en cuestión se dedicó a regular lo concerniente al recurso jerárquico, pues conforme lo previsto en el último aparte del artículo 1 del mencionado Código, su aplicación resultaba supletoria para los Estado y Municipios...”*.

De los estratos transcritos se evidencia, que contrariamente a lo descrito en el referido segundo párrafo del folio 21, la Sala basó la argumentación relativa al vicio de usurpación de funciones en la colisión de la Ordenanza impugnada y el entonces vigente Código Orgánico Tributario, por lo que se hace necesario precisar, que de acuerdo al criterio expuesto en la decisión N° 1307, del 28 de junio de 2006, (caso: *Narciso Cenovio Franco*), el control concentrado de la Constitución, constituye un mecanismo que permite mantener la coherencia del ordenamiento jurídico con los valores superiores que recoge la Constitución, lo cual supone, que el juicio de constitucionalidad, comprende analizar la eventual colisión de una determinada actuación con la supremacía constitucional.

De esta forma, tal como reiteró esta Sala en sentencia del 8 de noviembre de 2005, caso Alcaldía del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo, *“no es posible una acción de ilegalidad contra un acto de rango igualmente legal, como son las Ordenanzas, por cuanto el problema de la ilegalidad es un problema de fundamentación normativa, la cual se da en el segundo tramo de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico (cfr. Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, México, Porrúa, 1998, trad. de Roberto J. Vernengo, p. 232), es decir, en el momento de la ejecución directa e inmediata de la Constitución como norma superior, por lo cual únicamente en el siguiente tramo de dicha construcción, en el de la ejecución directa e inmediata de la ley, es que resulta posible plantear la ilegalidad de un acto, pues éste no ocupa la misma posición en el sistema de fuentes que la norma empleada para enjuiciar su conformidad con el ordenamiento.”*

Conforme a lo expuesto, el argumento de usurpación de funciones no debió centrar su análisis en la eventual discrepancia entre la Ordenanza impugnada y el Código Orgánico Tributario, sino en la colisión de la ley municipal y el propio texto fundamental, concretamente con la disposición contenidas en el artículo 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues dicho vicio de orden constitucional, se verificó por la invasión en la que incurrió el Municipio Rosario de Perijá Estado Zulia, sobre la esfera de competencias que el propio Texto Fundamental le otorga al Poder Nacional.

b. *Notificación*

**TSJ-SPA (2771)**

**30-11-2006**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Inversiones Venhos C.A. vs. Fisco Nacional

**La interposición del recurso de apelación contra las sentencias definitivas o interlocutorias, en materia tributaria, debe hacerse en el término legal correspondiente; es decir, dentro de los ocho (8) días de despacho contados a partir de la publicación de la sentencia si la misma fuere dictada dentro de los sesenta o treinta días continuos, según sea el caso.**

**Sin embargo, en aquellos casos en los cuales la sentencia se dicte fuera del lapso, este lapso de ocho (8) días de despacho debe comenzar a computarse una vez que conste en autos la última boleta de notificación.**

Corresponde a esta Sala pronunciarse respecto a la apelación interpuesta por el apoderado judicial de la contribuyente, contra el auto de fecha 1° de diciembre de 2004, dictado por el Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del entonces Distrito Federal y Estado Miranda, mediante el cual se oyó la apelación formulada por el representante judicial del Fisco Nacional, contra la sentencia N° 292 de fecha 12 de agosto de 1994, que declaró con lugar el recurso contencioso tributario interpuesto por los apoderados judiciales de la contribuyente.

En tal sentido, el apoderado judicial de la contribuyente alegó la extemporaneidad de la apelación interpuesta por el representante judicial del Fisco Nacional, contra la sentencia N° 292 dictada por el a quo en fecha 12 de agosto de 1994, ya que la misma fue llevada a cabo en el décimo cuarto día de despacho siguiente a la consignación de la última boleta de notificación en autos, y, en consecuencia, considera que la misma es inadmisibile, pues el lapso para la interposición de la apelación de sentencias dictadas fuera del lapso para ello, es de cinco días de despacho, de conformidad con el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil.

En tal sentido, observa la Sala que la norma prevista en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional dispone lo que se expresa a continuación:

*“Artículo 12.- Los Tribunales, Registradores y demás autoridades, deberán enviar al Ministerio de Hacienda y a la Contraloría de la Nación, copia certificada de los documentos que les presenten los particulares y de cuyo texto se desprenda algún derecho a favor del Fisco Nacional, a no ser que en el otorgamiento de dichos documentos hubiese intervenido el funcionario fiscal competente. Así mismo, debe notificarse, por la vía más rápida, al Procurador de la Nación y al Contralor de la Nación, toda demanda, oposición, sentencia o providencia, cualquiera que sea su naturaleza, que obre contra el Fisco Nacional. Así como la apertura de todo término para el ejercicio de un derecho o recurso por ante el Fisco.”*

Del contenido de la norma antes transcrita, se observa que todo Juez, Registrador y demás autoridades de la República, tiene la obligación *ex lege* de notificar al Procurador y Contralor General de la República, de toda demanda, sentencia o providencia que obre contra el Fisco Nacional, así como la apertura de todo término para el ejercicio de algún recurso y de la fijación de la oportunidad para la realización de algún acto.

Así, resulta necesario precisar que el legislador cuando concede expresamente un privilegio o una prerrogativa procesal a un ente político territorial o a un determinado órgano de la Administración Pública, sea ésta central o descentralizada, o de la Administración Contralora, no lo hace por mero capricho o porque la jerarquía del órgano o ente así lo requiere, sino que tales privilegios procesales son otorgados por la ley en atención a los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico que se dilucidan dentro de la controversia procesal, tal es el caso de los intereses patrimoniales del Estado que se ven debatidos en los juicios contencioso tributarios.

Ante tales consideraciones, ha sido criterio de esta Sala (*vid.* Sentencia del 2 de mayo de 2000, N° 00969, caso: *Goodyear de Venezuela*, reiterado recientemente en sentencia N° 0218 de fecha 17 de noviembre de 2004, Caso: *Banco Unión, S.A.C.A.*) que:

*“(...) el privilegio o prerrogativa procesal contemplado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional es, a todas luces, de obligatorio cumplimiento por parte de todas las autoridades a las cuales dicha norma hace referencia. Por tales motivos, cuando se instaure un proceso o se dicte aún sentencia que obre contra los intereses del Fisco Nacional, la misma debe ser puesta en conocimiento de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República, independientemente de que la sentencia sea dictada dentro de lapso de ley y sin consideración de que el Órgano Contralor sea parte o no en la causa donde haya recaído el fallo. Tal prerrogativa ex lege, no puede ser inaplicada o mediatizada puesto que, como se indicara precedentemente, ello implica un mecanismo de protección de intereses cuyo titular es, en definitiva, la ciudadanía. (...)”*

De acuerdo con lo expuesto, se desprende que los órganos jurisdiccionales se encuentran en la obligación de notificar a la Procuraduría General de la República y a la Contraloría General de la República de toda sentencia que obre contra los intereses del Fisco Nacional, aún cuando la misma haya sido dictada dentro o fuera del lapso previsto, todo ello con la finalidad de dar cumplimiento al privilegio procesal antes señalado dispuesto en la norma contenida en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

Tal privilegio, cabe destacar, se encuentra igualmente contenido en la disposición establecida en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 27.921 del 22 de diciembre de 1965, aplicable *ratione temporis* al caso de autos, la cual señala lo siguiente:

*“Artículo 38.- Los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador General de la República de toda demanda, oposición, excepción, providencia, sentencia, o solicitud de cualquier naturaleza que, directa o indirectamente, obre contra los intereses patrimoniales de la República. Dichas notificaciones se harán por oficio y deberán ser acompañadas de copia certificada de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto. El Procurador General de la República deberá contestarla en un término de noventa (90) días vencidos el cual se tendrá por notificado.*

*En los juicios en que la República sea parte, los funcionarios judiciales están igualmente obligados a notificar al Procurador General de la República de la apertura de todo término para el ejercicio de algún recurso, de la fijación de oportunidad para la realización de algún acto y de toda actuación que practique. En estos casos, las notificaciones podrán efectuarse en una cualquiera de las personas que ejerzan la representación de la República en el referido asunto. Vencido un plazo de ocho (8) días hábiles, se tendrá por notificada la República.*

*En las notificaciones a que se refiere el primer aparte de este artículo, para los asuntos que cursen ante la Corte Suprema de Justicia se aplicaran preferentemente las normas que establezca la Ley respectiva.*

*La falta de notificación será causal de reposición a instancia del Procurador General de la República”. (Destacado de la Sala).*

Por otra parte, dispone el artículo 195 del Código Orgánico Tributario de 1994, aplicable *ratione temporis* al caso de autos, con respecto al lapso para la interposición del recurso de apelación en los juicios contencioso-tributarios, lo siguiente:

*“Artículo 195.- De las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Primera Instancia o de las interlocutorias que causen gravamen irreparable por la definitiva, podrá apelarse dentro del término de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la publicación de la sentencia y se seguirá el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil.*

*Cuando se trate de la determinación de tributos o de la aplicación de sanciones pecuniarias, este Recurso procederá sólo cuando la cuantía de la causa exceda de cien unidades tributarias (100 U.T.) para las personas naturales y de quinientas unidades tributarias (500 U.T.) para jurídicas.*

**Parágrafo único. El lapso para apelar por parte del Procurador General de la República, se contará a partir del vencimiento del plazo de ocho (8) días hábiles.** (Destacado de la Sala).

De este modo, la norma transcrita establece que la interposición del recurso de apelación contra las sentencias definitivas o interlocutorias, en materia tributaria, debe hacerse en el término legal correspondiente; es decir, dentro de los ocho (8) días de despacho contados a partir de la publicación de la sentencia si la misma fuere dictada dentro de los sesenta o treinta días continuos, según sea el caso. Sin embargo, debe señalar esta Alzada que en aquellos casos en los cuales la sentencia se dicte fuera del lapso, este lapso de ocho (8) días de despacho debe comenzar a computarse una vez que conste en autos la última boleta de notificación.

Con respecto al último supuesto señalado anteriormente, es oportuno señalar que en decisión N° 00496 del 19 de marzo de 2002, (caso: *Consortio Edviagro-Cable Belt*), esta Sala dejó establecido que en el proceso judicial, la figura de la notificación sirve como instrumento para garantizar a las partes de un juicio el ejercicio del derecho a la defensa, pues asegura la participación de los sujetos procesales, a objeto de preservar la certeza jurídica, la igualdad de tratamiento y la lealtad dentro del contradictorio. En efecto, para que pueda proceder la apelación de la sentencia definitiva, las partes que intervienen en el juicio deben estar a derecho, es decir, luego de estar debidamente notificadas de las actuaciones que así lo ameriten.

Aunado a lo anterior, se considera que las partes están a derecho cuando en el expediente constan todas y cada una de las boletas de notificaciones libradas a las mismas, debidamente firmadas por ellas y sólo a partir de la fecha de consignación de la última de dichas boletas debidamente notificadas, comienza a correr el lapso para interponer el recurso de apelación que corresponde, con lo que se garantiza el derecho a la defensa y al debido proceso e igualdad de las partes que intervienen en el proceso; a su vez se otorga seguridad jurídica para el cómputo del lapso de apelación, todo ello de conformidad con la norma prevista en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, se evidencia tanto de la norma establecida en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, como del Parágrafo Único del artículo 195 del Código Orgánico Tributario de 1994, aplicables *ratione temporis* al caso de autos, el establecimiento de una prerrogativa procesal en favor de la República, al contemplar un lapso de ocho (8) días hábiles siguientes a la consignación en autos de la última de las notificaciones para que el Procurador General de la República se entienda notificado, con lo cual se colige que a los efectos de interponer el recurso de apelación, el Procurador contaba con el lapso que resultare de adicionar a los ocho (8) días a que se refiere el aludido artículo 38, que se computan desde que consta en autos la última de las notificaciones, los ocho (8) días de despacho previstos en el precitado artículo 195 del Código Orgánico Tributario de 1994, pues es esta norma la que establece el lapso para la interposición del recurso de apelación, (*Vid.* sentencia N° 00138 de fecha 19 de febrero de 2004, Caso: *Fundación Servicio para el Agricultor (FUSAGRI)*).

En consecuencia, debe esta Alzada, desestimar el argumento planteado por el apoderado judicial de la contribuyente, referente a que el lapso de apelación de las sentencias dictadas fuera del lapso es el de cinco días, establecido en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, pues de conformidad con el artículo 1° del Código Orgánico Tributario de 1994, “*Las disposiciones del presente Código Orgánico Tributario son aplicables a los tributos nacionales y a las relaciones derivadas de ellos*”.

Es decir, al gozar la materia tributaria del carácter de especialidad, las normas establecidas en el Código Orgánico Tributario son de aplicación preferente, con respecto a las del Código de Procedimiento Civil, las cuales tienen aplicación en forma supletoria.

### VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control concentrado de la constitucionalidad: Cosa juzgada de la sentencia: Re-edición del acto normativo*

**TSJ-SC (2154)**

**6-12-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: C.A. Agropecuaria San Francisco y otras.

**Sólo en caso de ser obvia la reedición puede eliminarse el proceso judicial correspondiente, una de cuyas fases esenciales es el contradictorio.**

1. Se ha pedido a esta Sala que ejecute el fallo N° 2855/2002, que anuló el artículo 89 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (dictada por Decreto N° 1546, con Rango y Fuerza de Ley, publicado en la *Gaceta Oficial de la República* N° 37.323 del 13 de enero de 2001) y, en consecuencia: 1) declare también la inconstitucionalidad del artículo 85 de la vigente Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (publicada en *Gaceta Oficial de la República* N° 5771 Extraordinario del 18 de mayo de 2005), por cuanto constituye reedición, con otra redacción, de la norma anulada; y 2) deje sin efecto una decisión del Instituto Nacional de Tierras (Resolución S/N de 29 de septiembre de 2005), por la cual, con base en ese artículo 85, se acordó una medida cautelar que afecta a fundos que –según se alega– son propiedad de los solicitantes.

2. En efecto, esta Sala anuló, a instancia de la Federación Nacional de Ganaderos de Venezuela (FEDENAGA), el artículo 89 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicada el 13 de enero de 2001, en el que se disponía:

“Iniciado el procedimiento, el Instituto Nacional de Tierras podrá intervenir las tierras objeto de rescate que se encuentren ociosas o incultas, de conformidad con lo previsto en el presente Decreto Ley.

La intervención de tierras ociosas o incultas se acordará por el directorio del Instituto Nacional de Tierras de manera preventiva, a fin de hacer cesar la situación irregular de las mismas. En el acuerdo de intervención el Instituto Nacional de Tierras dictará las condiciones de la misma según el caso particular, fijando:

1. Si se ocupa o no preventivamente por grupos campesinos de manera colectiva con fines de establecer cultivos temporales, con prohibición de establecer bienhechurías permanentes mientras se decide el rescate.
2. El tiempo de la intervención, el cual tendrá una duración máxima de diez (10) meses, prorrogable por igual período.
3. Las normas dirigidas a proteger los recursos naturales existentes en las tierras intervenidas.
4. Cualquier otra condición que el Instituto Nacional de Tierras estime conveniente”.

Como fundamento de la declaratoria de inconstitucionalidad y su consecuente anulación, la Sala sostuvo en el fallo N° 2855/2002 lo siguiente:

“Respecto a la inconstitucionalidad de la norma que contiene el artículo 89, que dispone que iniciado el procedimiento de rescate de tierras, la Administración podrá intervenir las mismas, expresó la parte recurrente que ésta transgrede el principio de separación de los poderes públicos, ya que dispone el rescate de tierras de propiedad pública que se encuentre en manos de terceras personas y presenten la característica de estar en estado de ociosidad, lo que constituye una violación al principio constitucional de la separación de los poderes públicos, pues con dicho dispositivo la Administración, con su sola voluntad, puede declarar inculta la tierra y la faculta para dictar una medida cautelar en una causa donde el mismo es parte y asume el rol de juzgador.

En su criterio ‘(...) tal atribución debería ser producto de la materialización de un proceso judicial que conduzca al juzgador a tal concepto, garantizándole al ciudadano los derechos fundamentales de igualdad, defensa e imparcialidad que la actividad jurisdiccional otorga a diferencia del ente administrativo, el cual por esencia tiene el predominio del *ius imperium* y un compromiso con una gestión política, imprescindible pero que le hace parcial en sus criterios’.

En este sentido, la Sala hace valer acá los argumentos expuestos en el apartado anterior para señalar que, con el ejercicio de los poderes inquisitivos de la Administración en el procedimiento administrativo, *per se*, no se está transgrediendo el principio de división de poderes, ya que la estructura orgánica y funcional del Estado, que estableció nuestra Constitución vigente, al igual que la imperante bajo la vigencia de la Constitución de 1961, estipula una División de Poderes (conceptualización flexible) que permite que cada uno de los órganos que ejercen los distintos Poderes Públicos colaboren entre sí, surgiendo como corolario de esta situación que la separación de funciones no coincida directamente con la división de poderes, encontrándose muchas veces en la actividad jurídica de los órganos del Estado, que éstos ejerzan, además de las funciones que le son propias por orden constitucional, funciones que son características de otros Poderes.

Sin embargo, también es de indicar que los procedimientos administrativos ablatorios, aquellos que tienen por objeto disminuir la esfera jurídica de los administrados mediante la restricción de un derecho, deben estar dotados de mayores garantías para aquéllos, de forma tal que la potestad administrativa sea ejercida de manera congruente y adecuada a los fines propuestos por el ordenamiento, garantizándose así el apego a la ley de la actuación administrativa.

Es así como el test de constitucionalidad de una norma que disponga la posibilidad de que la Administración instaure un procedimiento ablatorio es más estricto, pues con ella se están restringiendo, de manera directa, derechos subjetivos afectándose enormemente la situación jurídica del administrado. En tal sentido, se observa que si bien el título al cual pertenece la norma en referencia trata del rescate de las tierras propiedad del Instituto Nacional de Tierras, el artículo 89 trata de la intervención de esas tierras, rubricadas como ociosas o incultas, de manera preventiva, para hacer cesar esa situación, esto es, el carácter ocioso o inculto.

Como puede desprenderse, la finalidad de la intervención previa no guarda correspondencia con la instauración del procedimiento ablatorio, esto es, la necesidad de recuperación de las tierras propiedad del Instituto Nacional de Tierras ocupadas ilegal o ilícitamente, inexistiendo la debida adecuación a los hechos de esa potestad otorgada a la Administración, ya que, en todo caso, esa será una medida que corresponde con la necesidad de solventar el carácter ocioso o inculto de la tierra y no con la ocupación ilegal o ilícita de la misma, por lo cual, ante esa situación, y no existiendo tampoco una proporcionalidad entre la intervención instituida por el artículo y el carácter ocioso o inculto de la tierra, pues una vez finalizado el procedimiento administrativo correspondiente, la Administración, por el principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, podrá entrar en posesión directa del bien, lo cual no justifica una intervención momentánea, esta Sala declara la inconstitucionalidad de la norma en referencia porque transgrede el derecho constitucional a la propiedad, dado que no es posible una interpretación que la adecue al ordenamiento constitucional. Así se decide”.

3. Tal como lo ha relatado el apoderado de las compañías solicitantes de la ejecución del fallo N° 2855/2002, la Asamblea Nacional reformó en el año 2005, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (que había sido dictada originalmente por Decreto con Rango y Fuerza de Ley). Entre las previsiones del texto vigente figura el artículo 85, en el que se dispone:

*“Dictado el acto de inicio de procedimiento para el rescate de las tierras, el Instituto Nacional de Tierras ordenará la elaboración de un informe técnico y, en ejercicio del derecho de rescate sobre las tierras de su propiedad, podrá dictar medidas cautelares de aseguramiento de la tierra susceptible de rescate, siempre que éstas guarden correspondencia con la finalidad del rescate de la tierra, sean adecuadas y proporcionales al caso concreto y al carácter improductivo o de infrautilización de la tierra.*

*Toda medida cautelar dictada de conformidad con el presente artículo deberá ser notificada personalmente a los ocupantes afectados directamente por la misma en el acto de su ejecución. En caso de no poder practicarse la notificación personal en dicho acto, se continuará con su ejecución y se ordenará fijar en la entrada de la finca la respectiva boleta, en cuyo caso, se considerará notificado. Si aun así no fuese posible practicar la notificación, se ordenará su publicación en la Gaceta Oficial Agraria.*

*En todo caso, los ocupantes afectados directamente podrán ejercer los recursos consagrados en la ley. Las formas de notificación establecidas en este artículo podrán aplicarse a todos los procedimientos administrativos previstos en la presente Ley.*

*La medida cautelar de aseguramiento de la tierra susceptible de rescate, deberá establecer el tiempo de duración de la misma y la garantía del ejercicio del derecho de permanencia de los sujetos referidos en los artículos 17, 18 y 20 de la presente Ley.*

*El procedimiento previsto en el presente Capítulo tiene carácter autónomo; en consecuencia, para iniciarlo no será necesario agotar ningún acto previo”.*

*Para los solicitantes, esa norma es una reedición del artículo anulado por la Sala en el fallo N° 2855/2002, por cuanto en ambos textos se prevén unas medidas, aun con diferente nombre, que son “indefectiblemente inconciliables con el derecho constitucional a la propiedad previsto en el artículo 115 de la Constitución”, medidas que fueron consideradas inconstitucionales por esta Sala, pues –según destacaron– “no existía ningún tipo de proporcionalidad entre la intervención preventiva de la tierra y la posibilidad de recuperarla en caso de estar ocupada de manera ilícita, y tampoco existía esa proporcionalidad en los casos en que la tierra fuese considerada oculta u ociosa”.*

De ese modo, denunciaron los solicitantes que *“la Reforma de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrícola (sic) ha pretendido burlar la declaratoria de inconstitucionalidad (...), con la reedición de la misma norma, modificando simplemente algunos aspectos textuales, pero que en definitiva conllevan a (sic) los mismos resultados que trató de erradicar esa Sala Constitucional”.*

En el caso que se trae ahora a conocimiento de esa Sala, el resultado sería la adopción, sin procedimiento previo, de una medida que afecta tierras que, según el Instituto Nacional de Tierras (INTI), estarían ociosas y respecto de los cuales –también según ese ente– no existiría prueba de la titularidad privada, permitiéndose entonces que terceras personas las ocupen. Para los solicitantes de la presente ejecución de sentencia, la actuación del INTI, basada en la norma vigente de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, carece de la debida correspondencia con la finalidad de la atribución de la competencia, que fue lo que dio lugar precisamente a la declaratoria de inconstitucionalidad de aquel artículo 89.

4. Expuesto todo lo anterior, la Sala observa que es evidente que la presente solicitud no se corresponde con la finalidad de la fase de ejecución de sentencias, sino que en realidad esconde una pretensión de anulación de una nueva disposición legal, distinta a la originalmente anulada, pero obviando el debido procedimiento de cognición.

En efecto, basta la lectura de la norma vigente –la que, en criterio de los solicitantes, constituye reedición de la anulada por la Sala– para constatar que se trata de *disposiciones distintas*. No puede prejuzgar la Sala acerca de la similitud de *fondo* entre ambas, pero sí puede afirmar que, en apariencia, son diferentes. La propia argumentación de los solicitantes así lo revela, pues dedican varios párrafos a intentar demostrar que, pese a la diversa redacción, en realidad se ha repetido el texto que fue considerado inconstitucional por la Sala.

Ciertamente, esta Sala ha declarado que en casos de reedición de normas, en el sentido de *repetición* del texto, es procedente extender los efectos de la decisión anulatoria inicial, a fin de abarcar con ellos la nueva disposición, sin necesidad de un nuevo juicio, como único mecanismo idóneo para hacer efectivo el fallo que resolvió la demanda de inconstitucionalidad (sentencias N° 181/2006, caso: “*Rafael Chavero*”; y N° 728/2006, caso: “*Sonia Sgambatti*”). Los casos fueron los siguientes:

En primer lugar, esta Sala, por sentencia N° 1942/2003, anuló los artículos 223 y 226 del Código Penal del año 2000. Sin embargo, en la publicación de la reforma de 2005 (y su reimpresión) se repitió el texto de esas normas, si bien con otra numeración (el artículo 223 pasó a ser 222; el artículo 226 pasó a ser 225). Por ello, la Sala, al ser solicitada su intervención a fin de evitar que el fallo original perdiera efectividad, sostuvo lo siguiente (sentencia N° 181/2006):

*“Conforme a la vigente Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, corresponde a la Sala Constitucional (salvo excepciones) el control concentrado de la Constitución, y podrá declarar la nulidad de leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando coliden con aquella. Este control concentrado se ventila mediante el proceso de nulidad establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y antes en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.*

*Tratándose de una actividad jurisdiccional, emanada de la jurisdicción constitucional (artículo 334 constitucional), la declaratoria de nulidad, así como sus alcances, son el resultado de una sentencia que produce efectos erga omnes, convirtiéndose en cosa juzgada al respecto.*

*Como cosa juzgada, la nulidad declarada debe ser acatada y respetada por los órganos legislativos que dictaron la ley anulada total o parcialmente, o por los órganos del poder público que produjeron el acto, ya que la sentencia firme equivale a una ley (artículo 273 del Código de Procedimiento Civil) y es vinculante hacia el futuro (artículo 273 del Código de Procedimiento Civil), sin que ningún juez pueda volver a sentenciar la controversia ya decidida por un fallo (artículo 272 del Código de Procedimiento Civil), por lo que el tema juzgado en el proceso no es objeto de nueva discusión y la colectividad en su totalidad (personas naturales y jurídicas), deben respetar la nulidad declarada sin poder alzarse contra ella.*

*A falta de disposiciones específicas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, los caracteres de la cosa juzgada contenida en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil (artículos 1396 del Código Civil y 272 y 273 del Código de Procedimiento Civil) están presentes, en lo posible, en las sentencias definitivamente firmes dictadas por los jueces que ejercen la jurisdicción en materia constitucional, y uno de esos caracteres es el de la presunción legal que impide, por la autoridad de la cosa juzgada, que lo que ha sido objeto de la sentencia firme, vuelva a discutirse, o pierda sus efectos, por lo que éstos se mantienen en el tiempo.*

*Consecuencia de ello, es que la nulidad declarada por inconstitucionalidad que indica con precisión la disposición anulada (artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), invalida la ley o el acto, señalando sus efectos *ex nunc* o *ex tunc* (artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), pero siempre partiendo de la base que hacia el futuro dejó de existir la ley anulada total o parcialmente, sin que ella tenga vigencia alguna. Pero ¿qué sucede si el órgano legislativo dicta de nuevo la ley desacatando la cosa juzgada?*

*A juicio de esta Sala, tal violación a la cosa juzgada no produce ningún efecto, debido a los caracteres que antes la Sala ha señalado a esta institución.*

*La nulidad declarada sigue vigente, sin que pueda volverse a discutir a guisa de reedición de la ley o nueva aprobación por el órgano legislativo.*

*De ocurrir tal situación, reedición o nueva aprobación, ¿será necesario que se incoe nuevo juicio de nulidad contra la norma inconstitucional?*

*La Sala observa que conforme a disposición expresa contenida en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la nulidad por inconstitucionalidad es de orden público, y en el proceso la Sala Constitucional puede suplir de oficio las deficiencias o falta de técnica del recurrente.*

*Siendo la materia de orden público, y siendo a su vez el Tribunal Supremo de Justicia el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); estando facultado la Sala Constitucional para establecer interpretaciones vinculantes sobre el contenido y alcance de los principios constitucionales, la Sala considera que los efectos de la cosa juzgada que declare la nulidad, operan de pleno derecho, sin que reediciones, o la aprobación de nuevas leyes que dupliquen lo anulado, puedan menoscabar la cosa juzgada, y que por tanto, de oficio, -como aplicación de la institución de la cosa juzgada y sus efectos extensivos- dentro del proceso donde se dictó la nulidad, puede anular cualquier ley o acto que contradiga la cosa juzgada, limitándose, sin necesidad de citar a nadie, a cotejar lo declarado en la sentencia con las nuevas disposiciones que reproducen las anuladas, una vez que por cualquier vía constata la existencia del desacato a la nulidad declarada.*

*A juicio de esta Sala, ante la situación objetiva que se comprueba con la confrontación que demuestra la identidad entre lo anulado y lo reeditado, y como preservación de la cosa juzgada, no hace falta citar a nadie, sino verificar su burla” (Vid. Sent. N° 181/2006).*

Como se ve, en el caso del fallo parcialmente transcrito, la Sala comparó las normas anuladas con las publicadas en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* en los meses de marzo y abril de 2005. Al hacerlo, constató que eran las mismas, lo que le llevó a declarar que existía “*divergencia entre lo sentenciado por esta Sala Constitucional respecto de las normas anuladas del Código Penal de 2000, y las contenidas en estos últimos artículos*”, a lo que agregó:

*“(…) la Sala no reconoce efecto alguno a los artículos 222 y 225 de la Ley de Reforma del Código Penal, toda vez que son repetición de los anulados en el fallo N° 1942, el cual dejó delimitado el contenido de dichas normas como antes se apuntó, sin que pueda entenderse la declaración de este fallo como la nulidad incidental a que se refiere el artículo 5, segundo aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que se trata de la ejecución de un fallo dictado por esta Sala que ha sido contrariado por el órgano legislativo nacional.*

*Como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, se declara la reedición de las normas contenidas en los artículos 222 y 225 y, en consecuencia, nulos los artículos 223 y 226 en los términos establecidos en la sentencia N° 1942 de 2003*

*En virtud de la declaratoria anterior, los efectos de este fallo tienen carácter ex tunc, es decir, desde la publicación del fallo N° 1942 del 15 de julio de 2003, y, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se ordena la publicación de la misma en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, la cual señalará en el Sumario: ‘DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA MEDIANTE LA CUAL SE DECLARA LA REEDICIÓN LOS ARTÍCULOS 222 Y 225 DE LA LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL, PUBLICADO EL 13 DE ABRIL DE 2005 EN LA GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA N° 5.768 EXTRAORDINARIO’” (mayúsculas del fallo citado).*

La Sala, pues, ante la evidente repetición de las normas, le bastaba con extender los efectos del fallo, lo cual, como no podía ser de otro modo, se hizo con carácter retroactivo, como si esos artículos del Código Penal nunca hubieran sido reeditados.

Algo similar ocurrió con otra norma del Código Penal: fue solicitada ante la Sala la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición que había sido anulada por la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, mediante sentencia del 5 de marzo de 1980. La norma anulada –artículo 423– estaba contenida en el Código Penal reformado en 1964. Sin embargo, en el año 2000 la Comisión Legislativa Nacional sancionó un Código Penal que repitió la norma anulada, conservando incluso el número del artículo. En la reforma del año 2005 se repitió una vez más la norma, si bien con el número 421. La Sala, ante tal circunstancia, sostuvo que la nueva demanda debía ser decidida *in limine*, sin necesidad de tramitación. Al respecto se lee en el fallo (N° 728/2006):

*“Como se observa, se trata de la misma norma anulada en 1980, que había sido reeditada en el año 2000 y que, al no ser objeto de reforma en 2005, sigue figurando en el Código Penal.*

*Así las cosas, es evidente que la norma impugnada (contenida hoy en el artículo 421 del Código Penal) fue objeto de anulación por la extinta Corte Suprema de Justicia, y que la motivación de dicha sentencia anulatoria, aunque referida a los artículos de la Constitución de 1961, vigente para aquella oportunidad, se ajusta absolutamente a lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.*

*No cabe ahora iniciar un nuevo proceso que no puede más que conducir nuevamente a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo del Código Penal; lo procedente, en consecuencia, es ratificar el fallo anulatorio sin necesidad de procedimiento, pues debe recordarse que los fallos anulatorios de normas tienen efecto erga omnes y nunca inter partes, que es el supuesto de la cosa juzgada regulada por el Código Civil. Las normas anuladas desaparecen jurídicamente y, por tanto, nadie puede invocarlas ni aplicarlas. Esos fallos provocan verdadera cosa juzgada, en el sentido de que el caso no es replanteable. Ello es así incluso por razones lógicas que van más allá de la necesidad de mantener el criterio adoptado por la Sala: ocurre por cuanto la anulación elimina la norma como tal, le quita vigencia, y es un principio en nuestro derecho que sólo son impugnables las normas vigentes.*

*No es ese el caso de autos, pues en este existe la peculiaridad de que la norma anulada fue reeditada, por lo que volvió a entrar en vigencia en el año 2000, y es otra vez pasible de recurso por inconstitucionalidad y, por tanto, objeto de anulación. Ahora bien, el pronunciamiento previo permite hacer ese juzgamiento sin necesidad de procedimiento. Se trata de entender inconstitucional no sólo un artículo concreto (con un determinado número, publicado en determinada Gaceta), sino una disposición concreta: en este caso, la atenuación de la pena en ciertos supuestos de homicidio y/o lesiones.*

*De ese modo, si el Tribunal ha decidido ese caso, si bien en referencia a otro artículo, el enunciado objeto de pronunciamiento no tiene ya cabida en el ordenamiento jurídico, lo que además trae como consecuencia que, de ser reeditada, baste plantear el caso ante esta Sala para que ratifique la decisión judicial”.*

Declarado lo anterior, la Sala hizo lo mismo que en el precedente –N° 181/2006– extendió los efectos de la declaratoria de anulación original –de 1980– y los retrotrajo hasta esa fecha. Se dispuso así:

*“(…) constatada como ha sido la identidad entre la norma anulada en 1980 y la publicada en los años 2000 y 2005, por lo que procede anularla in limine, como forma de hacer efectivo el fallo original, cuyo efecto de cosa juzgada no sólo implica la desaparición del acto con efectos erga omnes, sino también la imposibilidad de incorporarlo nuevamente al ordenamiento.*

*Por lo expuesto, como extensión y aplicación de la cosa juzgada existente, se declara la reedición de la norma contenida en el artículo 423 del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 915 Extraordinario, del 30 de junio de 1964, en el artículo 421 del Código Penal publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768, Extraordinario, del 13 de abril de 2005. En consecuencia, se declara nulo el artículo 421 del Código Penal, publicado el 13 de abril de 2005, en los términos establecidos en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno el 5 de marzo de 1980. Así se decide.*

*En virtud de lo anterior, los efectos de este fallo tienen efectos ex tunc, es decir, desde la publicación del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia en Pleno el 5 de marzo de 1980 (...)*

5. La presente solicitud no guarda identidad con esos dos casos previos, por no tratarse de repetición de normas, que haga inútil cualquier análisis. Ha quedado evidenciado en el apartado correspondiente que son disposiciones de distinto contenido y ello debe ser necesariamente tomado en consideración.

Por más que el apoderado de las compañías solicitantes insista en su escrito en la necesidad de que esta Sala haga respetar sus sentencias –aparte del deber de todo juez de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado-, lo cierto es que le es imposible, bajo pretexto de hacer cumplir lo decidido, obviar el procedimiento en el cual los interesados –demandante, autor del acto, órganos estatales de representación jurídica, Ministerio Público e incluso terceros- formulen sus consideraciones.

La Sala, en los dos precedentes relacionados con el Código Penal, pudo prescindir del análisis, con lo que extendió los efectos de los fallos anulatorios de manera sencilla. De hecho, en ambos casos lo ocurrido parecía más bien una inadvertencia –atribuible al Legislador o al Ejecutivo, al publicar el texto de las sucesivas reformas del Código- que una conducta deliberada. El presente caso es muy distinto: el Legislador dictó una nueva disposición que, aunque se estime reedición de la anterior, tiene un texto diferente que impide verla como una repetición. Sólo en caso de ser obvia la reedición puede eliminarse el proceso judicial correspondiente, una de cuyas fases esenciales es el contradictorio.

Se le está pidiendo a la Sala que efectúe un análisis jurídico con relevante consecuencia –la anulación de una norma legal-, fuera de todo procedimiento conducente a formarse criterio y a permitir a otros ayudarle en tal labor, lo que no es procedente.

6. Se ha planteado la presente solicitud como una ejecución de sentencia. Sin embargo, resulta obvio que no se trata de tal ejecución, sino de la necesidad –para los peticionantes- de prescindir de una demanda autónoma de anulación, con el trámite correspondiente. Adujeron los solicitantes que sería “absurdo” tener que incoar una nueva acción, cuando bastaría con confrontar las normas y declarar que la vigente repite la anulada, con lo que debe correr idéntica suerte.

Para la Sala, por el contrario, el ejercicio de una nueva acción no sólo no resulta absurdo, sino que es una necesidad de justicia. No se trata, según se ha visto, de normas idénticas, que evitarían a la Sala efectuar un análisis acerca de la supuesta reedición, sino de disposiciones de contenido distinto. Si la nueva redacción constituye un disfraz para ocultar la norma anulada –como es el criterio de los solicitantes-, es precisamente un asunto de estudio que corresponderá a este Alto Tribunal efectuar con ocasión de una demanda y nunca en fase de ejecución de un fallo que se refiere a otro texto.

7. La exigencia de una demanda propia no implica, como aseguran los solicitantes, violación alguna a los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva: al contrario, ambos derechos quedan suficientemente garantizados con la posibilidad de interposición de tal demanda, contentiva de pretensión anulatoria. Además, la nueva acción no sólo garantiza

esos derechos, sino que asegura otro: el derecho al debido proceso, el cual no está concebido únicamente para proteger los intereses de los afectados por una norma, sino también los intereses del órgano público que la dictó y los de toda aquella persona que desee aportar alegaciones en sentido favorable o desfavorable a la declaratoria de violación constitucional.

Es de resaltar que, en ejercicio del derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, el nuevo demandante tiene a su alcance todos los medios que ofrece el ordenamiento jurídico, en especial la solicitud de medidas preventivas, para las cuales podría invocar –de ser pertinente- el precedente judicial que permitiría demostrar el *fumus boni iuris*.

De ese modo, pues, existe el mecanismo idóneo para plantear el caso ante este Alto Tribunal y, además, lograr una protección previa –si se cumplen los extremos de ley- que protegería la situación del accionante.

8. Estima la Sala, entonces, que son los solicitantes quienes con su planteamiento desnaturalizan la finalidad de la adopción de medidas de ejecución de sentencias. Sin duda, como ellos mismos sostienen en su escrito, no hay justicia idónea sin que existan mecanismos para lograr el cumplimiento de los fallos, pero no parecen reparar en que no todo fallo es ejecutable de la misma manera. Debe tenerse presente que el fallo N° 2855/2002 es de naturaleza declarativa –de la inconstitucionalidad de una norma, que genera como consecuencia su anulación-, por lo que se basta a sí mismo, sin necesidad de orden de ejecución alguna: la norma pierde vigencia y por tanto, no forma parte del ordenamiento.

Por supuesto, aun bastándose a sí misma, toda sentencia genera deberes, uno de los cuales es el de atenerse a lo que en ella se declara. En tal sentido, un fallo anulatorio obliga a los órganos con poder normativo a tener en cuenta el criterio que dio lugar a tal declaración y no repetir la conducta. No puede el fallo, sin embargo, convertirse en impedimento para que el órgano con tal poder de normación (la Asamblea Nacional, en este caso) ejerza su competencia constitucional y decida regular de nuevo la situación. Al hacerlo debe someterse a lo decidido en la sentencia, pero está en libertad de apreciar la manera en que ello se hará.

Debe tenerse presente que los fallos anulatorios, salvo que se disponga lo contrario según las circunstancias del caso, no contienen órdenes que sean ejecutables. Existe, claro, la obligación de atenerse a su contenido, pero ello no es una orden en sentido jurídico. Sólo se ejecutan los fallos que requieren, por parte del condenado, una conducta posterior para hacerlos efectivos, lo cual no es el caso de autos.

Si la Asamblea Nacional, al reformar la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, haciendo uso de sus poderes constitucionales, ha incurrido de nuevo en violación del Texto Fundamental –deliberada o inadvertidamente- es un asunto que debe ser ventilado en un posterior proceso y no a través de una solicitud de ejecución del fallo previo, la cual es a todas luces impropio.

La reforma de dicha Ley no ha sido una inexecución del fallo, aun cuando se demostrase que se repite el vicio que dio lugar a la anulación de la ley previa, por lo que el debate acerca de su constitucionalidad sólo cabe en un proceso autónomo.

9. Por ello mismo, tampoco es correcta la invocación que hacen los solicitantes acerca del criterio que ha servido a esta Sala para extender los efectos de los mandamientos de amparo a personas que no fueron parte del juicio, siempre que su situación sea la misma de quienes sí participaron y se aprovecharon originalmente de la orden judicial.

En efecto, en esos casos existe el análisis acerca de la actuación del agravante y lo que se hace es analizar luego la situación de los otros agraviados; de ser idénticas, el mandamiento se extenderá a ellos, a fin de lograr también su protección.

Bien distinto es el caso de autos: por más que se sostenga que la situación de los agraviados (los afectados por las normas) es la misma, los actos que generan el agravio (por su supuesta inconstitucionalidad) son diversos. Efectuar la extensión que pretenden los solicitantes —en este caso, dejar sin efecto una decisión del INTI— implica juzgar un nuevo acto, lo que no es posible sin procedimiento previo de cognición.

En consecuencia de lo anterior, esta Sala desestima la presente solicitud de ejecución de la sentencia N° 2855/2002.

Así se declara.

2. *Acción de Inconstitucionalidad: Objeto. Normas derogadas*

**TSJ-SC (2153)**

**6-12-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Impugnación de los artículos 3 y 55.a de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio Chacao del Estado Miranda, G. M. N° Ext. 2246, del 20 -10 -1998.

**Cuando las normas impugnadas se encuentran derogadas, la decisión de la Sala debe abarcar también las normas vigentes, así no se hayan impugnado y no tengan vinculación con el acto administrativo objeto de la demanda.**

Son dos los pronunciamientos que debe hacer la Sala antes de decidir el recurso: 1) la determinación del objeto de la demanda, toda vez que la Ordenanza impugnada ha sido derogada; y 2) la petición de la parte actora, contenida en su escrito de informes, de rechazar la representación que se atribuyen los apoderados del Municipio Chacao del Estado Miranda. Al respecto observa la Sala:

**1. Sobre el objeto de la demanda:**

Esta Sala solicitó a la parte demandante información acerca de la vigencia de la Ordenanza impugnada, publicada en la *Gaceta Municipal* N° Extraordinario 2246, del 20 de octubre de 1998. Ahora bien, aunque la accionante, al ratificar su interés en la continuación del proceso, no suministró la información que le fue requerida, la Sala tiene constancia de que fue derogada y sustituida por otra.

La Sala pidió información sobre la vigencia de la ordenanza impugnada, toda vez que, habiendo sido dictada en 1998, era probable su derogatoria y se hacía necesario determinar si, aparte de la demanda contra esa Ordenanza y contra la Resolución de efectos particulares, era también necesario extender el pronunciamiento a las nuevas normas dictadas, si reprodujesen las disposiciones derogadas.

En efecto, en casos como el de autos la Sala está obligada a resolver la demanda respecto de las normas originalmente impugnadas, así no estén vigentes, toda vez que se ha solicitado también la anulación de una Resolución de carácter particular que las aplicó, impugnación conjunta que se basó en el artículo 132 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hoy permitida por el cardinal 50 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En pacífica jurisprudencia, esta Sala ha dejado establecido que es procedente enjuiciar normas derogadas cuando hubieren surtido efectos sobre los que deba haber sentencia. En el caso de autos es evidente la necesidad de decisión sobre la constitucionalidad de las normas derogadas, pues produjeron efectos que también se encuentran debatidos en juicio: la Adminis-

tración Tributaria del Municipio Chacao del Estado Miranda ordenó el cierre del establecimiento de la demandante y le impuso una multa, con fundamento en la Ordenanza de 1998, todo lo cual hace ineludible el correspondiente pronunciamiento judicial, tanto respecto de ese acto administrativo como de la Ordenanza que, durante su vigencia, sirvió de base para dictarlo.

Restaría determinar, sin embargo, si la decisión de la Sala debe abarcar también las normas vigentes, así no se hayan impugnado y no tengan vinculación con el acto administrativo objeto de la demanda. Esa extensión se justifica, en criterio de la Sala, pues sería un contrasentido declarar la inconstitucionalidad de normas derogadas y permitir la vigencia de disposiciones similares contenidas en nuevos textos sancionados por el mismo ente político-territorial.

Así, la Sala ha sido consecuente con el criterio de que si la norma impugnada fue derogada, pero su mismo enunciado continúa en vigor en otro texto, tiene el deber de pronunciarse al respecto, trasladando la demanda al nuevo dispositivo, incluso sin necesidad de que el accionante lo pida.

En el caso de autos se observa que la Ordenanza impugnada fue derogada por la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao de 30 de agosto de 2002, publicada en la *Gaceta Municipal* N° 4255, Extraordinario, la cual fue luego reformada varias veces, a través de las publicadas en las *Gacetas* N° 4352, Extraordinario, de 7 de noviembre de 2002, N° 4785 Extraordinario, del 31 de octubre de 2003, y N° 6008 del 15 de diciembre de 2005, que es la actualmente vigente.

Como se ha destacado, son dos las normas que fueron impugnadas: 1) la norma que exige una habilitación de las autoridades municipales para el ejercicio de actividades económicas (Patente o Licencia); y 2) la norma que permite sancionar a quienes incumplan con la obligación de contar con la correspondiente habilitación. Sobre esos dos aspectos en la Ordenanza vigente se dispone:

Artículo 3. Toda persona natural o jurídica que pretenda ejercer actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, de manera habitual en jurisdicción del Municipio Chacao, requerirá la previa autorización por parte de la Administración Tributaria.

Artículo 4. La autorización a la que hace referencia el artículo anterior, se denomina Licencia de Actividades Económicas y será expedida por la Administración Tributaria, por cada local o establecimiento ubicado en jurisdicción del Municipio Chacao, mediante documento que deberá ser exhibido en un sitio visible del establecimiento.

Parágrafo Único: A los fines del presente artículo, se considera como un mismo local, dos (2) o más inmuebles contiguos y con comunicación interna, así como los varios pisos o plantas de un inmueble que exploten una o varias actividades en conjunto, cuando en ambos casos pertenezcan o estén bajo la responsabilidad de una misma persona, natural o jurídica, siempre que la normativa urbanística vigente lo permita.

Artículo 5. La solicitud de la Licencia de Actividades Económicas no autoriza al interesado a iniciar actividades, ni exime al infractor de las sanciones previstas en esta Ordenanza.

Artículo 105. Quien ejerza actividades económicas sin haber obtenido la Licencia de Actividades Económicas, será sancionado con multa que oscilará entre cien (100) y doscientas (200) Unidades Tributarias, y el cierre inmediato del establecimiento hasta tanto obtenga la Licencia.

Se observa que las normas impugnadas contenidas en la Ordenanza derogada se repiten en la actualmente en vigor, por lo que se hace necesario extender el recurso a las nuevas normas.

Por tanto, la Sala se pronunciará sobre las normas contenidas tanto en la Ordenanza impugnada como en la vigente, a fin de determinar la constitucionalidad de la habilitación municipal para el ejercicio de actividades económicas y la posibilidad de sancionar a quienes no cuenten con ella. Así se declara.

### 3. *Acción de Amparo Constitucional*

#### A. *Competencia*

**TSJ-SC (1640)**

**3-10-2006**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Agropecuaria Atacoso, S.A. vs. Presidente del Instituto Agrario Nacional (actualmente Instituto Nacional de Tierras).

**En los casos de amparo constitucional interpuesto contra autoridades administrativas agrarias, corresponderá su conocimiento, en primer grado de la jurisdicción constitucional, a los Juzgados Superiores Regionales Agrarios con competencia en el territorio en el cual se materialice la lesión denunciada.**

Ahora bien, observa esta Sala –como se indicó con anterioridad–, que la presente acción ha sido interpuesta contra el Presidente del Instituto Agrario Nacional (actualmente Instituto Nacional de Tierras), por haber otorgado “(...) *de manera arbitraria y sin ningún tipo de motivación y procedimiento, permisos y autorizaciones para la medición [y ocupación] en predios de la finca María Luisa, propiedad de [su] representada*”, lo cual aducen vulneró los derechos a la defensa, al debido proceso y a la propiedad, consagrados en los artículos 49 y 115, respectivamente, de la Carta Magna.

Así las cosas, como es sabido el criterio general que permite la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción de amparo constitucional en primera instancia, se encuentra recogido en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, de la siguiente forma:

*“(...) Artículo 7.- Son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.*

*En caso de duda, se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia.*

*Si un Juez se considerare incompetente, remitirá las actuaciones inmediatamente al que tenga competencia.*

*Del amparo de la libertad y seguridad personales conocerán los Tribunales de Primera Instancia en lo Penal, conforme al procedimiento establecido en esta Ley (...).”*

Así, es claro el establecimiento de tres parámetros atributivos de competencia en amparo, en razón del (i) grado de la jurisdicción (Tribunal de Primera Instancia), (ii) la materia (afinidad con la naturaleza del derecho o la garantía constitucional violados o amenazados de violación), y (iii) el territorio (el lugar donde hubiere ocurrido el hecho, acto u omisión que se reputa inconstitucional); cuya conjunción permite fijar -en principio- el órgano jurisdiccional competente para sustanciar el amparo incoado en primera instancia, tomando en consideración la prelación del criterio material antes señalado, en el caso de que pudieran plantearse dudas al respecto.

Por ello, en el caso de autos, las circunstancias de hecho planteadas –materia agraria-, nos obligan a recurrir a la legislación especial que rige la materia, para poder determinar el tribunal competente para conocer de casos como el planteado.

En efecto, en criterio de esta Sala el asunto de autos se trata de un conflicto cuyo conocimiento jurisdiccional entra dentro de la competencia de los denominados tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa especial (funcionarial, tributaria, inquilinaria y, en este caso, agraria) a los que corresponde, en virtud de ley expresa, el conocimiento de toda demanda, incluso las de amparo constitucional, cuyo objeto sea una pretensión que se deduzca como consecuencia del ejercicio de alguna de dichas potestades de especial contenido administrativo. Ello así, es imperioso para esta Sala traer a colación lo establecido en los artículos 167 y 168 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, Extraordinario N° 5.771 del 18 de mayo de 2005, disposiciones normativas estas que se refieren a la competencia de los tribunales para conocer de casos como el de autos. Tales artículos expresan lo siguiente:

*“Artículo 167.- Son competentes para conocer de los recursos que se intenten contra cualquiera de los actos administrativos agrarios:*

**1.- Los Tribunales Superiores Regionales Agrarios competentes por la ubicación del inmueble, como Tribunales de Primera Instancia.**

*2.- La Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, como Tribunal de Segunda Instancia.*

*Artículo 168.- **Las competencias atribuidas de conformidad con el artículo anterior comprenden el conocimiento de todas las acciones que por cualquier causa, sean intentadas con ocasión a la actividad u omisión de los órganos administrativos en materia agraria, incluyendo el régimen de los contratos administrativos, el régimen de las expropiaciones, las demandas patrimoniales y demás acciones con arreglo al derecho común que sean interpuestas contra cualesquiera de los órganos o los entes agrarios**” (Negrillas y subrayado de la Sala).*

Así pues, como puede evidenciarse, las citadas disposiciones normativas atribuyen competencia para conocer y decidir en primera instancia, de las impugnaciones de todos los actos y omisiones agrarias; es decir contra las actuaciones u omisiones de los órganos administrativos agrarios a los Juzgados Superiores Regionales Agrarios (como en el caso de marras, lo constituye el Presidente del Instituto Agrario Nacional –hoy Instituto Nacional de Tierras-).

En consideración de lo anterior, debe concluirse que en los casos de amparos constitucionales interpuestos contra autoridades administrativas agrarias, corresponderá su conocimiento, en primer grado de la jurisdicción constitucional, a los Juzgados Superiores Regionales Agrarios con competencia en el territorio en el cual se materialice la lesión denunciada, y ello ha sido ratificado constantemente en diversas decisiones de esta Sala, entre ellas las N° 535 del 14 de marzo de 2003, 3.310 del 2 de diciembre de 2003, 2.464 del 22 de octubre de 2004 y 263 del 16 de marzo de 2005, entre otras.

Así, siendo que en el presente caso fue denunciado como agravante el Presidente del entonces Instituto Agrario Nacional, con ocasión de supuestas actuaciones administrativas a éste imputadas y que –según se denuncia- resultan violatorias de los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la propiedad de la accionante, se concluye entonces que, el ámbito material en el cual se produjo la supuesta lesión es el administrativo agrario, pues las actuaciones que constituyen la supuesta afrenta constitucional provienen del que fuera el ente administrativo rector de la política agraria respecto de un fundo aparentemente sometido a esta regulación especial.

De tal manera, debe la Sala concluir que, conforme a los criterios expuestos, y dada la naturaleza agraria de la presente acción, así como el sujeto del cual emerge la supuesta violación constitucional y, el lugar donde ocurrieron los hechos, esto es, el Estado Zulia, el competente para conocer y decidir la acción de amparo incoada es el Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, por lo que debe esta Sala remitir a dicho tribunal el presente expediente para que se configure la primera instancia constitucional, en base al artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se declara.

TSJ-SC (1879)

20-10-2006

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Orlando Pérez vs. Contralor General de la República

**Deberá verificarse cuál es el sujeto encargado de la aplicación de la norma que se denunció violatoria de derechos, para verificar la regla de determinación de la competencia, *ratione materiae* y *ratione loci*, a que se refiere el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo. Cuando se trata de normas autoaplicativas, debe atenderse, de conformidad con los artículos 3 y 7 de la Ley Orgánica de Amparo, a la naturaleza de la actuación supuestamente lesiva. Naturaleza jurídica que atenderá a que se trate de normas de rango legal -dictadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución- o bien de rango sublegal -dictadas en ejecución directa de una ley-.**

El accionante señaló como presunto agravante al Contralor General de la República, al dictar el “(...) *Reglamento sobre los Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales, y los Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados, sancionado por su despacho y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.386 de fecha 23 de febrero 2006* (...)”.

Verificado lo anterior, debe advertirse que el amparo intentado fue ejercido con fundamento en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que prevé la figura denominada amparo contra norma y, por ello, resulta conveniente precisar los alcances de dicha figura, en los términos que la jurisprudencia de esta Sala ha venido delineando (Cfr. Sentencias N° 864/2000, 1427/2001, 1505/2003 y 1313/2004; entre otras).

El “(...) *amparo constitucional contra actos normativos no está dirigido contra el propio texto legal, sino contra los actos que deriven o apliquen el mismo; toda vez que las normas no son capaces de incidir por sí mismas en la esfera jurídica concreta de un sujeto determinado y, en consecuencia, lesionar directamente sus derechos y garantías constitucionales, ni siquiera como simple amenaza, por cuanto no sería inminente, en los términos exigidos por el artículo 2 de la referida Ley Orgánica* (...). Siendo ello así, las normas, por su carácter general y abstracto, requieren de un acto de ejecución que las relacione con la situación jurídica concreta del accionante, pues, en definitiva, será tal acto -y no la propia norma- la causa inmediata de la lesión de los derechos y garantías constitucionales. Por ello, se ha concluido que en los casos de amparo contra actos normativos, la norma no es objeto del amparo, sino la causa o motivo en razón de la cual los actos que la apliquen o ejecuten resultan lesivos de derechos o garantías constitucionales (...)” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 3611/2005-.

Asimismo, se ha advertido que existen circunstancias particulares en las que se puede prescindir del acto de ejecución de la norma cuestionada, cuando de ésta se desprenda una amenaza inminente de daño real de derechos y garantías constitucionales, o cuando la concreción de la misma está implícita en la propia norma por ser auto-aplicativa, esto es, aquella norma cuya sola promulgación implica una obligatoriedad efectiva y actual para las personas por ella previstas de manera concreta.

Las denominadas normas jurídicas autoaplicativas, que son aquellas cuya eficacia no está supeditada a la aplicación por acto posterior; por tanto, su sola entrada en vigencia puede suponer, respecto de un supuesto de hecho determinado, una violación o amenaza de violación de derechos constitucionales susceptible de ser objeto de amparo constitucional. Esta Sala se pronunció en anteriores oportunidades sobre el alcance de esta modalidad de normas jurídicas. En concreto, la Sala en sentencia N° 282/2004 señaló que por norma autoaplicativa se entiende “(...) *aquella norma cuya sola promulgación implica una obligatoriedad efectiva y actual (rectius, también inminente) para las personas por ella prevista de manera concreta, por lo que no requiere de ejecución por acto posterior (...)*”.

Entre las decisiones más relevantes en donde se asienta esta doctrina -*Vid.* Sentencias de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 8 de agosto de 1994, caso: “*Banco Venezolano de Crédito*”; 12 de agosto de 1994, caso: “*José Muci-Abraham y otros*”; 12 de septiembre de 1995, caso: “*Andrés Delmant Mauri*” y del 3 de enero de 1996, caso: “*Coporpa S.R.L.*”; y esta Sala en sentencia del 10 de agosto de 2001, caso: “*Elkem Asa*”-, es necesario mencionar la que dictó la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 22 de enero de 1998 -caso: “*Monarch Minera Suramericana y otras*”-, en la cual se señaló, en relación con las formas de amparo que contiene el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y respecto del tema de la intensidad autoaplicativa de las normas, lo siguiente:

*“(...) el grado de aplicación que posea una norma puede ser desde el más genérico de su auto-ejecución, constituyéndose por sí mismo en una lesión directa de la esfera de los derechos constitucionales, como es el caso de las prohibiciones de realización de actividades precedentemente consentidas antes de su vigencia, o puede ser derivado de sus actos de ejecución como las normas reglamentarias, las disposiciones organizativas o los actos individuales que pesen directamente sobre el actor. Esta diversidad de grados ha de ser apreciada por el juzgador caso por caso, al plantearse la acción de amparo -como la presente situación- por la vía del artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (...). Se ha señalado que la figura del amparo contra norma no alude a la norma en abstracto, sino a la aplicación de la misma al caso concreto, por lo cual el amparo se dirige esencialmente contra el correspondiente acto de ejecución. Es ineludible que en el amparo contra norma -como en todas las modalidades de amparo-, puede denunciarse tanto la lesión que la misma produce como la amenaza que en ella se encierra, con la cual basta con que se den fundados temores de que esta última se produzca para que pueda prosperar la acción ejercida. Igualmente, como se señalara precedentemente, en cada situación es menester determinar el grado de aplicación que la norma posee, el cual resulta variable de acuerdo con su naturaleza (...)*”.

En aplicación de las anteriores consideraciones al caso de autos, se observa que la norma contra la que se intentó la demanda de amparo es la que contiene artículo 14.2 del Reglamento sobre los Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales, y los Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados, cuyo texto es el siguiente:

*“(...) Artículo 14: Para participar en el concurso los aspirantes deberán cumplir los requisitos siguientes:*

*(...)*

*2) Tener una edad comprendida entre veinticinco (25) y sesenta (60) años (...).”*

Se trata de una norma jurídica que establece uno de los requisitos para participar en concursos públicos para la designación de los contralores distritales y municipales, y los titulares de las unidades de auditoría interna de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus entes descentralizados, lo cual en esencia se constituye en una prohibición de realización de una actividad -participar en el concurso- precedentemente consentida por el ordenamiento jurídico antes de su vigencia -*Cfr.* Artículo 7.2 del derogado Reglamento sobre Concursos para la Designación de los Titulares de las Contralorías Municipal y Distritales y sentencia de esta Sala Constitucional N° 282/2004-, por lo que debe forzosamente entenderse como una norma autoaplicativa.

Por lo tanto, si bien el elemento que define en principio el órgano jurisdiccional competente para conocer esta modalidad de acción de amparo constitucional, es aquel tribunal con competencia para juzgar los actos que deriven o apliquen el Reglamento sobre los Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales, y los Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados, conforme los criterios atributivos de competencia previstos en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; cuando la pretensión de amparo tiene por objeto normas jurídicas que sí requieren de acto de aplicación, es la autoría de ese acto lo que determina la competencia del órgano jurisdiccional que conocerá de la demanda, siempre de conformidad con los principios de competencia que establece la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales -*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 3.611/2004-. De manera que deberá verificarse cuál es el sujeto encargado de la aplicación de la norma que se denunció violatoria de derechos, para verificar la regla de determinación de la competencia, *ratione materiae* y *ratione loci*, a que se refiere el artículo 7 de la referida Ley Orgánica.

Ahora bien, cuando se trata de normas autoaplicativas -como en el presente caso- la competencia no depende, evidentemente, del acto de aplicación. Por el contrario, en estos casos, debe atenderse, de conformidad con los artículos 3 y 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a la naturaleza de la actuación supuestamente lesiva, que no es otra que la norma jurídica. Naturaleza jurídica que atenderá a que se trate de normas de rango legal -dictadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución- o bien de rango sublegal -dictadas en ejecución directa de una ley-. Asimismo, se debe tomar en consideración que ha sido criterio pacífico y reiterado de esta Sala, que el fuero atrayente contenido en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, para conocer de las acciones de amparo constitucional que se interpongan en contra de altos funcionarios del Poder Público, tiene su fundamento en razón de la importancia y trascendencia política que pueda derivarse de las acciones de amparo constitucionales que se interpongan en contra de los actos u omisiones de estos funcionarios, explanados en forma enunciativa en el referido artículo.

Igualmente, el artículo 5 numeral 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, reza textualmente:

*“(...) Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República;*

*...omissis...*

18. *Conocer en primera y última instancia las acciones de amparo constitucional interpuestas contra los altos funcionarios públicos nacionales (...).*

*...omissis...*

*El Tribunal conocerá (...) en Sala Constitucional los asuntos previstos en los numerales 3 al 23 (...)*”.

A su vez, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, dispone que “(...) *La Corte Suprema de Justicia conocerá en única instancia y mediante aplicación de los lapsos y formalidades previstos en la Ley, en la Sala de competencia afín con el derecho constitucionales violados o amenazados de violación, de la acción de amparo contra el hecho, acto u omisión emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República (...)*”.

En el caso de autos, la acción de amparo fue interpuesta contra un acto dictado por el Contralor General de la República, en los términos antes expuestos, el cual se encuentra dentro del supuesto del artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por lo que esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se declara competente para conocer de la acción de amparo constitucional interpuesta. Así se declara.

#### B. *Motivos*

**TSJ-SC (2134)**

**30-11-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Jesús Caldera Infante vs. Consejo Nacional Electoral

**La acción de amparo constitucional no puede constituir un mecanismo destinado a la protección de situaciones hipotéticas cuyo fundamento no estén basadas en un hecho real, o cuyo acontecer, sea efectivamente de un cometimiento cierto. Los señalamientos radicados en suposiciones no pueden ser objeto de protección constitucional, pues al ser inexistentes del mundo real, no dan cabida a tutela alguna, al ser incapaces de afectar derechos fundamentales.**

Se interpone para su conocimiento ante esta Sala Constitucional la acción de amparo constitucional ejercida en contra de los efectos de la Resolución número 061026-960, dictada el 26 de octubre de 2006, por el Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se promulgaron las Normas Sobre el Procedimiento de Captación de Huellas Dactilares y Garantía del Principio un Elector un Voto en la Elección Presidencial de 2006.

A tal efecto, el fundamento de la acción se circunscribe a cuestionar la aplicabilidad del acto dictado por el Ente comicial, toda vez que el accionante consideró que atenta contra los principios fundamentales relacionados con el derecho al sufragio y a la participación política, además del principio a la no discriminación, toda vez que el sistema biométrico a implementarse, solamente funcionará en los ocho (8) Estados de mayor población en el país, razón por la cual, en su criterio, consideró que constituye una discriminación al no haber sido impuesto en todo el territorio nacional, por lo que peticiona la desincorporación al proceso electoral.

Respecto a los términos en que fue propuesta la acción de amparo constitucional, esta Sala debe indicar que esta modalidad de protección constitucional se circunscribe a tutelar situaciones jurídicas subjetivas que se encuentren afectadas por actos, hechos u omisiones reales, cuya factibilidad en su acontecimiento se puedan hacer efectivamente presentes en la afectación de los derechos y principios constitucionales alegados.

En tal sentido, esta Sala en anterior oportunidad (s.S.C. N° 326/2001, del 9 de marzo; caso: *Frigoríficos Ordaz S.A. (FRIOSA)*), al practicar el análisis de la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, conjuntamente con lo establecido en la causal de inadmisibilidad preceptuada en el artículo 6.2 *eiusdem*, expuso, a modo concluyente, lo siguiente:

*“Esta modalidad de amparo -en casos de amenaza-, consagrada en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, requiere para su procedencia dos requisitos fundamentales, cuales son, la existencia de una amenaza por parte del presunto agravante y que tal amenaza sea inminente, definida esta última por la Real Academia Española como aquello que está por suceder prontamente, lo cual implica un fundado temor de que se cause un mal pronto a ocurrir, esto es, que el acto, hecho u omisión que va a generar tal amenaza inminente debe ya existir o al menos, estar pronto a materializarse.*

*En otros términos lo señala el numeral 2 del artículo 6 de la misma ley, al indicar que la amenaza que hace procedente la acción de amparo es aquella que sea inmediata, posible y realizable por el imputado, estableciendo al efecto que tales requisitos deben ser concurrentes, por lo cual es indispensable -además de la inmediación de la amenaza- que la eventual violación de los derechos alegados -que podría materializarse de no ser protegidos mediante el mandamiento que se solicita- deba ser consecuencia directa e inmediata del acto, hecho u omisión que constituyan el objeto de la acción; de lo cual deviene, por interpretación a contrario, la improcedencia de la acción, cuando se le imputen al supuesto agravante resultados distintos a los que eventualmente pudiere ocasionar la materialización de la amenaza que vulneraría los derechos denunciados, o cuando la misma no sea inmediata o ejecutable por el presunto agravante”.*

En una situación similar a la planteada en el presente amparo, esta Sala Constitucional (s.S.C. N° 3564/2005; caso: *Willian Orlando Ojeda Orozco*), en la oportunidad en que solicitó la inaplicabilidad del sistema biométrico a las elecciones parlamentarias celebradas en el año 2005, determinó, con base en el artículo 6.2, lo siguiente:

*“Los accionantes fundamentaron la acción interpuesta, en la presunta amenaza de lesión al derecho al sufragio consagrado en el artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual se concretaría por la utilización de las denominadas máquinas “capta huellas” en el proceso comicial convocado para elegir a los diputados a la Asamblea Nacional.*

*En tal sentido, alegaron que existe la posibilidad de que, con la utilización de un “software”, se revierta la secuencia de los sufragios almacenados en las máquinas de votación y que esta información sea copiada por el Consejo Nacional Electoral o por cualquiera que tenga acceso a dichos sistemas, con lo cual se vulneraría el carácter secreto del voto.*

*Con respecto a lo anterior, esta Sala advierte que, en reiteradas oportunidades, ha sostenido que la acción de amparo constitucional constituye un mecanismo procesal destinado a tutelar derechos y garantías constitucionales que hayan sido infringidos, o se encuentren amenazados de serlo, en una situación jurídica determinada. En tal sentido, la redacción de los artículos 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no dejan duda respecto de la finalidad de este específico medio judicial de tutela constitucional, la cual consiste en la protección del goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales a fin de restablecer la situación jurídica infringida o la que más se asemeje a ella.*

*Ahora bien, conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo procede, igualmente, cuando a causa de un acto u omisión exista una amenaza inminente a los derechos o garantías constitucionales.*

*Sin embargo, esta amenaza debe ser inmediata, posible y realizable por el presunto agravante, en caso contrario, la acción interpuesta resulta inadmisibile, tal como lo dispone el artículo 6.2 *eiusdem*.*

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

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

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

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

*Con fundamento en las razones expuestas, esta Sala Constitucional, en aplicación del artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, declara inadmisibile el amparo solicitado. Así se decide”* (subrayado del presente fallo de Sala).

Así, la acción de amparo constitucional no puede constituir un mecanismo destinado a la protección de situaciones hipotéticas cuyo fundamento no estén basadas en un hecho real, o cuyo acontecer, sea efectivamente de un cometimiento cierto. Los señalamientos radicados en suposiciones no pueden ser objeto de protección constitucional, pues al ser inexistentes del mundo real, no dan cabida a tutela alguna, al ser incapaces de afectar derechos fundamentales.

Esta afirmación la expone la Sala a los fines de resaltar el señalamiento expuesto por el accionante en su escrito libelar cuando destaca lo siguiente: “[s]**abemos que, según lo afirmado voceros del órgano comicial, la inviolabilidad del secreto del voto está garantizada.** Sin embargo, muchos votantes se niegan a concurrir a las unas electorales con lo cual se incentiva y crece la línea del abstencionismo de cara a los comicios del 3 de diciembre” (subrayado y resaltado del escrito libelar). Aunado a la afirmación realizada por su persona cuando señaló que su equipo directamente controló y constató que los equipos biométricos no revelan la identidad del elector ni su voluntad en la oportunidad de efectuar el voto: “[s]egún nuestro equipo técnico, es menester precisar, que los equipos capta huellas no revelan en absoluto por quien el elector vota.

*Además no existe secuencia alguna entre el votante al pasar por el equipo de digitalización y la máquina de votación lo cual hace que el voto sea seguro”* (idem). Señalamientos que concatena para determinar la siguiente conclusión: “[p]ero la realidad, honorables magistrado(a)s, es que en la calle este sistema genera una alarmante desconfianza por parte del elector.

*Por esta razón, lo más sensato e idóneo, apegados a derecho, es su retiro como medio para estimular o promover efectivamente la participación activa de los electores; para que ejerzan su derecho constitucional y político de sufragar de manera libre, sin justo temor o vis compulsiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 63 del Texto Fundamental”.*

Ante la exposición del accionante, juzga esta Sala que las premisas que fundamentan el amparo radican en aludidos temores existentes en la colectividad, los cuales, según su propia afirmación, son infundados, pues ha tenido la oportunidad de considerar directamente a través de su equipo técnico, que el sistema biométrico implementado por el Consejo Nacional Electoral es confiable al no violar el secreto del voto.

Por otra parte, ya ha sido objeto de análisis por parte de esta Sala (*vid.* s.S.C. N° 3564/2005; caso: *Willian Orlando Ojeda Orozco* y; s.S.C. N° 1897/2006; caso: *Benjamín Rausseo*), respecto a que durante los procesos recientes no ha habido constatación alguna de los supuestos daños que pudiera generar el proceso biométrico de identificación, toda vez que no revelan de manera alguna la manifestación de voluntad del elector.

Aunado a ello, del artículo 6 del Reglamento contenido en la Resolución N° 061026-960, expresamente señala que en caso de fallas en la comunicación con el Centro de Datos, o que el mecanismo no emita respuestas en un lapso de un (1) minuto, el operador u operadora se limitará a registrar las huellas dactilares de los electores o electoras en la captadora de huellas, y se continuará con el proceso de votación.

Siendo ello así, resulta concluyente para esta Sala determinar, ante las afirmaciones realizadas por el accionante y la ausencia de elementos en autos que demuestren lo contrario, que la amenaza que se endilga al Consejo Nacional Electoral no es real ni susceptible de ser ejecutada por dicho ente Comicial, razón por la cual, la presente acción de amparo deviene en inadmisibile, en virtud de la operatividad del artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por lo que bajo este fundamento, la misma se desestima. Así se decide.

**CPCA**

**5-10-2006**

Juez Ponente: Engullen Torres López

Caso: María Lucila Mora de Arellano vs. Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Personal del Ministerio de Educación.

**La circunstancia de que determinado derecho constitucional se encuentre desarrollado por ley no quiere decir que el mismo no pueda ser objeto de protección por la vía del amparo (en sus distintas modalidades), por cuanto puede ocurrir que la limitación a la que haya sido sometida el derecho de que se trate, sea ilegítima.**

Así las cosas, debe dejarse claro que tal como lo ha señalado el máximo Tribunal la circunstancia de que determinado derecho constitucional se encuentre desarrollado por ley no quiere decir que el mismo no pueda ser objeto de protección por la vía del amparo (en sus distintas modalidades), por cuanto puede ocurrir que la limitación a la que haya sido sometida el derecho de que se trate, sea ilegítima.

En el caso de marras, esta Corte observa del expediente lo siguiente:

- Evaluación Clínica Toxicológica elaborada por el Dr. Luis Lacruz Ochoa en fecha 25 de junio de 2002, diagnosticándole a la ciudadana María Lucila Mora un cuadro de intoxicación crónica por mercurio (folios 24 y 25), evaluación que fue repetida por el referido galeno el día 21 de abril de 2003, diagnosticando "...ENFERMEDAD PROFESIONAL POR INTOXICACIÓN CRÓNICA POR MERCURIO y su condición laboral actual NO APTA, INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE...", (folios 26 y 27).

- Informes Médicos elaborados por la Dra. Beatriz Roa de Arandia y el Dr. Alberto Gómez Pérez, en su condición de internista y neurólogo, respectivamente del IPASME, delegación Tovar, en fecha 15 y 21 de julio de 2003, concluyendo que la accionante presenta Intoxicación Mercurial Crónica, por exposición a ese metal en su sitio de trabajo y, trastorno mixto depresivo-ansioso de origen orgánico, lesionando su esfera neuro-psiquiátrica, llevándola a una incapacidad laboral (folios 32 al 35).

- Informe médico laboral realizado por el Dr. Pedro Caraballo en su condición de médico especialista en salud ocupacional en fecha 7 de abril de 2003, mediante el cual se le diagnosticó intoxicación por mercurio debido al ambiente de trabajo, por lo que recomendó retirarla de su puesto de trabajo, ya que éste no le asegura un ambiente propicio para su salud.

- Certificación por parte de la Dra. Nancy Lozano en su condición de Médico Laboral Consultorio de enfermedades profesionales del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, que declaró la incapacidad total y permanente de la ciudadana María Lucila Mora debido a una Intoxicación Mercurial Crónica de origen profesional (folio 38).

- Informe de Evaluación Ambiental de Mercurio realizado por el Departamento de Higiene y Seguridad Social de la Universidad de Los Andes en el IPASME, delegación Tovar en agosto del año 2002, concluyendo que en el área de Clínica Odontológica se hallan valores de mercurio superiores a la concentración ambiental permisible, existiendo riesgos higiénicos en el personal durante la jornada de trabajo, por lo que procedió a dictar diversas recomendaciones a los fines de reducir y/o eliminar los niveles de mercurio (folios 42 al 53).

- Informe por parte del Instituto de Prevención de Salud y Seguridad Laboral en fecha 17 de febrero de 2004, donde se señala la evolución en los niveles de mercurio expuestos en el IPASME, delegación Tovar (folios 65 al 79).

- Informe elaborado por la Facultad de Ciencias de la Universidad Central de Venezuela el 7 de septiembre de 2005, en la cual concluyó que las concentraciones ambientales de mercurio están por debajo de los niveles normales (folios 390 al 398).

De todas las pruebas antes mencionadas se desprende en primer lugar, que la ciudadana María Lucila Mora, hoy accionante, padece de una intoxicación crónica por mercurio, la cual fue adquirida en el IPASME, Instituto en el que trabajaba desde el año 1982. En segundo lugar, se logra constatar que dicha intoxicación ha afectado a la accionante tanto desde el punto de vista físico como psíquico, por lo que mal podría sostener la representación judicial del ente accionado que todos los informes presentados son falsos cuando galenos al servicio del mismo compartieron el diagnóstico dado por el Dr. Luis Lacruz Ochoa, aunado a que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales declaró la incapacidad total y permanente de la actora debido a una intoxicación crónica de mercurio.

Seguidamente se verifica de las pruebas presentadas que efectivamente existía en la sede del IPASME, delegación Tovar, presencia de valores de mercurio superiores a la concentración ambiental permisible, situación que coloca en riesgo al personal durante la jornada de trabajo, hecho que no pudo rebatir la representación judicial del ente accionado toda vez que la actividad denunciada fue durante los años 2001, 2002 y 2003 y, dicho instituto presentó un informe realizado en el año 2004 y 2005, por lo que éste pudo tomar algunos correctivos a fin de disminuir los valores de mercurio en la sede del IPASME, delegación Tovar.

Asimismo durante la audiencia constitucional la representación judicial del IPASME afirmó la inexistencia de algún otro informe de estudio de ambiente entre los años 2001, 2002 y 2003 que reflejara una conclusión distinta, que desvirtuara el informe consignado por la representación de la accionante y, así se decide.

En virtud de lo anterior, considera esta Corte que era obligación del IPASME tener condiciones de seguridad e higiene adecuadas en el ambiente de trabajo, sin embargo en el presente caso dicho ente no cumplió con las mismas, trayendo como consecuencia una contaminación en el lugar del trabajo que conllevó a la intoxicación de la actora con mercurio, por lo que hubo una omisión por parte del ente accionado en el cumplimiento de su deber y con las recomendaciones producto de la elaboración de estudios de ambiente, violentando diversas normas constitucionales y legales. Por lo tanto, al ser la enfermedad de la accionante producto del ambiente de trabajo, es decir, una enfermedad ocupacional, es obligación del IPASME proporcionarle la atención inmediata con los tratamientos correspondientes a tal efecto, atención que no fue brindada en el caso bajo estudio y que originó un deterioro grave en la salud de la accionante, en consecuencia se constató una violación inequívoca y flagrante del derecho a la salud y, como consecuencia inmediata a la vida de la ciudadana María Lucila Mora, siendo la presente acción idónea para satisfacer la pretensión de la misma, más aún considerando la urgencia en el sometimiento al tratamiento médico correspondiente para restablecer su salud y, así se declara.

C. *Objeto: Ejecución de actos administrativos*

**TSJ-SC (2308)**

**14-12-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Guardianes Vigimán, S.R.L. vs. Decisión Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

**Sólo en situación excepcional cuando el incumplimiento de un acto administrativo afecte un derecho constitucional, puede recurrirse al amparo constitucional para exigir un mandamiento judicial que consista en una conducta que debió instarse directamente en sede administrativa.**

El presente caso plantea, una vez más, un aspecto largamente debatido en la jurisprudencia nacional, como es la pertinencia del amparo para lograr la ejecución de las decisiones administrativas. En el caso de autos, el tribunal que conoció de la solicitud de amparo en primera instancia lo rechazó, mientras que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo sí estimó que procede la vía del amparo para obtener la protección a los derechos constitucionales vulnerados por la actitud reticente de un particular a dar cumplimiento a un acto administrativo (en este caso, una orden de reenganche).

La parte recurrente en esta Sala (la compañía que se ha negado al reenganche) considera que no es viable acudir al amparo, por lo que se aparta claramente de lo decidido por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Por ello, acude al mecanismo de revisión, a fin de que la Sala -en uso de sus poderes para resolver sobre la interpretación y aplicación de la Constitución, incluso en causas ya decididas por sentencia firme- anule el fallo, negando en consecuencia la pertinencia del amparo.

Para fundamentar su planteamiento, la solicitante de la revisión ha invocado la violación del criterio sentado por esta Sala en casos en que se ha acudido directamente al amparo para lograr la ejecución de actos de la Administración de contenido inquilinario.

Asimismo, la solicitante invocó también el criterio de esta Sala, contenido en sentencia posterior al fallo recurrido, relacionado esta vez con la improcedencia del amparo para obtener la ejecución de actos administrativos de contenido laboral.

En efecto, esta Sala ha decidido (sentencias N° 2122/2001 y 2569/2001; casos: “*Regalos Coccinelle C.A.*”) que el acto administrativo tiene que ser ejecutado forzosamente por el órgano emisor, esto es, a través de sus funcionarios o valiéndose de la colaboración de los funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado, si lo considerara necesario, por tratarse de la ejecución de un acto administrativo de desalojo, cuya posibilidad de ejecución forzosa por parte de la Administración es posible, ayudándose de ser necesario, con funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado.

Ese criterio se extendió también, recientemente, a los actos de la Administración relacionados con aspectos laborales (actos de Inspectorías del Trabajo, por ejemplo, como en el caso de autos), pues, según la Sala, “*las Providencias Administrativas deben ser ejecutadas por la autoridad que las dictó, sin intervención judicial, por lo que el amparo no es la vía idónea para ejecutar el acto que ordenó el reenganche*”. Para la Sala, “*constituye un principio indiscutible en el derecho administrativo la circunstancia de que el órgano que dictó el acto puede y debe el mismo ejecutarlo, recogido como principio general en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*” (sentencia N° 3569/2005; caso: “*Saudí Rodríguez Pérez*”).

En ese mismo fallo, citado por la parte solicitante de la revisión en su escrito de “*alcance y complemento*”, la Sala sostuvo que “*por estar dotado de ejecutoriedad el acto administrativo (...), no requiere de homologación alguna por parte del juez: y la ejecución de dicha decisión opera por su propia virtualidad*”. Así, agregó, a pesar de que se produjo “*un evidente desacato a la Providencia Administrativa, dictada por la Inspectoría de Trabajo, que ordenó el reenganche y el pago de salarios caídos de los trabajadores, los órganos jurisdiccionales no son los encargados de intervenir en la actuación de los órganos de la Administración Pública; excepto que una Ley así lo ordene*”.

Para la Sala, precisamente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ordena lo contrario, puesto que el artículo 79 dispone que “*La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial*”. En consecuencia, consideró la Sala, en ese fallo N° 3569/2005, que el acto administrativo debió ser ejecutado por la Administración Pública “*y de esta manera dar cumplimiento a la Providencia Administrativa*”, declarando expresamente modificado el criterio sentado en sentencia del 20 de noviembre de 2002 (caso: “*Ricardo Baroni Uzcátegui*”), “*respecto a que el amparo sea una vía idónea para lograr el cumplimiento de las Providencias Administrativas provenientes de la Inspectoría del Trabajo*”.

Como se observa, la Sala ha sido del criterio, reiterado en fecha reciente para el caso concreto de los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, de que la ejecución de las decisiones administrativas debe ser exigida primeramente en vía administrativa y, en caso de no ser fructífera la gestión, agotado como haya sido el procedimiento de multa previsto en la Ley Orgánica del Trabajo Título XI, podría recurrir a los mecanismos jurisdiccionales ordinarios de los que conocen los tribunales de lo contencioso administrativo.

De ese modo, sólo en situación excepcional cuando el incumplimiento afecte un derecho constitucional, puede recurrirse al amparo constitucional, para exigir un mandamiento judicial que consista en una conducta que debió instarse directamente en sede administrativa, como en principio es el caso de autos. La naturaleza del amparo constitucional, tal como es la pacífica jurisprudencia de esta Sala, es la de un mecanismo extraordinario, que sólo procede cuando se han agotado las vías ordinarias o, en caso adicional, cuando no es posible exigir ese agotamiento en vista de las circunstancias del caso concreto y de la urgencia de resolución de la controversia.

En todo caso, sí procedería el amparo –sin lugar a dudas- en los supuestos en que, pese a la diligencia del interesado en solicitar la actuación de la Administración, no consiga satisfacción a su primigenia pretensión –el desalojo, el reenganche, por ejemplo-, pues es sabido que el poder de los órganos administrativos, a los efectos de la ejecución de cierto tipo de decisiones, es limitado, por lo que, en caso de desacato, apenas cuenta con instrumentos indirectos de presión, como las multas, las cuales en ocasiones se presentan como insuficientes para influir realmente en la conducta del obligado. Se trata, pues, de un asunto que debe ser resuelto en atención a las circunstancias particulares del caso, teniendo como principio la necesidad, por una lado, de mantener los poderes de la Administración –la ejecutoriedad, en especial-y, por el otro, el respeto a los derechos de los particulares, que no pueden verse negados en caso de que las vías ordinarias demuestren su ineficacia.

Lo expuesto es común a cualquier demanda de amparo, al ser una acción judicial que, sin pretender sustituir a las vías ya existentes en el ordenamiento jurídico, está consagrada para proteger lo que, a veces, esas vías no son capaces de hacer. La valoración del caso concreto se hace indispensable, en consecuencia.

Ahora bien, en el caso de autos no puede censurarse la decisión de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para la fecha en que se dictó la sentencia recurrida, la Sala sólo se había pronunciado expresamente sobre la improcedencia del amparo, como medio sustitutivo de la solicitud de ejecución administrativa, respecto de decisiones administrativas en materia inquilinaria y no en materia laboral. Se constata, así, que la referida Corte no se apartó del criterio de la Sala, sino que, por el contrario, siguió lo que para ese momento era el criterio generalmente aceptado. Por lo expuesto, esta Sala declara improcedente la presente solicitud de revisión. Así se declara.

*Voto Concurrente del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero*

Quien suscribe, **JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO**, está de acuerdo con la declaratoria de no haber lugar a la solicitud de revisión formulada por la empresa GUARDIANES VIGIMÁN S.R.L., contra la sentencia N° 474 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, el 18 de marzo de 2005.

Sin embargo, quien concurre con dicha declaratoria disiente de las afirmaciones efectuadas en la parte final de la motiva, referidas a que “...*sólo en situación excepcional cuando el incumplimiento afecte un derecho constitucional, puede recurrirse al amparo constitucional, para exigir un mandamiento judicial que consista en una conducta que debió instarse directamente en sede administrativa...*”, pues ello flexibiliza el criterio sostenido en sentencia de esta Sala del 19 de diciembre de 2005, y abre la posibilidad de un uso indebido del amparo bajo el argumento de no ser operativas las vías ordinarias idóneas, para lograr la ejecución de un acto administrativo, lo cual justamente fue lo que quiso evitar la Sala al establecer el criterio de la sentencia antes indicada.

Queda así expresado el criterio del concurrente.

D. *Inadmisibilidad: Existencia de medios judiciales ordinarios*

**TSJ-SC (1911)**

**7-11-2006**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Patria Para Todos (PPT) vs. Consejo Nacional Electoral.

**La idoneidad del recurso ordinario que se tenga a disposición determinará la inadmisibilidad del amparo no en razón de su alcance, sino de su efectividad.**

Señalado lo anterior, la Sala pasa a desvirtuar el alegato de inadmisibilidad que esgrimieron tanto la parte accionante como el tercero opositor, ambos con base en lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por entender que la parte accionante contaba con el recurso por abstención o carencia electoral para enervar las supuestas lesiones que aduce como infringida.

Al respecto, cabe referir que la distinción entre obligaciones genéricas y obligaciones específicas, que aduce la representación del Consejo Nacional Electoral, para determinar con base en ella la idoneidad de la vía procesal (en el caso de las obligaciones genéricas el amparo y en el caso de las obligaciones específicas el recurso por abstención o carencia) fue superada por esta Sala desde su fallo N° 547/2004 del 6 de abril, en el cual discrepó de que "(...) *la obligación administrativa de dar respuesta a las solicitudes administrativas sea un 'deber genérico'*", ello, entre otras razones, porque el deber constitucional de los funcionarios públicos de dar oportuna y adecuada respuesta a toda petición es una obligación objetiva y subjetivamente específica, lo que dio cabida para que la Sala afirmara que "...*el recurso por abstención o carencia es un medio contencioso administrativo que puede -y debe- dar cabida a la pretensión de condena al cumplimiento de toda obligación administrativa incumplida, sin que se distinga si ésta es específica o genérica (...)*". No obstante, la Sala, renglón seguido, señaló que pese a lo expuesto era un asunto distinto "(...) *que el recurso por abstención sea un medio procesal no ya idóneo por su alcance, sino idóneo en tanto satisfaga con efectividad la pretensión procesal porque sea lo suficientemente breve y sumario para ello. Es evidente que la satisfacción de toda pretensión de condena y, en especial, la condena a actuación, exige prontitud y urgencia en la resolución judicial, a favor de la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva, bajo riesgo de que el sujeto lesionado pierda el interés procesal en el cumplimiento administrativo por el transcurso del tiempo. De allí que, en muchos casos, si será el amparo constitucional el único medio procesal que, de manera efectiva, satisfaga estas pretensiones, cuando no sea idónea, en el caso concreto, la dilatada tramitación del recurso por abstención*". De manera que la idoneidad del recurso ordinario que se tenga a disposición determinará la inadmisibilidad del amparo no en razón de su alcance, sino de su efectividad.

En el caso de autos, se alegó que la parte accionante contaba con el recurso por abstención o carencia electoral, el cual, por su propia naturaleza -alegó el accionado- se concibe expedito. Al respecto, cabe referir que aun cuando toda la materia electoral -desde la vía administrativa hasta la jurisdiccional- está concebida para tramitarse con inmediatez dado el carácter perentorio de los actos susceptibles de ser recurridos, ello no es comparable con las noventa y seis (96) horas que, en puridad de derecho, se supone debe durar la tramitación del amparo; más aún ante la inminencia de las elecciones presidenciales dispuestas para el próximo 3 de diciembre.

E. *Procedimiento: Audiencia Oral*

**CPCA**

**17-10-2006**

Juez Ponente: Aymara Guillermina Vilchez Sevilla

Caso: Dirección General Sectorial de Salud del Estado Lara vs. Decisión Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental.

**En la oportunidad fijada para la audiencia oral la falta de comparecencia del presunto agraviado, tiene como consecuencia jurídica que se declare terminado el procedimiento, ello por la evidente falta de interés de proseguir con el mismo. Con la excepción al supuesto anterior, esto es, "a menos que el Tribunal considere que los hechos que se aleguen afecten el orden público".**

Corresponde a esta Corte establecer las razones en las que fundamenta la decisión de fecha 9 de octubre de 2006, la cual declaró con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta por la Dirección General Sectorial de Salud del Estado Lara, contra la decisión de fecha 28 de octubre de 2005, dictada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental.

En este sentido, se observa que en la oportunidad fijada para que tuviera lugar la audiencia constitucional, se dejó constancia de la incomparecencia de las partes y del Ministerio Público.

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 7 de fecha 1° de febrero de 2000, cuya doctrina es vinculante para esta Corte, según mandato expreso del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dejó establecido, entre otros aspectos, lo siguiente:

“En la fecha de la comparecencia que constituirá una audiencia oral y pública, las partes, oralmente, propondrán sus alegatos y defensas ante la Sala Constitucional o el tribunal que conozca de la causa en primera instancia, y ésta o éste decidirá si hay lugar a pruebas, caso en que el presunto agravante podrá ofrecer las que considere legales y pertinentes, ya que éste es el criterio que rige la admisibilidad de las pruebas. Los hechos esenciales para la defensa del agravante, así como los medios ofrecidos por él se recogerán en un acta, al igual que las circunstancias del proceso.

La falta de comparecencia del presunto agravante a la audiencia oral aquí señalada producirá los efectos previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

La falta de comparecencia del presunto agraviado dará por terminado el procedimiento, a menos que el Tribunal considere que los hechos alegados afectan al orden público, caso en que podrá inquirir sobre los hechos alegados, en un lapso breve...”. (Negrillas de esta Corte).

De la sentencia parcialmente transcrita se desprende que la falta de comparecencia del presunto agraviado a la audiencia oral, tiene como consecuencia jurídica que se declare terminado el procedimiento, ello por la evidente falta de interés de proseguir con el mismo. No obstante, la referida sentencia establece una excepción al supuesto anterior, esto es, “...a menos que el Tribunal considere que los hechos alegados afecten el orden público...”.

En este sentido, esta Corte estima que no habiendo duda acerca de la falta de comparecencia de la parte accionante al acto de audiencia oral, resulta necesario analizar si los hechos alegados en el caso de autos, afectan de alguna manera el orden público, a los efectos de que esta Corte declare o no la terminación del procedimiento, por lo que al respecto observa:

El artículo 14 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, prevé que la acción de amparo es siempre de eminente orden público, por tratarse de la protección de derechos consagrados el texto fundamental, aún aquellos derechos esenciales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así, lo expresa el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su párrafo primero, al señalar que:

“Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”.

La infracción de cualquiera de estos derechos fundamentales constituiría siempre una afectación al orden público. En efecto, los derechos humanos que la Constitución vigente protege ampliamente, son derechos inherentes a la naturaleza del ser humano, cuya existencia

no depende sólo de su consagración en la Constitución, quedando el Constituyente limitado a reconocerlos en el mundo jurídico y a establecer algunas restricciones para su ejercicio, sin alterar en ningún caso su contenido esencial. Por ello, ni los derechos ni las garantías que consagra el Texto Fundamental, pueden ser relajados por voluntad de los particulares, ni por el ejercicio de facultades inherentes a los órganos del Estado y demás entes públicos.

Así pues, cuando la sentencia transcrita *ut supra* afirma que "...La falta de comparecencia del presunto agraviado dará por terminado el procedimiento, a menos que el Tribunal considere que los hechos alegados afectan el orden público...", sería ilógico suponer que este mandato es aplicable a todas las acciones de amparo constitucional, sino que este mandato está referido sólo a aquellas situaciones que por su naturaleza sean evidentemente lesivas a la integridad y seguridad de la persona humana, considerada ésta como una universalidad.

Entonces, una interpretación literal de la mencionada sentencia traería como consecuencia, que no sería sancionada la inasistencia injustificada del accionante al acto de audiencia oral de las partes. Tal circunstancia, conduciría a un relajamiento de la audiencia oral, siendo éste el acto donde se materializa el derecho a la defensa de las partes, permitiendo que se produzca el contradictorio.

En este orden de ideas, esta Corte observa que jurisprudencialmente se ha establecido que las afectaciones al orden público derivan de que, más allá del derecho subjetivo que el accionante en el juicio de amparo afirma que le ha sido conculcado, exista una colectividad de personas -ajenas a la relación procesal- cuyos intereses resultarían afectados por la terminación del procedimiento. (Véase en este sentido, sentencia de esta Corte de fecha 28 de noviembre de 2001, caso: *Francisco Antonio Nahy Jiménez contra Alcaldía del Municipio Independencia del Estado Miranda*).

Así, en consideración a los razonamientos anteriores y a fin de determinar si la terminación del procedimiento en la presente acción de amparo, como resultado de la incomparecencia de la parte accionante a la audiencia constitucional, comportaría una lesión al orden público, esta Corte debe, en principio, precisar la situación que origina el presente juicio, los derechos constitucionales cuya infracción se denuncia y la repercusión de tal transgresión en sujetos ajenos a la relación procesal.

En este sentido, se observa que el representante judicial de la Dirección General Sectorial de Salud del Estado Lara, denuncia que mediante decisión dictada el 28 de octubre de 2005, por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, se vulneró el derecho a la defensa y al debido proceso de su representada, consagrados en el artículo 49 del Texto Fundamental, pues se declaró con lugar la acción de amparo constitucional ejercida en contra de su representada y del Hospital Dr. Egidio Montesinos, el cual depende y está adscrito a la referida Dirección, sin que se le hubiese notificado de la interposición de tal demanda, a pesar de haberse ordenado su notificación al momento de la admisión.

Al respecto, esta Corte advierte que aunque en el caso de autos el accionante denuncia, en síntesis, la falta de notificación de una acción de amparo incoada en su contra, lo que en principio comportaría únicamente una lesión a sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, lo cierto es que tales violaciones parecieran derivar de una grosera subversión del procedimiento de amparo por parte del Juzgado Superior en lo Civil Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, el cual -de acuerdo a lo alegado por el accionante- habiendo ordenado la notificación de las partes y condicionado la prosecución del procedimiento a la práctica de las mismas, obvió tal circunstancia y procedió a fijar la audiencia constitucional, llevarla a cabo y dictar sentencia condenatoria, sin que la parte contra la que obra tal fallo hubiese estado a derecho.

Ahora bien, la acción de amparo constitucional es el mecanismo judicial idóneo para la tutela y reestablecimiento de los derechos constitucionales, por lo que de forma alguna puede admitirse que sea precisamente en el curso de un procedimiento de amparo constitucional que tenga lugar una violación al derecho a la defensa y al debido proceso tan grosera como la denunciada, más aún si consideramos las trascendentales consecuencias que derivan de sustanciar un juicio de amparo a espaldas del presunto agravante.

En efecto, la acción de amparo constitucional, de acuerdo al procedimiento establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 7 de fecha 1° de febrero de 2000, se tramita en un juicio breve, pues la supuesta violación de una norma de rango constitucional, hace presumir la imperiosa necesidad de que opere la intervención Estatal, por medio de los Órganos Jurisdiccionales, a los fines de que tal circunstancia sea subsanada, cese la infracción constitucional y sobrevenga el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Asimismo, como manifestación al principio de inmediación que caracteriza al procedimiento de amparo, una vez que éste se haya admitido y se hubiese notificado a las partes, tiene lugar la celebración de la audiencia oral y pública, la cual constituye el acto procesal en el que se le concede a las partes contendientes la oportunidad de ser escuchadas por el Juez, debiendo destacarse que, en el caso particular del accionado, la audiencia no sólo es la única oportunidad que tiene para exponer sus alegatos y defensas, sino además para traer a juicio los medios probatorios pertinentes. Así, al término de la misma y habiendo tenido el Juez la oportunidad de inquirir a las partes respecto a la verdad de los hechos, éste debe dictar la decisión correspondiente. A consecuencia de tal procedimiento, la incomparecencia del presunto agravante a la audiencia oral y pública, única oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, supone su total indefensión, con el agravante que la incomparecencia del accionado acarrea como consecuencia jurídica negativa la aceptación de los hechos inculcados, lo que a su vez aligera al accionante en su carga de probar la pretensión deducida.

Aunado a lo anterior, esta Corte evidencia que a consecuencia de la sentencia de amparo obtenida presuntamente sin que se hubiese notificado al accionado de su interposición, éste fue precisamente condenado al pago dinerario por concepto de salarios caídos a favor de la ciudadana Teyssi Teresa Lucena Hernández, por lo que debemos recordar que la Dirección General Sectorial Desarrollo y Salud del Estado Lara, -la cual se vería forzada a cumplir con un pago sin que hubiese sido condenada debidamente a ello-, forma parte de la Administración Pública Estatal, por lo que el desembolso con el que se produciría el pago pertenece a aquél capital que el Estado Lara, en ejercicio de las potestades administrativas, dirige a la satisfacción de los intereses generales de sus ciudadanos.

Debe esta Corte precisar que no toda presunta lesión al derecho a la defensa y al debido proceso es susceptible de generar una lesión al orden público, sin embargo, una violación tan flagrante como la que se denuncia y en la cual, sería precisamente el juez de amparo el responsable de la misma, si podría generarla. Ello en virtud de que los hechos denunciados por la Dirección General Sectorial de Salud del Estado Lara suponen una desviación de las facultades que corresponden al juez como rector del proceso, lo cual -de ser el caso- debe ser duramente censurado, para evitar que sea una práctica permanente que nuestros jueces realicen una displicente labor jurisdiccional, pues las responsabilidades que a éstos corresponden en ejercicio de sus funciones no deben ser relajadas ni flexibilizadas y, sólo un estricto control de su labor, puede conducir a la optimización de nuestro sistema de justicia.

Así, que esta Corte subestimara las consecuencias de tan errado proceder como el denunciado en la presente acción, significaría amparar y hacerse partícipe de la transgresión constitucional que presuntamente se verifica, propiciando la desidia de los jueces, quienes no deben olvidar que son ellos los ordenadores del proceso, el cual es a su vez sólo un instru-

mento para la consecución de la justicia, por lo que llevarlo a cabo ajeno a tales postulados, tal como ocurre cuando se soluciona un litigio sin que todas las partes estén a derecho, como a decir del accionante ocurre en el presente caso, supone la negación del proceso, lo que lejos de garantizar la justicia, hace nugatorios los derechos de las partes. Así se decide.

# Comentarios Jurisprudenciales

## *EL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES INMOBILIARIAS EN DIVISAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL*

José Ignacio Hernández G.  
*Profesor de la Universidad Central de Venezuela*

**Resumen:** *Se analiza la interpretación jurisprudencial del artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda en lo que respecta a su ámbito de aplicación y alcance en el tiempo.*

### I. EL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES INMOBILIARIAS EN DIVISAS

El artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda (LEPDHV) prevé que los créditos hipotecarios, los contratos de ventas con financiamientos u operaciones de compraventa destinados a la construcción, autoconstrucción, adquisición, ampliación o remodelación de vivienda “sólo se otorgarán en bolívares, conforme con lo previsto en el artículo 318 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Además, se dispone que “la contratación realizada en moneda extranjera es ilegal. En consecuencia, se proscriben los créditos hipotecarios para vivienda en moneda extranjera, y quienes hayan otorgado créditos en moneda extranjera deberán reponer a su estado original en bolívares al tipo de cambio de referencia vigente para la fecha del contrato, publicado por el Banco Central de Venezuela”.

El artículo 23 precitado restringe el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, principio que permite a éstas pactar libremente la forma de pago de la obligación contraída. De conformidad con los artículos 1.283 y siguientes del Código Civil, el pago es modo de extinción de las obligaciones y debe efectuarse en los términos convenidos. De allí que si las partes, voluntariamente, han decidido pactar como *moneda de pago* a la divisa, el deudor sólo se liberará cumpliendo con la prestación debida, o sea, entregando la cantidad de divisas previamente estipulada. Se ha planteado, en la práctica, una discusión sobre las consecuencias jurídicas del pacto de pago de obligaciones en moneda extranjera. Así, y sobre la base del principio de intangibilidad de los contratos, puede sostenerse que, de pactarse como moneda de pago la divisa, el deudor sólo se liberará entregando la cantidad pactada de la divisa estipulada como medio de pago. Por el contrario, se postula que el bolívar, de conformidad con la Ley del Banco Central de Venezuela, siempre tiene poder liberatorio, de forma tal que, aún habiéndose estipulado el pago en divisas, el deudor siempre se liberará entregando el equivalente en moneda de curso legal. Cabe también pactar la divisa como *moneda de cuenta*, con lo cual el deudor se liberará entregando el equivalente en bolívares al momento de hacerse efectivo el pago.

Más allá de tal problemática, lo cierto es que, con anclaje en el ya referido principio de autonomía de la voluntad de las partes, el ordenamiento jurídico venezolano permite estipular el pago de obligaciones en divisas, aspecto que no es afectado por el régimen cambiario en vigor. Ello se deriva, incluso, en el ámbito del contrato de mutuo o préstamo, en el que la obligación puede consistir en la entrega de metales (artículos 1.738 y 1.739), o en el caso de la letra de cambio, previsto en el artículo 449 del Código de Comercio. En resumen, si la divisa ha sido pactada como *moneda de cuenta*, el deudor se liberará entregando el corres-

pondiente cambio de la obligación en moneda de curso legal; si la divisa fue pactada como *moneda de pago*, el deudor se liberará pagando la cantidad pactada de divisa. Pero en todo caso, el pago en bolívares se hará conforme al tipo de cambio vigente al momento de efectuarse el pago.

Este principio general está sujeto a restricciones establecidas en la Ley, como es el caso, precisamente, del artículo 23 de la LEPDHV que prohíbe pactar la divisa como moneda en los contratos de créditos hipotecarios, los contratos de ventas con financiamientos u operaciones de compraventa destinados a la construcción, autoconstrucción, adquisición, ampliación o remodelación de vivienda. Adicionalmente, y respecto de los préstamos hipotecarios para vivienda en moneda extranjera, ordena la reposición a su *estado original*.

El artículo 23 genera dos dudas fundamentales: cuál es su ámbito de aplicación, o sea, qué contratos son afectados por esa limitación, y el alcance de la reposición allí ordenada, en tanto, en principio, la aplicación de esa disposición parece colidir con el principio constitucional de irretroactividad. Ambos aspectos fueron resueltos por la sentencia de la Sala de Casación Civil de 18 de diciembre de 2006, caso *Inversiones PP001 C.A.*, con ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez.

## II. LA INTERPRETACIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES INMOBILIARIAS EN DIVISAS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL

La sentencia de la Sala de Casación Civil de 18 de diciembre de 2006 aclaró las dudas que plantea el citado artículo 23 de la LEPDHV, conforme se expone de seguidas:

- En *primer lugar*, se acota que el contrato a que se refiere el artículo 23 de la LEPDHV “es el constitutivo del derecho real sobre el bien o bienes inmuebles vendidos donde se establece la garantía hipotecaria, es decir, es el contrato de crédito hipotecario para adquisición de vivienda y el cual debe protocolizarse ante la Oficina de Registro Inmobiliario correspondiente”. Los contratos de opción de compra-venta quedan, pues, fuera del ámbito de esa disposición, acotamos, en la medida en que no impliquen obligación alguna distinta a la promesa de compra venta.

- En *segundo lugar*, en cuanto al ámbito de aplicación temporal del citado artículo 23, la Sala diferenció los distintos supuestos que pueden plantearse.

(i) El artículo 23 de la Ley no aplica a los contratos suscritos *antes* de la entrada en vigencia de la Ley, en tanto “el origen, desarrollo y culminación de la relación crediticia del deudor hipotecario, se produjo con anterioridad a la promulgación de la mencionada Ley”.

(ii) Además, se acotó que el artículo 23 rige plenamente a los contratos de adquisición de vivienda con garantía hipotecaria celebrados *luego* de su entrada en vigencia, aun cuando respecto de esa vivienda se hubiere celebrado con anterioridad un contrato de opción de compra venta. Ello es así por cuanto la celebración de tal contrato de opción no constituye la relación crediticia, la cual sólo surge con el préstamo hipotecario.

(iii) El artículo 23 de la Ley aplica a los contratos de adquisición de vivienda con garantía hipotecaria suscritos en divisas cuyos pagos se efectúen *luego* de la entrada en vigencia de la Ley. En todo caso, se advierte que los pagos realizados en divisa *antes* de la entrada en vigencia de la Ley no pueden ser afectados por ésta, en tanto lo contrario implicaría reconocer sus efectos retroactivos. Por ello, *sólo el remante o saldo deudor* deberá ser recalculado en bolívares, señalándose que “el saldo resultante, se repondrá considerando el valor de la moneda extranjera para el momento en que se suscribió el contrato de crédito hipotecario para adquisición de vivienda.” No obstante lo anterior, las cuotas dejadas de pagar deberán ser recalculadas “a la tasa de cambio vigente para el momento en el que debieron ser canceladas”.

## ¿GOOD BYE A LA SEPARACIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y JURISDICCIÓN: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 962, DE 9 DE MAYO DE 2006

Luis Alfonso Herrera Orellana  
*Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello*

**Resumen:** *El Comentario analiza la Sentencia de la Sala Constitucional N° 962, 9 de Mayo de 2006, en particular, el uso práctico que en ella se hace del principio de colaboración entre las ramas del Poder Público y de la concepción subjetiva del contencioso-administrativo, a fin de mostrar lo incompatible que resulta ese uso con el Estado Constitucional vigente.*

El artículo 211 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario publicado en *Gaceta Oficial* N° 37.323, de fecha 13 de noviembre de 2001, que equivale al artículo 207 de la actual Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicado en *Gaceta Oficial* N° 5.771, Extraordinario, de fecha 18 de mayo de 2005 (en lo que sigue, Ley de Tierras), dispone lo siguiente:

“*Artículo 207.* El juez agrario debe velar por el mantenimiento de la seguridad agroalimentaria de la Nación y el aseguramiento de la biodiversidad y la protección ambiental. En tal sentido, el juez agrario, exista o no juicio, deberá dictar oficiosamente las medidas pertinentes a objeto de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables, haciendo cesar cualquier amenaza de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción. Dichas medidas serán vinculantes para todas las autoridades públicas, en acatamiento del principio constitucional de seguridad y soberanía nacional”.

Dado que, con base en la citada disposición legal, los jueces agrarios están habilitados para dictar *oficiosamente* las medidas pertinentes a objeto de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables, “*exista o no juicio*”, en fecha 25 de marzo de 2003, se intentó en su contra ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia un recurso de nulidad por motivos de inconstitucionalidad, junto con solicitud de medida cautelar innominada, por estimar las recurrentes que dicha disposición legal violentaba varios principios y derechos de rango constitucional, como son el principio de división en ramas del Poder Público, el principio de interdicción de la arbitrariedad y los derechos a la defensa y al debido proceso judicial.

Mediante decisión N° 1.946, de fecha 16 de julio de 2003, la Sala Constitucional, con ponencia del Magistrado Delgado Ocando, acordó la medida cautelar innominada solicitada, y, por tanto, suspendió “*en forma provisional y general la aplicación de la norma contenida en el artículo 211 del Decreto N° 1.546 con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario*”, hasta tanto fuera dictada la decisión sobre el fondo de la nulidad requerida. Esto, luego de tomar en cuenta, fundamentalmente, que la disposición impugnada ya había sido aplicada en contra de las recurrentes, mediante fallo dictado en fecha 18 de diciembre de 2002, por el Juzgado Superior Segundo Agrario de los Estados Aragua, Carabobo y Cojedes, en el que se acordaron, sin juicio previo, una serie de medidas cautelares tales como el comiso de mer-

cancias propiedad de las sociedades actoras. En la misma decisión, dejó advertido la Sala, que los jueces agrarios conservaban el amplio poder cautelar que les atribuía el artículo 211 de la Ley de Tierras, pero solo respecto de procesos judiciales en curso.

Recientemente, y en contra de lo que podía preverse en atención a la motivación de la decisión antes aludida, en sentencia N° 962, de fecha 9 de mayo de 2006, con ponencia del Magistrado Francisco Carrasquero López y votos salvados de los Magistrados Cabrera Romero y Rondón Haaz, la Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso de nulidad por motivos de inconstitucionalidad interpuesto en contra del artículo 211 de la Ley de Tierras, actual artículo 207, y revocó la medida cautelar innominada de suspensión de efectos de dicha disposición legal, con lo cual, hoy día, de nuevo, cualquier juez agrario, y contencioso-administrativo en general, puede, fuera de un proceso judicial, adoptar *ex officio* las medidas provisionales que juzgue necesarias para asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables.

Esta decisión de la Sala Constitucional, como intentaremos mostrar en las líneas que siguen, es sumamente preocupante. No solo desde el punto de vista teórico y dogmático, al haber declarado la constitucionalidad de una disposición legal que, a todas luces, contradice la teoría general y constitucional de la Jurisdicción como función específica del Estado, sino especialmente desde el punto de vista práctico, al ensayar una suerte de “nueva” comprensión de la función jurisdiccional en su relación con la función administrativa, que apunta, al parecer, a reducir al mínimo la separación entre Jurisdicción y Administración, paradójicamente a través de la -falaz- invocación de la concepción subjetiva del proceso contencioso-administrativo.

Para dar cuenta de lo anterior, el presente comentario, que insiste en la tradicional pero insuficiente crítica interna de la actividad judicial<sup>1</sup>, (i) expone en forma sintética las razones que llevaron a la Sala Constitucional a desestimar la impugnación del artículo 211 de la Ley de Tierras y a proponer esa nueva manera de comprender la separación entre Jurisdicción y Administración, luego (ii) las razones por las cuales discrepamos de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, y (iii) las implicaciones jurídicas que esta nueva doctrina de la Sala Constitucional tendrá previsiblemente sobre el control judicial, independiente e imparcial, de la actividad administrativa en Venezuela.

---

1 “Comúnmente, los críticos del derecho adoptan o bien una perspectiva ‘interna’ y evalúan las razones normativas que fundamentan las decisiones judiciales; o bien adoptan una perspectiva ‘externa’ y estudian los correlatos empíricos que acompañan las resoluciones judiciales (como la ideología personal del juez, el estatus social de la parte perdedora, y los recursos materiales de la parte vencedora). Los críticos con un enfoque interno preguntan si las decisiones legales son correctas o incorrectas. Los críticos con un enfoque externo se preguntan si revelan un sesgo sistemático a favor de una u otra de las partes en conflicto. La perspectiva interna sigue lo que llamaré lógica del razonamiento o de la argumentación: la examinación de argumentos legales. La perspectiva interna se basa en lo que llamaré la lógica de la asociación o de la covariación: la búsqueda de circunstancias extralegales que covaríen con las decisiones judiciales.” Andreas Schedler, “Argumentos y Observaciones: De Críticas Internas y Externas a la Imparcialidad Judicial”, en *Revista Isonomía* N° 22, Abril de 2005, traducción de Laura Manríquez, cuyo texto íntegro puede consultarse en la página web: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/06927390822448328732268/15148.pdf?incr=1>.

I. LAS RAZONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL O EL INTENTO POR FUNDAR UNA NUEVA RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL

Inicia la Sala Constitucional su “análisis de la situación” sosteniendo que la separación de poderes, al conllevar el reconocimiento de una pluralidad de funciones que en la actualidad no se conciben distribuidas de manera exclusiva y excluyente entre los órganos investidos del Poder Público, sino únicamente asignadas de forma preponderante a unos respecto de otros, está regida por el principio de colaboración entre los órganos que ejercen los llamados Poderes Públicos.

Con base en ello, entiende la Sala en que no habría ya una efectiva separación del Poder Público, sino una distribución *sujeta a la colaboración*, entendida esta última como una asunción recíproca, e incluso simultánea, y no limitada de las funciones estatales por cada una de los órganos que conforman las ramas de los Poderes, como consecuencia directa de la cláusula del Estado Social de Derecho.

Acto seguido, la Sala Constitucional vincula esa postmoderna<sup>2</sup> idea de la distribución del Poder Público, como colaboración entre órganos que pueden ejercer todas las funciones estatales, con el carácter subjetivo del proceso contencioso-administrativo, para señalar que esta subjetividad, la cual se entiende como el poder de “*los órganos jurisdiccionales* [para que] *dispongan lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas*”, ha sido posible gracias a que la separación del Poder Público en ramas no es rígida, ni liberal.

En esta línea, y apoyándose con afán en copiosa doctrina extranjera, indica la Sala que debido a esta comprensión subjetiva de su función, los tribunales contencioso-administrativos tienen atribuida la facultad de sustituirse en determinados casos en la Administración, cuando ello es menester para garantizar una tutela judicial efectiva, con base en “*los principios y valores del Estado democrático y social de Derecho y Justicia*”, pues esa jurisdicción ya no es objetiva<sup>3</sup>.

Asimismo, invocando la interpretación que hizo del principio de división de Poderes en su sentencia N° 2855/ 2002, y en fallo 5 de abril de 2005, caso: *Agropecuaria Villa Carmen*, la Sala aclara que ni los poderes inquisitivos de la Administración, ni los inquisitivos de los jueces, transgreden *per se* la división de poderes, pues “*la estructura orgánica y funcional del Estado, dispuesta en el Texto Fundamental*”, estipula una “*conceptualización flexible*” del principio de división de los “Poderes Públicos”.

2 “La crítica del fundacionalismo es característica del posmodernismo que promueve una apertura recelosa de toda univocidad y de todo ‘finalismo’ incontrastable. Por eso, el posmodernismo desconfía de las creencias tradicionales y se compromete con una atmósfera contingente, histórica, plural, agonística y estética. Lyotard trata de reemplazar el modelo de conocimiento racionalmente ordenado por una pluralidad de ‘narrativas’ que ponga fin a la creencia en los grandes relatos” José Manuel Delgado Ocando, “Nietzsche y el Posmodernismo”, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003, p. 410.

3 Textualmente afirmó: “De esta forma, tal como señaló esta Sala en sentencia del 17 de marzo de 2003, dictada en el caso *Ricardo Cella*, en el expediente N° 02-1271, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa tienen atribuida la facultad de sustituirse en determinados casos en la Administración, cuando ello sea necesario para garantizar una tutela judicial efectiva, con base en los principios y valores del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, donde la plena jurisdicción del contencioso-administrativo no sólo se limita a declarar la nulidad de la actuación o de la abstención, sino también de proveer lo necesario para tutelar los derechos e intereses de quienes han visto cercenados sus derechos por el arbitrario proceder de la Administración (concepción subjetiva)”.

Esta flexibilización del principio de división de Poderes permite, a juicio de la Sala, que cada uno de los órganos que ejercen los Poderes Públicos colaboren entre sí asumiendo “*además de las funciones que le son propias por orden constitucional, funciones que son características de otros Poderes*”.

Así, dando a entender que el juez contencioso-administrativo puede administrar en algunos casos (cuando se sustituye en la Administración) en los que colabora con el ejecutivo, la Sala Constitucional señala que dicho juez (extrañamente, no lo limita al juez contencioso-agrario, que es el único al que alude el artículo 211 de la Ley de Tierras, actual artículo 207) está constitucionalmente habilitado para trascender el mero control de legalidad sobre la actuación administrativa, cuando le toca restituir las situaciones subjetivas vulneradas.

Explícitamente, indica la Sala que, a partir de los principios de tutela judicial y de colaboración de poderes, que supuestamente lo habilitan a administrar cuando restituye la situación infringida, el juez contencioso-administrativo “*puede desarrollar, en determinados casos, una actividad que desde el punto de vista sustancial –no así orgánico- podría ser calificada como una función administrativa*”<sup>4</sup>.

Llegado a este punto, el razonamiento de la Sala se desplaza de la urgencia de proteger *situaciones subjetivas particulares* a la de proteger *situaciones subjetivas colectivas*, y la lleva a sostener de manera explícita que los poderes inquisitivos del juez contencioso-administrativo son efecto de la concepción social y de justicia del Estado venezolano “*caracterizado por una institucionalidad que se adecua a lo que sea oportuno y posible en un momento determinado*” que tiene en cuenta la situación real de los ciudadanos para “*disminuir las desigualdades sociales*”.

De este modo, los jueces contencioso-administrativos tienen, según la Sala Constitucional, la obligación de ayudar al Ejecutivo y al Legislativo en la tarea de disminuir las diferencias sociales, no solo mediante la correcta interpretación y aplicación del Derecho como hasta ahora se pensaba, sino a partir de la premisa política fijada por la misma Sala en su sentencia de 24 de enero de 2002, caso: *Deudores Hipotecarios*, según la cual “*la Constitución antepone el bien común (interés general) al particular*”.

---

4 Indicó literalmente la Sala cuanto sigue: “Efectivamente, se puede observar cómo de acuerdo con los principios de tutela judicial efectiva y colaboración de poderes, el juez contencioso administrativo puede desarrollar, en determinados casos, una actividad que desde el punto de vista sustancial –no así orgánico- podría ser calificada como una función administrativa. Ello así, debe este Supremo Tribunal determinar si tal actuación pudiera desarrollarse oficiosamente y al respecto se observa lo siguiente: (...) la ley puede establecer las circunstancias de acuerdo a las cuales actúa un determinado órgano jurisdiccional, regulando la actuación procesal de los justiciables y los poderes que el juez puede ejercer en el ejercicio de su actividad de heterocomposición de los conflictos, lo cual incluso comprende el establecimiento del matiz dispositivo o inquisitivo de un determinado procedimiento, todo en función de la materia y los intereses que habrán de tutelarse ante dicho juzgador. De este modo, en materia de derecho privado por regla general priva el principio dispositivo en los procesos judiciales, mientras que en materia de derecho público, tal como ocurre en la denominada jurisdicción (competencia) contencioso administrativa, el legislador otorga amplios poderes de disposición al órgano decisor. Lo expuesto permite inferir que mientras el legislador se mantenga en el contexto constitucional, resulta aplicable el conocido aforismo de Delolme, según el cual la ley lo es y lo puede hacer todo (salvo convertir a un hombre en mujer), evidenciándose así la fuerza del imperio de la ley en el Estado de Derecho venezolano y la supremacía del parlamento en el ejercicio de la función legislativa, reguladora de las situaciones jurídicas generales”.

De seguidas, se señala en la sentencia examinada que por lo anterior, es que el legislador da a los órganos jurisdiccionales *poderes inquisitivos*: para que salvaguarden las necesidades de la población. Y aclara, además, que el reconocimiento de esos poderes a los jueces es de la esencia del Estado Social de Derecho, pues son medidas legales que buscan planificar, racionalizar y regular la actividad de los particulares y del propio Estado, en beneficio del colectivo<sup>5</sup>.

En un esfuerzo por apoyarse en el argumento de autoridad, afirma la Sala Constitucional que las facultades oficiosas del juez contencioso-administrativo (aludiendo en forma implícita al artículo 211 de la Ley de Tierras) evidencian, según Hauriou, un “*poder semipretoriano del juez administrativo, donde el Poder Judicial se encuentra llamado a garantizar los derechos individuales y colectivos de los justiciables*”, a través de la actividad materialmente administrativa antes mencionada.

De inmediato, se pasa en la decisión a señalar que por todo lo expuesto, el artículo 211 de la Ley de Tierras no vulnera el principio de división de Poderes, como lo estimaron las actoras, según la Sala, por partir de una “*comprensión limitada del Poder Judicial*”, propia de la Ley francesa de 1790, pues éste no sólo se ocupa de velar por la sujeción del Estado y los particulares al Derecho, sino de la protección de los derechos y garantías fundamentales a través del ejercicio de la actividad administrativa, en tanto manifestación de la colaboración de las ramas del Poder Público entre sí.

Estimó entonces la Sala Constitucional que no vulnera el principio de división del Poder Público la potestad que el artículo 211 de la Ley de Tierras da al juez agrario (aunque la Sala habla permanentemente del juez contencioso-administrativo en general) para que se realice las funciones del órgano o ente administrativo, ya que aquélla le permite, en ciertas circunstancias de hecho, propiciar un proceso *in audita parte* en el cual proveer lo conducente para salvaguardar la continuidad agraria o la preservación de los recursos naturales, al margen de que Administraciones como el Instituto Nacional de Tierras o el Ministerio del Ambiente, verbigracia, tengan atribuidas esas mismas finalidades.

Por si acaso, se aclara en la decisión que el legislador no está impedido de atribuirle a los jueces agrarios facultades inquisitivas ni posibilidad de actuaciones oficiosas, pues éstas “*en modo alguno coliden con su imparcialidad, sino que se encuadra en el carácter subjetivo y garantista del procedimiento contencioso-administrativo*”.

Así, concluyó la Sala Constitucional en que resulta constitucionalmente legítima la actuación oficiosa de los tribunales cuando el bien tutelado así lo amerite y exista disposición legal que lo faculte, “*como es el caso de adopción de medidas que desde el punto de vista material pudieran calificarse de funciones administrativas, tomadas en ejercicio de la potestad jurisdiccional*”, que han de controlarse a través de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados que emplea el artículo 211 de la Ley de Tierras.

---

5 Señaló sobre este punto, lo que sigue: “Es esta la ratio de los poderes inquisitivos del juez contencioso, como un efecto de la concepción social y de justicia del Estado venezolano, caracterizado por una institucionalidad que se adecua a lo que sea oportuno y posible en un momento determinado. Para ello, se tiene en cuenta la situación real de los ciudadanos y se adoptan normativas que persiguen disminuir las desigualdades sociales, permitiendo que las personas ajenas al poder público o privado obtengan una mejor calidad de vida. Ello implica que en materias relacionadas con el interés general, el Poder Público se abra paso mediante la intervención directa sobre determinadas circunstancias, a los fines de tutelar a la colectividad, lo cual guarda una incontrovertible relación con el *supra* referido carácter subjetivo del contencioso administrativo, cuyo desarrollo persigue la protección de las situaciones jurídicas de los particulares”.

Por último, la Sala complementó su conclusión indicando que el artículo 211 de la Ley de Tierras no afecta el derecho a la defensa ni el debido proceso, pues la adopción *in audita parte* de la medida preventiva por el juez agrario en modo alguno supone la inexistencia de un procedimiento en el que se haga oposición a la medida decretada, pues la expresión “*existita o no juicio*” alude solo a la no pendencia de un juicio previo.

No obstante, precisamente porque no lo prevé el artículo impugnado, la Sala ordenó a los jueces agrarios aplicar lo pautado en el artículo 602 del Código Adjetivo Civil, luego de acordada la medida de manera oficiosa por el juez sin un juicio previo, acaso sin reparar en que, para entonces, la lesión a la imparcialidad del juez resulta ya irreversible.

## II. LAS RAZONES DEL DISENSO O PORQUÉ LA JURISDICCIÓN SOLO PUEDE COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DEL CONTROL JUDICIAL DE SU ACTUACIÓN, NO ADMINISTRANDO JUNTO A ELLA

### 1. *División del Poder Público, principio de colaboración y estado constitucional*

Resulta perspicaz que una demanda de nulidad que bien pudo resolver la Sala Constitucional atendiendo al sistema de distribución de competencias que la Constitución de 1999 contempla, haya sido desestimada mediante la invocación e interpretación inédita de dos principios constitucionales, como son el de colaboración entre los Poderes Públicos y el carácter subjetivo del contencioso-administrativo, en tanto orden integrante de la Jurisdicción.

Pero es el caso que la Sala, apartándose de la sugerencia de limitar al máximo la invocación de los principios generales como premisa normativa para la resolución de controversias<sup>6</sup>, en vez de examinar las disposiciones constitucionales que atribuyen al Ejecutivo y al Legislativo la competencia-obligación de satisfacer las necesidades colectivas (artículos 141 y 156, entre otros) y al Judicial la potestad-obligación de resolver mediante sentencias fundadas en Derecho las controversias jurídicamente relevantes (artículos 26, 253, 257 y 259), optó por invocar principios constitucionales, darles una interpretación *sui generis* a los mismos y resolver la impugnación con apoyo en ellos únicamente.

Sin embargo, el esfuerzo por justificar ese proceder no resulta suficiente de entrada, porque es inconsistente argumentar, a partir del principio de colaboración entre sí de los órganos del Poder Público, que las necesidades inmediatas y futuras de la sociedad deben ser atendidas por los tribunales, pues es al Ejecutivo y al Legislativo a los que corresponde, de acuerdo con la distribución de competencias hecha por la propia Constitución, la atención y satisfacción de esas necesidades en nombre del Estado, en la medida que son ellos quienes ejercen la función Política y Económica en el ámbito estatal.

En esta tarea, la misión que corresponde a los tribunales es supervisar que las medidas adoptadas por dichas ramas sean cumplidas y acatadas a favor de los derechos de todos los ciudadanos y no solo de una parte de ellos, salvo, por supuesto, que las mismas sean contrarias a la Constitución, y controlar que en la aplicación de dichas medidas, los órganos y entes del Legislativo y el Ejecutivo no incurran en violación del Derecho, y que si lo hacen se restablezcan y reparen las situaciones subjetivas lesionadas.

---

6 Cfr. Manuel Aragón Reyes, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 175 y ss.

Tal punto de vista, por cierto, en modo alguno se funda en la Ley francesa del año 1790, pues ésta no tenía como idea fundamental la noción de control de las ramas ejecutivas y legislativas del Poder Público por parte de la rama judicial que es lo propio en el actual Estado de Derecho. Es más, la finalidad de esa Ley era impedir que los jueces de la época (en realidad, no eran jueces como los conocemos hoy día sino integrantes de la clase social nobiliaria) interfirieran (es decir, controlaran políticamente) la actividad de la Administración (en manos de la clase burguesa revolucionaria).

Quizá sea importante recordar que, desde su reconocimiento en los albores de la Modernidad occidental, buena parte de los derechos inherentes a toda persona humana se conciben como límites a los poderes del Estado, respecto de los cuales éste solo puede actuar de forma proporcional, sin afectar o desconocer su goce efectivo por los ciudadanos<sup>7</sup>, y que los tribunales, a partir del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, se han erigido como protectores de esos derechos inherentes a todo ser humano, esto es, como guardianes de que los límites del Estado no sean arbitrariamente traspasados por éste.

Por ello, aun cuando existen algunos derechos, también inherentes a la persona humana, que requieren de la intervención del Estado para su efectivo goce y disfrute, debido a las desigualdades naturales en que se encuentran los individuos, tal necesidad de intervención no habilita ni a la Administración ni a los tribunales a colocar a unos derechos por encima de otros, es decir, a privilegiar la protección y garantía de unos por encima de la protección y garantía de otros, pues ello iría en contra del principio de la interdependencia de los derechos humanos.

El Estado, y en especial los tribunales, dado el atributo de interdependencia de los derechos inherentes al ser humano, están obligados por la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a respetarlos y garantizarlos a todos por igual. Es por ello que el Estado no puede defender ninguna idea de bien por encima de las restantes, ya que su autoridad se limita a garantizar la seguridad, el orden y la justicia en el ejercicio de los derechos y en el acceso a bienes y servicios, no estándole dado el dotar de contenido los proyectos de vida de cada ciudadano o grupo de ellos.

Sin duda, en el Estado constitucional, estadio superior del Estado de Derecho legalista<sup>8</sup>, la distribución en ramas del Poder Público tiene por objeto lograr un mejor sistema de pesos y contrapesos entre cada uno de los órganos que ejercen ese Poder Público, de modo que la

---

7 “En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”. Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

8 En este modelo de Estado, reconocido por el artículo 7 de la Constitución de 1999 “la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto, de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello podría decidirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho”. Gustavo Zagrebelski, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, traducción de Marina Gascón, 4ta ed., 2002, p. 33.

idea de control es cardinal. Pero no entendida como la posibilidad de sustitución de unos órganos en las funciones propias de otros órganos de acuerdo con el principio de competencia, sino como posibilidad efectiva de control jurídico, de unos órganos por otros, en el cumplimiento de sus obligaciones de garantizar *los* derechos y satisfacer *las* necesidades públicas. Por ello es anacrónico anteponer Estado Social a Estado de Derecho, o viceversa, pues en el Estado constitucional ambas cláusulas están integradas armónicamente.

En el contexto de las democracias constitucionales actuales, el control lo efectúa cada rama del Poder Público ejerciendo la función que le es propia en forma preponderante, no mediante el ejercicio de la función que es preponderante en alguna otra de las ramas. Y el nivel más elevado de ese control, no sujeto a ningún otro, lo ejerce el Poder Judicial, pues éste es el único autorizado a resolver las disputas jurídicas de toda índole, incluidas las suscitadas entre órganos y entes públicos, mediante actos (sentencias) con fuerza de cosa juzgada, todo ello, insistimos, de acuerdo con el reparto de competencias que la propia Constitución hace, y que el legislador no es libre de desconocer.

Porque la Constitución así lo establece, la función administrativa es controlada por la función jurisdiccional mediante el ejercicio por parte de ésta –de los tribunales– de sus potestades judiciales (evaluación de la conformidad con el Derecho de lo actuado), y no por medio del uso de sus –limitadas y no predominantes– funciones administrativas.

En definitiva, como lo ha señalado la más reconocida doctrina, la Jurisdicción es la función estatal dirigida a resolver disputas jurídicas mediante sentencias que declaren el Derecho con fuerza de cosa juzgada, mientras que la Administración es la función estatal dirigida a tutelar en forma directa e inmediata intereses públicos, mediante actos administrativos<sup>9</sup>.

Ahora bien, dado que los órganos que ejercen las diferentes funciones en que se manifiesta y concreta el Poder Público que el Estado ostenta por delegación de los ciudadanos, sirven a objetivos colectivos comunes (los señalados en el Preámbulo y los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución), sería absurdo que contendieran entre sí o se entorpecieran el trabajo los unos a los otros. De este modo, la primera medida que la Constitución adopta para evitar tal contención, es el *principio de competencia*, o la atribución específica, expresa, positiva de funciones y potestades dirigidas, cada una según su naturaleza, a satisfacer necesidades e intereses públicos, colectivos, en la que ciertamente no hay coincidencia total entre cada rama y la función o potestad atribuida.

En refuerzo de ello, la Carta Magna adopta el principio de la colaboración de los “Poderes Públicos” entre sí, con cuya adecuada comprensión se pretende evitar el surgimiento de los llamados “conflictos constitucionales” (ver artículo 336.9 de la Constitución), y lograr el cumplimiento efectivo de los fines a que propenden las diferentes ramas, sin la interferencia ilegítima de las otras.

No obstante, ni de la asignación no exclusiva ni excluyente de funciones a cada una de las ramas, ni del principio de la colaboración de las ramas del Poder Público entre sí, se sigue, como parece sugerirlo la Sala Constitucional, por ejemplo:

---

9 Sobre esta clásica -e imprescindible para la vigencia de la democracia- distinción, véase, entre otros autores, Adolfo Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Comares, Granada, traducción de José L. Monereo Pérez, 2004, pp. 30 y ss; y Juan Montero Aroca y otros, *Derecho Jurisdiccional I*, Parte General, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000, pp. 39 y ss. Entre nosotros, véase Mario Pesci Feltri, *Teoría General del Proceso*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2<sup>da</sup> edición, 2003, pp. 16 y ss.

- a) Que el Poder Judicial pueda crear un servicio público (asunto que compete solo al Ejecutivo),
- b) Que el Poder Ejecutivo pueda ejercer el control político y fiscal sobre el gasto público (tema que compete solo al Legislativo y a la Contraloría) o;
- c) Que el Poder Legislativo pueda dictar actos de ejecución directa e inmediata de la Constitución que resuelvan controversias jurídicamente relevantes (asunto que compete solo al Judicial).

En efecto, la colaboración de las ramas no supone cambalache o trueque de funciones entre los diferentes órganos, ni tampoco supone que los Poderes nunca interferirán unos con otros, pues las actuaciones contrarias a Derecho deben ser impedidas.

Así, si el Legislativo dicta una Ley inconstitucional, el Judicial debe impedir la aplicación de esa Ley; si el Ejecutivo malgasta los recursos públicos, el Legislativo debe negar la entrega de nuevos recursos e iniciar la investigación que corresponda; y si el Judicial traspasa los límites de su control judicial, el Legislativo, siempre que ello no viole la tutela judicial, debe dictar leyes que impidan el Gobierno de los Jueces.

## 2. *Carácter subjetivo del contencioso-administrativo y función administrativa*

Ahora bien, si la colaboración entre Poderes no permite que los jueces administren para satisfacer necesidades colectivas, ¿será que, con apoyo en el carácter subjetivo del proceso contencioso-administrativo, los tribunales sí podrían ejercer una actividad materialmente administrativa, paralela a la desplegada por la Administración? La respuesta a esta duda que siembra la decisión comentada debe ser categórica: no.

Como es bien sabido, el carácter subjetivo del proceso contencioso-administrativo<sup>10</sup> procura superar la concepción ortodoxa de dicho proceso como un juicio objetivo, en el que no existen partes en conflicto, y reivindicar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, integral, plena, de los ciudadanos frente a las actuaciones contrarias a Derecho de la Administración. Pero en modo alguno procura transmutar al juez en un administrador del interés público, pues la imparcialidad e independencia de la función jurisdiccional prohíbe categóricamente esa transmutación.

En pocas palabras, trata esa concepción de sacar el contencioso-administrativo del ámbito del Derecho Administrativo sustantivo, para residenciarlo en el Derecho Procesal, al que por naturaleza y finalidad corresponde, pues se trata de una manifestación explícita de la Jurisdicción y no de una Administración contenciosa, como fue entendido originalmente el contencioso-administrativo en la Francia post-revolucionaria.

---

10 Sobre la concepción subjetiva del contencioso-administrativo, véase Eduardo García de Enterría, "El desmontaje del objetivismo y la recuperación para el contencioso-administrativo del sentido de la justicia. El derecho a la protección contencioso-administrativa como un derecho fundamental de los ciudadanos", en *Problemas del Derecho Público al comienzo de Siglo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 45 y ss. Cabe advertir, que la concepción "subjetiva" del contencioso-administrativo, como juicio sometido a los principios del debido proceso y de la tutela judicial, comenzó su difusión en Venezuela bajo la vigencia de la Constitución de 1961. Al respecto, véase Gustavo Linares Benzo, "El carácter subjetivo del procedimiento contencioso-administrativo", en *Liber Amicorum. Homenaje a la Obra Científica y Docente del Profesor José Muci-Abraham*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 389 y ss.

En tal sentido, una de las consecuencias jurídicas que se siguen del carácter subjetivo que los artículos 26, 257 y 259 de la Constitución venezolana otorgan al proceso contencioso-administrativo, es que lejos de reforzar la colaboración entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo a través de la realización de la función administrativa por parte del primero, queda reforzada la intensidad con que el Judicial, a través de la función jurisdiccional, puede interferir en el actuar del Ejecutivo, cuando la actividad administrativa o gubernativa vulnera derechos e intereses de los particulares, o desconozcan las competencias y potestades de otros órganos o entes públicos.

Son, a fin de cuentas, la tutela judicial efectiva y el control judicial pleno que deben ejercer los tribunales sobre la actividad administrativa, las premisas que han llevado a reconocer a los jueces contenciosos el poder de ordenar en las sentencias de fondo en las que resulta condenada la Administración demandada, la adopción de ciertas medidas o la observancia de conductas que debieron seguirse en sede administrativa, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, e incluso, en algunos casos, a asumir la ejecución de tales órdenes, pues solo de este modo es posible lograr el efectivo restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada<sup>11</sup>.

Sin embargo, es solo en casos específicos, en los que se considera como potestad de la Jurisdicción, esto es, como función judicial y no administrativa, cuando los jueces contencioso-administrativos se “sustituyen” en la Administración.

En realidad, como se ha explicado detenidamente<sup>12</sup>, más que sustituirse, lo que hacen dichos jueces es *declarar el Derecho aplicable al caso* y disponer el restablecimiento inmediato de la situación infringida, sin hacer depender tal restablecimiento de la voluntad del condenado (sea la Administración o un particular), mediante el señalamiento de todos los efectos jurídicos de la decisión y de la ejecución práctica de esos efectos, en los casos de desacato a lo dispuesto por el tribunal de la causa, en los que se pasa de una sustitución declarativa a una sustitución ejecutiva.

Ahora bien, los jueces contenciosos no podrían, en ningún caso, “sustituirse” en la Administración condenada y, por ejemplo:

---

11 Esto explica por qué se cataloga como una medida de índole jurisdiccional y no de índole administrativa, el que en el fallo de fondo los jueces contenciosos, por ejemplo, luego de determinar la antijuricidad de la negativa de un órgano administrativo a dictar un acto autorizatorio o certificatorio, autoricen a hacer lo pedido por el actor a la Administración, o certifiquen el hecho o acto que el demandante había solicitado certificar a la autoridad administrativa. Tales sentencias son posibles sin menoscabo de la división en ramas del Poder Público, porque se trata de actos fuertemente reglados, que deben dictarse una vez verificado el cumplimiento de los requisitos de ley. Igualmente, en el caso de los actos administrativos que resuelven conflictos intersubjetivos, mas no en el de los sancionatorios, se admite y considera válido por entero que los jueces contenciosos, si declaran la nulidad absoluta (invalidez) del acto que resolvió el conflicto intersubjetivo, pasen a resolver el fondo del conflicto en su sentencia definitiva sin necesidad de reponer la controversia a la sede administrativa, para que el organismo autor del acto anulado dicte un nuevo acto susceptible de nuevo control judicial.

12 “En nuestro criterio, el Juez se sustituye en las partes cuando se subroga en su voluntad a fin de dictar sentencia y cuando se subroga en su voluntad a fin de dar cumplimiento al fallo emitido. Sustitución en la declaración y sustitución en la ejecución. De allí surge, como se verá, la distinción entre el poder de sustitución declarativa y el poder de sustitución ejecutiva.” José Ignacio Hernández, “El poder de sustitución del juez contencioso-administrativo: contenido y ejecución de la sentencia”, en *AAVV, El Contencioso-Administrativo Hoy*, FUNEDA, Caracas, 2004, p. 309. Véase también, Jesús González Pérez, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 3<sup>ra</sup> edición, 2001, pp. 337 y ss.

- a) Dictar un Reglamento por la ilegal o inconstitucional omisión de la Administración;
- b) Celebrar el contrato administrativo con el participante en el proceso licitatorio que ganó la buena pro por retardo o irregular actuación de la Administración;
- c) Asumir la dirección de un establecimiento que presta un servicio público sanitario por mala gestión de la Administración;
- d) Imponer una sanción administrativa a un funcionario o a un particular, por responsabilidad disciplinaria o administrativa; u
- e) Ordenar la ocupación temporal de un inmueble con fines expropiatorios, por existir un interés público en la construcción de una obra en dicho inmueble.

De adoptar cualquiera de las medidas anteriores, el juez contencioso-administrativo estaría extralimitándose en su competencia de restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas e incurriendo en usurpación de funciones, esto es, en incompetencia de índole constitucional, y en violación de principios tales como la división en ramas del Poder Público.

Igualmente, se extralimita el juez contencioso, como veremos, cuando actúa sin que ningún sujeto de Derecho demanda su actuación, esto es, sin que se ejerza una acción dirigida a activar el aparato jurisdiccional, pues esa actuación oficiosa sin proceso previo mina su imparcialidad e independencia, al punto de volver ineficaz e inútil la aplicación de un trámite cautelar, como el previsto en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, en el que ni siquiera existe cognición plena para la defensa de los derechos e intereses.

### 3. *Principio inquisitivo, contencioso-administrativo y principio dispositivo*

Hecha la lectura de esta decisión 962, cabe preguntar, ¿acaso la protección del interés público o general podría justificar, como lo sugiere la Sala, el que los jueces contenciosos realizaran actuaciones materialmente administrativas, paralelas a la actuación de la Administración?. De nuevo, la respuesta ha de ser negativa. En primer lugar, porque los tribunales, incluidos los contencioso-administrativos, ha sido creados para resolver controversias jurídicamente relevantes mediante sentencias, no para administrar, gobernar o legislar.

En segundo lugar, porque, como acertadamente lo indica la Sala Constitucional en la decisión examinada, toda doctrina utilitarista del ser humano y de la sociedad debe ser rechazada en el Estado Constitucional, pues aquélla impediría constantemente que fueran protegidas adecuadamente las situaciones jurídicas subjetivas individuales. Y para eso están los tribunales, para evitar que la tendencia utilitarista de la Administración avasalle los derechos e intereses individuales o de una minoría. Sorprendentemente, este argumento es contradicho por la Sala en la misma sentencia N° 962, y en otras previas y posteriores al fallo que se examina, pues aquélla, mediante un discurso utilitarista y comunitarista, antepone siempre el bien común a los derechos.

Con independencia de lo importante, urgente o conveniente que pueda resultar una determinada actuación administrativa desde una óptica social, económica, cultural o ambiental, si esa actuación infringió normas jurídicas que protegen derechos e intereses de particulares o grupo de éstos, sean esas normas de rango constitucional, legal o sub-legal, la Jurisdicción contencioso-administrativa debe declarar inválida la actuación y prohibir la continuación de la misma.

Admitir lo contrario, como lo propone el dogma de la primacía absoluta del interés general sobre el interés particular, implicaría una adopción total por los jueces contencioso-administrativos de una filosofía utilitarista en el control judicial de la Administración, conforme a la cual si el número de los beneficiados por la ilegal o inconstitucional medida Admi-

nistrativa es mayor al número de los perjudicados en sus derechos e intereses particulares, entonces debe considerarse como buena y acorde con el interés público la medida, y, en consecuencia, debe ser respetada y tolerada por los tribunales.

Existe consenso en cuanto a que solo pueden exigir respeto a su validez aquellos actos de los órganos del Poder Público que son dictados por una autoridad competente, siguiendo el procedimiento legalmente establecido y con respeto y garantía de los derechos y libertades de los particulares. Todos aquellos que no respeten estos tres elementos, al margen de los "beneficios" colectivos que generen, deben ser expulsados del ordenamiento, si en realidad se está en un Estado constitucional y en un régimen democrático de gobierno.

Sin embargo, en la decisión examinada se invoca el principio de colaboración de las ramas del Poder Público entre sí y la cláusula del Estado Social de Derecho para justificar la atribución de potestades inquisitivas a los jueces contencioso-administrativos tales como la de dictar medidas preventivas sin juicio previo. No se advierte que tal afirmación es incompatible con la teoría general y constitucional de la Jurisdicción como función estatal dispuesta a resolver las disputas jurídicas, en forma independiente e imparcial, sin estar forzada de antemano a favorecer a unos intereses sobre otros.

Precisamente, olvida la Sala que la actuación de los jueces contenciosos es por regla general, dada su naturaleza jurisdiccional, posterior y correctiva, nunca anterior al conflicto y preventiva (salvo los casos de jurisdicción voluntaria y de ciertas medidas cautelares que podría acordar, si es instado a ello), ya que los tribunales, en el orden competencial que sea, sólo pueden actuar cuando está por surgir o ha surgido ya una controversia jurídicamente relevante entre sujetos de Derecho, y, al menos, uno de éstos, debido a la prohibición de hacerse justicia por mano propia, acude ante el órgano judicial competente a solicitar que dirima el conflicto.

La razón de tal modo de proceder de los jueces, la encontramos en la vigencia de un principio que, originalmente concebido como un principio de la teoría general del derecho procesal, se erige hoy como un principio garante de la imparcialidad y la independencia<sup>13</sup> de la actuación judicial: *el principio dispositivo*.

En virtud de dicho principio, solo una vez que son *instados por un interesado*, es que los jueces pueden evaluar las conductas de las partes en contención, a través de los alegatos y las pruebas llevadas al proceso, y juzgar la mayor o menor sujeción de dichas conductas a las normas que rigen la relación jurídica entre las partes, a fin de establecer a quién debe favorecer la sentencia de fondo, cuya dispositiva debe fundarse en claros y consistentes argumentos de hecho y de Derecho.

Y es en esta sentencia de fondo en donde el juez contencioso-administrativo, una vez completado el análisis de la conformidad con el Derecho o no de la conducta de la parte demandada, es decir, de la Administración, podrá adoptar u ordenar medidas tendentes a restituir las situaciones subjetivas vulneradas, ya que en modo alguno puede hacer ello si (i) nadie se lo ha pedido y (ii) si no hay pruebas suficientes de que es procedente la restitución solicitada.

---

13 Sobre los atributos de independencia e imparcialidad como componentes del derecho al debido proceso, véase Héctor Faúndez Ledesma, *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (El Derecho a un Juicio Justo)*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, pp. 228 y ss.

Ni la tutela judicial –que es un derecho, no un principio-, ni la colaboración entre las ramas del Poder Público, sirven de fundamento a la tesis, asomada pero no desarrollada por la Sala Constitucional, de una función administrativa de los jueces contencioso-administrativos dirigida a proteger el interés colectivo sobre el interés particular.

No obstante, partiendo de una errada consideración de la tutela judicial como ‘principio’ que deroga los principios constitucionales que rigen la función jurisdiccional (imparcialidad, equilibrio, sujeción a las formas procesales legales, etc.) y habilita a los jueces contenciosos a actuar como ‘administradores’, y del principio de la colaboración de las ramas del Poder Público entre sí como sinónimo de intercambio en las funciones propias de cada una de ellas, la Sala Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma impugnada.

Una norma (el artículo 207 de la actual Ley de Tierras), que otorga a los jueces agrarios (aunque la Sala Constitucional habla permanentemente de jueces contencioso-administrativos) la posibilidad de que dicten sin petición de parte, más que medidas cautelares, medidas de ordenación, de control, de represión y, en general, de innovación –sin procedimiento previo- de situaciones jurídicas subjetivas particulares, como si fueran órganos de la Administración, argumentando a favor de esta tesis inédita en nuestra tradición constitucional y procesal, que ello es comprensible desde el momento en que los jueces contenciosos están regidos por el *principio inquisitivo*.

Frente a esto, debe señalarse que un principio cardinal, de índole constitucional y legal, para la Jurisdicción es el antes mencionado *principio dispositivo*, cuyas manifestaciones más importantes son las reglas según las cuales (i) no hay proceso sin actor (*nemo iudex sine actore*) y (ii) son las partes quienes tienen la carga de probar lo que han alegado en el proceso, sin perjuicio de las *iniciativas oficiosas* reconocidas al juez en esta materia, de acuerdo con el ámbito procesal del que se trate.

Es la Administración la única organización estatal que tiene por principio cardinal el *principio inquisitivo*, de acuerdo con el cual no requiere la autoridad administrativa de impulso de parte para actuar en defensa del interés público bajo su tutela<sup>14</sup>.

---

14 Sobre la vigencia del principio dispositivo en el orden contencioso-administrativo venezolano, frente a la pretensión de proclamar la aplicabilidad de su contrario, el principio inquisitivo, señaló en su oportunidad Rodríguez Urraca, lo siguiente: “El proceso inquisitivo puro sólo tiene vigencia histórica. Es algo perteneciente al pasado, y a un pasado realmente fugaz (...) Lo que parece indudable es que existe gran confusión entre los estudiosos del Derecho en cuanto a lo que debe entenderse por proceso inquisitivo (...) En verdad lo único que puede hacer inquisitivo un proceso es el monopolio del ejercicio de la acción civil por parte de los órganos del Estado, sea el propio Tribunal, el Ministerio Público u otro órgano equivalente. Lo único que puede hacer inquisitivo un proceso es el desconocimiento de los derechos subjetivos que correspondan a las partes para accionar y defenderse. El proceso contencioso-administrativo venezolano está encuadrado dentro del sistema dispositivo (...) Se inicia a instancia de parte, y el contenido de la decisión viene determinado por la solicitud respectiva (...) Una cosa distinta es la facultad de dirigir el proceso que corresponde al juez contencioso, dentro de lo cual se inserta la posibilidad de ordenar la evaluación de pruebas de oficio. Estos son elementos inquisitivos que aparecen en el proceso de tipo dispositivo para adoptarlo a la realidad de la época y a los principios que gobiernan el carácter público del proceso (...) Cuando el juez se mantiene en su decisión, sujeto a lo que ha sido alegado por las partes, evidentemente estamos en presencia de un proceso de tipo dispositivo. Las alegaciones constituyen la única manifestación propiamente procesal de los derechos subjetivos que corresponden a los litigantes. Otra cosa es la prueba: ella pertenece al proceso, y, consiguientemente, a su respecto el juez no puede estar ligado por la que le suministran las partes (...) Concordamos, pues, con la tesis, cuando llega a la conclusión de que el proceso contencioso-administrativo no es de tipo inquisitivo, sino que, simplemente participa, de algunos elementos inquisitivos que la época actual reclama de la administración de justicia con el fin de adecuar-la a sus necesidades”. José Rodríguez

De la recta observancia del principio dispositivo, que en modo alguno impide que las leyes procesales atribuyan a los jueces contenciosos iniciativas oficiosas en los procedimientos judiciales que sustentan (en materia probatoria, de ejecución de sentencias, de medidas cautelares, etc.), dependen muy importantes garantías del debido proceso: la imparcialidad y la independencia del juez, establecidas en los artículos 26 y 49 de la Constitución vigente.

Efectivamente, si los jueces fueran libres de iniciar procesos por considerar en riesgo un interés particular o colectivo, los afectados por ese inicio del proceso (eventuales demandados) ninguna confianza podrían tener en su imparcialidad y equilibrio, pues aquél habría adelantado su juicio y actuado como parte interesada al, por ejemplo, decretar medidas preventivas para tutelar un interés general que, eventualmente, podría hallarse en conflicto con uno o varios intereses personales, legítimos y directos.

Imagínese el caso de un Juez agrario, que en ejecución del artículo 207 de la Ley de Tierras, sin juicio previo, dicte de manera oficiosa, una medida preventiva para asegurar la no interrupción de la producción agraria que afecta a un determinado particular o grupo de ellos, y que, posteriormente, el Instituto Nacional de Tierras intervenga en el caso con la misma finalidad perseguida por la medida preventiva judicial. Preguntamos ¿tendría la debida independencia e imparcialidad ese juez contencioso-agrario para conocer de la demanda interpuesta en contra de la actuación del referido Instituto?. Debemos insistir en que en un Estado constitucional y democrático, la Jurisdicción no está informada por el principio inquisitivo, pues los jueces deben ser independientes e imparciales frente a los intereses y derechos en pugna, y solo deben estar dotados de potestades oficiosas, mayores o menores según el ámbito procesal del que se trate, para, *una vez instaurado el proceso*, alcanzar el fin que a éste asigna el artículo 257 constitucional.

Valga recordar, que en Venezuela la última ley procesal que aplicó ese principio a la actividad judicial fue el Código de Enjuiciamiento Criminal, Ley inconstitucional que se-guía el modelo procesal penal propio de los Estados autoritarios y de los juicios seguidos por la Inquisición, y que fue sustituida por el Código Orgánico Procesal Penal, que se rige por el principio acusatorio, equivalente en el proceso penal al principio dispositivo que in-forma, con mayor o menor intensidad, a los demás órdenes judiciales.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN: HACIA EL FIN DE LA SEPARACIÓN ENTRE JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Varias son las repercusiones que la sentencia 962, de fecha 9 de mayo de 2006, tendrá para la operatividad del principio de división y de colaboración entre sí de las ramas en que se divide el Poder Público, y para el derecho procesal administrativo venezolano. A continuación, solo se mencionan algunas de las más preocupantes:

En el caso de los jueces contencioso-agrarios, éstos estarán habilitados a adoptar sin un juicio previo, cual si de una Administración se tratase, todas las medidas que juzguen oportunas para asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables, pues ni el artículo 207 de la Ley de Tierras ni la sentencia comentada, sujetan esa potestad a que sean instados por un interesado que actúa en defensa de sus propios derechos o de los intereses de un colectivo. A través de la comprensión relativista del principio de colaboración entre sí de las ramas del Poder Público, como opuesto al de divi-

---

Urraca, "Prólogo" a Nelson Eduardo Rodríguez García, *El Sistema Contencioso-Administrativo Venezolano y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1991, pp. 11 a 13.

sión en ramas de dicho Poder, de la errada vinculación que se hace en la decisión examinada entre Estado Social de Derecho, concepción subjetiva del contencioso-administrativo y principio inquisitivo, los jueces contencioso-agrarios, primero, y, luego, seguramente, los demás jueces contencioso-administrativos podrán adoptar medidas, con o sin juicio previo, dirigidas a satisfacer algún interés general que debería ser tutelado por la Administración.

Profundizando en la idea de que las funciones del Estado no son exclusivas de ninguna rama, se llegará a permitir, a través de la legislación y de la jurisprudencia constitucional, que los jueces contencioso-administrativos co-administren con los entes y órganos de la Administración Pública, por considerarse, a la luz de ideas utilitaristas y comunitaristas, que todos los órganos que ejercen el Poder Público, incluidos los tribunales, deben contribuir a erradicar las desigualdades económicas y sociales, y a garantizar la supremacía del interés general sobre el interés particular.

El saldo de todo lo anterior, si efectivamente los diferentes tribunales que ejercen la jurisdicción contencioso-administrativa observan con rigurosidad la decisión de la Sala Constitucional, es que tales órganos judiciales, en una suerte de retorno a los días de la *justicia retenida*, perderán progresivamente su condición institucional de órganos independientes (frente a los tribunales superiores y frente a los demás órganos y entes estatales) e imparciales (frente a los derechos e intereses de las partes), y pasarán a comportarse como verdaderas partes de la controversia, al defender sin juicio previo, si quiera, la primacía de alguno de los puntos de vista en conflicto.

De ocurrir ello, definitivamente se habrá perdido en Venezuela la posibilidad de contar con un control judicial independiente, imparcial y efectivo de la actividad de la Administración por parte de los tribunales de justicia. La distinción fundamental para todo Estado constitucional y democrático entre Jurisdicción y Administración terminará diluyéndose en medio de una inaceptable comprensión de los tribunales como colaboradores de la Administración en su misión de satisfacer o tutelar el interés público o general, frente al que deben claudicar los derechos y libertades individuales, como la libertad de pensamiento, de empresa, de asociación o la propiedad privada, entre tantos otros derechos inherentes a los seres humanos.

Frente a dicho panorama, valga recordar la siguiente reflexión de Piero Calamandrei: “En todas las Constituciones democráticas modernas ha sido proclamada como garantía esencial de la justicia la independencia de los jueces y de la magistratura. En los regímenes totalitarios, el juez no es independiente, es un órgano político, un *instrumentum regni*. La independencia del juez sólo puede asumir su pleno significado en las democracias que se apoyan en el principio de la separación de poderes”<sup>15</sup>.

---

15 Piero Calamandrei, *Proceso y Democracia*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, traducción de Héctor Fix Zamudio, 1960, p. 87.



# ÍNDICE



## ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

### -A-

- Acción de Amparo. 215
  - Competencia. 215
  - Inadmisibilidad: Existencia de medios judiciales ordinarios. 227
  - Motivos. 220
  - Objeto: Ejecución de actos administrativos. 228
  - Procedimiento: Audiencia oral. 229
- Acción de Inconstitucionalidad. Objeto. 213
  - Objeto. Normas derogadas. 213
- Actividad Administrativa. 153
- Actos administrativos. 160
  - Actos de autoridad realizados por entes de derecho privado. 160
  - Notificación defectuosa. 163
  - Vicios. 164
  - Vicios de forma. 164
  - Inmotivación. 165
- Administración Pública. Régimen. Potestad sancionatoria. Principio de legalidad. 100

### -C-

- Contencioso Administrativo. 175, 177
  - Las partes en el procedimiento: Citación. 181
  - Medios de Prueba. 183
  - Citación. 183
  - Testigo presencial. 184
  - Objeto. Actos sancionatorios dictados por los jueces 177
  - Órganos. 175
  - Sentencia. Ampliación y aclaratoria. 186
- Contencioso Administrativo contra la abstención y negativa de la Administración. 186
- Contencioso Administrativo de Interpretación: Intervención de terceros. 189
- Contencioso Administrativo de las Demandas contra los entes públicos. 190
  - Admisibilidad: Procedimiento administrativo previo. Antejudicio Administrativo. 190

- Sentencia. Costas. 195
- Contencioso Administrativo Especial. 196
- Contencioso Administrativo Funcionario. 196
  - Sentencia. Vicios: Inmotivación. 196
- Contencioso Administrativo Tributario. 197
  - Notificación. 201
  - Suspensión de efectos y “*solve et repete*”. 197
- Contralorías Estadales. 120
- Contratos administrativos. Caracterización. 168
- Control concentrado de la constitucionalidad. Cosa juzgada de la sentencia: Reedición del acto normativo. 205

### -D-

- Derechos y Garantías Constitucionales. 88
- Derecho a la defensa. 154
- Derechos Culturales y Económicos. Derecho a la educación. 93
- Derechos Individuales. 92
  - Derecho de petición y oportuna respuesta. 92
  - Derecho a la vida. 92
- Derechos Políticos. Proceso Electoral. 93
- Derechos Sociales y de las Familias. Derecho a la salud. 92

### -E-

- Expropiación. 148
- Expropiación. Avalúo. 148
  - Impugnación. 149
  - Motivación. 148

### -G-

- Garantías Constitucionales. 88
  - Garantía de acceso a la justicia. 89
  - Garantía de igualdad ante la Ley. 88
- Garantía del debido proceso. 90
- Presunción de inocencia. 90

## -H-

Hidrocarburos. Productos derivados. 148

## -I-

Impuestos Municipales. Licencia de actividades Económicas. Mecanismos de Control. 132

Intereses Moratorios. Obligación tributaria. 152

## -J-

Jueces. Régimen. Jurisdicción disciplinaria. 118

Justicia Constitucional. 205

## -L-

Libertad Económica. Licencia de actividades económicas. 138

## -M-

Municipios. Representación. 131

## -O-

Obligación Tributaria. Incumplimiento: Intereses moratorios. 153

Poder Nacional. Competencia: Fijación de tarifas de servicio eléctrico. 97

Poder Público Estatal. Contralorías Estadales. 120

## -P-

Poder Judicial. 109

Poder Municipal. 131

Poder Público Nacional. Régimen. 97

Procedimiento Administrativo. 153

- Caracterización. Diferencia con la función jurisdiccional. 153

- Derechos de los administrados. Derecho a la defensa. 154

- Pruebas. 157

- Silencio Administrativo. 158

## -R-

Régimen Cambiario y monetario. 148

Reglamentos. Potestad reglamentaria. 160

Responsabilidad Patrimonial del Estado. 86

## -S-

Sentencia. 186, 195

- Ampliación y aclaratoria. 186

- Costas. 195

Servicio Público de telecomunicaciones. 139

Servicios Públicos. Régimen. 139

Servicios Públicos domiciliarios. 139

## -T-

Tribunal Supremo de Justicia. 109, 175

- Dirección Ejecutiva de la Magistratura. 109

- Sala Político Administrativa. Competencia. 175

Principio de legalidad. 100

