

revista
de
derecho
público

Nº 89-90/91-92

Enero - Diciembre 2002

Director: Allan R. Brewer-Carías

Secretaria de Redacción: Mary Ramos Fernández

Editorial Jurídica Venezolana

SUMARIO

ESTUDIOS

Artículos

- La vía administrativa: ¿garantía para los particulares o privilegio de la administración?*, por Luis Alfonso **HERRERA ORELLANA** 5
- La ampliación cuantitativa del principio de legalidad en la Constitución de 1999*, por Carlos Luis **CARRILLO ARTILES** 33
- Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el Derecho Venezolano*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 47

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

- Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo): Año 2002*, por Mary **RAMOS FERNÁNDEZ** y Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 77

ÍNDICES

- Índice Alfabético de la jurisprudencia* 407
- Índice de las normas citadas en la jurisprudencia* 409

Diagramación, composición y montaje
por: Mirna Pinto de Naranjo, en letra
Times New Roman 9.5, Interlineado 10.5,
Mancha 1x12.5

ESTUDIOS

Artículos

La vía administrativa: ¿garantía para los particulares o privilegio de la administración?

Luis Alfonso Herrera Orellana
Abogado

SUMARIO

- I. LA JUSTIFICACIÓN HISTÓRICA DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTO DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
- II. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: ¿GARANTÍAS EFECTIVAS PARA LOS PARTICULARES O CARGAS PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN?.
- III. ¿HACIA EL CARÁCTER POTESTATIVO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA VENEZOLANA?
- IV. EL CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y LA INCOMPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LA EXIGIBILIDAD INMEDIATA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DE LA AUTOEJECUTIVIDAD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.
- V. CONSIDERACIONES FINALES

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente han sostenido tanto la doctrina como la jurisprudencia que recursos administrativos como los consagrados en la LOPA de 1982 o en la LRJPAC española de 1999, los cuales dan lugar al procedimiento administrativo denominado vía administrativa o vía gubernativa, son medios jurídicos a través de los cuales los administrados pueden dirimir sus diferencias con la Administración, y lograr que ésta rectifique su modo de proceder, evitando el perjuicio denunciado sin necesidad de acudir a un órgano jurisdiccional para impugnar la ilegalidad o inconstitucionalidad de un acto o de una omisión, de suerte que tal procedimiento funcione como un medio de autocomposición.

Así, puede el particular común que se vea específicamente afectado en su esfera de derechos o intereses personales, obtener una solución a su problema, sin tener que soportar los elevados costos y malestares que significa enfrentar una controversia judicial con un órgano o ente administrativo. En tal sentido se ha señalado que “la necesidad de agotar la vía administrativa protege también a los demandantes o recurrentes, en el sentido que los previene de introducir recursos referentes a cuestiones sobre las cuales la Administración estaría dispuesta a dar amigable y administrativamente una satisfacción”¹.

* Algunas consideraciones en torno al carácter potestativo de la vía administrativa según la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana y el derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución de 1999 y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

1 Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales. Tomo VII. La Justicia Contencioso-Administrativa*, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, San Cristóbal-Caracas, 1997, p. 141.

Por otro lado, también se ha admitido que la denominada vía administrativa en donde son resueltos estos recursos “constituye una prerrogativa para la Administración, por cuanto protege a ésta de que sus actos u omisiones no pueden ser demandados ni recurridos jurisdiccionalmente sin antes haber la propia Administración tomado posición respecto de la futura materia litigiosa”². No obstante todo ello, y sin contar con datos estadísticos concretos que nos permitan ser concluyentes en este sentido, la realidad administrativa de nuestro país³ nos lleva a pensar que en la actualidad es poco probable que los ciudadanos podamos encontrar en estos recursos verdaderas garantías para la protección efectiva de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones ilegales o inconstitucionales de la Administración, ni que pueda ésta efectivamente evitar o prepararse para enfrentar un eventual litigio en donde pueda resultar comprometido el patrimonio público, con lo cual una de las justificaciones de este denominado “procedimiento administrativo de segundo grado” habría, hoy día, perdido su vigencia.

Partiendo de estos supuestos, el presente trabajo tiene por objeto revisar, en primer lugar, cuál ha sido la justificación histórica de la vía administrativa de impugnación⁴ como medio para la resolución de los conflictos surgidos entre la Administración al gestionar el interés público y los ciudadanos; en segundo lugar, analizar si esta vía administrativa respeta, tal y como lo exige la nueva CRBV, los principios y garantías propias del derecho al debido proceso, esto es, considerar hasta qué punto los recursos administrativos resultan una verdadera garantía para los particulares o si, por el contrario, han devenido cargas procesales de dudosa constitucionalidad en tanto requisito para acceder a la jurisdicción; en tercer lugar, examinar en términos generales, las sentencias que sobre tal materia han sido dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, por la Sala Electoral y por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia sobre la necesidad de atribuir un carácter potestativo a estos recursos, como ocurre ya en el país en materia tributaria según dispone el artículo 185, ordinal 1°, del COT; y en cuarto lugar, ofrecer algunas consideraciones finales en torno a la obligación del Estado venezolano de garantizar el acceso a la jurisdicción a propósito de lo consagrado en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

I. LA JUSTIFICACIÓN HISTÓRICA DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTO DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El origen de la reclamación previa ante la propia Administración antes de acudir al órgano jurisdiccional competente para demandar la nulidad de un acto administrativo, la realización de una actuación a que ésta obligado un órgano o ente por ley, la responsabilidad patrimonial del Estado, etc, es común en ordenamientos jurídicos como el español, el francés, el italiano o el alemán, a pesar de que, en la actualidad, la regulación legal de la misma y sus recursos en cada uno de ellos presenta sus propias particularidades. En efecto, a raíz de la incorporación las Constituciones Políticas de los Estados a fines del siglo XVIII y durante el

2 Allan R. Brewer-Carías, *Ibidem*, p. 141.

3 Sobre las características de nuestra Administración Pública, por todos conocidas, véase el artículo de Luis A. Ortiz Álvarez, “Hacia una mejora de los trámites administrativos” en *Revista de Derecho Administrativo* N° 7, Mayo-Agosto 2000, Editorial Sherwood, Caracas, 2000. También, con las distancias correspondientes, véase Alejandro Nieto, *La “nueva” organización del desgobernado*, Editorial Ariel, España, 1996.

4 En el presente trabajo, vistas las limitaciones de espacio, no abordaremos el examen de la justificación y conveniencia o no de la vía administrativa en los procedimientos previos a demandas contra la República o contra entes públicos, limitándonos sólo al análisis de la vía administrativa previa al proceso contencioso contra actos administrativos.

siglo XIX del principio de la separación del Poder Público en tres ramas independientes entre sí, se planteó la necesidad de delimitar con la mayor claridad posible, a partir de las funciones propias de cada rama, cuáles serían los límites que no debían ser trasgredidos por cada uno de los órganos constitutivos de cada mal llamado “Poder” al momento de ejercer sus funciones.⁵

Así, al considerar que el Ejecutivo representa desde el punto de vista orgánico a la Administración Pública por excelencia, y que ésta al actuar lo que procura es satisfacer al interés público⁶, resultaba inaceptable para los gobernantes de entonces que un ciudadano cualquiera cuando se sintiera afectado en sus derechos o intereses personales por una determinada actuación del Estado al procurar satisfacer las demandas o exigencias de la colectividad, pudiera sin ningún trámite previo ante el órgano que realizó la actividad, acudir a un Tribunal competente y entablar un juicio en contra de la Administración. A pesar de regularse desde las primeras facetas del moderno Estado de Derecho recursos para controlar la legalidad de la actuación administrativa del Estado, éstos tenían el carácter de extraordinarios, es decir, que sólo podían, como el amparo entre nosotros, ser intentados por los particulares cuando no existiesen en la Ley otros que pudieran satisfacer del mismo modo su pretensión. Como indica Alonso Ibáñez⁷, el privilegio de la decisión administrativa previa a la decisión judicial se va a ir configurando poco a poco, en un primer momento a favor de las autoridades de la Hacienda Pública del Estado, y luego al resto de la Administración del Estado. En España, esta situación se fue regulando a través de Reales Órdenes, la primera de ellas del 09-05-1847, que establecieron el principio de la reclamación gubernativa previa a la vía contenciosa.

Han sido diversas las justificaciones que desde entonces se han dado a este trámite previo al acceso a los órganos jurisdiccionales: “El conocimiento previo de la demanda que se da a la autoridad administrativa y su facultad de abrir o cerrar la vía contenciosa requiere alguna explicación. Quiso la ley que como el Estado se halla expuesto a sostener diarias contiendas ya con los particulares, ya con las corporaciones, a fin de conservar ilesos y proteger sus intereses, tuviese también medios más fáciles y expeditos de defensa. Quiso además fortificar el principio de la independencia necesaria al Gobierno, fiando con el contrapeso de la responsabilidad. Quiso por último facilitar los medios de conciliación, cabiendo la reforma del acto administrativo”⁸. Incluso podría decirse hoy, que tal explicación resulta compatible con las formas jurídicas de resolución alternativa de conflictos previstas en el artículo 258 de la CRB, las cuales, empero, son siempre *potestativas* para los justiciables.

En el caso de Venezuela, la consolidación de la vía administrativa como condición de admisibilidad de recursos contenciosos de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares o de demandas contra entes públicos ante los Tribunales contencioso-administrativos⁹, no se debió sino a la jurisprudencia de la CFC. Según nos enseña Brewer¹⁰, mucho antes de la consagración de ésta como condición de admisibilidad al contencioso-administrativo en la LOCSJ, en una sentencia del 06 de abril de 1945, la CFC sostuvo, al interpretar el artículo 123, ordinal 11º, de la Constitución de 1936, que:

5 Cfr. Tomás R. Fernández, “La Pesada Herencia de la Separación de Poderes”, en *De la Arbitrariedad de la Administración*, Editorial Civitas, España, 1999, p. 109 y ss.

6 Sobre el concepto de interés público véase el excelente trabajo de Héctor J. Escola, *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Argentina, 1989.

7 Cfr. María Del Rosario Alonso Ibáñez, *Las Causas de Inadmisibilidad en el Proceso Contencioso-Administrativo*, Editorial Civitas, España, 1996, pp. 55 y ss.

8 Cfr. Colmeiro, *Derecho Administrativo español*, Tomo II, España, 1865, pág. 383, citado por María Del Rosario Alonso Ibáñez, *Op. cit.*, p. 67.

9 Respecto de tales procedimientos, véase Jesús Caballero Ortíz, *Contencioso de Plena Jurisdicción y Demandas contra los Entes Públicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 57 y ss.

10 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *op. cit.*, Tomo VII, pp. 142 y 143.

“...por cuanto el control de la constitucionalidad que ejerce la Corte Federal y de Casación en principio ha de recaer, no sobre los actos de los funcionarios que actúan en subordinación a otros dentro y aun afuera del territorio nacional, sino sobre los actos de las autoridades en quienes termine el orden jerárquico respectivo, motivo por el cual esos actos no son susceptibles de ulterior revisión dentro de ese orden; y por cuanto de lo expuesto se concluye que los actos de los Administradores de Aduanas, apelables o reclamables para ante el Ministro de Hacienda, no son atacables por acción de inconstitucionalidad (...) y ello teniendo en cuenta que (...) una Resolución Ministerial no puede ser atacada, aún por razón de inconstitucionalidad, sino en juicio contencioso, por tanto, la Corte (...) se abstiene de dar curso a la presente solicitud”.¹¹

Luego, en otra sentencia de la misma CFC del 24 de noviembre de 1953 fue ratificado dicho precedente, esta vez en el plano propio del contencioso administrativo:

“...es de principio, y así está consagrado en aquellos países donde el procedimiento contencioso-administrativo ha sido organizado legislativamente (...) que el recurso extraordinario contra los actos ilegales de la Administración no pueden ser llevados ante el órgano jurisdiccional competente, sino después de agotarse la vía administrativa.”¹²

Fueron tales precedentes judiciales, unidos de seguro a la configuración histórica ocurrida en Europa a raíz de la separación en ramas del Poder Público, los que sirvieron de fundamento en nuestro país a la incorporación en el derecho positivo, en concreto a la LOCSJ de 1976, de la obligación para los ciudadanos de transitar a través de los diversos y complicados procedimientos administrativos de impugnación previstos en numerosos instrumentos normativos dictados por toda suerte de órganos de la Administración Pública en sus distintos niveles, antes de presentar cualquier recurso o demanda ante el órgano jurisdiccional.¹³ Sin duda, esta situación vino a mejorar sustancial y adjetivamente con la entrada en vigencia en 1981 de la LOPA, pues se creó un procedimiento administrativo de segundo grado¹⁴ común a todos los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, quedando a salvo aquellos regulados en leyes especiales. La LOPA significó la consolidación de importantes derechos y garantías para los ciudadanos, entre ellas, la creación legal de recursos administrativos especiales, a saber, el de reconsideración y el jerárquico, llamados ambos a convertirse en verdaderos mecanismos de protección de los ciudadanos que se vieran afectados por alguna actuación u omisión ilegal de la Administración. Sin embargo, tal regulación advierte Brewer-Carías en su obra ya citada¹⁵, fue diseñada en buena medida siguiendo lo establecido en la LRJPAC española de 1958, por lo que es de suponer trajo consigo varios de los condicionantes históricos, políticos, sociales, etc, que inspiraron a los redactores de dicho texto legal en la España del siglo XIX.

Más recientemente, algún sector de la doctrina especializada ha considerado que las obligaciones del Estado contemporáneo en tanto que Estado Social, con una importante cantidad de prestaciones que llevar a cabo a favor de los particulares, también se configura como una justificación o explicación del por qué de la existencia de la vía administrativa como

11 Cfr. Sentencia del 06-04-45, Corte Federal y de Casación, *Memoria de 1946*, Tomo I, p. 119.

12 Cfr. Sentencia del 24-11-53, Corte Federal, *Gaceta Forense*, N° 2, 1953, pp. 185-186.

13 Sobre la situación de las vías jurídicas para impugnar en sede administrativa los actos ilegales de la Administración antes de la entrada en vigencia de la LOPA, véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela, 1997, pp. 239-241.

14 El procedimiento administrativo de segundo grado es aquél que se desarrolla ante la Administración, ya cuando ésta decide revisar de oficio alguno de sus actos, ya cuando un particular impugna uno de sus actos. Este segundo supuesto constituye la vía administrativa que resulta un presupuesto procesal necesario, obligatorio, para acudir a la jurisdicción contenciosa. Ver Nelson E. Rodríguez García, “Notas sobre el Procedimiento Administrativo en Venezuela” en separata de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 71, UCV, Venezuela, 1988, pp. 55 y 56.

15 Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Op. cit.*, p. 239.

presupuesto o carga para el particular que desee acudir a la jurisdicción.¹⁶ En efecto, sostiene esta posición, que si los actos dictados por la Administración para proveer soluciones o respuestas a las necesidades del colectivo (salud, seguridad, educación, servicios, etc), o las abstenciones de aquella para proteger los derechos de la comunidad, aún cuando significaran un sacrificio para un derecho o interés personal, pudieran ser directamente recurridos en sede judicial por cualquier persona que alegara una violación a sus derechos o intereses, sin que previamente pueda ser ventilado el asunto ante el propio órgano que lo dictó y siendo posible inclusive suspender por vía judicial los efectos del acto, impugnado, entonces se vería entorpecida y permanentemente retrasada la actividad de la Administración, con lo cual se le impediría cumplir con sus altísimas responsabilidades ante la ciudadanía. Así, lo que se plantearía de fondo es una especie de crisis entre el modelo liberal y el modelo social del Estado de Derecho, la cual, según apunta esta última justificación doctrinal de la vía administrativa previa, sólo podría ser superada con mayor racionalidad en el ejercicio de la discrecionalidad por parte de la Administración, más no por medio de un estricto control judicial de la legalidad de las actuaciones administrativas¹⁷.

A nuestro parecer, ambas justificaciones, así como otras que no podrán ser examinadas en esta oportunidad¹⁸, han sido superadas en buena medida no sólo por importantes acontecimientos históricos que han venido modificado las relaciones del Estado con respecto a los particulares, sino muy especialmente por el lugar central y superior que en la actualidad ocupan, tanto en el plano internacional como en el interno de muchos países democráticos, los derechos humanos como valores supremos de todo el ordenamiento jurídico.

II. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: ¿GARANTÍAS EFECTIVAS PARA LOS PARTICULARES O CARGAS PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN?

Es compartido tanto en doctrina como en jurisprudencia, el punto de vista según el cual los recursos administrativos (mas no el carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad en el proceso contencioso¹⁹, pues son cosas distin-

16 Tal punto de vista es defendido, entre otros, por Luciano Parejo Alfonso, *Crisis y Renovación en el Derecho Público*, CEC, España, 1991, p. 78.

17 Sobre este aspecto véase Tomás R. Fernández, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Capítulo VII, Editorial Civitas, España, 1999, p. 255.

18 Nos referimos a los privilegios de la República en caso de demandas interpuestas en su contra, los cuales se traducen en la carga para los particulares de tener que agotar obligatoriamente el denominado antejuicio administrativo previo consagrado en los artículos 35 al 62 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República antes de acudir al Tribunal competente, así como a las prerrogativas que implica para los Institutos Autónomos el procedimiento previo establecido en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, y a las que consagra a favor de los Municipios el artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Estimamos que tales requisitos de admisibilidad también deberán ser objeto de reforma, al menos, en casos de demandas de reparación por violaciones a los derechos humanos, fundadas en el artículo 30 de la CRBV. Sobre el tema véase María Del Rosario Alonso Ibáñez, *Op. cit.*, pp. 70 y ss, y Luis A. Ortíz Álvarez, "La Responsabilidad Patrimonial del Estado y de los Funcionarios Públicos en la Constitución de Venezuela de 1999", *En Revista de Derecho Constitucional* N° 1, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 287 y ss.

19 "Por agotamiento de la vía administrativa se entiende la presentación en tiempo y forma de los recursos pertinentes y obtener el pronunciamiento final o definitivo de la Administración. En contra de este de no prosperar la vía administrativa es que procede iniciar recién el contencioso de nulidad. El interesado no podrá acudir ante la jurisdicción administrativa, mientras no se produzca la decisión respectiva (...) En nuestro Derecho positivo, el agotamiento de la vía administrativa opera como presupuesto procesal para la interposición en forma autónoma del recurso contencioso-administrativo de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares (...) en el caso del contencioso de derechos, el agotamiento de la vía administrativa se realiza por el cumplimiento del

tas) han sido creados para que funcionen como verdaderas garantías o mecanismos de protección para los particulares, personas naturales o jurídicas, que se vean afectados en su esfera de derechos o intereses por una determinada actuación de la Administración. No existe, que sepamos, jurista o autoridad alguna que haya opinado en contra del carácter protectorio de los recursos administrativos que a lo largo de la historia del moderno Estado de Derecho han venido diseñándose en los distintos ordenamientos jurídicos de aquellos países con sistemas de derecho administrativo.

Los recursos administrativos, como indica Rodríguez García²⁰ han sido definidos como “reclamaciones dirigidas a los organismos, entidades o autoridades administrativas para que inicien un procedimiento destinado a la modificación o revocación de un acto administrativo dictado por ellos mismos, o por otro organismo que les está subordinado. La intención es depurar un acto administrativo y mejorarlo contrastándolo con el ordenamiento jurídico”. Dicho de otro modo, lo que persigue el recurso administrativo es que la propia Administración revise el acto dictado por alguno de sus órganos y constate si en efecto el mismo ha sido dictado con apego al bloque de la legalidad o si, por el contrario, adolece de algún vicio que haga necesaria su revocación, convalidación o corrección. En España, autores como Eduardo García De Enterría y Tomás R. Fernández, entre otros, han analizado en detalle la naturaleza de estos recursos, así como la premisa fundamental que sirve de justificación a la existencia de los recursos administrativos de impugnación, a saber, su presunta condición de garantía sencilla y efectiva de los derechos e intereses de los particulares.²¹

En otros países de Europa, también los recursos administrativos han sido concebidos como mecanismos de impugnación contra actos ilegales de la Administración. Así por ejemplo en Italia, Sebastiano Cassarino, los concibe como “una demanda de un sujeto interesado, presentada ante un órgano de la Administración pública, y que habitualmente tiene por objeto una petición de anulación o revocación o de reforma de un acto administrativo, frente a la que la autoridad a quien corresponde la resolución del recurso tiene que pronunciarse, mediante resolución expresa”²². En Francia, son definidos por Pierre Subra de Bieusses como “un requerimiento dirigido a obtener de la Administración u cambio en la postura que previamente había adoptado en relación con el requirente”.²³ En el sentido indicado, y como forma de evitar tanto al particular como a la Administración un litigio con todos los costos y problemas que ello comporta para las partes involucradas, se ha sostenido pacíficamente la condición de *garantías* de los recursos administrativos.

No obstante, como habíamos ya adelantado, lo que ha generado polémica respecto de ellos, no es su existencia en el ordenamiento jurídico, que nadie que sepamos cuestiona, sino su efectividad o idoneidad como medios de protección para los particulares, y, más aún, su condición de supuesto procesal obligatorio exigido por la Ley (regla general en Venezuela, salvo los casos previstos en el artículo 5 de la LOASDGC y en el artículo 185, ordinal 1°, del COT) para poder acudir a la jurisdicción e impugnar el acto administrativo de efectos particulares, en reclamo de la tutela judicial efectiva consagrada como derecho humano en el artículo 26 de la CRBV. En efecto, tal situación ha sido objeto de abundante discusión tanto en la

procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República (antejuicio administrativo)...” Cfr. José Araujo Juárez, *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Vadell Hermanos, Caracas, 1998, p. 336.

20 Cfr. Nelson E. Rodríguez García, *Ibidem*, p. 82.

21 Véase lo expuesto en Eduardo García De Enterría y Tomás R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Civitas, España, 1998, pp. 506 y 507.

22 Sebastiano Cassarino, “Los recursos administrativos en el derecho italiano”, en *Documentación Administrativa* (DA), N°221, Enero-Marzo 1990, Instituto Nacional de Administración Pública, España, 1990, p. 39.

23 Pierre Subra de Bieusses, *Los recursos administrativos en el derecho francés*, en DA, *Op. cit.*, p. 63.

doctrina de Derecho Comparado como en la del Derecho Patrio, toda vez que nunca antes se procedió como ahora a la revisión y cuestionamiento de numerosos privilegios de la Administración que tradicionalmente se concebían como intocables²⁴.

En España, García De Enterría por ejemplo, desde el año 1989 había sostenido que “la exigencia de la vía administrativa previa para poder acceder al contencioso (...) es evidente que es una reduplicación del privilegio de la decisión previa y que, como tal, carece ya de toda justificación desde la perspectiva del funcionamiento constitucional de los poderes públicos. La Administración conoce inmediatamente la interposición de los recursos contencioso-administrativos y en ese momento puede reconsiderar la legalidad o la oportunidad de los actos que le han sido impugnados, es una arbitrariedad exigir que esa reconsideración tenga que producirse (como una carga para los recurrentes) antes precisamente que pueda producirse dicha interposición. La única solución razonable es convertir a la vía previa de preceptiva en facultativa, que es la fórmula tradicional francesa”²⁵. Esta tesis de los recursos administrativos como *cargas* para el administrado fue reafirmada por el autor en su *Curso de Derecho Administrativo*, donde señaló que “Los recursos administrativos constituyen, pues, un presupuesto necesario de la impugnación jurisdiccional y en este sentido tienen que ser considerados forzosamente como un privilegio para la Administración, que impone a los particulares la carga de someter ante ella misma los conflictos antes de residenciarlos ante el Juez”²⁶.

Tomás R. Fernández por su parte, en el N° 221 de la *Documentación Administrativa* antes citada, presentó en 1990 una interesante reflexión, junto a importantes juristas de Italia, Francia y Alemania, sobre la utilidad actual de los recursos administrativos de impugnación. En la presentación a dicho número, luego de comentar los supuestos en que

Efectivamente los recursos de la vía administrativa pueden resultar una garantía para los ciudadanos, señala el autor que en los casos de impugnación de actos o decisiones de cierta importancia, los mismos sirven para muy poco. En ellos, “el recurso administrativo pierde entonces toda utilidad como garantía y se convierte en una carga más para el afectado por la decisión, que ve obligatoriamente demorado su acceso a los Tribunales por un tiempo importante entre los plazos para interponer los recursos y los plazos del silencio administrativo. Un tiempo, además, que en ocasiones es precioso, no sólo para los derechos del recurrente, sino también para la propia justicia.”²⁷

La preocupación manifestada por el maestro Fernández, y que encontraba razón en las estadísticas presentadas en 1990 por la Inspección Operativa de Servicios del Ministerio para las Administraciones Públicas de España²⁸, obedece en buena medida al hecho de que en países como Alemania, Italia y Francia, los recursos de la vía administrativa, desde hace más o menos tiempo, han dejado de ser en muchos casos requisitos de admisibilidad para acudir al proceso contencioso administrativo, pasando a ser facultativos u optativos para el particular. Por todo ello, ya en España aquella criticada situación se ha visto modificada con la entrada en vigencia de la LRJPAC de 1999, con la cual, según nos explica Rafael Entrena Cuesta²⁹, el

24 Sobre las críticas véase el excelente trabajo de Rafael G. Prado Moncada, “De nuevo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (Avances normativos a raíz de la promulgación de la Constitución de 1999), en *Revista de Derecho Administrativo* N° 9 (mayo-agosto 2000), Editorial Sherwood, Caracas, pp. 93 y ss.

25 Eduardo García De Enterría, *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, Editorial Civitas, España, 1991, pp. 66 y 67.

26 Cfr. Eduardo García De Enterría y Tomás R. Fernández, *Op. cit.*, Tomo II, p. 507.

27 Cfr. Tomás R. Fernández, *Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso*, en DA N° 221, *Op. cit.*, p. 6.

28 Las cuales se incluyen en el estudio publicado en *Documentación Administrativa* N° 221, pp. 157 y ss.

29 Cfr. Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Editorial Tecnos, España, 1999, pp. 280 y ss.

recurso de alzada es el único que mantiene su carácter preceptivo para poder acudir al contencioso administrativo, mientras que el recurso de reposición presenta el carácter de optativo o facultativo para el particular, quien luego de haber interpuesto el recurso de alzada, podrá *escoger* entre agotar el recurso de reposición o ir directamente a la sede jurisdiccional.

En Alemania, donde la situación legal en esta materia presenta gran similitud con la de Venezuela, si bien el agotamiento de la vía administrativa figura en el artículo 68 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1960 como un requisito para acceder a la vía judicial, existen varios supuestos en lo que, tanto por mandato expreso de la propia Ley indicada como por la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal, no es obligatorio sino optativo el agotar la vía administrativa mediante la presentación del recurso de contradicción. Uno de esos supuestos en que no es necesario agotarla, corresponde, precisamente, al mismo supuesto previsto en el artículo 91 de la LOPA, donde el acto recurrido ha sido dictado por el propio Ministro y, sin embargo, el particular afectado debe interponer, en nuestro Derecho, el recurso de reconsideración.³⁰

Pero no sólo el supuesto anterior es problemático, sino también el sistema de dos recursos que contempla la vía administrativa de impugnación en Venezuela. Tal obstáculo para acceder a la tutela de la jurisdicción contencioso administrativa ha sido advertida desde hace algún tiempo entre nosotros, pues desde 1993 se ha sostenido que “el sistema de agotamiento de la vía administrativa previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1982, ha hecho mucho más complicado y engorroso el acceso a la justicia contencioso-administrativa, razón por la cual requiere de una urgente reforma. En efecto, la mencionada Ley Orgánica exige para que se agote la vía administrativa, el ejercicio sucesivo y obligatorio de dos recursos administrativos, primero el de reconsideración y luego el jerárquico (...) Esta regulación, que restringe por sí misma el acceso a la justicia contencioso administrativa, incluso es todavía más grave en los casos de los institutos autónomos, los cuales no pueden ser recurridos jamás, directamente en vía contencioso administrativa, sino que tiene que ser impugnadas ante el respectivo Ministro de adscripción a través de un denominado “recurso jerárquico” (artículo 96), que no es tal. Esto, además de acentuar el centralismo ministerial, impide que las decisiones de los Institutos Autónomos se puedan impugnar por ilegalidad ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y que sólo pueda recurrirse ante la Corte Suprema de Justicia contra las decisiones de los Ministros que resuelven el “recursos jerárquico” que se haya interpuesto contra las decisiones de los órganos superiores de los respectivos Institutos Autónomos.”³¹

En Italia y Francia la regla general es el carácter facultativo de los recursos administrativos de impugnación o revisión que dan lugar al procedimiento administrativo de segundo grado. En Italia, la Ley del 06 de diciembre de 1971, número 1034, creadora de los Tribunales Administrativos Regionales, convirtió en facultativo el recurso jerárquico, con lo que el particular no tiene, si así decide, que agotar la vía administrativa para ir acudir al órgano judicial.³²

En Francia, el Consejo de Estado ha declarado que los recursos administrativos especiales deben, en principio, ser facultativos, no siendo obligatorio presentarlos antes de acudir al

30 En Alemania “se presume en el órgano que dictó un grado suficiente de diligencia, de tal forma que un procedimiento de contradicción adicional, que difícilmente aportaría nuevos aspectos, sólo serviría para retrasar la decisión judicial, que, en definitiva es la única efectiva”. Esta excepción y las restantes pueden encontrarse en H. C. Martín Bullinger y Mariano Bacigalupo, *Los Recursos Administrativos en la República Federal Alemana*, en DA N° 221, *Op. cit.*, pp. 21 y ss.

31 Allan R. Brewer-Carías, *Nuevas Tendencias en el Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica “Andrés Bello” N°4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 137 y 138.

32 *Cfr.* Sebastiano Cassarino, *Op. cit.*, pp. 43 y ss.

Juez, salvo en los casos especiales previstos por la Ley en el campo de la Administración económica y social y de las organizaciones profesionales, donde algunos recursos mantienen su carácter de obligatorios para acudir a la jurisdicción.³³

Consideramos que la actual situación de retardo del acceso de los particulares a la jurisdicción, contraría lo establecido por la CIDH en su sentencia sobre excepciones preliminares de fecha 26 de junio de 1987, Caso Velásquez Rodríguez/ República de Honduras, en donde señaló que “los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados conforme al debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre sujeta a su jurisdicción (art. 1)”³⁴.

Por otro lado, existen a nuestro juicio otros problemas derivados del carácter obligatorio de los recursos administrativos. El primero de ellos es la inexistencia de la “prohibición de la *reformatio in peius*” en el procedimiento donde aquellos deben ser resueltos, con lo cual es perfectamente posible que el particular pueda ver agravada su situación con el acto administrativo que resuelve el recurso interpuesto y pone fin a la vía administrativa, con lo cual se hace inútil aquí el sistema de doble recurso. Como explica Brewer-Carías, “en materia administrativa, se admite, así, la *reformatio in pejus* que permite al superior jerárquico, cuando conoce de un recurso administrativo, decidir en perjuicio del recurrente”³⁵, con lo cual pensamos se estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 49 de la CRBV, según el cual “el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...”. Al respecto, Bullinger y Bacigalupo nos indican que en Alemania, donde la Ley no prohíbe expresamente tal posibilidad, se ha discutido la legitimidad de tal situación, siendo predominante en la jurisprudencia la necesidad de atender a los criterios surgidos del “principio de confianza” que rigen para la anulación y la revocación de actos administrativos. Esto significa que la autoridad competente para resolver el recurso de contradicción puede modificar el acto impugnado en detrimento del recurrente, “*si así lo autoriza una disposición legal, o a falta de tal disposición, cuando no se vulnera el contenido esencial del principio de confianza*”.³⁶

El segundo problema que advertimos, es el derivado de la falta de imparcialidad del órgano administrativo llamado a decidir el recurso interpuesto por el particular que haya resultado afectado en sus derechos o intereses por una actuación de la Administración.

En efecto, una de las garantías que los artículos 49.3 de la CRBV y 25.1 de la CASDH consagran a favor de todas las personas sometidas a la jurisdicción del Estado venezolano es la *imparcialidad*, la cual supone para el individuo encargado de resolver el conflicto conforme a derecho, el desarrollo de una serie de facultades psíquicas que le permitan permanecer equidistante a las pretensiones deducidas por cada una de las partes durante el proceso, permitiéndole tal posición la posibilidad de juzgar con mayor libertad sobre lo alegado y probado en autos. Sobre esta garantía, Héctor Faúndez Ledesma ha señalado, al referirse a las condiciones que debe cumplir el Juzgado llamado a proveer certeza o a resolver la controversia planteada, que “la tercera condición que debe reunir el tribunal –para asegurar el derecho a un juicio justo– se refiere a la actitud psicológica de éste en el caso particular; esto es, a su imparcialidad. Lo que se espera del tribunal es que éste no tenga opiniones preconcebidas sobre el caso que se le somete, que no tenga compromisos con ninguna de las partes, y que no

33 Cfr. Pierre Subra de Bieusses, *Op. cit.*, pp. 68 y ss.

34 Cfr. Corte I.D.H., Sentencia sobre Excepciones Preliminares, de fecha 26-06-87, *Caso Velásquez Rodríguez vs. República de Honduras*, párrafo 91.

35 Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley...*, *Op. cit.*, pág. 262.

36 Cfr. H. C. Martín Bullinger y Mariano Bacigalupo, *Op. cit.*, pág. 31 (las cursivas son nuestras).

tome partido a favor o en contra de alguna de las partes durante el proceso.³⁷ Resulta evidente que la Administración no puede –ni podría– cumplir con tal garantía, pues ella sólo puede hacerse efectiva en sede judicial, por los órganos llamados a proteger los intereses y derechos de los justiciables.

Frente a todo lo dicho, caben plantearse algunas interrogantes: ¿cuáles son las razones que han llevado a que en los países nombrados varios de los recursos administrativos hayan perdido progresivamente su carácter de preceptivos, trayendo como consecuencia la gradual flexibilización del agotamiento de la vía administrativa de recurso como condición de admisibilidad en el proceso contencioso?, ¿acaso dichas razones no están presentes también en la realidad administrativa venezolana?. ¿Por qué hoy día ninguno de los sistemas de justicia administrativa mencionados plantea, como en el nuestro, un doble procedimiento de revisión en vía administrativa?. Las respuestas a estas interrogantes han sido ya, de una u otra manera, adelantadas en este mismo apartado. Por un lado, la ineficacia de la Administración al resolver los recursos administrativos y, por otro, la falta de idoneidad para tutelar los derechos de los particulares de los órganos llamados a resolver éstos recursos; han abonado tal tendencia. Empero, a nuestro juicio, la principal razón del camino emprendido por los sistemas de justicia administrativa referidos, es la necesidad de garantizar en la mayor y más efectiva medida posible a los administrados el derecho humano a la tutela judicial efectiva, prevista no sólo en las Constituciones Políticas de dichos Estados, sino como veremos más adelante, en normativas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos. Al parecer tal tendencia ha sido tenida en cuenta en nuestro país, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999. Pasemos, pues, a examinar cuál es la situación actual en Venezuela.

III. ¿HACIA EL CARÁCTER POTESTATIVO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA VENEZOLANA?

Tal y como ha sido puesto de relieve por Luis A. Ortíz Alvarez, durante el año 2000, tanto la CPCA, como el TSJ en SE, han dictado importantes decisiones relativas al agotamiento de la vía administrativa como causa de admisibilidad de demandas contra la República o recursos contenciosos de nulidad ante los Tribunales de lo contencioso administrativo. Tomando en consideración la situación del derecho comparado en esta materia, el imperativo constitucional de garantizar el acceso a los órganos de administración de justicia como única vía de garantizar una tutela judicial efectiva y la precaria situación de los procedimientos administrativos previos a la jurisdicción contencioso-administrativa, la CPCA y el TSJ en SE han decidido, sin esperar la actuación legislativa, aplicar de inmediato lo previsto en el nuevo texto constitucional y atribuir a todo procedimiento administrativo de segundo grado o vía administrativa carácter “potestativo” o “facultativo” para el particular recurrente y desaplicar las disposiciones legales que le atribuyen a ésta carácter “preceptivo” u “obligatorio”, convirtiéndola en requisito imperativo para acceder a la tutela jurisdiccional. No entraremos a comentar las críticas que ha merecido la fundamentación de cada una las decisiones que se han pronunciado en este sentido, ni los inconvenientes que puede ocasionar que el pretender introducir tales cambios en nuestro ordenamiento jurídico por vía jurisprudencial, pues ello desbordaría en mucho los límites del presente trabajo.³⁸

37 Cfr. 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, p. 235.

38 Para las críticas a estas sentencias, Cfr. Armando Rodríguez, “Cambios en las Condiciones de Admisibilidad de los Recursos”, ponencia presentada en las I Jornadas de Derecho Público *El Impacto de la Constitución de 1999 en la Justicia Administrativa*, organizadas por la Universidad Monteávila, 29 y 30 de marzo de 2001, la cual será publicada en el libro de esas Jornadas.

Nuestro interés es destacar los argumentos centrales de estas sentencias, y examinar cómo recientemente el mismo TSJ en SPA, y más sorprendentemente, la propia CPCA en reciente sentencia, se han opuesto a cualquier cambio en el carácter preceptivo de la vía administrativa.

La primera de las sentencias líderes en materia del carácter optativo de las vías administrativas previas es de la CPCA, de fecha 24-05-2000, caso Ramón Díaz/Municipio Sucre del Estado Miranda, con ponencia del Magistrado Carlos Enrique Mouriño Vaquero, se sostuvo, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes previsto en el artículo 334 de la CRBV, que no era necesario en el caso concreto agotar la vía administrativa prevista en los artículos 94 y 95 de la LOPA, ni la gestión conciliatoria prevista en el artículo 15 de la LCA, mediante la siguiente argumentación:

“Los recursos contencioso-administrativos son los instrumentos utilizados para poner en marcha la jurisdicción contencioso-administrativa, provocando así el examen de la actividad realizada por la Administración, con el objeto de obtener un pronunciamiento expreso sobre su legalidad; ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 26 de nuestra Carta Magna dicho pronunciamiento debe ser obtenido de forma expedita y con prontitud, lo cual se ve afectado por la obligatoriedad de interponer un recurso administrativo tras otro o de agotar previamente la gestión conciliatoria, antes de alcanzar la jurisdicción. De otra parte, la oportunidad que dan estos requisitos a la Administración para corregir su ilegal actividad, se contraponen con la necesidad de una tutela jurisdiccional inmediata; afectándose además el principio de que todo acto administrativo que viole o menoscabe los derechos y garantías consagradas constitucionalmente es nulo de nulidad absoluta, pues para ello habría que esperar la revisión del acto por parte de la Administración./ Asimismo la aplicación reiterada de los mencionados requisitos, ha demostrado, que rara vez la Administración modifica su criterio o corrige su conducta, pues generalmente ratifica oportuna o extemporáneamente el mismo (...). En conclusión, en atención a los anteriores razonamientos y a la interpretación concordada y progresiva del preámbulo y de los artículos 2, 3, 25, 26, 257 y 259 de la Constitución vigente, considera esta Corte que el agotamiento de la vía administrativa y la realización de la gestión conciliatoria, no deberían constituir formalidades esenciales, ya que el objetivo del recurso contencioso administrativo es retar la legalidad del acto actual, que causa gravamen al particular, sin que el administrado tenga que ser sometido a la espera y a la expectativa de que la Administración en ejercicio de su potestad de autotutela corrija su errónea actividad (...). Ahora bien, no obstante considerar esta Corte que el agotamiento de la vía administrativa y de la gestión conciliatoria no es necesario para acudir a la vía contencioso administrativa, ello no es óbice para que el particular (...) decida agotar previamente la vía administrativa o realizar la gestión conciliatoria (...) pues el derecho del particular a accionar en la sede de su preferencia debe ser respetado, así como también debe respetarse la potestad de autotutela que detenta la Administración...”³⁹.

Podemos ver, pues, como varias de las afirmaciones hechas por la sentencia citada, han sido sostenidas en España por destacados especialistas del Derecho Administrativo, entre ellos Tomás Ramón Fernández y Eduardo García De Enterría, quienes han señalado que “El cumplimiento de esta carga de recurrir previamente en la vía administrativa (...) implica un importante aplazamiento de la posibilidad de obtener Justicia a través de un verdadero proceso y ante una instancia neutral e independiente (a menos, claro está, que el recurso administrativo sea estimado, supuesto posible, incluso relativamente frecuente, pero desde luego, no mayoritario ni mucho menos), lo cual es especialmente grave si se tiene en cuenta que los actos administrativos comienzan a producir efectos desde la fecha en que se dictan (...), sin que el recurso sirva por sí mismo para frenar o paralizar esa inmediata eficacia, que sólo excepcionalmente puede ser suspendida (...). La desorbitada duración que en algunos casos alcanza la vía gubernativa previa (...) hace especialmente dramática esta situación, que resulta

39 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2000-499, del 24-05-2000, pp. 12 y 13.

concebida más en beneficio de la Administración, que en garantía de los administrados”⁴⁰. En efecto, entre nosotros es notable la duración, en el caso de los recursos administrativos previstos en la LOPA, de los lapsos que tiene la Administración para decidir sobre éstos, constituyendo ello sin duda un importante aplazamiento para el particular que desea acudir a la vía jurisdiccional -15 días para decidir el de reconsideración (art. 94, LOPA) y 90 días para decidir el jerárquico (art. 91, LOPA), dando un total de 105 días cuando ambos deben ser intentados-, agravando tal situación el que durante el tiempo en que se está tramitando el recurso, la única instancia que podría suspender los efectos del acto recurrido es la propia Administración (art. 87, LOPA), a menos que aquél amenace o viole un derecho constitucional y pueda entonces el particular atacarlo por vía de amparo cautelar, a través del artículo 5 de la LOASDGC. En el caso de la gestión conciliatoria que deben agotar los funcionarios de carrera antes de acudir al TCA, la situación al parecer ha sido aún más gravosa pues no sólo se evidencia aquí un aplazamiento odioso para acceder a la tutela jurisdiccional, sino que en la praxis, según han indicado importantes actores de este contencioso especial⁴¹, tales Juntas de Avenimiento rara vez se constituyen, y rara vez si lo hacen cumplen con su papel de conciliadores, dejando así al afectado en una situación de evidente indefensión frente a la actuación ilegal de la Administración, cuyos órganos demuestran poco interés en resolver razonable y oportunamente controversias con sus administrados, en este caso funcionarios de carrera. Los problemas derivados de la exigencia de este procedimiento administrativo como condición de admisibilidad a la presentación del recurso contencioso por ante el TCA dieron lugar a las consideraciones y afirmaciones hechas en la segunda de las sentencias a ser analizadas en el presente trabajo.

La misma CPCA, en sentencia de fecha 24-05-2000, Caso Raúl Rodríguez Ruiz, con ponencia del Magistrado Rafael Ortiz-Ortiz, esta vez sin especificar cuál fue la vía jurídica empleada por el Juez para desaplicar o derogar con efectos *erga omnes* el requisito de admisibilidad del agotamiento de la vía administrativa⁴², sostuvo que:

“La consecuencia inmediata de las anteriores consideraciones está en la aplicación inmediata y no programática de las disposiciones constitucionales que permiten el libre y universal derecho de accionar como integrante del derecho a una tutela judicial efectiva, sin más limitaciones que las que establezca la propia Constitución, con lo cual esta Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en inmediata aplicación de este principio aun para los casos que se encuentren en curso establece que no es necesario el agotamiento de la vía administrativa, o la reclamación administrativa previstas en los artículos 84, ordinal 5° y 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, 15 de la Ley de Carrera Administrativa, y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, 32 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, y 36 de la Ley de la Procuraduría General de la República, dejando a salvo las potestades de autotutela administrativa que corresponde a los órganos de la Administración Pública en todos sus niveles, y como una opción por parte de los justiciables y administrados de agotar o no esa fase, sin que en ningún momento pueda ser causal de inadmisibilidad de la acción, demanda o pretensión. Todo esto en preferente aplicación inmediata de los artículos 2 (Preeminencia de derechos fundamentales), 7 (primacía de la Constitución), 19 (obligación de garantizarle goce y ejercicio de los derechos), 26 (derecho de accionar y tutela judicial efectiva), 257 (prevalencia de la justicia sobre las forma-

40 Tomás R. Fernández y Eduardo García De Enterría, *Op. cit.* Tomo II, p. 509.

41 Nos referimos a las observaciones que en tal sentido presentó Hildegard Rondón de Sansó, en “El Contencioso Funcionario”, ponencia presentada en las I Jornadas de Derecho Público *El Impacto de la Constitución de 1999 en la Justicia Administrativa*, organizadas por la Universidad Montevideo, 29 y 30 de marzo de 2001, la cual será publicada en el libro de estas Jornadas.

42 En este sentido, sólo indica que “Esta necesidad de garantizar una “efectiva” y “expedita” justicia es lo que, en definitiva, mueve a esta Corte Primera de los Contencioso Administrativo a eliminar el carácter obligacional del agotamiento previo de la vía administrativa y la reclamación previa a las demandas patrimoniales contra el Estado...” *Cfr.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2000-511 del 24-05-2000, pp. 23 y 24

*lidades no esenciales del proceso). Todo esto responde como se ha señalado anteriormente en un cabal entendimiento de la tutela judicial efectiva que no es otra cosa que acercar la justicia a las necesidades cotidianas de las personas que acuden, ante los órganos de administración de justicia, como última esperanza de solventar sus diferencias y conflictos que se dan en nuestra realidad histórica*⁴³

Al igual que en la sentencia antes citada, podemos observar que en esta segunda decisión la CPCA pone un marcado acento en la necesidad de *garantizar* al ciudadano un acceso real a los órganos de administración de justicia, pues en un verdadero Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, ellos deben ser sin duda las verdaderas y efectivas instancias de protección de los derechos de los particulares. La tutela judicial es un derecho humano que ya antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 ya se encontraba consagrado en los artículos 68 y 206 de la Constitución de 1961, así como en distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Por ello, llama la atención que en Venezuela los Tribunales contencioso-administrativos no se hubieran planteado mucho antes esta problemática de los procedimientos administrativos previos al acceso a la jurisdicción, pero lo cierto es que, como vimos, varios países de Europa han venido, atendiendo al cambio en las circunstancias históricas que prescribieron el carácter obligatorio de la vía administrativa, adaptando progresivamente sus disposiciones legales a lo establecido en los Convenios Regionales e Internacionales de Derechos Humanos.

Tal vez, podría alguien acotar a lo dicho que no siempre que un particular recurre contra un acto o se queja de una omisión de la Administración, o demanda a la República están en juego derechos humanos, pues son también protegibles por medio de tales vías legales derechos previstos en la Ley o intereses personales, legítimos y directos. Frente a ello, es útil la oportunidad para reafirmar que, en definitiva, lo que podría estarse vulnerando con tales *cargas* para el administrado es, entre otros, el derecho de acceso a la justicia -independientemente del objeto de la controversia que da origen al interés en accionar-, y con ello el derecho a la tutela judicial efectiva. Como se ha afirmado, “cerrar o impedir el acceso a los órganos jurisdiccionales es la forma más extrema de negar a una persona el derecho a un proceso equitativo”⁴⁴.

Por tal razón, se ha sostenido también que “esta regla general del carácter obligatorio de los recursos administrativos, generaba serios problemas y limitaciones al derecho de acceso judicial y, de hecho, podía ser considerada como contraria al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva previsto en la constitución de 1961 y, en la actualidad con mayor rigor, en los artículos 26, 49, 257 y 259 de la Constitución de 1999, a lo cual puede sumarse un sinnúmero de normas y principios constitucionales.”⁴⁵ Así, otros derechos que podrían verse afectados por el procedimiento administrativo previo existente en nuestro derecho positivo son el derecho a recurrir en vía administrativa para ante el órgano superior jerárquico en vista de la inexistencia de la prohibición de la *reformatio in peius*, y el derecho a obtener una protección cautelar que evite un perjuicio mayor, lesionándose de tal modo otros dos componentes del derecho a la tutela judicial efectiva.

La tercera de las sentencias a comentar corresponde al TSJ en SE, fue dictada en fecha 18-08-2000, Caso Liborio Guarulla/Junta Regional Electoral del Estado Amazonas, con ponencia del Magistrado José Peña Solís, y en ella, a través de una interpretación conforme a la Constitución de los artículos 236, numeral 5°, 237, numeral 4° y 241, único aparte, de la

43 *Cfr.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 2000-511 del 24-05-2000, pp. 23 y 24..

44 *Cfr.* Héctor Faúndez Ledesma, *Op. cit.*, p. 221.

45 Luis A. Ortíz Álvarez, “Cinco Nuevas Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa (Breves notas y extractos)”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 9, Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 332 y 333.

Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (en adelante LOSPP), que no implicó ni la desaplicación ni la derogatoria de la vía administrativa prevista en las indicadas disposiciones legales, sino la conversión de su carácter obligatorio en potestativo a los solos efectos del acceso a la justicia contencioso-electoral, se sostuvo que:

“Pues bien, el examen de la situación venezolana revela, como conclusión preliminar, que la legislación vigente mantiene la preceptividad de la vía administrativa como mecanismo previo al acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, aún cuando leyes especiales de más reciente data permiten al administrado prescindir de tal vía en determinadas materias. La doctrina por su parte, considera que dicha legislación requiere de profundas modificaciones, a los fines de eliminar los obstáculos para el acceso a la tutela judicial efectiva a la que tienen derecho los administrados (...) En ese orden de ideas, la Constitución de 1999, desarrollando el contenido de su Preámbulo y sus Principios Fundamentales, recoge en materia de derechos fundamentales las más modernas tendencias que privan tanto en el ámbito doctrinal como en el Derecho Comparado, especialmente en lo concerniente, en términos generales, al derecho a la defensa y al acceso a la justicia (...) el previo agotamiento de la vía administrativa previsto en la legislación electoral puede llegar a obstaculizar esa respuesta, y en definitiva hasta enervar el referido derecho a la tutela judicial efectiva, no una tutela judicial que formalmente dilucide la cuestión planteada pero que, dada su demora, no resuelve adecuadamente el conflicto planteado, contrariando el postulado de Estado de Derecho y de Justicia que debe orientar a toda la actuación de los órganos del Poder Público venezolano, y con especial énfasis, de los llamados a impartir esa Justicia (...) por otra parte, en esta misma línea de razonamiento conviene recordar que el estudio del Derecho Comparado, especialmente el correspondiente a los ordenamientos regidos por los sistemas contencioso electorales judiciales, evidencia que en ellos resulta inexistente el requisito del agotamiento de la vía administrativa, como presupuesto procesal de los recursos contencioso electorales, (...) Pues bien, conforme a los razonamientos anteriores la Sala ha optado para decidir el presente pedimento del recurrente, acudir a la regla o principio de la interpretación conforme a la Constitución; por lo tanto, debe quedar claro –se insiste– que ni considera derogados los citados dispositivos de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que erigen el agotamiento de la vía administrativa en un presupuesto procesal, ni los inaplica, pues se limita a interpretarlos (...) en el sentido de que el ejercicio del recurso jerárquico, cuando el acto impugnado emane de un órgano distinto del Directorio del Consejo nacional Electoral, no constituye un requisito de admisibilidad de los recursos contencioso electorales, pero que resulta opcional para el interesado ejercer el referido recurso jerárquico, caso en el cual no podrá recurrir contemporáneamente en sede jurisdiccional, sino que tendrá que esperar la conclusión del procedimiento administrativo, o invocar el silencio administrativo, para poder interponer válidamente el recurso contencioso electoral”⁴⁶.

Si bien es cierto que los efectos del fallo de la SE están circunscritos al estricto ámbito del contencioso electoral, lo importante es notar que las razones que llevan al Juez a declarar al carácter optativo y no preceptivo, en este caso, del recurso jerárquico, son comunes a las expuestas por la CPCA al proceder en las sentencias antes referidas a desaplicar y eliminar, respectivamente, el carácter de requisito de admisibilidad del agotamiento de la vía administrativa. Como bien indica la SE en varios párrafos de la sentencia in comento, la necesidad de convertir en optativos los recursos administrativos de la vía administrativa ha sido sentida por la doctrina y la jurisprudencia contencioso administrativa tanto general como especial de los sistemas jurídicos continentales, por cuanto no sólo en Venezuela ha sido cuestionado el tantas veces supuesto carácter protectorio o garantista de los recursos administrativos. Las críticas al actual sistema de recursos, en cuanto a su eficacia y eficiencia, en vista de lo expuesto en la parte II de este trabajo, apuntan en buena medida a suprimir el carácter preceptivo de dichos recursos, esto es, a eliminar su condición de requisitos de admisibilidad para acudir a la jurisdicción contenciosa, dejándolos como optativos o facultativos para el particular. En la actualidad, consideramos que ello no depende ya de la efectividad o no de los re-

46 Cfr. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Electoral, Sentencia N° 101, del 18-08-2000, pp. 7, 11, 15, 16, 18 y 19. La misma puede consultarse en el site del máximo Tribunal: www.tsj.gov.ve/decisiones.

cursos, sino de la obligación del Estado de garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre acceso a los órganos de administración de Justicia, no sólo por lo dispuesto en el artículo 26 de la CRBV, sino muy especialmente en los artículos 8 de la DUDH, 14 y 26 del PIDCP, XVIII de la DAD y DH, y 1.1, 8 y 25 de la CASDH, en donde se consagra para toda persona el derecho a la tutela judicial efectiva.⁴⁷

Lo distintivo del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, es que la tutela de los derechos y libertades fundamentales sea la regla, y ella sólo puede –y debe– ser brindada en forma expedita, efectiva, independiente e imparcial por procedimientos efectivos ante los Tribunales competentes. En este sentido, Jürgen Habermas ha sostenido en una obra de singular importancia para la reflexión sobre el Derecho y la Democracia en las sociedades de nuestro tiempo, que “La institucionalización del código que es el derecho, exige finalmente que se garanticen los procedimientos jurídicos por los que cada persona que se sienta menoscabada en sus derechos pueda hacer valer sus pretensiones. Del carácter coercitivo del derecho se sigue el requisito o exigencia de que en los casos en conflicto el derecho vigente sea interpretado y aplicado de forma vinculante en un procedimiento específico. Las personas jurídicas sólo podrán movilizar en forma de facultades de ejercer una acción jurídica las facultades de coerción ligadas a sus derechos si tienen acceso libre a tribunales independientes que, actuando con efectividad, decidan imparcial y autoritariamente en el marco de las leyes los casos de litigio. A la luz del “principio de discurso”, pueden entonces fundamentarse derechos básicos concernientes a la administración de justicia que aseguren a todas las personas la misma protección de sus derechos...”⁴⁸

Asimismo, la CIDH en una opinión consultiva de fecha 06 de octubre de 1987 se ha pronunciado al respecto, y ha señalado que “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que realmente sea idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que (...) resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica...”⁴⁹

Contrariando –o desestimando– todo lo indicado precedentemente, el TSJ en SPA en sentencia de fecha 22-03-2001, Caso Fundación Hogar Escuela José Gregorio Hernández / Dirección de Coordinación Zonal y la Viceministro de Asuntos Educativos del Ministerio de Educación, con ponencia conjunta de los Magistrados Levis Ignacio Zerpa, Hadel Mostafá Paolini y Yolanda Jaimes Guerrero, se pronunció en los siguientes términos:

“Siendo la oportunidad para pronunciarse sobre la admisión del presente recurso de nulidad, debe esta Sala en primer lugar, realizar unas consideraciones preliminares, en cuanto a los requisitos de admisibilidad previstos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 124, ordinal 2°, relativo al agotamiento de la vía administrativa, con motivo de las distintas concepciones que han surgido, en cuanto a este tema, con la promulga-

47 Siguiendo a Rafael G. Prado Moncada (ver *Op. cit.*, p. 101), señalaremos que este derecho comprende, a su vez: a) el derecho de acceso a la jurisdicción, b) el derecho al debido proceso, c) el derecho a una protección cautelar amplia y efectiva, y d) el derecho a obtener una sentencia oportuna y de ejecución efectiva.

48 *Cfr.* Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, España, 1998, p. 191.

49 Corte I.D.H., Garantías Judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, párr. 24.

*ción de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela./ A estos efectos, se hace necesario determinar cuál es la razón para instituir los recursos administrativos como paso previo a la vía jurisdiccional. En este sentido debe afirmarse que los recursos en sede administrativa no fueron concebidos por el legislador para imponer una carga al administrado, sino más bien, como un medio garantizador de la esfera jurídica de los particulares. De tal manera que, aún cuando en la práctica el ejercicio obligatorio de tales recursos, se ha considerado como una carga al administrado, debe señalar esta Sala, que tal concepción ha sido constreñida por la conducta irresponsable de funcionarios que, en su quehaceres (...) han desvirtuado la verdadera naturaleza de la vía administrativa./ En este orden de ideas, el administrado, al tener acceso a los recursos administrativos, puede resolver la controversia planteada en la misma vía administrativa, es decir, se busca con el ejercicio de estos recursos pronta conciliación, si ello es posible, entre el afectado por el acto y la administración. En este sentido resulta oportuno puntualizar que el uso de la vía administrativa no corresponde al cumplimiento de ninguna formalidad, sino como una necesidad que la propia dinámica administrativa impone en beneficio del administrado para ventilar la solución del conflicto antes de acudir a la vía jurisdiccional (...) Lo anterior tiene su fundamento en el hecho de que la propia administración tiene la facultad de revisar sus actos, bien sea de oficio o a solicitud de partes, pues como quedó establecido, no es posible controlar, de una manera efectiva y rápida todos los actos administrativos por vía judicial. De allí que la solución en cuanto a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, no se encuentra en la eliminación de los recursos administrativos, sino en mantenerlos para que no cercene la posibilidad de que el administrado obtenga rápidamente una decisión respecto a su planteamiento (...) Por todos los razonamientos antes expuestos, considera esta Sala que el agotamiento de la vía administrativa exigido en el artículo 124 ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no vulnera en modo alguno el precepto constitucional establecido en el artículo 26 de la Carta fundamental. Así se declara”.*⁵⁰

Resulta no menos que sorprende la forma en que la SPA, sin entrar en un análisis más profundo y detenido del asunto, emplea una técnica interpretativa severamente cuestionada como es la de descifrar *la voluntad del legislador*⁵¹, y a una tesis suficientemente superada en el Derecho Comparado como es la del *carácter de garantías de los recursos administrativos*, sin considerar siquiera la necesidad percibida por las anteriores sentencias de convertir en optativos los recursos administrativos, a la luz de los principios constitucionales y de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales de protección. A los administrados poco les importa que los recursos no hayan funcionado por ineptitud de funcionarios irresponsables, pues aquí la discusión de fondo, insistimos, no es tanto la efectividad de los recursos, que en todo caso es pobre, sino el *libre acceso a la tutela jurisdiccional*. Indica la sentencia, que no es posible controlar, de una manera rápida y efectiva todos los actos administrativos por vía judicial, lo cual nos hace pensar no sólo que Venezuela podría estar incumpliendo en forma institucionalizada con obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, sino lo lejos que estamos los venezolanos de vivir, en realidad, en un Estado como el que describe el artículo 2 de la CRBV. Si bien no ignoramos la situación en que se encuentra el contencioso administrativo en el país⁵², ello no puede llevar a los propios órganos de dicha jurisdicción a poner en manos de la Administración el control de la legalidad y constitucionalidad de la gran mayoría de las actuaciones de sus órganos en todo el

50 Cfr. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia N° 00489 del 27-03-2001, pp. 9 a 11. La misma puede consultarse en el site del máximo Tribunal: www.tsj.gov.ve/decisiones.

51 Las críticas a esta técnica de interpretación pueden verse en Fernando de Trazegnies Granda, “La Muerte del Legislador”, Discurso de Incorporación como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, 4 de mayo de 1995, es especial pp. 7 a 13. En él se lee: “el legislador no existe: es una ficción. Lo que existen son numerosos legisladores, cada uno con sus propias ideas, sus propios niveles de conocimiento de las cosas, sus propios intereses y sus propias limitaciones...”, p. 9.

52 Al respecto, véase el trabajo de Luis A. Ortíz Álvarez, “Notas sobre la situación de la jurisdicción contencioso administrativa (réquiem por más jueces y por procesos más rápido)”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 2, Enero-Abril, Editorial Sherwood, Caracas, 1998.

territorio. Esto nos convertiría, o nos confirmaría tal vez, como un Estado administrativista, propio de los siglos XVIII y XIX, y nos alejaría de un Estado judicialista, como debe llegar a ser todo Estado verdaderamente democrático, en el que los actos de los órganos que ejercen el Poder Público deben poder ser controlados por los órganos investidos de jurisdicción, como única forma de garantizar el imperio de la Constitución y la Ley,⁵³ tal como disponen los artículos 7 y 137 de la CRBV.

Conviene recordar aquí, lo sostenido entre nosotros por Araujo Juárez: “A los fines de que los presupuestos de la noción de Estado de Derecho que acabamos de reseñar sean eficaces, un control debe ser organizado, pero nos preguntamos ¿Qué categorías de control?. Los controles ya existentes, parlamentario y administrativo, son estimados *insuficientes*. Será el control jurisdiccional el indispensable, y es justamente éste el que reconoce el régimen del Estado de Derecho. Lo contencioso administrativo trata de obtener el sometimiento de la Administración a la Justicia de un modo general y, por lo tanto, a la Ley (...) debe ponerse límites a la actividad administrativa, los cuales se obtienen mediante un efectivo sistema de controles, de los cuales el jurisdiccional se considera el más eficaz, al que se señala como elemento integrante del Estado de Derecho.”⁵⁴

Por otro lado, pertinente es aclarar que ninguna de las sentencias o de los autores consultados para la elaboración de este trabajo ha sostenido que los recursos administrativos sean, en sí mismos, una carga para el administrado, y que en consecuencia deban ser eliminados del ordenamiento jurídico respectivo. Lo que han postulado, a diferencia de lo indicado por la SPA, es la necesidad de eliminar el carácter *obligatorio* de los mismos, o dicho de otro modo, el agotamiento de la vía administrativa como condición de admisibilidad del recurso contencioso de anulación o de una demanda contra entes públicos, pues ésta exigencia, y no la existencia de los recursos, es la que constituye el perjuicio para el particular que desea acudir a la jurisdicción. La SPA no parece observar que esta situación, cambiando lo cambiante, equivale a que el arbitraje fuera en materia mercantil un trámite a agotar para poder ventilar una controversia ante un Tribunal Mercantil, o como si cualquiera de los mecanismos para la resolución alternativa de conflictos a que hace referencia la propia decisión, fueran preceptivos para acudir a la sede jurisdiccional civil, penal, etc. Además, se observa una clara desconexión entre las citas bibliográficas hechas en la sentencia, donde se plantean interesantes puntos de vista, y la realidad administrativa de países como España y Venezuela.

En síntesis, para la SPA del TSJ, poco valor o importancia tienen los planteamientos hechos en forma reiterada por la doctrina y la jurisprudencia extranjera y nacional, en las cuales desde hace mucho se viene estudiando la precaria situación que el carácter obligatorio de la vía administrativa comporta para los administrados al momento de reclamar tutela efectiva para sus derechos e intereses. Consideramos que debería tenerse en cuenta en esa máxima instancia jurisdiccional, la aseveración hecha por el maestro Jesús González Pérez, de acuerdo con la cual “la generalidad –casi unanimidad– de la doctrina se muestra contraria al mantenimiento de la vía administrativa como presupuesto procesal (...) no tiene sentido el tradicional requisito procesal. Cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, ha de admitirse la posibilidad de acudir a los Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieren resultado lesionados. Si bien debe admitirse la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer con él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean.

53 En tal sentido, Cfr. Rigoberto Espinal Irías, “Los jueces y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de Derecho”, en *El Juez y la Defensa de la Democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, Instituto Interamericano Derecho Humanos (IIDH), Costa Rica, 1993, p. 22 y ss.

54 Cfr. José Araujo Juárez, *Op. cit.*, p. 31, (las cursivas son nuestras).

Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones (...) Pero si se tiene la convicción de que nada se logrará por esta vía, no tiene sentido establecer un sistema que demora el momento de acudir al proceso, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil.⁵⁵

No obstante, más lamentable que el gris “razonamiento” dado por la SPA del TSJ para retomar el carácter preceptivo de las vías administrativas previas, fue el retroceso injustificado y contradictorio ocurrido en la jurisprudencia de la CPCA, la cual luego de mantener durante un tiempo considerable el constitucional criterio del no agotamiento obligatorio de las vías administrativas, acogió como suyo el inconstitucional e irrazonable punto de vista de la SPA, al indicar en sentencia de fecha 26-03-01, Caso Antonio Alvez Moreira contra Alcaldía del Municipio Baruta, con ponencia del Magistrado Juan Carlos Apitz Barbera, que sí debía agotarse la vía administrativa, pues tal requisito de admisibilidad en ninguna medida resulta contrario a lo establecido en la CRBV. La CPCA desarrolló, entre otras “consideraciones”, que:

*“...considera la Corte que tales recursos son, sin lugar a dudas, una garantía de los particulares frente a la Administración, ya que se erigen un medio que les permite la revisión de los actos que afecten sus derechos e intereses, para lograr –si ello es procedente– la reforma o eliminación de tales actos y la supresión de los perjuicios causados (...) Considera la Corte que todo medio que permita a los particulares reaccionar frente a la Administración, en protección de sus derechos e intereses, es, en definitiva, un medio que garantiza la efectividad del Estado de Derecho (...) estima esta Corte que la consagración, mediante Ley, de la vía administrativa como una condición previa para la interposición del recurso contencioso administrativo de anulación, lleva se suyo una ponderación realizada por el Legislador y que el ha permitido articular la vía administrativa y el proceso contencioso administrativo (...) En definitiva, la facultad del legislador para condicionar el ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva, tal y como se ha hecho a través de la norma contenida en el ordinal 2° del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, tiene pleno asidero constitucional (...) Más aún, que el requisito legal del agotamiento de la vía administrativa como condición de admisibilidad del recurso contencioso administrativo de anulación, no es contrario al derecho a una tutela judicial efectiva, ha sido evidente incluso para el Constituyente de 1999. En efecto, si el Constituyente hubiese estimado que el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva impide al Legislador establecer una condición para la interposición del recurso contencioso administrativo, entonces ningún impedimento habría tenido para proscribir esta condición del ordenamiento jurídico. Sin embargo, lejos de hacerlo, el Constituyente, a través de la exposición de motivos del Texto Fundamental, es decir, fuera del ámbito normativo de la Constitución, se limitó a exhortar al Legislador para que éste reconsidere la valoración que ya se ha efectuado y en consecuencia elimine la condición del agotamiento de la vía administrativa para el acceso al proceso contencioso administrativo (...) Por lo tanto, es evidente que el Constituyente, en esta materia, se ha limitado a exhortar al Legislador para que produzca precisos cambios legislativos que –ha estimado– reclama el derecho a la tutela judicial efectiva, admitiendo entonces que sólo al Legislador corresponde esta tarea, pues a él a correspondido legítimamente fijar las condiciones actualmente vigentes”.*⁵⁶

La CPCA recogió así el criterio de la SPA del TSJ, sin reparar en las negativas consecuencias que tal decisión implica para la incipiente pero importante evolución que se había producido en el sistema contencioso administrativo venezolano a partir de las sentencias dictadas durante el año 2000 respecto al carácter facultativo de la vía administrativa previa⁵⁷.

55 Cfr. Jesús González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), Tomo II, Editorial Civitas, España, 1998, p. 23, citado por Luis A. Ortíz-Álvarez en *El Silencio Administrativo en el Derecho Venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 130 y 131

56 Cfr. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Sentencia N° 26 de abril de 2001, pp. XX .

57 Acertadas críticas a esta decisión de la CPCA, así como a la decisión antes examinada de la SPA

Dicha decisión, al igual que la del TSJ, parte además del *espejismo* que significa el suponer que los recursos administrativos o la vía conciliatoria son en realidad *efectivos* para la protección de los derechos e intereses de las personas afectadas por actuaciones de la Administración. En realidad, en muy pocas oportunidades, como ya se indicó la Administración decide, y en las que decide, tan raras como escasas son las veces en que libran al recurrente o potencial querellante de tener que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Es falso, al menos en la praxis administrativa venezolana, que los recursos de impugnación o la vía conciliatoria, sean garantías para las personas, y menos que, en tal situación, los medios administrativos de impugnación o conciliación, como los previstos en la LOPA, en la LCA o en la LOPGR, puedan ser compatibles con el Estado de Derecho y de Justicia que promulga nuestro texto constitucional. No podemos olvidar, que buena parte de nuestros funcionarios públicos tienen poca cultura en cuanto a su deber de respetar y garantizar los derechos de las personas y una amplia tradición en el mal trato al ciudadano, la falta de organización y de conciencia democrática, factores que impiden a la larga que la Administración se preocupe por responder los recursos conforme a la Ley y en el tiempo que corresponde, tendiendo a no revisar sus actuaciones, aún en los casos en que ello fuera lo ajustado a derecho. Por ello, tales recursos o medios administrativos, terminan constituyendo un retardo injustificado para el acceso a la justicia administrativa.

En todo caso, consideramos que incluso en el hipotético caso que tales recursos fueran verdaderas garantías, resulta absurdo por contradictorio pensar que el ejercicio de éstos o de cualquier otra garantía prevista en el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos, pueda ser *obligatorio* para los particulares, pues las garantías son también derechos de las personas, y no se puede forzar a ningún individuo a ejercer sus derechos en contra de su voluntad (en perjuicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, artículo 20 de la CRBV), por cuanto depende de la voluntad de las personas el tiempo, modo y medida en que ejercen sus derechos y hacen uso de las garantías consagradas normativamente para su protección.

Hoy día es indiscutible que los derechos inherentes a las personas no son programáticos, no pueden depender de la actividad legislativa del órgano nacional llamado a regular su ejercicio para que puedan ser reclamados por sus titulares, según se desprende además de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado en materia de protección de los derechos humanos. En pocas palabras, no existen *expectativas de derechos humanos*. Así las cosas, es incomprensible que la CPCA afirme que sólo el legislador (entiéndase, Asamblea Nacional) es quien puede permitir a las personas, mediante reformas legales, que decidan si van primero a la vía administrativa que corresponda y luego a la jurisdicción contencioso administrativa, o si van directamente a la justicia administrativa en reclamo de tutela de sus derechos o intereses. Ya en Venezuela tenemos ejemplos de lo importante que resulta para la protección de los derechos en el ámbito interno, que los jueces, a través de los medios que el ordenamiento jurídico les confiere, asuman su rol de garantes del Estado de Derecho y de guardianes de los derechos de las personas. En efecto, de no ser por la decisiva actividad de los jueces, o si éstos en su totalidad hubieran compartido el criterio del “monopolio” del legislador que maneja la actual CPCA, ni el amparo constitucional, ni la justicia contencioso administrativa, habrían sido una realidad en nuestro país durante un buen período de vigencia de la Constitución de 1961, pues respecto del amparo fue hasta 1988 que se aprobó la LOASDGC, y en el caso de la justicia administrativa, no fue sino hasta 1976 que se reguló

del TSJ, pueden leerse en el artículo de Luis A. Ortiz Álvarez y Rafael G. Prado Moncada, “¿Ocaso o fortalecimiento del agotamiento de la vía administrativa como requisito previo para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa? (Comentarios sobre las últimas contradicciones jurisprudenciales)”, publicado en la *Revista de Derecho Administrativo* N° 11 (Enero-Abril), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 217 y ss.

precariamente en la LOCSJ, sin hasta la fecha se haya dictado nunca la necesaria y democrática Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en violación de lo dispuesto en los artículos 206 de la Constitución de 1961 y 259 de la actual CRBV.

Los derechos humanos, entre ellos el derecho de acceso a la jurisdicción, como integrante del derecho tutela judicial efectiva, son derechos de exigibilidad inmediata, y su regulación por medio de leyes no puede ser un obstáculo o traba para su efectivo ejercicio y reclamación al Estado. Por tanto, y frente a la legítima exigibilidad de este derecho, los Tribunales de la República tienen una responsabilidad fundamental, ya que, sin perjuicio de la seguridad jurídica, sus decisiones deben siempre motivarse en obsequio a la protección de los derechos de las personas, y nunca en el sentido de restringir su ejercicio o de mantener limitaciones injustificables e incompatibles con la protección adecuada, efectiva, de los mismos. El control difuso de la constitucionalidad, la disposición derogatoria única de la CRBV, así como la interpretación concordada y coherente del ordenamiento jurídico interno (incluidos pos supuesto, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos), entre otras vías, son medios por los cuales los jueces, ajustándose al derecho, pueden eliminar las contradicciones y limitaciones inconstitucionales que el ordenamiento jurídico actual pueda contener respecto del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, en especial, respecto del derecho de acceder a los órganos de administración de justicia.

Estamos conscientes que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto, y que por tanto admite restricciones en cuanto a su forma de ejercicio. Los requisitos de admisibilidad, los lapsos de caducidad, los elementos requeridos para otorgar la protección cautelar, entre otros, son sólo algunas de las condiciones que establece la ley para poder ejercer el derecho en cuestión. El punto es revisar con cuidado cuántas de ellas se justifican hoy día, es decir, cuántas lucen razonables al momento de regular el derecho de acceso a la jurisdicción, pues el gran problema sería que, como ocurre con el agotamiento previo de la vía administrativa, cualquiera de ellas impida irracionalmente que el órgano judicial competente pueda llegar a pronunciarse sobre el fondo de la controversia y proteger si fuera el caso los derechos de los particulares.

Por todo ello, sería importante que nuestros jueces contencioso administrativos, hasta que se produzca la reforma legal correspondiente, tengan en cuenta, como lo recomienda Francisco Chamorro Bernal, que las restricciones o limitaciones del derecho al libre acceso a la jurisdicción deben tener como regla siempre su carácter restrictivo, no pudiendo resultar los requisitos establecidos en la ley para permitir dicho acceso infundados, irrazonables o de tal naturaleza que “de hecho supriman o cercenen de manera sustancial el derecho reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución”⁵⁸, en nuestro caso del artículo 26 de la CRBV. Lo ajustado al Estado de democrático y social de Derecho y de Justicia proclamado por el artículo 2 de nuestra Constitución, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, es que, en principio, todo derecho o interés legítimo tenga acceso a la tutela judicial, que por lo menos exista siempre una vía procesal cierta y efectiva que permita exigir la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos, que los derechos o intereses legítimos siempre tengan la posibilidad de ser tutelados por órganos auténticamente jurisdiccionales (lo cual excluye cualquier tipo de órgano cuasi-jurisdiccional) en ejercicio de su función jurisdiccional y que la actividad de tutela que despliegue el órgano jurisdiccional sea plena, exclusiva e independiente.

Y frente a los temores por una supuesta amenaza a la “seguridad jurídica” en vista de los cambios que pudieran producirse en nuestro ordenamiento jurídico por vía jurisprudencial, somos de la opinión que dichos cambios son impostergables, pues poco sentido tendría el

58 Cfr. Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1994.

seguir aplicando -a ciegas- disposiciones legales o reglamentarias que puedan resultar contrarias a la Constitución, norma suprema entre nosotros (art. 7).

Ello no debe significar, en todo caso, que los cambios deban asumirse como una puerta abierta para la arbitrariedad y la incertidumbre, sino como una oportunidad para adecuar nuestra realidad jurídica a los estándares mínimos del Estado de Derecho contemporáneo. He aquí nuestro reto como operadores y usuarios del sistema de administración de justicia.

IV. EL CRITERIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Y LA INCOMPENSIÓN DEL PRINCIPIO DE LA EXIGIBILIDAD INMEDIATA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DE LA AUTOEJECUTIVIDAD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha manifestado su punto de vista respecto de la discutida constitucionalidad del requisito de admisibilidad del agotamiento de la vía administrativa exigido por la legislación vigente para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

Lo lamentable es que la SC, sin mayor razonamiento y en una interpretación bastante 'simple' de las disposiciones constitucionales respectivas, procedió a declarar el carácter constitucional del agotamiento previo de la vía administrativa, y ha confirmado su naturaleza de "garantías" de los derechos de los administrados. En efecto, la SC en sentencia de fecha 25 de mayo de 2001, Caso José Gregorio Silva y Rommel Moscote contra Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, señaló que:

"...esta Sala observa que, el numeral 2 del artículo 124 de la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece como requisito de admisibilidad del recurso contencioso administrativo de nulidad el que se haya agotado la vía administrativa, esto es, que para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, es necesario que el administrado haya utilizado los recursos que, en vía administrativa, el ordenamiento jurídico le otorga (...) Por su parte, la Disposición Derogatoria Única de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que el ordenamiento jurídico mantiene su vigencia en todo lo que no contradiga con dicha Constitución.

A tal efecto, esta Sala observa que, en los momentos actuales aún con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo pautado en el numeral 2 del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no contradice los principios y valores establecidos por la normativa constitucional (...) Si bien es cierto que la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 señala que "...con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, la ley orgánica deberá eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual quedará como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio...", de la misma transcripción emerge que será la ley orgánica la que eliminará la utilización obligatoria de la vía administrativa para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, y la establecerá como una opinión.

Como se denota, se necesita de la promulgación de una ley orgánica -que a tal efecto será la ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa- la que deberá establecer el carácter optativo de la vía administrativa para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa y, por lo tanto, hasta tanto no sea promulgada la ley orgánica a la cual se refiere la Exposición de Motivos o se declare la inconstitucionalidad de dicho artículo por parte del organismo jurisdiccional competente, la disposición contenida en el numeral 2 del artículo

*124 de la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, mantiene su vigencia, siendo un formalismo esencial para acceder a tal jurisdicción”.*⁵⁹

Llama la atención que la SC no haya tenido en cuenta la tendencia normativa, jurisprudencial y doctrinaria (abundante en este tema) al momento de tomar partido a favor o en contra del agotamiento obligatorio de la vía administrativa. Como ya hemos expuesto a lo largo de este trabajo, son muy pocos los especialistas en Derecho Administrativo que no apoyan decididamente el establecimiento de las vías administrativas previas como optativas para los particulares. En el caso de España, el reconocido maestro Jesús González Pérez ha reiterado recientemente, a propósito de las críticas a la reforma de la LRJPAC, que: “Lo que no tiene sentido, como se ha dicho, es el mantenimiento del requisito de agotar la vía administrativa. Los recursos administrativos deben ser potestativos para el demandante. Sólo cuando éste tenga confianza en que su interposición pueda servir de algo, tiene sentido que los interponga antes de incoar la vía procesal. En otro caso, los recursos administrativos sólo constituyen un obstáculo de acceso a la Justicia.”⁶⁰

Del mismo modo, como se ha expuesto, en Venezuela también se han pronunciado en contra del mantenimiento del carácter obligatorio de la vía administrativa de recurso, por considerar que tal requisito de admisibilidad viola el derecho a la tutela judicial efectiva,⁶¹ pero tales criterios fueron desatendidos por la SC, por estimar que lo ajustado a la CRBV es “esperar” a que la Asamblea Nacional, algún día, dicte la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En este orden de ideas, se observa también una completa indiferencia de parte de la máxima instancia de la jurisdicción constitucional, respecto de las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado venezolano, que tienen hoy día rango constitucional entre nosotros, y son de aplicación preferente cuando contienen disposiciones más favorables para las personas. En efecto, como hemos señalado antes, el Preámbulo de la CRBV, así como sus artículos 2, 22 y 23, colocan como valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico a los derechos inherentes a la persona humana, estableciendo el último de los indicados artículos el rango constitucional de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y su aplicación preferente cuando éstos contengan normas más favorables para las personas:

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen rango constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

De acuerdo a la referida disposición constitucional, la CASDH tendría rango constitucional y debe ser aplicada por los jueces con carácter preferente al derecho interno, cuando contenga normas más favorables para los particulares. Dicha Convención, establece en su artículo 25 que:

Artículo 25.- Protección Judicial

59 Cfr. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia N° 00-2106, del 25-05-2001, pp. 7 y 8. La misma puede consultarse en el site del TSJ: www.tsj.gov.ve/decisiones.

60 Jesús González Pérez, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Editorial Civitas, 3ra Edición, España, 2001, pp. 148 y 149.

61 Además de los ya citados trabajos de Luis A. Ortiz Álvarez, Rafael G. Prado Moncada y Allan R. Brewer-Carías, puede consultarse, para mayor abundamiento, Norma G. Salinas de Guerrero y Rafael A. Guerrero Salinas, *Privilegio Procesal de los Entes Públicos. El Requisito del Procedimiento Administrativo Previo*, Jurídicas Rincón, Barquisimeto, Venezuela, 1999.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión que haya estimado procedente el recurso.

Sin duda, y ya se ha afirmado, la primera condición que debe garantizarse para que el recurso (acción, pretensión,) sea efectivo, es que el mismo pueda ser llevado ante y sea conocido por (resuelto) un juez, de manera que el acceso ha de ser la regla, el principio, y no la excepción. Ahora bien, ¿cuál órgano es el idóneo para conocer de tal recurso?. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el recurso efectivo al que se refiere el artículo 25 de la CASDH, debe ser ejercido ante un órgano jurisdiccional, integrante del Poder Judicial, vistas las condiciones de independencia e imparcialidad que caracterizan a éstas instancias. Sólo un Tribunal puede conocer en forma debida del recurso judicial y proveer la solución conforme a derecho, no estando un órgano administrativo, en principio, en la posibilidad de resolver del mismo modo el asunto planteado.⁶²

En este mismo sentido, los recursos a los que alude el artículo 25 de la CASDH deben, además de judiciales, ser adecuados y efectivos.⁶³ Como bien ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los mismos sean “adecuados” significa que “la función de esos recursos, dentro de sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.”⁶⁴

Luego, los recursos a que alude el citado artículo 25 deben ser “efectivos”, y ello significa que “sean capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos. En opinión de la Corte, un recurso un recuso puede volverse ineficaz si se le subordinan exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados o no se aplica imparcialmente”.⁶⁵ Como se ha examinado, los recursos administrativos previstos en la LOPA, no sólo resultan un riesgo para las personas que los interponen en vista de la inaplicación en sede administrativa de la prohibición de la *reformatio in peius*, sino que además son decididos por órganos que carecen de la necesaria imparcialidad. Más tales elementos no fueron considerados por la SC en la sentencia bajo examen.

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo, Excepciones Preliminares, Sentencia de 31 de enero de 1996, párrafo 38, letra d.

63 Véase sobre el tema, Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, 2da. Edición, IIDH, Costa Rica, 1999, pp. 234 y ss.

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 64.

65 Héctor Faúndez Ledesma, *Op. cit.*, p. 236.

Del mismo modo, la SC se pone de espaldas a dos principios rectores de la teoría de los derechos humanos fundamentales, a saber, el principio de la exigibilidad inmediata de tales derechos y el principio de la autoejecutividad (self-executing) de las disposiciones contenidas en las Declaraciones, Pactos, Tratados y Convenios internacionales de protección de los derechos humanos. Los derechos inherentes a la persona humana, por tener su origen en el reconocimiento de la dignidad, inviolabilidad y autonomía de los seres humanos⁶⁶, no pueden estar “supeditados” en su exigibilidad a condiciones de tipo formal, impuestas por los Estados (entes obligados a garantizarlos), como la existencia de leyes que reglamenten su ejercicio, sin que ello pretenda lucir como un postulado anarquista, atentatorio de la vida en sociedad sometida al Derecho. Lo que quiere ello decir, es que el Derecho –tanto el legal como el judicial-, no constituirse en un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, ni para los cambios políticos, sociales o económicos, que propicien condiciones más favorables para la satisfacción de los mismos.

En cuanto a la auto-ejecutividad de la protección que garantizan –e imponen a los Estados- los instrumentos internacionales, es un tema que nos pone frente al siempre álgido tema de la inserción del derecho internacional en el derecho interno, ante el cual nuestra SC no ha mostrado la progresividad y razonabilidad esperadas.⁶⁷ Cierta interpretación aislada de los artículos 2 de la CASDH y 2.2 del PIDCP, ha pretendido sostener que los derechos en ella contenidos deberían ser satisfechos de manera progresiva por los Estados Partes y no de forma inmediata. Mas, “Dichas convenciones estarían así privadas de todo carácter autoejecutivo o self executing, al punto que las personas “bajo la jurisdicción” de un Estado parte no podrían invocar la Convención respectiva mientras no se hubieran adoptado aquellas “disposiciones legislativas o de otro carácter”. Tal interpretación es insustentable y se aparta de la regla fundamental según la cual los tratados deben interpretarse “de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. (Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, artículo 31.1).”⁶⁸

En refuerzo de lo señalado, el ya citado artículo 23 de la CRBV establece, recogiendo los principios de exigibilidad inmediata y carácter auto-ejecutivo de los Pactos, Convenciones y Declaraciones de derechos humanos, que tales instrumentos internacionales de protección “son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”, mandato constitucional que tampoco fue tenido en cuenta por la SC en su fallo.

Somos del criterio que nuestra SC desaprovechó, por los momentos, una oportunidad para unificar criterios en este tema, establecer un precedente vinculante para los Tribunales de la República que eliminara la carga para los particulares de tener agotar un recurso inútil e inefectivo como las vías administrativas previas, y brindar, en tanto que máximo interprete de la CRBV, la seguridad jurídica anhelada en medio de los múltiples criterios que sobre esta cuestión ha manejado la jurisprudencia. No obstante ello, es importante tanto para los jueces contencioso administrativos, como para los operarios del sistema de administración de justicia, que la SC al final de la parte dispositiva de su decisión señaló que:

66 Sobre los fundamentos filosóficos de los derechos humanos, véase Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Astrea, Argentina, 1989, en especial capítulos V, VI y VII.

67 Un lamentable ejemplo de ello, se encuentra en la sentencia dictada por la SC, en fecha 17 de mayo de 2000, Caso *Faitha Nhamens y Ben Ami Fhiman* (Revista Exceso), en la que señaló “Igualmente considera inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que impliquen una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país...”

68 Pedro Nikken, Thomas Buergenthal y Claudio Grossman, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Caracas/San José, 1990, p. 184.

“El fallo inmutable fue el emitido con motivo de la audiencia, siendo el presente fallo un alcance de aquél, con fines de extender los criterios jurídicos y no fácticos, y por ello, el presente fallo puede ser suscrito por jueces que no presenciaron la audiencia; y así se declara”

Tal acotación, pareciera implicar que la interpretación hecha por la SC en el caso concreto, no tiene necesariamente carácter definitivo sobre el tema, pues en ningún párrafo del fallo se precisa que la interpretación de la SC sea “doctrina vinculante”, como estila la misma decir (*Ver* Caso Elías Santana, sentencia del 12-06-01), para los demás Tribunales de la República.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Resulta inoportuno pretender colocar puntos de vista finales sobre el tema tratado en el presente trabajo monográfico. No obstante, este espacio de la investigación nos brinda la oportunidad de hacer algunas afirmaciones preliminares, y dejar planteadas algunas sugerencias que deberán ser depuradas en trabajos ulteriores.

En primer lugar, es preciso advertir que el carácter obligatorio de la vía administrativa resulta hoy en día poco menos que injustificable, al menos en los procedimientos contenciosos de anulación de actos administrativos, en vista de la ineficacia y falta de idoneidad de los recursos intentados ante órganos no judiciales, hecho éste que confirma la propia dinámica de la Administración Pública en nuestro país. A diferencia del momento histórico en que se consolidó la vía gubernativa previa, hoy en día el fin de todo recurso o procedimiento no es la protección del Estado, sino la tutela de los derechos e intereses de las personas, y los recursos administrativos, al ser obligatorios, lo que hacen es proteger al Estado en forma irrazonable y perjudicial para los afectados, pues no resultan garantía alguna de resolución alternativa de los conflictos. La solución será mejorar su efectividad (reducir los lapsos, destinar funcionarios para que los respondan con celeridad, eliminar el doble grado, etc) y convertirlos en optativos.

En segundo lugar, resulta fundamental reconocer que la CRBV consagró expresamente en su artículo 26 el derecho a toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses, incluso de los colectivos o difusos, y que el artículo 25.1 de la CASDH, con rango constitucional y de aplicación preferente según el artículo 23 de la misma CRBV, también protege el derecho de toda persona sometida a la jurisdicción del Estado venezolano a la protección judicial, el cual se ve lesionado cuando se condena al particular a esperar, durante largo tiempo, que una autoridad administrativa y no judicial sea la que decida sobre la pretensión interpuesta contra un acto administrativo que afecta sus derechos o intereses, o los de un colectivo. Con tal avance normativo, los órganos de administración de justicia están en la obligación constitucional de procurar el respeto y la garantía del contenido amplio de este derecho humano fundamental.

En tercer lugar, que debe emprenderse un estudio serio y exhaustivo que permita establecer con el mayor equilibrio posible, si es constitucionalmente exigible por los ciudadanos que todos los procedimientos administrativos previos al proceso contencioso administrativo sean optativos, o que es posible –y conveniente- que algunos de ellos conserven su carácter actual de obligatorios. En nuestra opinión, la regla ha de ser el carácter optativo y la excepción el carácter obligatorio, esto último para el evento que lograra justificarse su exigencia en algunos casos en particular, y que tal carácter nunca podrá existir cuando la pretensión procure la protección o reparación de violaciones a los derechos humanos.

En cuarto lugar, tanto en éste como en otros escenarios de nuestra realidad jurídica, es necesario comprender el alcance de las obligaciones internacionales del Estado venezolano en materia de derechos humanos, las cuales se hallan definidas con claridad en el artículo 1.1 de la CASDH, y magistralmente desarrolladas en la sentencia de la CIDH de fecha 29 de

julio de 1988, Caso Velásquez Rodríguez/Estado de Honduras, párrafo 166.⁶⁹ Los derechos humanos, como bien lo proclama el artículo 2 de la CRBV deben ser valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, y lo serán en la medida que nuestros Tribunales fallen a su favor, procurándoles tutela frente a las arbitrariedades de la Administración.

En quinto lugar, y con algo de angustia, es preciso reconocer que la actualidad general de nuestro “Poder Judicial”, y dentro de él muy especialmente, la de nuestro sistema contencioso administrativo es en realidad preocupante. Como bien ha sido reseñado por varios especialistas venezolanos⁷⁰, y como podemos verlo en la práctica forense, en Venezuela, los altos costos de los litigios, las precarias condiciones de los Tribunales, su reducido número, la falta de especialidad de los jueces, la el excesivo retardo de los procesos, así como las arbitrarias e irresponsables injerencias del poder político en la dinámica judicial, hacen del derecho a la tutela judicial efectiva una aspiración lejana de muchos, y una simple expectativa de derechos para unos pocos. De nada sirve atribuir carácter optativo a las vías administrativas, si luego los particulares no tienen tribunales a donde acudir, o éstos no responden en forma oportuna y adecuada a sus pretensiones. Urgente es lograr conciencia en los más altos órganos del Estado para que se adopten las medidas y se aporten los recursos que sean necesarios para mejor en el más corto plazo posible la situación de nuestros tribunales, en especial, de los contencioso administrativos, que siendo sólo 16 en todo el territorio -21 jueces en total- deben responder a todos los reclamos que se sometan a su competencia.

Por último, consideramos importante, a los efectos de nuevas interpretaciones judiciales (en particular de la SC), y de la futura –y necesaria- reforma legal en esta materia, apreciar las experiencias de otros países, así como las enseñanzas y sugerencias que desde hace tiempo vienen exponiendo destacados especialistas, nacionales y extranjeros, en materia de Derecho Administrativo y de Derecho Procesal.

Del mismo modo, resulta fundamental que en nuestras Escuelas de Derecho se divulguen los proyectos de ley que sobre la jurisdicción contencioso administrativa existan en la actualidad, que se discuta los aspectos a reformar en la LOCSJ, la LOPA, la LOPGR y en la LCA, entre otras leyes, y que se organicen eventos a los que sean convocados especialistas, ello con miras a la formulación de proyectos y propuestas para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano.

Convencidos estamos que, sin la adopción de medidas como las propuestas en estas conclusiones, y de otras tantas que han sido ya presentadas, difícilmente podremos transitar hacia un verdadero Estado democrático y Social de Derecho y de Justicia.

69 “166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.” Cfr. Corte I.D.H., Sentencia de 29 de julio de 1988, Caso *Velásquez Rodríguez*, *República de Honduras*, párrafo 116.

70 Entre otros, véase René Molina Galicia, “Perspectivas y Prospectiva de la Reforma Procesal Civil Venezolana” en *Derecho Procesal Civil (El C.P.C. diez años después)*, en el libro de las XXII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Barquisimeto, 1996, p. 31; también Luis A. Ortíz Álvarez, “Notas sobre la situación de la jurisdicción contencioso administrativa (réquiem por más jueces y por procesos más rápido)”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 2 (enero-abril), Editorial Sherwood, Caracas, 1998; y Giustino José Capablanca, “Injusticia para todos. (Breve epístola sobre la grave situación de la jurisdicción contencioso-administrativa y constitucional. Ilusiones constitucionales y realidades distantes)”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 7 (septiembre-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 361.

Abreviaturas:

CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

LOPA: Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos

LOCSJ: Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia

LOASDGC: Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales

COT: Código Orgánico Tributario

LOPGR: Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

LCA: Ley de Carrera Administrativa

LRJPAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España, Ley 4/1999.

TSJ: Tribunal Supremo de Justicia

SC: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

SE: Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia

SPA: Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

CSJ: Corte Suprema de Justicia

CFC: Corte Federal y de Casación

CPCA: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

TCA: Tribunal de la Carrera Administrativa

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

DAD y DH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

CASDH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

La ampliación cuantitativa del Principio de Legalidad en la Constitución de 1999

Carlos Luis Carrillo Artilles
Profesor Universidad Central de Venezuela

SUMARIO

- I. LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
 - II. LA GÉNESIS HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO
 - III. LA TÉSIS DE LA VINCULACIÓN POSITIVA
 - IV. LA TÉSIS DE LA VINCULACIÓN NEGATIVA
 - V. LA NOCIÓN FORMAL DE ESTADO DE DERECHO
 - VI. CARACTERES QUE DEFINEN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
 - VII. ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
 - VIII. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO. EL ACTIVISMO SOCIAL
 - IX. LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DEL ACTIVISMO SOCIAL
 - X. ANTECEDENTES Y DEVENIR CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN VENEZUELA
 - XI. EL ESTABLECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999.
 - XII. EL ENTRAMADO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
 - XIII. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA NOVÍSIMA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
 - XIV. A MANERA DE EPÍLOGO
- BIBLIOGRAFÍA

I. LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Cada vez que aludimos a la noción del Principio de Legalidad resulta imperativo referirnos previamente al concepto de Estado de Derecho, ya que la existencia y tangibilidad de dicho Estado de Derecho es el punto de partida para la existencia y garantía misma de la Legalidad en cualquier estructura estatal moderna.

En principio, “todo poder pretende ser “legítimo” (ningún poder se presenta como usurpador e ilegítimo, todos pretenden “tener derecho” al mando), todo poder es un poder jurídico, o en términos más categóricos, toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho.”¹ Sin embargo, basados en la idea que el Estado de Derecho es un presupuesto de existencia y condicionante del Principio de Legalidad, se impone atisbar en la génesis histórica de dicha noción o concepto.

II. LA GÉNESIS HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Así pues, el establecimiento de la noción de Estado de Derecho surge a partir del advenimiento del Estado Moderno, a finales del siglo XVIII y albores del siglo XIX, como reacción al ejercicio del Absolutismo típico del Estado Autoritario y Despótico, en el cual la

1. García de Enterría, Eduardo, y Tomas Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, España 1977, pág. 247.

voluntad del Monarca constituía el centro de la esfera normativa, jurisdiccional y gubernamental del Estado, pues “la fuente de todo Derecho era la persona subjetiva del Rey”² quien concentraba en sí mismo el Poder Global, fundamentada dicha legitimidad del Poder en una presunta conexión con la Divinidad, ya que la detentación y ejercicio de ese Poder Tradicional era transmitido de generación en generación por sus antecesores y antepasados, los cuales en algún momento de su árbol genealógico tenían una conexión con Dios, lo cual acarrearía la insoslayable sumisión o subordinación de toda la población en su condición de súbditos, y “la inexistencia de límites para la voluntad del monarca, de tal suerte que sus actos eran totalmente inimpugnables, razón por la cual los súbditos no tenían ningún tipo de derechos subjetivos públicos.”³

III. LA TÉSIS DE LA VINCULACIÓN POSITIVA

Esta formulación fue radicalmente atacada por los ideólogos de la revolución Francesa, quienes consideraban que la fuente de todo Derecho no estaba en ninguna instancia supuestamente religiosa, divina o trascendental a la comunidad, sino que proviene de la voluntad general, cuya exclusiva forma legítima de expresión es a través de la Ley General, por ende la Ley es la encargada de determinar y justificar expresa y previamente todos los actos singulares de Poder, o lo que se denomina la tesis de la “vinculación positiva de los órganos públicos a la Ley”; situación que ubica al individuo y su *status libertatis* como centro de la esfera normativa del Estado, a través del establecimiento de un orden transpersonal, lo cual explica la esencia y razón de ser del Estado mismo cuya legitimidad proviene de la voluntad general.

De manera que, “la esencia del proceso del poder consiste en un intento de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que se encuentran compitiendo dentro de la sociedad estatal, siendo garantizada la debida esfera para el libre desenvolvimiento de la personalidad humana.”⁴ Como consecuencia se erige la tesis del Poder Racional Individual, donde el Estado como ente legal jurídica, se eleva sobre las voluntades individuales por la existencia y justificación del Poder Político, como un elemento constitutivo del Estado junto con la Población y el Territorio; por lo que, dicho Poder Político se presenta como la potestad que tiene el órgano público de hacerse obedecer y enunciar mandatos válidos dirigidos a destinatarios que aceptan e interiorizan dichas ordenes.

De allí que con el establecimiento del Estado Moderno, todo Poder Legítimo órbita en torno al concepto de la Competencia del ente público, como atribución expresa de Ley, por cuanto se identifica al Poder como la medula sustancial del Estado y se afirma que todo Poder se reduce estrictamente a un Poder Jurídico de Obrar por el cual el hombre esta sometido al imperio de las normas⁵, por lo que haciendo una actualización del principio de la Constitución Francesa de 1791, “no hay autoridad superior a la Ley, y el Gobernante no ordena ni gobierna más que por ella, y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia de los particulares”. Ante lo cual emergería un correlativo lógico, que data desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual exalta la existencia de una “libertad plena de acción en el obrar del particular quien no podrá ser impedido de realizar su voluntad salvo expresa limitación en Ley”, en virtud de lo cual, nadie podrá ser forzado a hacer lo que ella no ordena imperativamente.

-
2. García de Enterría, Eduardo, y Tomas Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, *Ob. cit.*, pág., 248.
 3. Peña Solís, José. *El Principio de Legalidad y la Discrecionalidad Administrativa en Venezuela*, Fondo Editorial 60 años de la Contraloría General de la República, Caracas Venezuela 1998, pág. 14.
 4. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona España, 1965, pág. 27.
 5. Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, Editorial Nacional, México DF, 1979.

IV. LA TESIS DE LA VINCULACIÓN NEGATIVA

Sin embargo, paralelamente en latitudes germanas se erigió una contratesis como fue la de la vinculación negativa, que afirmaba un paralelismo de potestades entre el Monarca y el Parlamento, sólo detentando éste último, el monopolio “de sancionar aquellas leyes que incidían sobre los derechos de libertad y propiedad de sus súbditos, lo cual conduciría a que el Gobierno y la Administración (Monarca) -a diferencia de lo que ocurría en Francia- no fueran meros ejecutores de Ley, la cual funcionaba más bien como un límite externo de actuación”⁶, por lo que en ejercicio de esa actividad administrativa se podría realizar con toda libertad cualquier actuación válida siempre que se efectuase dentro de ese espacio dejado por el límite externo de prohibición constituido por la Ley.

Con el devenir del tiempo, esta tesis de la vinculación negativa en los países germánicos ha sufrido un cambio en sentido inverso, dirigido hacia un acercamiento a la tesis de la vinculación positiva, generándose una especie de convergencia entre tales tesis que originalmente nacieron contrapuestas en una posición actual, la cual sin lugar a dudas reconoce la vigencia de la tesis de la vinculación positiva con ciertas atenuaciones, como es el hecho que ya no existe una radical supeditación al monopolio del Parlamento como productor de normas jurídicas, sino que se reconoce y se justifica un cúmulo de facultades incitas de los órganos del Poder Público al ejercer una actividad de naturaleza administrativa en la consecución de fines públicos dirigidos a la obtención del interés general, siempre y cuando no se genere ninguna afectación a la esfera jurídica subjetiva de los particulares por la confección de un acto de naturaleza ablativa, que comprima, conculque, cercene o modifique tal espectro subjetivo, ya que en esos específicos supuestos, siempre deberá mediar previamente una atribución expresa de competencia por el texto de una norma de rango legal dimanada de un mecanismo formal, llevado a cabo por el seguimiento de pautas previstas en el orden constitucional, y que están restringidas al campo de la llamada Reserva Legal.

V. LA NOCIÓN FORMAL DE ESTADO DE DERECHO

Por ello se evidencia la importancia del concepto de Estado de Derecho, el cual podemos identificar como aquél principio de organización estatal en el cual existe un conjunto de normas jurídicas jerarquizadas en un orden prelativo, denominado como bloque de Legalidad, las cuales se imponen y obligan no sólo a sus destinatarios sino que también son acatadas por los gobernantes, pues sin excepción son aplicadas a todos los integrantes por igual de dicho ente estatal, sin importar si su contenido es justo o injusto, pues lo determinante es exclusivamente el respeto al mandato normativo imperativo que se *suprapone* inclusive a las voluntades individuales.

De manera que desde el punto de vista meramente formal, aunque parezca extraño para algunos doctrinarios, en Estados como el Nazista, Fascista o Comunista, siempre que se acate el mandato normativo por todos sus componentes, habría un Estado de Derecho, aún cuando no compartamos ni filosófica ni ideológicamente el contenido de sus normas por considerarlas erradas, injustas o reprobables.

Justamente con la asunción del régimen constitucional Liberal y el auge del positivismo jurídico formal, se produjo un verdadero sometimiento del Estado al Derecho, bajo el espectro de una específica regla fundamental, que contrastaba la existencia de la libertad individual ilimitada del particular frente a una facultad limitada del Estado de actuar circunscrita siempre a una norma atributiva de competencia, lo cual conduciría a todo un sistema organizativo

6. Peña Solís, José, *Ob.cit.*, pág. 16.

de capacidades de acción atribuidas por texto expreso de la Ley a todos los entes públicos, bajo la denominación de competencias formales, las cuales generarían una diversificación del Poder Público en una pluralidad de órganos que ejercitarían funciones públicas específicas.

Por ende todo se reduce a un engranaje de reglas que edifican unas garantías de respeto, obediencia y acatamiento de la Ley, de allí la razón de ser del establecimiento de una serie de principios como el de Supremacía de las Normas Constitucionales o Fundamentales, el de la Primacía de la Ley, de la Reserva Legal, y el denominado Principio de Paralelismo de las Formas, de lo que se deriva la existencia y tangibilidad del Principio de Legalidad, y su eventual tutela judicial efectiva ante cualquier quebrantamiento o vulneración a dicho principio, pues todos los elementos enunciados son condicionantes de la efectividad y vigencia de la Legalidad.

VI. CARACTERES QUE DEFINEN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Existen unos caracteres concurrentes que reiteradamente han sido favorables para que florezca en un sistema jurídico de cualquier Estado, la tangibilidad del Principio de Legalidad. Su significación y alcance es de la más variada índole, pero su concurrencia resulta vital e inevitable al objeto de tal demostración.

En primer lugar ese Estado debe establecer en su ordenamiento fundamental, el reconocimiento de la existencia de Derechos Públicos Subjetivos, e inclusive también de una gama de cualidades subjetivas, como son los intereses calificados, difusos e inclusive fragmentarios.

Frente a tal reconocimiento de situaciones subjetivas por el Estado, debe existir como premisa fundamental, el principio basado en que toda conducta imputable a cualquier órgano del Poder Público es susceptible de revisión y que no existe acto o conducta excluida de control, lo que se ha denominado como el principio de 'Universalidad del Control de los Actos dictados en ejercicio del Poder Público'. Como es fácil observar, hemos hecho mucho énfasis en la denominación conductas ya que a nuestra manera de ver no sólo es susceptible de control los actos positivos de los órganos públicos en el sentido de actividades realizadas, sino también las inercias, inactividades o conductas negativas o de no hacer por tales entes⁷.

Asimismo dicho Estado debe necesariamente estatuir una verdadera garantía de defensa, la cual se verificaría en un fluido acceso a una protección y goce de una real Tutela Jurisdiccional Efectiva ante cualquier quebrantamiento a tales esferas personales, atendiendo justamente a esa amplitud del elenco plurisubjetivo de actos susceptibles de ser controlados, sin importar su naturaleza o procedencia.

Ahora bien esa posibilidad de tutelarse judicialmente debe ser canalizada esencialmente a través de dos importantes competencias jurisdiccionales específicas que permitan el control de todas las conductas estatales, edificando por una parte, todo un conjunto de órganos con la singular competencia de control y respecto de la Constitucionalidad, al mismo tiempo que paralelamente exista toda una estructuración jurisdiccional con competencia específica de control sobre las conductas y actos de los órganos públicos, cuando actúen en ejercicio de una actividad sustancial y orgánicamente administrativa como sería el Contencioso Administrativo.

Por último ese ordenamiento jurídico estatal debe consagrar que el Estado sea Responsable Patrimonialmente por sus conductas y actuaciones, de manera que en caso que sea improbable resarcir o reestablecer directamente la situación jurídica infringida por el actuar

7. Al respecto ver: Carrillo Artiles, Carlos Luis, *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas Venezuela, 1999.

público, en las instancias judiciales a las cuales recurrió como afectado, ante lo cual, a dicho afectado le quedaría la opción de solicitar un equivalente o sucedáneo que condene al órgano público al pago de sumas de dinero por concepto de daños y perjuicios ocasionados por la conducta administrativa lesiva, irreparable por vía directa, la cual fue sufrida particularmente por ese exclusivo ciudadano en su esfera patrimonial.

Dicha responsabilidad patrimonial debe ser independiente de “la responsabilidad personal de las autoridades, funcionarios y sus agentes (responsabilidad directa).”⁸

VII. ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Consideramos oportuno efectuar un primer intento de construir una noción legalista del Principio de Legalidad, el cual emerge como un verdadero principio garantístico de rango constitucional que otorga seguridad y certeza jurídica, y protege la libertad de los individuos gobernados que componen una sociedad frente a la actuación de los entes públicos y gobernantes, entidades que se presentan como una variedad de entelequias o ficciones intangibles creadas por el pacto social, para acometer funciones de interés público y general, y que supone básicamente la sumisión absoluta e irrestricta de todo órgano y funcionario del Poder Público a la Ley. Esto se verifica en primer lugar, a través del respeto del mandato de competencia contenido en la Ley, la cual unge con capacidad de acción a tales entes públicos, pero que obliga al mismo tiempo, a una absoluta y plena conformidad y apego de todas sus actuaciones, normas y actos a todo un sistema de jerarquización de normas denominadas Bloque de Legalidad.

VIII. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO. EL ACTIVISMO SOCIAL

Sin embargo, frente a dicha tesis legalista y en atención a “los excesos a que condujeron el positivismo y el formalismo jurídico, pagados a un alto precio con el segundo conflicto bélico mundial, determinan -de forma paralela a la progresiva penetración y consolidación de la idea del activismo social del Estado- la recuperación del plano sustantivo o material en el concepto del Estado de Derecho.

Éste no significaría ya tan sólo garantía de principios y reglas formales de producción, vigencia y aplicación del ordenamiento jurídico, sino también y sobre todo salvaguardia y realización de determinados bienes y valores históricos y reales”.⁹

Bajo esta óptica se afirma que existiría una insuficiencia en la visión puramente formalista del Estado de Derecho de la tesis legalista, ya que según su criterio, sería necesario la existencia e inclusión de una variedad de garantías y situaciones, que permitan efectivamente el reconocimientos de una serie de derechos públicos subjetivos para que se verifique la tangibilidad de un Estado de Derecho. Entre estos elementos estaría la necesidad de una Constitución “aprobada por el pueblo, democracia política, gobernantes electos, separación de poderes y garantía de los derechos humanos frente al legislador y, más aún hasta frente al constituyente, que no puede atender contra los derechos naturales ‘inherentes a la persona humana’.”¹⁰ A la luz de esta posición, se negaría el carácter de Estado de Derecho a “las

8. Moles Caubet, Antonio, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público UCV, Universidad Central de Venezuela, Caracas Venezuela, 1974, pág. 8.

9. Parejo Alfonso, Luciano; A. Jiménez Blanco y L. Ortega Álvarez, *Manual de Derecho Administrativo Volumen I*, Editorial Ariel, 5ta Edición, Madrid España, 1998, pág. 60.

10. Ramón Real, Alberto, “Principio de legalidad y validez del acto administrativo en el estado de derecho”, en el Curso Internacional de *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá Colombia, 27 de julio de 1978, pág. 46.

tiranías de partido único que constituyen su más radical negación, como el nazismo, el fascismo y el comunismo soviético y similares, que a veces pretendieron ser Estado de Derecho o poseer la llamada 'legalidad socialista', que no pasa de ser una disciplina impuesta por el partido a funcionarios y súbditos, pero no limita a los gobernantes ni confiere verdaderos derechos subjetivos a los gobernados."¹¹

IX. LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DEL ACTIVISMO SOCIAL

En tal orden de ideas, el Principio de Legalidad, es mucho más profundo y sustancial que una noción puramente formal, que "supone la conformidad del orden jurídico, no sólo con un escalonamiento normativo formal, sino la posibilidad de su control por jueces independientes y ciertos valores sustanciales, de fondo, metajurídicos, sin cuyo respeto integral no existe Estado de Derecho en el sentido auténtico de la expresión. *Si a pretexto de la soberanía, o de la usurpación, mejor dicho, de la soberanía nacional, por supuestos constituyentes originarios, autocalificados como revolucionarios, se instituyesen normas supremas tiránicas, no cabría calificar como un Estado de Derecho al que se instituyese o desarrollase sobre tales bases.*"¹²

Es justamente inserto en esta visión donde se circunscribe la formulación de nuestra Constitución recientemente dimanada por la Asamblea Nacional Constituyente, la cual fue sujeta a un referendo aprobatorio en fecha 15 de diciembre de 1999, publicada en fecha 30 de diciembre de 1999 en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 36.860, y republicada en fecha 24 de marzo de 2000 en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.453 Extraordinario, al aducir expresamente que Venezuela es un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, por lo que pareciera anteponerse el carácter social al cual se da preeminencia antes del elemento jurídico formal.

Sin hacer juicio de valor sobre dicha enunciación constitucional, queremos puntualizar que lo más significativo de los ordenamientos jurídicos que propugnan la consolidación del activismo social, es específicamente que "la Ley deja de ser simplemente la expresión de la "razón colectiva", de la "justicia definida por la voluntad soberana", para pasar a ser sobre todo el producto de la voluntad parlamentaria mayoritaria en el contexto del pluralismo político y, por tanto, manifestación de un compromiso político en el seno del orden constitucional dado".

Ahora bien, es importante resaltar que nuestra redacción fundamental se conforma con la simple afirmación que nuestro país se eleva como un Estado Social de Justicia y de Derecho, sin precisar o establecer con claridad su contenido teórico, ya que la Exposición de Motivos sobrevenidamente publicada sólo aduce que:

"Se define la organización jurídico política que adopta la Nación venezolana como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. De acuerdo con esto, el Estado propugna el bienestar de los venezolanos, creando condiciones necesarias para su desarrollo social y espiritual, y procurando la igualdad de oportunidades para que todos los venezolanos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad.

Los principios de la solidaridad social y del bien común conducen al establecimiento de ese Estado social, sometido al imperio de la Constitución y de la ley, convirtiéndolo, entonces, en un Estado de Derecho. Estado social de Derecho que se nutre de la voluntad de los ciudadanos, expresada libremente por los medios de participación política y social para con-

11. Ramón Real, Alberto, *Ob. cit.*, pág. 47.

12. Ramón Real, Alberto, *Ob. cit.*, pág. 47.

formar el Estado democrático. Estado Social y democrático de Derecho comprometido con el progreso de integral que los venezolanos aspiran, con el desarrollo humano que permita una calidad de vida digna, aspectos que configuran el concepto de Estado de Justicia.”¹³

La paternidad de la propuesta de inserción de esa noción de Estado democrático y social de derecho y de justicia, en la Constitución de 1999 se la arroga el Dr. Allan Brewer-Carías, al plantear que fue su aporte al Debate Constituyente en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, al discutir sobre los principios fundamentales de la República, a través de una comunicación dirigida al presidente y demás miembros de la Comisión Constitucional, en la sesión del 29 de septiembre de 1999, en la cual se efectuaban unas observaciones a la redacción original propuesta, que textualmente refería a que, “la República de Venezuela es un Estado de justicia y social de Derecho”.

Se pretendía con ello que la norma identificará “los valores superiores del ordenamiento jurídico y los fines esenciales del Estado, de manera que orienten todo el articulado de la Constitución y se eviten repeticiones en otras normas”¹⁴.

Dicha expresión Estado Social de Derecho, “si bien es una incorporación novedosa en el sistema venezolano, no lo es sin embargo en el constitucionalismo contemporáneo, por cuanto ya aparece en la Constitución de la República Federal Alemana de 1949, en la Constitución de la República Española de 1978 y en la Constitución Política de Colombia de 1991.

El Estado Social de Derecho ha sido designado también como “Welfare State” Estado de Bienestar o Estado Social Demócrata, para describir un Estado interesado en el bienestar y opuesto, a todas las formas autoritarias.”¹⁵

X. ANTECEDENTES Y DEVENIR CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN VENEZUELA

El antecedente más remoto de la preceptuación venezolana del Principio de Legalidad descansa en nuestra Constitución de 1811, la cual aún cuando no erigía un precepto específico que elevase al rango fundamental dicho Principio, si contenía diversos artículos que indicaban la sujeción de los diversos órganos del Poder Público en su acción a la orden constitucional.

Una excelente evidencia es el contenido de su “Preliminar” especie de Preámbulo el cual establece que: “El ejercicio (sic) de esta autoridad confiada a la Confederación no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones. El poder supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo (sic), y Judicial, y confiado a distintos Cuerpos independientes entre sí, en sus respectivas facultades. Los individuos que fueren nombrados para ejercerlas (sic) se sujetarán (sic) inviolablemente al modo, y reglas que en esta constitución se les prescriben para el cumplimiento, y desempeño de sus destinos.”¹⁶

No obstante, en nuestro devenir constitucional, es en el artículo 8 de la Constitución del Estado de Venezuela del 24 de septiembre de 1830, cuando por primera vez, se preceptúa en concreto un verdadero antecedente normativo de ese Principio, al patentizarse que:

-
13. “Exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 24 de marzo de 2000, N° 5.453 Extraordinario.
 14. Brewer-Carías, Allan R, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)* Tomo II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas Venezuela, 1999.
 15. Rondón de Sansó, Hildegard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*, Editorial Ex Libris, Caracas Venezuela, 2000, pág. 45.
 16. Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811.

“El Poder Supremo se dividirá para su administración en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Cada poder ejercerá las atribuciones que le señala esta Constitución, sin excederse de sus límites respectivos.”¹⁷

Luego es en la sucesiva Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 18 de abril de 1857, específicamente en su artículo 6, donde se construye una redacción mucho más adecuada y cercana a la actual, al sustituirse la expresión Poder Supremo por “Poder Público” e incorporarse la obligación del ejercicio de las atribuciones no sólo a lo ordenado por la Constitución sino extendiéndose también a las “Leyes”, al edificarse la siguiente redacción:

“El Poder Público se divide para su administración, en Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Municipal. Cada uno de estos poderes ejercerá las atribuciones que le señalan la Constitución y las Leyes sin excederse de sus límites.”¹⁸

Posteriormente el artículo 84 de la Constitución Nacional de 1947, efectúa un acercamiento a la actual redacción al prever que: “El Poder Público se ejercerá conforme a esta Constitución y a las Leyes que definen sus atribuciones y facultades. Todo acto que extralimite a dicha definición constituye una usurpación de atribuciones.”

Todo esa formulación aterriza finalmente en la consagración constitucional del artículo 117 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, que en una redacción similar a la prevista actualmente por la Constitución de 1999, contenía la siguiente enunciación: “La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio”.

XI. EL ESTABLECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, invoca en su artículo 137 al denominado Principio de Legalidad Genérico que abarca todo el espectro de novedad pentaorgánica que componen al Poder Público, al afirmar que:

“Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a los cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”

Quizás uno de los aspectos favorables de la Constitución Venezolana de 1999 en relación a la Constitución de 1961, consisten una ampliación significativa en el número de los artículos que refuerzan al Principio de Legalidad, de manera que cuantitativamente es absolutamente comprobable dicha mejoría numérica en el texto fundamental, aún cuando en la realidad práctica se han generado ciertas distensiones a dicho principio, como ya hemos expresado en diversos trabajos precedentes.¹⁹

Usualmente tenemos la errada creencia que el Principio de Legalidad Constitucional Venezolano, se reduce a la enunciación del precitado artículo 137 de la actual Constitución, lo cual sucedía exactamente igual con el artículo 117 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, pero la realidad es que el Principio de Legalidad es mucho más extenso y no se trata de un único imperativo insulado en el orden constitucional, por el contrario si fuere así, por sí solo sería insuficiente e ineficaz, ya que para detentar pleno cumplimiento y

17. Constitución del Estado de Venezuela del 24 de septiembre de 1830.

18. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 18 de abril de 1857.

19. Al respecto ver nuestra opinión en el artículo denominado “El Desplazamiento del Principio de Supremacía Constitucional por el régimen de los Interregnos Temporales” en la *Revista de Derecho Constitucional* N° 3, Editorial Sherwood, Caracas, 2001.

vigencia se impone el establecimiento de todo un orden normativo mediante la confección de una compleja red o entramado de preceptos constitucionales que garanticen la vigencia y protección de tan cardinal Principio.

Parafraseando al maestro Moles Caubet que argumentaba que: “el principio de legalidad no puede quedar plenamente expresado en una única norma constitucional (*sic*) por cuanto domina todo el ordenamiento jurídico de cuya coherencia interna es factor decisivo.

Así el principio de legalidad adquiere a rango constitucional cuando la Constitución dispone de una retícula normativa, valga la imagen; es decir, de un entrelazamiento de normas, hecho posible para que el principio tenga una completa y efectiva realización. Puesto que, siendo el principio de legalidad auténtico principio condicionante, no se encuentra, tanto en un solo texto de la Constitución como en todo su contexto.”²⁰

Al efecto de patentizar cual ha sido el incremento cuantitativo de disposiciones de rango fundamental en nuestra novedosa Constitución, dirigidas a reforzar la consagración del Principio de Legalidad en Venezuela, resulta imperativo visualizar una especie de comparación de dicha red o entramado constitucional con la edificada en el precedente reciente texto fundamental de 1961.

XII. EL ENTRAMADO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

De una acuciosa revisión al novel ordenamiento constitucional emergen de acuerdo a nuestro juicio, 21 artículos que vendrían a reforzar al aludido artículo 137.

Afloran así en orden numérico, en primer lugar, el artículo 3 que consagra los fines esenciales Estado Venezolano, entre los cuales esta específicamente el de garantizar el cumplimiento de dicha Constitución.

El artículo 7 que erige específicamente el Principio de Supremacía Constitucional y la sujeción irrestricta funcionarios y órganos Poder Público a dicha Constitución. Consideramos importante resaltar que aún cuando dicho precepto como unidad es novedoso en el régimen constitucional, ya la Constitución de 1961 en su contexto garantizaba dicho principio formalmente.

El artículo 20 como una han redacción idéntica al artículo 43 de la Constitución de 1961, que consagra la garantía de la Libertad de desenvolvimiento Persona Humana, al afirmar que: “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.” Según nuestra modesta opinión hubiese sido más afortunada dicha redacción constitucional si hubiese incluido que esa libertad de conducta de los particulares, sólo estuviese liderada por “las limitaciones que se deriven de esta Constitución y de las Leyes y del derecho de las demás y del orden público y social”, remarcando en consecuencia, que la esfera de libertad individual sólo puede ser comprimida por el orden fundamental o de rango específicamente legal. Por fortuna existe en el mismo orden constitucional, una expresa reserva legal prevista en su artículo 156, a la cual haremos mención que lo sucesivo, y que garantiza dicha formulación expuesta.

El artículo 25 que establece la nulidad de los actos contrarios a la Constitución y la Ley, cuyo correlativo en la Constitución de 1961 era el precepto 46. Este artículo es de significativa importancia al efecto de ilustrar la amplitud del Principio de Legalidad consagrada en la reciente Constitución, mientras en la Constitución del año 61, se aludía a que era nulo cual-

20. Moles Caubet, Antonio, *Ob. cit.* págs. 13 y 14.

quier acto contrario específicamente la Constitución, en la del 99 se amplía dicho espectro de nulidad no sólo a la contrariedad y a la norma fundamental sino también a la contrariedad al rango legal, abarcando y robusteciéndose dicho principio.

El artículo 26 que garantiza el acceso a la justicia, con sus caracteres y expectativas de ser, gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita.

El artículo 27 cuyo correlativo de la Constitución del 61 era el artículo 49, que edifica la mal llamada Jurisdicción Constitucional, cuando en realidad lo que se esta consagrando es una verdadera y específica “competencia jurisdiccional de amparo constitucional”, paradójicamente retornando al esquema ya ha superado por vía jurisprudencial del amparo “inaudita alteram parte” o sin contradictorio, el cual había sido preceptuado en el artículo 22 la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero había sido declarado nulo por sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, al considerar que dicha posibilidad quebrantaba otro derecho también de rango fundamental como es el Derecho a la Defensa.

El artículo 49 cuyo símil era el artículo 68 en la Constitución del 61, que establece el Derecho a la Defensa y al Debido Proceso, ahora extendido no sólo a las actuaciones judiciales sino también a las de naturaleza administrativa por expresa revisión constitucional, sin embargo, ya dicho reconocimiento aun cuando no de manera expresa, eran deducible e implementado en base a la Constitución del 61.

El artículo 51 y su correlativo 67 en la Constitución de 1961, que erige el Derecho de Petición y Debida Respuesta, ahora introduciéndose el calificativo de oportuna y adecuada respuesta como garantía a la decisión el derecho de petición, abriéndose el ámbito de control más allá de la simple oportunidad de respuesta en el sentido de cronología. También es importante resaltar que dicho artículo extravierte como novedad, la inclusión de una sanción funcional a ser prevista en el régimen legal estatutario inclusive con la destitución del respectivo cargo.

El artículo 131 que impone el deber irrestricto de todo persona de acatarla y hacer cumplir la Constitución y las Leyes, por ciudadanos nacionales o no nacionales, habitantes, transeúntes.

El artículo 138 que tiene una redacción indica al artículo 119 de la Constitución de 1961, el cual establece la ineficacia y nulidad de toda autoridad usurpada, como un vicio de elemento competencia.

El artículo 139 que explana y amplía la responsabilidad individual por el ejercicio del Poder Público, no sólo por abuso de poder o por violación de la ley, como establecía el artículo 121 de la constitución de 1961, sino que también por el vicio de desviación de poder, que ataca al elemento finalidad del acto, y por la violación de la Constitución.

El artículo 140 que establece la Responsabilidad Patrimonial del Estado Venezolano, por los daños sufridos por los particulares en su esfera subjetiva de bienes y de derechos, siempre que tal lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública. Dicha novedosa construcción aun cuando no tiene un correlativo en la Constitución de 1961, era perfectamente viable de su contexto y de la previsión de las potestades que detentaba el juez con competencia en lo contencioso administrativo, en virtud del artículo 206 de aquella Constitución.

Los artículos 156, 164 y 178 que establece las competencias del poder público a nivel nacional, estatal y municipal.

El artículo 236 y su correlativo 190 en la Constitución del 61, que ordena dentro de las atribuciones del Presidente de la República, específicamente en su ordinal primero, el “hacer cumplir la constitución y las leyes”, y en su ordinal el décimo, lo faculta para ejercer una potestad reglamentaria genérica, en ejecución de ley con la limitación de no alterar su propósito espíritu y razón.

El artículo 259 y su fundamento en el artículo 206 de la Constitución del año 61, que instituye a la mal llamada a Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual en el fondo no es más que una verdadera competencia jurisdiccional específica en materia de justicia y control contencioso administrativa, que trae como novedad algo que ya había sido ampliamente reconocido por vía jurisprudencial a la luz de la Constitución de 1961, como es “conocer sobre los reclamos de prestación de servicios públicos”.

El artículo 266 y su par en la Constitución del 61 como sería el artículo 215 que establece las competencias del Tribunal Supremo de Justicia, el cual suplantó a la antigua Corte Suprema de Justicia. Con la especificidad en el artículo 335 que dicho Tribunal Supremo es el protector de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales. Y la exaltación en su artículo 336 de unas variadas competencias a una novedosa Sala Constitucional, encargada de la protección del texto fundamental.

Por último se repite con idéntica redacción en el artículo 333 el denominado un blindaje constitucional previsto en el antiguo artículo 250 la Constitución de la República de Venezuela de 1961, que cimienta le garantía de protección de la Constitución, al aseverar que:

“Esta Constitución no perderá su vigencia si dejaré de observarse por acto de fuerza o porque fue derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de Autoridad, tendrá él deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia”.

XIII. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA NOVÍSIMA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La novedosa Ley Orgánica de Administración Pública, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305, de fecha 17 de octubre de 2001, la cual viene a complementar el cuadro de instrumentos normativos que regirán las relaciones procedimentales de índole administrativa conjuntamente con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, erige en su artículo 4 el denominado principio de legalidad administrativa, el cual aduce que “La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a los particulares.”

A la luz de dicha redacción legal es indudable que en Venezuela, la extensión del Principio de Legalidad como principio de imperativo de actuación que rige tanto a los entes de naturaleza orgánica administrativa así como a los otros entes de naturaleza no administrativa que pertenezcan al plurisubjetivo elenco del Poder Público pero que ejerzan funciones sustancial o materialmente administrativas, implica el apego irrestricto no sólo a la norma atributiva de competencia de rango legal sino también a lo que Hauriou denominó el “Bloque de Legalidad” entendido como todo el espectro normativo de toda la extensión del ordenamiento jurídico vigente.

XIV. A MANERA DE EPÍLOGO

Como hemos explanado a través de todo el desarrollo de este trabajo, el Principio de Legalidad es un principio garantístico y fundamental en las sociedades modernas, y en el caso de nuestro ordenamiento constitucional tiene una data histórica desde que tenemos identidad nacional.

En la reciente constitución del año 1999, se extravierte una amplitud en términos cuantitativos de una mayor enunciación de normas dirigidas fortalecer en teoría el Principio de Legalidad, tan vulnerado y conculcado por reiteradas conductas lesivas de los órganos del Poder Público, inclusive por órganos creados por esa misma norma fundamental.

Constituye una profunda preocupación en quien redacta que dicho principio medular sea realmente respetado y vivificado en lo sucesivo, por los órganos del Poder Público encargados de su vigilia y protección, ya que de otra manera sólo se generaría una situación de anarquía y anomia, la cual puede irremisiblemente conducir a la inexistencia del tan aludido y amenazado Estado de Derecho.

XV. BIBLIOGRAFÍA

BREWER CARÍAS, Allan R., *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas Venezuela, 1999.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid de España, 1990.

CARRILLO ARTILES, Carlos Luis, *El Recurso Jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los funcionarios públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas Venezuela, 1999.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid España, 1977.

DIETRICH, Jesh, “Ley y Administración”, *Estudio y evolución del principio de legalidad*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid España.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Editorial Nacional, México DF, 1979.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona España, 1965.

MOLES CAUBET, Antonio, *El Principio de Legalidad y sus Implicaciones*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público UCV, Universidad Central de Venezuela, Caracas Venezuela, 1974.

PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen I, 5ta Edición, Editorial Ariel, Madrid España, 1998

PEÑA SOLÍS, José, *El Principio de Legalidad y la Discrecionalidad Administrativa en Venezuela*, Fondo Editorial 60 años de la Contraloría General de la República, Caracas Venezuela, 1998.

RAMÓN REAL, Alberto, “Principio de Legalidad y Validez del Acto Administrativo en el Estado de Derecho”, en el Curso Internacional de *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá Colombia, 27 de julio de 1978.

RONDÓN DE SANZO, Hildegard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*, Editorial ExLibris, Caracas Venezuela, 2000.

RUAN SANTOS, Gabriel, *El Principio de Legalidad, la Discrecionalidad y las Medidas Administrativas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Editorial Torino, Caracas Venezuela, 1998.

VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Editorial Aguilar.

“Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 24 de marzo de 2000, N° 5.453 Extraordinario.

Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811.

Constitución del Estado de Venezuela del 24 de Septiembre de 1830.

Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 18 de Abril de 1857.

Un ensayo sobre el concepto de servicio público en el Derecho Venezolano

José Ignacio Hernández G.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. SIGNIFICADOS DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO.

1. *Breve excursus sobre el servicio público y su ubicación dentro del Derecho Administrativo Venezolano.* 2. *El servicio público: una institución de contornos difusos.*

II. PROPUESTA DE REDEFINICIÓN. SERVICIO PÚBLICO Y LA ESCALA DE PUBLICATIO. HACIA LA CONFIGURACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES.

1. *El servicio público como técnica de intervención. El abandono de la llamada “actividad administrativa de servicio público”.* 2. *Servicio público y actividades de interés general. Necesaria matización de esta equivalencia. Algunos comentarios al servicio universal como institución tributaria del servicio público.* 3. *Servicio público y publicatio. La gradación de la intervención pública.* 4. *A favor del abandono del servicio público como categoría jurídica y la recepción de la noción de servicios esenciales, especialmente, en el ámbito económico.*

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

El servicio público ha estado presente siempre en el contenido nuclear del Derecho Administrativo, disciplina jurídica cuyas bases suelen girar en torno a tal figura. El caso de Venezuela no es, ciertamente, la excepción. Esto permite comprender, en una primera impresión, las dificultades tradicionalmente asociadas a la aprehensión del servicio público: el concepto del Derecho Administrativo -enseña Allan R. Brewer-Carías- no es unívoco, como tampoco lo es el concepto de servicio público¹.

Ciertamente, el servicio público es una institución difusa y equívoca. Puede así afirmarse que jamás ha existido una noción clara de este concepto, a tal punto que se ha señalado -con acierto- que cada autor enuncia su propia definición de servicio público. Por ello, hablar de la “crisis del servicio público” es un tópico que exige necesarias precisiones: el servicio público ha estado siempre en crisis (J. Chevallier)². Indeterminación del concepto de servicio

* Abogado Summa Cum Laude, Universidad Católica Andrés Bello, 1997. Diploma de Estudios Avanzados (DEA), Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid, 2001. El presente trabajo se inserta dentro de la investigación que el autor realiza a los fines de la obtención del Título de Doctor en la Universidad Complutense de Madrid, en el marco del Programa “Problemas actuales del Derecho Administrativo”.

1 *Cfr.* “El concepto de Derecho Administrativo en Venezuela”, en *Revista de Administración Pública*, número 100-102, Volumen 1, Madrid, 1983, pp. 685 y ss.

2 *Cfr.* “Regards sur une évolution”, en *AJDA*, 20 juin 1997, Paris, pp. 8 y ss. Véase también de este autor el estudio “La place du service public dans l’univers juridique contemporain”, en la obra colectiva *Le service public en devenir*, L’Harmattan, Paris, 1999, pp. 21 y ss. Advierte Chevallier que la idea de la crisis del servicio público debe plantearse con gran moderación pues tal figura -suele argumentarse- se ha encontrado en un estado de crisis permanente (p. 27).

público. No hay, no ha habido nunca definición precisa de este concepto. Y si la indeterminación de éste no fuera poca, la doctrina se ha empeñado en agregar calificativos tan variados e imprecisos que incrementan aún más la confusión: encontramos, así, el servicio público “tradicional”; “propio”; “impropio”; “virtual”; “industrial y comercial”; “económico”; “social”.... La crisis -material- del Estado social (otro tópico del Derecho Administrativo) ha contribuido aún más a esta imprecisión terminológica, pues ahora cabe distinguir otros calificativos no menos ambiguos: el “nuevo servicio público” o el “servicio público concurrencial”.

Nuestra intención no es, ni con mucho, pretender elaborar un nuevo concepto de servicio público ni analizar todas las posturas adoptadas por la doctrina. Nuestro objetivo con el presente ensayo es otro, muy concreto: revisar cuáles han sido los distintos significados del servicio público en el ordenamiento jurídico venezolano para luego elaborar nuestra propuesta de redefinición de esta figura. Será éste el orden que informará a las dos partes en las que quedará dividido el presente ensayo.

I. SIGNIFICADOS DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

El método empleado en esta primera parte es el siguiente: analizados los significados del servicio público en el ordenamiento jurídico venezolano, hemos formulado diez categorías distintas que describiremos a continuación. Sin embargo, antes de su estudio efectuaremos una breve aproximación sobre la posición del servicio público en el Derecho Administrativo venezolano.

1. *Breve excursio sobre el servicio público y su ubicación dentro del derecho administrativo venezolano*

Una de las características que acompaña al Derecho Administrativo -y que incluso, lo caracteriza sobre las otras disciplinas jurídicas- son las distintas y a veces contrarias posiciones mantenidas por la doctrina sobre sus principios e instituciones, muchas de las cuales se definen sobre ponderaciones subjetivas y personales. Alejandro Nieto se ha referido recientemente a esta peculiaridad, resaltando, dentro de las limitaciones epistemológicas del conocimiento jurídico, la existencia de posiciones subjetivas que “contaminan” la formulación dogmática de determinada institución, como es el caso, precisamente, del servicio público³.

Ahora bien, antes de esbozar en sus aspectos centrales las principales opiniones de la jurisprudencia y doctrina sobre el tema, convendría distinguir, de un lado, el concepto de servicio público y, por el otro, la idea del servicio público.

Al margen de los distintos conceptos que este término puede cubrir, lo cierto es que, en todos los casos, la idea del servicio público se refiere a la existencia de necesidades colectivas de relevante interés general cuya satisfacción, de una u otra manera, impone la actuación de la Administración, mediante cauces y a través de procedimientos muy distintos. Adelantamos, por tanto, que nuestra posición parte de la crítica general al concepto de servicio público, muy especialmente como cláusula de apoderamiento general de la Administración para

Con todo, es conveniente distinguir, por un lado, la crisis conceptual, que atañe a la imprecisión terminológica que informa al servicio público como concepto jurídico, de su crisis material, que se inserta en el fenómeno -de mayor densidad- de “crisis” del Estado social. En este ensayo trataremos, únicamente, la crisis conceptual de este complejo término.

3 Para Nieto el “...conocimiento jurídico está limitado por el sesgo distorcionador que introduce la persona del jurista...”. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, pp. 37-40.

afectar la esfera de libertades del ciudadano. Por el contrario, nada objetamos a la idea del servicio público: en ella reside la esencia del Estado social, en los términos en que éste aparece recogido en el artículo 2 de la Constitución de 1999⁴.

La jurisprudencia ha mantenido, básicamente, dos interpretaciones en torno al servicio público. Un primer criterio hace énfasis en el aspecto material, para definir a éste –con claras referencias a la doctrina de DUGUIT– como “la actividad administrativa destinada a dar satisfacción de las necesidades de interés general, dentro de un régimen especial que atañe en forma propia al Derecho Público” (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 30 de julio de 1963). Criterio reiterado posteriormente en fallo de 19 de agosto de 1993 (caso Cámara Venezolana de Educación Privada y, ya recientemente, en sentencias de 19 de mayo de 2000, caso Instituto Educativo Henry Clay y de 3 de octubre de 2001, caso Unidad Educativa Minerva), al señalarse que en la concepción material del servicio público priva “... el significado de una actividad de interés general, bajo el control de una autoridad administrativa por cuanto el servicio público satisface necesidades públicas...”. Junto a este concepto hay otro, cuya nota definitoria reside en la técnica empleada por el Estado para asegurar la satisfacción de estas necesidades. Así, el servicio público se caracteriza por su expresa reserva al Estado y por la asunción de obligaciones prestacionales de relevante interés, lo que permitiría distinguir este concepto de otro afín, a saber, los servicios de utilidad pública (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 5 de octubre de 1970, caso CANTV). Se iniciaría así la consolidación de esta doctrina de la jurisdicción contencioso-administrativa, que vendrá a establecer como notas distintivas del servicio público su reserva al Estado y, por tanto, la exclusión de la libertad económica de las actividades declaradas como tales⁵. Una tendencia que se mantendría, acotamos, hasta 1998.

El estudio del servicio público dentro de la doctrina venezolana, y la posición que esta figura ha ocupado en el Derecho Administración, puede iniciarse con la posición mantenida por Allan R. Brewer-Carías⁶, quien parte de la siguiente premisa: el servicio público se refiere, siempre, a la actividad prestacional que la Administración debe desarrollar por así disponerlo la Constitución o la Ley. Supone además restricciones -mayores o menores- a la libertad económica, distinguiéndose tres niveles. El primero, en el cual la actividad prestacional se desarrolla de manera exclusiva por la Administración, relegando a la iniciativa privada: se compadece con los supuestos en los cuales la Constitución (artículo 302) admite la reserva sobre determinadas actividades. En segundo término, hay servicios que, si bien suponen la exclusión de la libertad económica -a través de la reserva- pueden ser atendidos por los particulares a través de la concesión. Finalmente, hay servicios públicos concurrentes que, aún

4 En el prólogo de una obra difundida recientemente –y con notable intensidad– en Venezuela, José Luis Villar Palasí señalaba, sobre la idea del servicio público, lo siguiente: “...el servicio público, como todas las categorías del Derecho administrativo –y quizás de todo el ordenamiento jurídico– es el fruto de un juego de tensiones contradictorias: la necesidad de que ciertas prestaciones lleguen a todo el mundo de modo satisfactorio y al mínimo coste social, pero, al mismo tiempo, de que tal cosa suceda con total respeto a lo que se puede hacerse desde la sociedad...” (Ariño Ortiz, Gaspar, et al, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 11).

5 Entre muchas otras, y dentro de esta línea jurisprudencial, pueden citarse las sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 24 de mayo de 1995, caso TEMACA y de la Sala Político-Administrativa de 4 de mayo de 1995, caso CONAEROSULIA. El criterio, resumido en este último fallo, era el siguiente: “... en casos similares al presente, esta Sala ha concluido en que la denuncia de violación del indicado derecho (a la libertad económica) consagrado en el artículo 96 de la Constitución, resulta infundada cuando la actividad comercial que pretenda desarrollar el particular sea un servicio público que, como tal, está reservado en principio a los órganos estatales y que, en consecuencia, ha sido abstraída de la actuación comercial de los particulares...”.

6 *Cfr.*: Brewer-Carías, Allan, “Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias”, en *Revista de Derecho Público* número 6, Caracas, 1981, pp. 65-71.

reconociendo la libre iniciativa privada para su prestación, exigen el otorgamiento de la correspondiente autorización⁷. La posición de Brewer-Carías sería acogida por Linares Benzo, enfatizando así su faceta prestacional -imputable siempre a la Administración- y su efecto restrictivo sobre la libertad económica⁸. Con posterioridad, Araujo Juárez se inclinó también por la posición defendida por Brewer-Carías, asumiendo así la faceta prestacional de esta figura. Se insiste, también, en que la declaración de una actividad como servicio público apareja siempre la restricción de la libertad económica⁹.

Junto a esta posición, Eloy Lares Martínez, si bien centra su atención en la faceta prestacional del servicio público, no establece como característica esencial de esta figura la existencia de una obligación prestacional a cargo de la Administración. De esta forma, para Lares Martínez el servicio público es "...toda actividad que en virtud del ordenamiento jurídico deba ser asumida o asegurada por una persona pública territorial con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general...". Frente al servicio público debe el Estado prestar determinadas actividades o limitarse a supervisar su prestación -se entiende- por la iniciativa privada. Lo relevante, para este autor, es la satisfacción directa de necesidades del público¹⁰.

Ahora bien, en Venezuela, y a partir de 1999, determinadas actividades económicas - llamadas a satisfacer necesidades colectivas de interés público- fueron liberalizadas. Nos referimos en concreto a la reestructuración de la electricidad, los hidrocarburos gaseosos y las telecomunicaciones, actividades consideradas usualmente servicios públicos. Sin detenernos, en este momento, sobre el alcance de esta calificación, lo cierto es que, bajo el nuevo régimen adoptado, estos servicios se desarrollan por la libre iniciativa privada en régimen de libre competencia, sin menoscabar en ningún caso la Administración, la atención del interés general presente en estos mercados¹¹. A partir de esta importante reestructuración, la doctrina

-
- 7 Vid. "Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias", *cit.*, pp. 68-71.
- 8 Cfr.: "Los servicios públicos como limitación a la libertad privada y prestación no constitucionalmente garantizada", en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 914-920. Gustavo Linares Benzo, además, efectúa un exhaustivo -y novedoso- estudio sobre el contenido esencial de la libertad económica, partiendo siempre de la consideración del servicio público como limitación a esa libertad (pp. 902-912). Asimismo, se pronuncia sobre un tema de gran importancia, que sin embargo queda al margen de este ensayo: la exigibilidad judicial de las prestaciones que la Constitución confía a la Administración (pp. 914-919). Un tema, por cierto, sobre el que Linares Benzo ha vuelto recientemente ("Derechos prestacionales y separación de poderes" en *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, pp. 411-428).
- 9 Cfr.: *Derecho de las Telecomunicaciones*, FUNEDA-Universidad Católica del Táchira, Caracas, 1997, pp. 67-68 y 77. Araujo Juárez, ahondando aún más en el concepto de servicio público, identifica tres elementos inherentes a éste: uno orgánico, referible a la titularidad pública sobre la actividad considerada servicio público; uno material, referible al interés general subyacente tras esta figura y un elemento formal, representado por el régimen jurídico exorbitante del servicio público (pp. 68-76). Con posterioridad, Araujo Juárez ha vuelto sobre el concepto de servicio público en atención su impacto sobre las libertades económicas. Más adelante comentaremos esta posición. *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, décima edición, Caracas, 1996, pp. 226-229.
- 10 Nos remitimos a las consideraciones generales que, en atención a la ordenación de estos tres sectores, hemos efectuado en "Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela", *Revista de Derecho Administrativo* número 10, Caracas, 2000, pp. 61 y ss.
- 11 Cfr.: Díaz Colina, Mary Elba, "El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones", en *Revista de Derecho Administrativo* número 8, Caracas, 2000, p. 232 y Favrin Rodríguez, Odette, "El servicio universal en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones", en *Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Andersen Legal, Caracas, 2000, p. 140. Véase también, en esta obra colectiva, el estudio de Díaz Colina, Mary Elba, *Telecomunicaciones y libre competencia*, pp. 167 y ss.

venezolana ha defendido la existencia de un “nuevo” modelo de servicio público. Una de las novedades más importantes de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones -escribe Díaz Colina- es “...la entrada del servicio de telecomunicaciones al mundo del ‘nuevo servicio público’ o servicio de interés general, caracterizado por la participación de los particulares en la prestación u operación del servicio, con las limitaciones legalmente establecidas, pero en condiciones de libre competencia...”. Se supone, con esta posición, que el “viejo” servicio público se desarrollaba bajo un régimen cuyas notas más importantes eran (i) la reserva de la actividad al Estado y, por tanto, la exclusión de la libertad económica y (ii) la exclusión de la libre competencia. Por el contrario, y en su “nueva” dimensión, el servicio público sería atendido en un régimen informado por la libre competencia. Sería, así, un servicio público competitivo (Favrin Rodríguez)¹².

Son estas, en sus rasgos más esenciales, las principales posiciones de la doctrina venezolana en torno al servicio público. Resumiendo, podemos afirmar que existen tres tendencias. La primera, según la cual el servicio público “tradicional” se refiere a actividades prestacionales reservadas al Estado y en las que queda excluida la libertad económica; frente a este modelo, surgiría uno “nuevo”, caracterizado por la vigencia de la libertad económica y libre competencia. La segunda, conforme a la cual el servicio público alude a obligaciones prestacionales a cargo de la Administración cuya realización exige siempre la restricción -en distinta medida- a la libertad económica. Finalmente, que el servicio público comprende a actividades que satisfacen con criterios de regularidad y permanencia necesidades colectivas y que, como tales, deben ser asumidas o garantizadas por el Estado. El servicio público abarca así a realidades heterogéneas cuyo único punto en común es la existencia de necesidades colectivas de relevante interés público que, de una u otra manera, requieren la presencia e intervención de la Administración. La idea del servicio público es clara; su concepto, por el contrario, es multívoco. Un análisis descriptivo más detallado corroborará esta conclusión¹³.

2. *El servicio público: una institución de contornos difusos*

Son tres los conceptos que la doctrina venezolana ha acuñado en relación con la figura del servicio público. El estudio del ordenamiento jurídico positivo nos permite concluir que hay, sin embargo, siete conceptos más que han sido empleados bajo el rótulo del servicio público. Veamos cuales son, entonces, los diez conceptos que en Venezuela ha tenido el servicio público.

12 Cfr.: Díaz Colina, Mary Elba, “El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, en *Revista de Derecho Administrativo* número 8, Caracas, 2000, p. 232 y Favrin Rodríguez, Odette, “El servicio universal en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Andersen Legal, Caracas, 2000, p. 140. Véase también, en esta obra colectiva, el estudio de Díaz Colina, Mary Elba, “Telecomunicaciones y libre competencia”, pp. 167 y ss.

13 Por tanto, no le falta razón a Lares Martínez cuando concluye que “...no ha existido nunca un concepto preciso de la expresión ‘servicio público’...” (*Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 222). Esta heterogeneidad tiene reflejo, también, en el Texto de la Constitución de 1999, en el cual el término servicio público es empleado (i) para denotar el interés general subyacente en determinadas actividades (la educación como servicio público, por ejemplo, en el artículo 102); (ii) como actuación prestacional que debe desarrollar la Administración (la seguridad social, en el artículo 86); (iii) como competencia compartida entre el Poder Nacional y Municipal (artículos 156.29 y 178, en relación con los servicios públicos domiciliarios) o (iv) como sinónimo de organismos administrativos (artículo 196). A lo largo de este ensayo nos referiremos a estos -y otros- conceptos del servicio público desde la Constitución de 1999.

A. *Servicio público y actividades económicas reservadas al Estado. El abandono de esta posición en la jurisprudencia*

Es ésta, sin duda, la noción de más proyección entre nosotros: son servicios públicos las actividades que, al satisfacer necesidades de interés general, se encuentran reservadas al Estado y, por tanto, suponen siempre la exclusión de la libertad económica y la libre competencia. Conviene sin embargo aclarar tres aspectos: primero, que la exclusión de la libertad económica trae su causa en la reserva al Estado, inherente siempre a este concepto de servicio público según el criterio que se comenta. Segundo, que la exclusión de la libertad económica supone también la exclusión de la libre competencia. Y por último, siguiendo la distinción de Brewer-Carías, los servicios públicos, así definidos, pueden ser prestados por los particulares únicamente mediante concesión¹⁴. Reserva al Estado y exclusión de la libertad económica como las notas que definen al servicio público.

La principal crítica que a esta posición debemos formular -y dejando a salvo las consideraciones que luego efectuaremos- es el nexo causal que se pretendió erigir entre la existencia de un servicio público y la reserva al Estado: si una actividad se considera servicio público, entonces significa que se encuentra reservada al Estado. Nexo causal que, por otro lado, no era defendido por Brewer-Carías, quien admitió también la existencia de servicios públicos concurrentes. Sin embargo, la jurisprudencia acogería expresamente la existencia de tal nexo causal, al concluir que la sola declaración de una actividad como servicio público por el Legislador supone su reserva al Estado y, por tanto, la exclusión de la libertad económica y la libre competencia (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 24 de septiembre de 1997, caso Aeropostal). Interesa resaltar que en este fallo la Corte analizó la declaratoria de servicio público que efectuaba la Ley de Aviación Civil, declaratoria que se hacía -observamos- sin que en ningún artículo de Ley se consagrara la reserva expresa al Estado de esta actividad, la cual, en consecuencia, se desarrollaba por los particulares en ejercicio del derecho fundamental a la libertad económica. No obstante, la sentencia comentada consideró que esa sola declaratoria era suficiente para considerar la existencia de un servicio público excluyente, en cual -como observó MARÍA AMPARO GRAU- se entiende "...excluida la participación de los particulares salvo que tal derecho sea conferido mediante concesión..."¹⁵.

La conclusión sentada en el fallo comentado no puede sostenerse válidamente en todos los casos, pues *no siempre que el Legislador califica a una actividad como "servicio público" reserva su titularidad al Estado*. Es decir, que "servicio público" y "reserva" no son, siempre, términos coincidentes. De esa manera observamos que las principales Leyes que en Venezuela han reservado una actividad al Estado, no parten de su calificación como servicio

14 Más recientemente Brewer-Carías ha vuelto sobre esta posición, al afirmar que el servicio público no es "... otra cosa que una actividad prestacional impuesta y reservada al Estado en forma exclusiva..." ("La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo", en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* 'Allan Randolph Brewer-Carías', Caracas, 1996, p. 54. Así también en "Reflexiones sobre la Constitución económica", *Revista de Derecho Público* número 43, Caracas, 1990, p. 15. Declarar una actividad como servicio público -escribe- "no significa otra cosa que sustraerla de las actividades que pueden realizar, libremente, los particulares").

15 En la sentencia comentada, la Corte Primera consideró que "...el transporte aéreo de pasajeros, servicio público por su naturaleza y expresamente definido por la Ley como tal, no es en nada una actividad que pueda ser ejercida libremente...", por lo cual resultan inaplicables las normas contenidas en la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia (Ley Procompetencia). Véanse los comentarios que, a este fallo, efectúan Díaz Colina, Mary Elba "El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones", *cit.*, pp. 231-232 y Grau, María Amparo, "Tendencias jurisprudenciales en materia de protección a la libre competencia", en *Revista de Derecho Internacional Económico* volumen 2, número 1, Caracas, 1997, pp. 128-129.

público¹⁶. Asimismo, es muy común -lo veremos de inmediato- que la declaración de “servicio público” efectuada por Legislador recaiga sobre actividades en las que rige, plenamente, la libertad económica y la libre competencia. De allí la inconveniencia de entender que cada vez que el Legislador califica a una actividad como servicio público estamos frente a actividades reservadas. La reserva al Estado -máxima limitación admisible a la libertad económica- debe ser, en todo caso, expresa.

La jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa vendría a corregir esta tendencia, precisamente, al interpretar la declaración de las actividades de aviación civil como servicios públicos, en la Ley de Aviación Civil de 1996. Nos referimos a la importante sentencia de 18 de junio de 1998, caso Avena, en la cual se afirmó que *esa sola declaración no suponía la reserva al Estado de las actividades de aviación civil*. Es ésta conclusión cónsona con el régimen de libertad económica del cual parte la Constitución de 1999: las restricciones a este derecho -y más aún, su exclusión mediante reserva- deben contar siempre con expresa -e inequívoca- cobertura legal¹⁷.

16 Por ejemplo, la Ley de Telecomunicaciones de 1940 reservó al Estado todo el sector de las telecomunicaciones, sin calificar a éste como servicio público. Sin embargo, la existencia de esta reserva, así como el contenido prestacional de estos servicios, permitió a la jurisprudencia considerar a las telecomunicaciones como “auténtico servicio público” (sentencia de la Sala Político-Administrativa de 5 de octubre de 1970, caso CANTV). Y al ser un servicio público reservado al Estado, quedaba excluido el derecho fundamental a la libertad económica (sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 9 de abril de 1997, caso Arnaldo González Sosa). Notar que el razonamiento de la sentencia parte de la reserva expresa existente para derivar, luego, la consideración de las telecomunicaciones como servicio público. Los inconvenientes se presentan, por tanto, cuando tal razonamiento es aplicado en sentido inverso: constatada la declaración de una actividad como servicio público, se deriva su reserva al Estado.

17 La Ley de Aviación vigente para el momento de dictarse las decisiones de la Corte Primera y de la Sala Político-Administrativa comentadas, calificaba a la aviación civil como un servicio público, sin imputar a esta declaratoria ninguna consecuencia jurídica. La Procuraduría General de la República, en el juicio dentro del cual recayó la sentencia de la Sala Político-Administrativa citada, estimó que esa sola declaratoria suponía la reserva al Estado y, por tanto, la exclusión de la libertad económica. La Sala Político-Administrativa, muy por el contrario, consideró que “...el Legislador Nacional ha desarrollado el régimen de la navegación aérea en la Ley de Aviación Civil, estableciendo el conjunto de normas que regulan dicha actividad, de donde cabe destacar que no existe una reserva al Estado de la misma, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de la Constitución, sino lo que hace la Ley de Aviación Civil (artículo 41) es calificar al transporte aéreo internacional como una actividad de ‘servicio público’, sometida a autorizaciones, permisos, concesiones y vigilancia por parte de las autoridades aeronáuticas, es decir, que se trata de una actividad que puede ser ejercida por los particulares, siempre que se cumplan con los requisitos y condiciones que se establecen al efecto. En el caso presente, emerge que, la actividad aeronáutica es un servicio público, por calificación expresa de la Ley, pero no así una actividad reservada al Estado...” (destacado nuestro). La sola declaración de una actividad económica como servicio público, por tanto, no permite derivar la reserva al Estado sobre ésta. Así lo ha entendido también la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencias de 19 de noviembre de 1998, caso Omnivisión y de 21 de diciembre de 2000, caso Montilva Pérez. En éste último fallo se insistió que la calificación de determinada actividad como servicio público “...no apareja la reserva al Estado...”. Destacar por último que la novísima Ley de Aviación Civil (*Gaceta Oficial* número 37.293 de 28 de septiembre de 2001), establece, en su artículo 9 que “la prestación del servicio de transporte aéreo de pasajeros, equipaje, carga y correo tiene el carácter de servicio público, para cuyo ejercicio se requiere la concesión correspondiente otorgada por el Instituto Nacional de Aviación Civil, en los casos y condiciones establecidos en este Decreto-Ley”. Habrá que aclarar, nuevamente, que esta declaratoria no supone la reserva al Estado sobre esta actividad, reserva que en ningún caso es efectuada por la Ley de Aviación Civil. Cabría incluso una acotación, si cabe, más elemental: tal reserva hubiese requerido de una Ley Orgánica, por exigencia del artículo 302 de la Constitución de 1999.

Precisamente, sobre la base de este nuevo criterio jurisprudencial, Araujo Juárez ha considerado que el servicio público sí es compatible con los derechos fundamentales económicos¹⁸.

B. *Servicio público y actividades privadas: ¿reservas implícitas?. Especial consideración desde la perspectiva de la libertad económica*

Podemos afirmar, sobre la base de lo expuesto anteriormente, que la declaratoria de una actividad como servicio público, por el Legislador, no siempre supone su reserva al Estado; asimismo, la reserva de actividades económicas al Estado no siempre apareja su declaración de servicio público¹⁹. Reserva y servicio público quedan así disociados. En concreto, la reserva sobre actividades económicas –en los términos permitidos por el artículo 302 constitucional– deberá ser siempre acordada expresamente, sin que ésta pueda derivarse de la sola consideración de una actividad como servicio público. La reserva de actividades, esto es, la exclusión o sustracción de la libertad económica de determinado sector, no puede ser tácita o implícita.

El segundo concepto de este confuso término, por tanto, se refiere a aquéllas actividades que, considerándose servicios públicos, no se encuentran reservadas al Estado. Son varios los ejemplos conocidos entre nosotros: la educación, por ejemplo, fue considerada por el Legislador como un “servicio público”, declaratoria confirmada ahora por el artículo 102 de la Constitución de 1999. Tal declaratoria, sin embargo, no apareja la “reserva” al Estado sobre la educación. Y no lo hace, sencillamente, pues la propia Constitución, en su artículo 106, reconoce el derecho de toda persona a fundar y mantener instituciones educativas privadas²⁰. En materia económica, y además del ejemplo mencionado de la vigente Ley de Aviación Civil, cabría citar, también, a la novísima Ley Orgánica de Hidrocarburos²¹.

En estos casos, el servicio público recae sobre actividades que pueden ser ejercidas por los particulares en virtud de un derecho propio y preexistente, por lo general de rango constitucional. En materia económica, serán desarrolladas a consecuencia del ejercicio del derecho reconocido en el artículo 112 constitucional, cuya existencia no podrá negarse ante la mera declaratoria de una actividad como servicio público. Asimismo, el desarrollo de estas actividades por parte de la iniciativa privada no podrá condicionarse a la obtención de la previa

18 Véase la tesis defendida por el autor en “Los derechos fundamentales económicos y el derecho de los servicios públicos”, en *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, Vadell Hermanos, Valencia, 1999, pp. 34-39. La posición que asume Araujo Juárez en ese estudio supone, así, que los servicios públicos serían compatibles con la libertad económica, situándose en la perspectiva de los servicios públicos concurrentes. Sobre la aplicación de la libre competencia a los “servicios públicos”, y desde la óptica del criterio jurisprudencial analizado, véase también a Ortiz Alvarez, Luis, *Anti-trust, competencia y contencioso administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 31-40.

19 Excepción notable a esta regla, en Venezuela, es la Ley de Correos (*Gaceta Oficial* número 25.841 de 18 de diciembre de 1958), cuyo artículo 1 dispuso que “...el Correo es un servicio público prestado exclusivamente por el Estado que se regirá por las disposiciones de la presente Ley y sus Reglamentos y por las Convenciones, Acuerdos y Tratados Postales ratificados por la Nación...”.

20 Sobre la educación como servicio público, *vid.* Linares Benzo, Gustavo, “Bases constitucionales de la educación”, en *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Montevila* número 2, Caracas, 2001, pp. 226-228.

21 *Gaceta Oficial* número 37.323 de 13 de noviembre de 2001. Según el artículo 60 de tal Ley, “...constituyen un servicio público las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos...” que el Ejecutivo Nacional someta a regulaciones especiales en virtud de lo dispuesto en el artículo 59. Sin embargo, la propia Ley reconoce el derecho de los particulares a explotar estas actividades de “servicio público”, exigiendo para ello la previa obtención de un permiso, auténtica autorización (*Cfr.*: artículo 61). Se trata, por tanto, de actividades que pueden ser ejercidas en virtud del derecho fundamental a la libertad económica, aún cuando se consideran servicios públicos.

concesión, ya que este título habilitante solamente tiene cabida en actividades expresamente reservadas al Estado. Lo relevante será determinar, entonces, en qué medida la declaración de estas actividades privadas como servicio público habilita a la Administración para el ejercicio de potestades administrativas ablativas.

C. Servicio público como título -incierto- de potestades administrativas

La doctrina venezolana se ha ocupado del servicio público como título de potestades administrativas. Así, N. Rodríguez Laverde concluye que es materia de reserva legal la declaratoria de una actividad como servicio público: esta declaratoria (*publicatio*) sería así la causa que legitima a la Administración para desplegar potestades administrativas en el marco de una “relación de especial sujeción”. El régimen jurídico exorbitante que informa a todo servicio público se traduciría, de esta manera, en la posibilidad de ejercer estas potestades²². La posición de esta autora, observamos, parte de la consideración según la cual el servicio público alude, siempre, a actividades prestacionales *reservadas* al Estado y atendidas -directa o indirectamente- por la Administración.

Debemos reiterar, por tanto, las objeciones antes indicadas: la declaratoria de una actividad como servicio público no puede *suponer* su reserva al Estado. De allí que esa sola calificación no debe entenderse como título jurídico habilitante para el ejercicio de potestades administrativas propias de una “relación especial de sujeción”, las cuales, según ha entendido la jurisprudencia, tienen cabida en actividades reservadas (expresamente) al Estado (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión*). Pero aún hay otro aspecto sobre el que convendría insistir: la declaratoria legal de una actividad como servicio público es insuficiente para habilitar a la Administración el ejercicio de potestades administrativas, especialmente aquéllas que restringen la esfera jurídica subjetiva de los ciudadanos en el desarrollo de derechos expresamente reconocidos por el ordenamiento jurídico. El principio de legalidad administrativa -enseñan García De Enterría y Fernández- se opone al ejercicio de potestades ablativas sobre la base de cláusulas generales de apoderamiento, como son, precisamente, las normas legales que califican a una actividad como servicio público. Estas potestades únicamente podrán ejercerse mediando cláusulas legales concretas y específicas. Así ha concluido también, en Venezuela, Linares Benzo²³.

Trasladando estas conclusiones en el ámbito económico, podemos afirmar que la norma legal que califica a determinada actividad como servicio público, sin declarar expresamente su reserva al Estado, no puede habilitar a la Administración para el ejercicio de potestades administrativas restrictivas de la libertad económica: tal derecho fundamental únicamente podrá ser limitado, tal y como impone el artículo 112 constitucional, mediante normas legales que, expresamente, contemplen tal restricción. Concluimos, entonces, que el servicio público no es título habilitante suficiente para el ejercicio de potestades administrativas²⁴.

22 Rodríguez Laverde, Ninoska, “Servicio público y potestad administrativa. Fines y medios del Derecho Administrativo”, en *Servicio Público. Balance & Perspectivas*, cit., pp. 52 y 79.

23 Vid. García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 439-442. Desde la óptica de la ordenación jurídico-pública de la educación, Linares Benzo, igualmente, niega que la declaración de la educación como servicio público pueda habilitar a la Administración para ejercer potestades de incidencia intensa sobre el derecho a la “libertad educativa”, insistiendo en la necesidad de aplicar el principio de legalidad con la exégesis restrictiva propio de éste, imperando en todo momento la regla *pro libertate* (“Bases constitucionales de la educación”, cit., pp. 233-234).

24 Debemos hacer otra observación: cuando una actividad se reserva al Estado y se declara servicio público, el título habilitante para el ejercicio de potestades administrativas no es la declaratoria de servicio público sino, propiamente, la reserva expresa de la actividad al Estado.

D. *Servicio público y la protección del consumidor y del usuario*

El ordenamiento jurídico venezolano nos aporta otro concepto de servicio público: el conjunto de actividades que, al repercutir sobre los consumidores y usuarios, deben quedar bajo el control de la Administración. Así, el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario²⁵ establece que "...las personas naturales y jurídicas que se dediquen a la comercialización de bienes y a la prestación de servicios públicos, como la banca y otros entes financieros, las empresas de seguros y reaseguros, las empresas emisoras de tarjetas de crédito, cuyas actividades están reguladas por leyes especiales, así como las empresas que presten el servicio de venta y abastecimiento de energía eléctrica, servicio telefónico, aseo urbano, servicio de agua, estaciones de servicio de gasolina y derivados de hidrocarburos y los demás servicios de interés colectivo están obligadas a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua, regular y eficiente...". El único punto de conexión de las diversas actividades que enumera la norma es su vinculación con un concreto interés público que supone la sensible afectación a los consumidores y usuarios, justificándose así la presencia e intervención de la Administración. Fuera de estos extremos, ninguna otra consecuencia puede extraerse de esta norma, la cual es insuficiente para habilitar el ejercicio de potestades administrativas ablatorias. Por supuesto, la norma tampoco permite suponer que todas las actividades ahí enumeradas, al declararse servicio público, se encuentran reservadas al Estado: tal reserva, se insiste, debe ser expresa e inequívoca. Esta ha sido la conclusión aportada por Gustavo Grau al analizar la incidencia de esta norma sobre el sector bancario venezolano. La reserva - escribe - debe "...venir formulada con una *entidad tal* que, categóricamente y sin lugar a dudas, revele que su *sentido y significado* responden a una específica intención del legislador: considerarla, a partir de este momento, como de *titularidad estatal*..."²⁶. Interesa retener, además, el siguiente dato: la declaratoria de servicio público recae sobre actividades -la intermediación financiera, por ejemplo- que se desarrollan en virtud del derecho constitucional de la libertad económica y se prestan en régimen de libre competencia. Luego habremos de volver sobre esta circunstancia.

E. *Servicio público como parte del giro o tráfico de las Administraciones Públicas y como actividad prestacional a cargo de la Administración. El servicio público "orgánico"*

El concepto de servicio público se difumina, aún más, cuando es empleado en relación con la Administración Pública atendiendo a dos nociones. Por un lado, y desde una perspectiva *material*, servicio público alude al objeto del actuar de las Administraciones Públicas: junto con el genérico concepto de "obra pública" se refiere, por tanto, a las materias de interés general sobre las que la Administración deberá desplegar sus formas de actuación. Ese era el sentido de la hoy derogada Ley Orgánica de Administración Central²⁷, cuyo artículo 2 aludía a la "prestación eficiente del servicio público para el beneficio colectivo". Servicio público, entonces, como el *giro o tráfico de las Administraciones Públicas*²⁸. Dentro de este

25 *Gaceta Oficial* número 4.898 extraordinario de 17 de mayo de 1995.

26 Véanse los comentarios que, sobre esta norma, realiza G. Grau en su *Tesis Doctoral Ordenación y Disciplina del Sector Bancario en el Derecho Público Venezolano*, Madrid, 1998, pp. 258 y ss.

27 *Gaceta Oficial* número 36.807 de 14 de octubre de 1999.

28 Sobre el giro o tráfico de la Administración, *vid.* García De Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, *cit.*, p. 54 así como a Villar Palasí, José Luis, *Derecho Administrativo. Introducción Y Teoría De Las Normas*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1968, pp. 154-154. El concepto se emplea también como sinónimo de actividad administrativa. Así, por ejemplo, cuando la doctrina se refiere a la Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de sus servicios públicos (Ortiz Alvarez, Luis, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 237). En igual sentido se pronuncia la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 9 de octubre de 2001, caso Gladys Josefina Jorge Saad.

sentido, pero con una visión más restringida, el servicio público se refiere a las actividades prestacionales que debe atender la Administración por imperativo constitucional o legal. La Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en su artículo 3, estableció que el “Sistema de Seguridad Social Integral” es “...un servicio público de afiliación obligatoria para cada trabajador y de carácter contributivo...”²⁹. Así también, el artículo 4 de la Ley de los Sistemas Metropolitanos de Transporte³⁰ señaló que “...el servicio público de los Sistemas Metropolitanos de Transporte será prestado por la administración pública nacional...”. Junto a estas nociones *materiales*, encontramos también una perspectiva *orgánica*: el servicio público es, en general, cualquier órgano u organismo de la Administración (Lares Martínez). Es en este sentido orgánico con el que el artículo 190 ordinal 11 de la Constitución de 1961 se refería al servicio público: el Poder Ejecutivo podía decretar la creación, dotación, modificación o extinción de servicios públicos previa autorización de la Comisión Delegada. Esta norma -que recoge ahora la Constitución de 1999 en el numeral 6 del artículo 196, como atribución de la Comisión Delegada- permitiría al Presidente de la República crear, modificar o extinguir *organismos administrativos*, aún no mediando Ley expresa, tal y como exige el artículo 300 de la Constitución³¹.

En estos dos sentidos -material y orgánico- la noción de reserva es completamente extraña. Que la Administración cree un órgano para atender determinada actividad o asuma, en cualquier caso, la realización de un “servicio público” de contenido prestacional, no significa que la iniciativa privada quede excluida de estas actividades, las cuales -en principio- podrán ser prestadas también por los particulares en virtud de un derecho propio y preexistente. De esta manera, que la Administración deba atender un “servicio público de salud”, en los términos del artículo 84 constitucional, no supone que esta actividad -la atención y satisfacción del curiosamente llamado “derecho a la salud”- no pueda ser prestada, también, por la iniciativa privada: junto a los sistemas públicos de salud encontramos, igualmente, los sistemas *privados* de salud.

F. Servicio público y competencias municipales

El servicio público ha sido concebido en Venezuela como el conjunto de cometidos públicos que deben atender los Municipios. De esta manera, la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989³², en su artículo 36, reconoció al Municipio la atribución de “prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad”, enumerando la norma el conjunto de competencias propias del ámbito de autonomía local. El artículo 38 contempló, igualmente, servicios mínimos que obligatoriamente deberán ser prestados por el Municipio.

29 *Gaceta Oficial* número 5.540 extraordinario de 30 de junio de 2001. En este contexto, el servicio público alude a la actividad prestacional de la Administración cuyo fin es “...proteger a los habitantes de la República (...) ante las contingencias de enfermedades y accidentes, sean o no de trabajo, cesantía, desempleo, maternidad, incapacidad temporal y parcial, invalidez, vejez, nupcialidad, muerte, sobrevivencia y cualquier otro riesgo que pueda ser objeto de previsión social...” (artículo 1).

30 *Gaceta Oficial* número 3.155 extraordinario de 29 de abril de 1983.

31 *Cfr.*: Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, *cit.*, pp. 247-248. Otro ejemplo de este concepto lo encontramos en la Ley de la Administración y Disposición de los Bienes Restituidos (*Gaceta Oficial* número 21.707 de 9 de septiembre de 1945), cuyo artículo 2 párrafo cuarto dispuso que “...podrá el Ejecutivo Federal, con el fin de destinarlo a algún servicio público o para su administración, adscribir un bien determinado a alguno de sus Departamentos, en cuyo caso el bien de que se trate quedará sometido a las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional...”. Sobre este sentido orgánico se pronunció también la citada sentencia de la Sala Político-Administrativa de 5 de octubre de 1970, así como la sentencia de esa Sala de 6 de junio de 2000, caso Eustacio Aguilera y otros.

32 *Gaceta Oficial* número 4.109 de 15 de junio de 1989.

Sin embargo, como ha observado María Amparo Grau, no todas las actividades comprendidas en estas normas podrán considerarse, en estricto sentido, servicios públicos³³.

Hay un extremo en el que conviene detenerse. El conjunto de “cometidos de servicio público” que se comprenden dentro del ámbito de competencia de los Municipios, se prestarán por los Entes Locales mediante los modos de gestión a que alude el artículo 41, entre los cuales encontramos la concesión. Una primera interpretación nos permitiría concluir que el Municipio es libre de escoger cuáles de estos “servicios públicos” serán atendidos por los particulares, mediante concesión, y cuales serán prestados por los Entes Locales, directamente o mediante organismos especialmente creados para ello, con lo cual pareciera que el sector privado no podría explotar, en virtud de un derecho propio y preexistente, ninguna de las actividades “de servicio público” a que se contraen los artículos 36 y 38³⁴. Notar que la interpretación literal del artículo 41, en concatenación con los artículos 36 y 38 *eiusdem*, permitiría concluir que la sola consideración de determinada actividad como servicio público excluye a la libre iniciativa privada, la cual únicamente podrá participar mediante la correspondiente concesión, en los términos pautados en el artículo 42 *eiusdem*, aún cuando -observamos- ninguna norma de la Ley comentada dispuso expresamente la reserva al Municipio de las actividades enumeradas en los artículos 36 y 38³⁵.

Nuevamente la calificación de actividades como servicios públicos deriva en la implícita exclusión del sector privado, en contra de la conclusión que aquí defendemos: tal exclusión únicamente podrá efectuarse de manera expresa y categórica, imperando, en todo caso, la *exégesis restrictiva* de esta limitación -voraz limitación, como bien ha señalado G. Grau- a la libertad económica. Por tanto, podemos ensayar una interpretación *renovadora* de los artículos 36, 38 y 41 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Estos artículos aluden, simplemente, a la competencia propia de los Municipios, de igual manera que lo hace -ahora- el artículo 178 de la Constitución de 1999. Las formas de actuación que debe desplegar el Municipio a fin de atender tales competencias son muy variadas; desde la perspectiva de la Administración, aludirán, en general, a las formas de actuación tradicionales de ésta³⁶. Ahora bien, el artículo 41 consagra diversas modalidades de prestación de los “servicios públicos”

33 Es por ello que María Amparo Grau ha destacado que “...la actividad de servicio público municipal, requiere entonces la determinación previa, respecto de todo el elenco de competencias, según su naturaleza, de las materias de carácter prestacional y ellas habrán de considerarse como de obligatorio cumplimiento, a través de este especial tipo de actividad administrativa...” (“Privatización y régimen de concesiones” en *La Contratación Municipal*, P.H. Editores, Caracas, 1995, p. 91). Se asume, nuevamente, la noción de servicio público como la actividad prestacional que, por imperativo legal, debe ser atendida por la Administración.

34 Según el artículo 41 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la prestación de los servicios públicos municipales podrá ser hecha por “el Municipio en forma directa; Institutos Autónomos Municipales, mediante delegación; Empresas, Fundaciones, Asociaciones Civiles y otros Organismos descentralizados del Municipio, mediante contrato; Empresas, Fundaciones, Asociaciones Civiles y otros Organismos descentralizados del Municipio, mediante contrato; Organismos de cualquier naturaleza de carácter Nacional o Estatal, mediante contrato y concesión otorgada en licitación pública”.

35 Al interpretar el artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978, que declaraba la existencia de ciertos servicios públicos municipales, Brewer-Carías concluyó lo siguiente: “...el artículo 7 (...) declara expresamente determinadas actividades como servicio público, con todas las consecuencias que ello implica: obligación de los Municipios de prestarlos y limitación de la libertad económica de los particulares para desarrollar libremente actividad en esas materias...” (“El régimen de los Servicios Públicos Municipales dentro de las competencias municipales previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal”, en *Revista de Derecho Público* número 9, Caracas, 1982, p. 14). Es ésta la conclusión igualmente aportada por J. Villegas Moreno, al analizar los artículos 36 y 38 de la aún vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal (“Servicios públicos municipales”, en *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, *cit.*, p. 284).

36 Conclusión afirmada así por M. A. Grau (“Privatización y régimen de concesiones”, *cit.*, p. 89).

que *podrán* ser empleadas por el Municipio, entre las cuales encontramos la concesión. Sin embargo, y en nuestra opinión, para que la concesión pueda ser legítimamente aplicada como modo de gestión de estos servicios, se requiere, *obligatoriamente*, el cumplimiento de un requisito previo: la reserva, por parte del Municipio, de algunas de las actividades a que aluden los artículos 36 y 38 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Concluimos entonces que las actividades prestacionales contenidas en esas normas deberán ser aseguradas por el Municipio, lo que no impide su prestación directa por la libre iniciativa privada en virtud del derecho constitucional a la libertad económica. Excepcionalmente, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 302, podrá el Legislador *reservar al Municipio alguna de las actividades comprendidas en esa norma*, cuya prestación por la iniciativa privada será sólo posible mediante la correspondiente concesión, regulada en el artículo 42 de la Ley comentada.

Esta interpretación es cónsona con las cláusulas económicas de la Constitución de 1999, que parten de un *estatuto de libertad*, esto es, del respeto e incentivo de la libertad económica, tal y como dispone el artículo 112. Incluso, la Sala Constitucional ha concluido que la intervención del Estado a fin de asegurar estos “servicios públicos” *debe respetar la libertad económica y la libre competencia*³⁷, principios que se verían severamente afectados si su prestación es acometida bajo las formas de prestación a que se refiere el artículo 42. Y es que, para nosotros, las normas comentadas de la Ley Orgánica de Régimen Municipal parten de la noción “tradicional” conforme a la cual la mera declaración de una actividad como servicio público supone la exclusión de la libertad económica, por lo que la iniciativa privada sólo podrá participar mediante la correspondiente concesión que *traslade* el derecho a explotar las actividades declaradas servicios públicos. Interpretación cuyo único fundamento es *deducir* la reserva al Estado sobre estas actividades a partir de su consideración como servicio público. Interpretación, en fin, contraria al artículo 112 de la Constitución, y en cuya virtud deberá entenderse que todas las actividades económicas podrán ser desarrolladas en ejercicio de este derecho fundamental, con la sola excepción de las actividades que expresamente hayan sido reservadas al Estado. En nuestra opinión, por tanto, estas actividades de contenido prestacional, denominadas por la Constitución de 1999 “servicios públicos domiciliarios”, han de considerarse actividades privadas que pueden ser explotadas por la libre iniciativa empresarial en virtud del derecho reconocido en el artículo 112 constitucional y en régimen de libre competencia, según lo pautado en el artículo 113 *eiusdem*³⁸.

37 La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de diciembre de 2000, caso *Ley sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas*, concluyó que “...la Constitución de 1999, entre los derechos económicos, ha prohibido a los particulares los monopolios y ha limitado de manera general (para el Estado y los particulares) la posición de dominio (artículo 113), por lo que mal puede entenderse que los Municipios (...) tengan como meta el monopolizar la producción de agua potable, energía eléctrica o gas, o la distribución y venta de dichos rubros, o del transporte urbano. De allí que los Municipios puedan construir o adquirir acueductos, redes de distribución de electricidad o gas en sus territorios, establecer servicios de transporte (...) pero permitiendo la libre competencia, principio económico contenido en los artículos 112 y 113 de la Carta Magna ...”.

38 Es ésta la conclusión expresamente afirmada en la sentencia de la Sala Constitucional de 13 de diciembre de 2000, precitada. Destacar, por otro lado, que dos normas de la Constitución de 1999 se refieren expresamente a los “servicios públicos domiciliarios”. Primero, el artículo 156.29, conforme al cual es competencia del Poder Nacional “el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, electricidad, agua potable y gas”. De otro lado, el artículo 178 señala que es competencia de los Municipios la “dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios”. Nótese que este artículo alude a dos técnicas de intervención: por un lado, la “dotación”, esto es, la regulación de los servicios públicos domiciliarios; por el otro, su directa prestación por el Municipio, como consecuencia de la iniciativa pública reconocida en el artículo 299 de la Constitución.

Sólo cuando estos “servicios públicos” se reserven expresamente a los Municipios -estos es, cuando se proceda a su *municipalización*- se entenderá excluida la libertad económica, pudiendo exigirse por tanto la correspondiente concesión.

Se evidencia, nuevamente, que el empleo del término *servicio público* por el Legislador contraría la seguridad jurídica -concebida como principio del orden socioeconómico por el artículo 299 de la Constitución- dado que, al exigirse la obtención de la correspondiente *concesión* para la participación del sector privado, se entiende excluido el derecho a la libertad económica. Servicio público, en definitiva, parece significar siempre la *implícita* exclusión de la libertad económica, aún cuando tal exclusión -mediante la Ley de reserva- debe siempre, y en todos los supuestos, ser expresa e inequívoca. Recientemente, y en atención al ámbito competencial de los Municipios, el servicio público ha sido empleado, de nuevo, en este sentido. Así, al “coordinar” las competencias del Poder Nacional y Municipal en materia de *suministro de gas y electricidad*, el Legislador, partiendo de la calificación de estas actividades como servicios públicos, ha precisado que su prestación, por parte de la iniciativa privada, exigirá siempre la correspondiente *concesión*³⁹. Con ello se da a entender que, al considerarse servicios públicos, la iniciativa privada tan solo podrá participar mediante la concesión que *traslade* el derecho a prestar estos “servicios públicos domiciliarios”. Conclusión que en nuestra opinión atenta contra el derecho fundamental a la libertad económica, dado que ninguna de estas actividades de suministro han sido reservadas por Ley al Estado⁴⁰. Hay además otro dato que, aún siendo de menor importancia, no es por ello despreciable: la Ley comentada no ha podido reservar ninguna de las actividades en ellas reguladas pues carece del rango formal exigido por el artículo 302 constitucional. No es, en efecto, una Ley Orgánica.

G. *Servicio público y contratos administrativos*

Continuando con los distintos conceptos acuñados en Venezuela al término servicio público, encontramos la estrecha relación entre éste y los llamados “contratos administrativos”. Efectivamente, doctrina y jurisprudencia han considerado que los contratos celebrados por la Administración para atender “servicios públicos” se calificarán como “contratos administrativos”, regidos por un régimen -preponderante- de Derecho Administrativo. Servicio público como objeto de los “contratos administrativo”, y que es empleado en la acepción más amplia de este concepto, como *giro o tráfico de las Administraciones Públicas*, tal y como antes señaláramos⁴¹.

39 Véase la Ley de Armonización y Coordinación de Competencias de los Poderes públicos Nacional y Municipal para la Prestación de los Servicios de Distribución de Gas con fines domésticos y de electricidad (*Gaceta Oficial* número 37.319 de 7 de noviembre de 2001). Según su artículo 3.1, es competencia del Poder Nacional “el régimen general de los servicios públicos domiciliarios de gas y de electricidad, estableciendo su armonización y coordinación con los distintos niveles del Poder Público”. Asimismo, el numeral 8 de este artículo establece los supuestos bajo los cuales será también competencia del Poder Nacional “el otorgamiento de las concesiones para la distribución de gas con fines domésticos, y de las concesiones para la distribución de electricidad cuando”. Por su parte, el artículo 4, en sus numerales 2, 3 y 4, regula la concesión como el título habilitante que permitiría la participación del sector privado en la prestación de los servicios de suministro domiciliario de gas y electricidad. Estas disposiciones contradicen el impulso liberalizador que, a los mercados de la electricidad y el gas, habían dado la Ley del Servicio Eléctrico (*Gaceta Oficial* número 36.791 de 21 de septiembre de 1999) y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (*Gaceta Oficial* número 36.793, de 23 de septiembre de 1999).

40 La exigencia de concesión para prestar actividades consideradas servicios públicos -y la consideración, con ello, de su implícita reserva al Estado- es la tendencia igualmente seguida por el artículo 9 de la novísima Ley del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional (*Gaceta Oficial* número 37.313 de 30 de octubre de 2001).

41 En relación con este concepto de servicio público, *vid.* Badell Madrid, Rafael, *Contratos Adminis-*

H. Servicio público y prerrogativas procesales

El servicio público, como concepto jurídico, alude también a todas las actividades -con independencia de su naturaleza jurídica- que al afectar directamente al interés general se someten a especiales prerrogativas procesales contenidas en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965⁴². Notar que en este contexto el concepto no se refiere, siquiera, a actividades prestacionales: incluso la producción y comercialización de bienes que afecten al interés general podrán considerarse “servicio público” a los fines de esa norma. Es éste, también, el sentido del concepto de servicio público cuando es empleado en relación con el derecho a huelga, pues lo importante, únicamente, es la existencia de actividades de relevante repercusión social, cuya deficiente prestación, a consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, pudiese ocasionar perjuicios al interés público⁴³.

I. Servicio público como criterio delimitador de la jurisdicción contencioso-administrativa. El llamado “contencioso de los servicios públicos”

En su concepción en Francia, el servicio público -como concepto- permitió delimitar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En Venezuela, sin embargo, tal criterio no ha tenido mayor aplicación práctica, desde que el artículo 206 de la Constitución de 1961 se refería al concepto de *actividad administrativa* como criterio delimitador de la competencia de este especial orden jurisdiccional. La Constitución de 1999, sin embargo, ha marcado un punto de inflexión, al determinar en su artículo 259 la competencia de esta jurisdicción para “conocer reclamos por la prestación de servicios públicos”. Es criticable, en nuestra opinión, el empleo de tal concepto, pues la determinación de la competencia del orden contencioso administrativo exigirá depurar, previamente, qué se entiende por servicio público. H. Rondón De Sansó, retomando una tesis mantenida con anterioridad, ha concluido que en este contexto, el servicio público -“en su sentido más amplio, que es a la vez el más específico”- puede definirse como “...la actividad destinada a dar satisfacción a las necesidades de la colectividad...”⁴⁴. Sin embargo, y en nuestra opinión, estimamos que debe ponderarse, además, un criterio adicional para delimitar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa: la conexión que necesariamente deberá existir -con independencia de su intensidad- entre estos “servicios públicos” y el Derecho Administrativo. Solo existiendo tal

trativos, Caracas, 1999, p. 35 y Brewer-Carías, Allan, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, p. 68. En jurisprudencia, *vid.* la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 11 de julio de 2001, caso *CORPORIENTE*.

42 Según el artículo 45 de esta Ley (*Gaceta Oficial* número 27.921 de 22 de diciembre de 1965) “...Cuando se decreta alguno de los actos arriba indicados (esto es, embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales, ni en general a ninguna medida de ejecución preventiva o definitiva) sobre bienes de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio público o a una actividad de utilidad pública nacional, antes de su ejecución el Juez notificará al Ejecutivo Nación Ejecutivo Nacional, por órgano del Procurador General de la República, a fin de que se tomen las medidas necesarias para que no se interrumpa la actividad a que este afectado el bien...”. La norma se cita sólo a título ejemplificativo, pues esta Ley fue derogada por la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (*Gaceta Oficial* número 5.554 extraordinario de 13 de noviembre de 2001).

43 Sobre este concepto, en relación con el derecho a huelga, *vid.* Azara Hernández, Julio, “Derecho de huelga en los servicios públicos”, en *Servicio Público. Balance & Perspectiva*, *cit.*, pp. 454 y ss. Notar que, a diferencia del artículo 92 de la Constitución de 1961, el artículo 97 de la Constitución de 1999 no hizo ninguna referencia al derecho a huelga en los servicios públicos.

44 Criterio conceptual que prima sobre los demás elementos accidentales de tal figura. Así lo sostiene Rondón De Sansó al afirmar que “...no importa si la necesidad corresponde al Estado como carga y tarea esencial; no interesa si ha de ser ejercida en régimen de monopolio o en régimen de libre concurrencia y, si tradicionalmente la han desempeñado los particulares. Lo importante es que obedezca a la definición sustantiva...” (Las peculiaridades del Contencioso Administrativo, FUNEDA, Caracas, 2001, p. 199-211).

conexión, entendemos, podrá atribuirse a este orden el conocimiento de las pretensiones ejercidas en relación con la “deficiente prestación de servicios públicos”. Vínculo de conexión que, como ha afirmado Urosa Maggi, exige alguna relación con la Administración (*lato sensu*)⁴⁵. Así parece entenderlo, también, la reciente jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, tal y como concluye R. Badell Madrid⁴⁶.

J. *Servicio público y liberalización de sectores económicos. ¿Un “nuevo” servicio público?*

Aún en contra de lo que inicialmente podría considerarse, el concepto de servicio público ha sido empleado en el contexto de la reciente liberalización de mercados de relevante interés general en Venezuela. Concretamente, al analizar la ordenación de las telecomunicaciones según su plasmación en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁴⁷, se ha defendido que ésta parte del concepto del “nuevo servicio público”, cuyas notas distintivas serían su prestación en régimen de libertad económica y libre competencia. Frente al “viejo” servicio público, este “nuevo” modelo -se afirma- no supone el sometimiento de las actividades prescacionales a un régimen exorbitante del Derecho Común y ajeno a la libre competencia; antes por el contrario, el servicio público se prestaría, ahora, en régimen de libre concurrencia, lo que se califica como una auténtica novedad. Encontramos, de esta manera, un “nuevo” concepto de servicio público⁴⁸.

El estudio de esta tesis será realizado más adelante. Interesa destacar, ahora, que la posición de la doctrina venezolana acerca del “nuevo” servicio público obedece a la traslación de conclusiones aportadas por un sector muy específico de la doctrina española, principalmente, Gaspar Ariño Ortiz⁴⁹. Sin embargo, cuatro circunstancias impiden, en nuestra opinión, efec-

45 Para Daniela Urosa Maggi (“La inactividad administrativa como objeto de la pretensión en el contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo* número 9, Caracas, 2000, pp. 238-239), el llamado “contencioso de los servicios públicos” debe reconducirse siempre “...al control de la Administración Pública en su sentido orgánico, formal y material...”, por lo que escaparían de este control las actividades privadas consideradas –incluso, implícitamente– servicios públicos. Es éste, precisamente, el criterio que parece asumir la jurisprudencia citada en la nota siguiente.

46 Al interpretar el concepto de servicio público incluido en la Ley del Servicio Eléctrico de 1999, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo efectuó importantes esfuerzos por depurar ese término de cara a su incidencia en la jurisdicción contencioso-administrativa (*Cfr.*: sentencia de 6 de julio de 2001, caso La Electricidad de Caracas). De esa manera, según la Corte Primera, para que una actividad pueda ser considerada servicio público debe reunir las siguientes notas: (i) ha de tener contenido prestacional; (ii) ha de estar “asumida” por el Estado; (iii) debe ser atendida –directa o indirectamente– por la Administración y (iv) debe contar con un estatuto general que asegure las notas de continuidad, generalidad, igualdad de prestación y regularidad, entre otras. Sobre la base de estos requisitos la Corte distingue las distintas clases de servicio público, que se comparan, en sus líneas generales, con las tres categorías analizadas por Brewer-Carías. Sólo cuando el servicio público reúna las notas anteriores, las controversias relacionadas con su deficiente prestación serán conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Se excluirían así (y en principio), las controversias relacionadas con los llamados servicios públicos concurrentes (*Cfr.*: Badell Madrid, Rafael, “Descentralización y desconcentración del contencioso administrativo y el contencioso de los servicios públicos”. Conferencia dictada el 16 de noviembre de 2001 en la ciudad de Barquisimeto, en el marco de las jornadas sobre “El proceso contencioso administrativo y constitucional”. Consultada en original).

47 *Gaceta Oficial* número 36.970 de 12 de junio de 2000.

48 *Gaceta Oficial* número 36.970 de 12 de junio de 2000.

49 *Cfr.*: Ariño Ortiz, Gaspar, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)”, en *El nuevo servicio público*, *cit.*, pp. 17 y ss. Recientemente el autor ha vuelto sobre estos planteamientos en Ariño Ortiz, Gaspar y López De Castro, Lucia, *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones. Control de empresas y poder político*, Comares, Granada, 2001, pp. 5 y ss. La posición de este autor, resumidamente, es que frente al modelo tradicional de servicio público, caracterizado por (i) la

tuar la traslación de esta teoría al ordenamiento venezolano sin mayores consideraciones. Primero, que la posición de Ariño Ortiz se inserta dentro del proceso general de liberalización de servicios adoptado desde el Derecho Comunitario Europeo, el cual -a través de la noción de servicios de interés *económico general*- ha marcado una impronta decisiva en el concepto de “servicio público” dentro del contexto europeo⁵⁰. En segundo lugar, debe considerarse también que -a diferencia de lo sucedido en Venezuela- el concepto de servicio público, en España, ha sido exhaustivamente tratado por la doctrina. En tercer lugar, que de este debate surgió un concepto *mayoritario* de servicio público: las actividades prestacionales reservadas al Estado. En España -y en contra de lo que sucede en Venezuela- puede defenderse la existencia de un “nuevo” servicio público pues el concepto del “viejo” servicio público es unívoco o, al menos, tiene contornos muy precisos, aceptados incluso por el Legislador⁵¹. En cuarto y último lugar, entendemos que la tesis de Ariño no puede adoptarse en Venezuela sin al menos considerar las otras posiciones mantenidas por la doctrina española, especialmente aquéllas opuestas a la posición de Ariño (Muñoz Machado) y que niegan la posibilidad de considerar a los sectores liberalizados como servicios públicos (González-Varas Ibáñez)⁵².

En definitiva, estimamos que el concepto del “nuevo” servicio público debe elaborarse de cara a las peculiaridades del Derecho Venezolano y no, como se ha hecho hasta ahora, en atención a su concepción dentro del Derecho Español y Europeo. De esta manera, el somero análisis descriptivo que hemos efectuado hasta ahora nos permite afirmar que en Venezuela no es novedad alguna la existencia de “servicios públicos” sometidos a la libertad económica y la libre competencia: antes por el contrario, es común que el Legislador califique a actividades como “servicios públicos” sin contemplar su reserva al Estado. En estos casos, como había ya interpretado la Sala Político-Administrativa desde su importante sentencia de 18 de junio de 1998, caso Avensa, la libertad económica y la libre competencia son principios presentes, también, en los “servicios públicos”.

Y no es novedad alguna, tampoco, en el Derecho Francés, creador del servicio público: desde la decisión del Consejo de Estado de 23 de diciembre de 1921, recaída en el caso *Société Générale d'armements*, se ha aceptado la existencia de servicios públicos sometidos a las reglas generales de las actividades económicas privadas, esto es, el Derecho Privado y la libre competencia, lo que exigía -como señaló ya P. Weil- la necesidad de reformular el con-

reserva o publicatio al Estado; (ii) la existencia de derechos especiales o exclusivos (iii) y la existencia de un régimen exorbitante de Derecho Público, ajeno a las normas sobre libre competencia, habría surgido un “nuevo modelo de servicio público”, cuyas notas distintivas serían (i) el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa para su prestación; (ii) la abolición de cualquier derecho especial o exclusivo y (iii) su sometimiento -con ciertas modulaciones- a las normas sobre libre competencia.

- 50 Sobre esta impronta puede verse, y entre muchos otros, a González-Varas Ibáñez, Santiago, *El Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo, Madrid, 1996, pp. 393-428 y Muñoz Machado, Santiago, *Servicio Público y mercado*, Tomo I, Los Fundamentos, Civitas, Madrid, 1998, pp. 189-201.
- 51 La depuración del concepto de servicio público en España es producto de una larga evolución doctrinal. Garrido Falla, detractor de la existencia de un concepto tradicional, aceptaría después que el servicio público alude, siempre, a actividades reservadas al Estado (*Cfr.*: “El concepto de servicio público en el Derecho Español”, en *Revista de Administración Pública* número 135, Madrid, 1994, pp. 7-36). Véase también, sobre esta depuración conceptual, a Martínez López-Muñiz, José Luis, “Nuevo sistema conceptual”, en *Privatizaciones y liberalización de servicios*, Universidad Autónoma de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 125 y ss. Las consideraciones de Ariño Ortiz sobre esta polémica pueden verse en la obra conjunta *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999, pp. 479 y ss.
- 52 *Cfr.*: González-Varas Ibáñez, Santiago, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Comares, Granada, 2001, p.2 y Muñoz Machado, Santiago, *Servicio público y mercado*. Tomo I, Los fundamentos, *cit.*, pp. 17-24.

cepto de Derecho Administrativo⁵³. Conclusión aceptada también, con gran claridad, por la doctrina venezolana. En nuestro país -observó E. Lares Martínez- no hay un régimen jurídico uniforme para el servicio público, sencillamente, pues no hay un concepto unívoco de éste⁵⁴.

Pretender aplicar a Venezuela el concepto del “nuevo servicio público” es, en nuestra opinión, una solución que no obedece a la formación heterogénea de este concepto en nuestro ordenamiento jurídico y que, lejos de procurar la depuración científica del lenguaje que exige el Derecho Administrativo, conlleva aún a mayores confusiones. Se ha ignorado, con ello, una advertencia formulada por A. Brewer-Carías: el Derecho Administrativo y sus instituciones -incluyendo también al servicio público- no deben estudiarse desde una perspectiva “... puramente formal, como si existiese un derecho administrativo puramente formal, como si existiese un derecho administrativo universal, aplicado y aplicable por igual en todos los países y en todos los tiempos, sino que, al contrario, la ausencia de una perspectiva realista y pragmática relativa a los fines del Estado y a sus métodos políticos, con frecuencia distorsionan enormemente su verdadera perspectiva...”⁵⁵. Tampoco pueden trasladarse sin mayores apreciaciones, conclusiones y principios propios de otros ordenamientos jurídicos. Así lo ha advertido, incluso, el propio G. Ariño Ortiz⁵⁶. Este “nuevo” concepto del servicio público, defendido por la doctrina venezolana, obedece entonces a consideraciones y principios que no son aplicables, sin mayores correcciones, a Venezuela.

K. *Apreciaciones generales sobre el significado del servicio público en el ordenamiento jurídico venezolano*

De la síntesis efectuada anteriormente, y resumiendo significativamente los distintos -y variados supuestos- descritos, derivamos que el servicio público ha tenido, en Venezuela, dos sentidos generales. Uno, que podría calificarse de *ordinario*, alude al giro o tráfico de la acción administrativa y, también, a la propia Administración como órgano. Otro, más complejo, parte de la consideración del servicio público como las actividades prestacionales que, dada su relevancia social, son asumidas por el Estado, limitándose *siempre* la esfera de actuación del ciudadano. En materia económica, por tanto, el servicio público deriva en restricciones a la libertad económica, cuya gradación, siguiendo el sistema de Brewer-Carías, puede dividirse en tres estadios: exclusión de la libertad económica incluso en su gestión; exclusión de la libertad económica admitiendo su participación mediante concesión y concurrencia con la libertad económica, limitada, sin embargo, por la figura de la autorización.

53 Cfr.: Jèze, Gastón Jèze, *Principios generales de Derecho Administrativo*, Tomo II 1, Editorial DePalma, Buenos Aires, 1949, p. 10 y Weil, Prosper, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 53 y ss. A estas consideraciones -por demás tradicionales- debe sumarse ahora la problemática derivada de la impronta comunitaria sobre concepto de servicio público en Francia (Cfr. Chapus, René, *Droit Administratif Général*, Tome I, Montchrestien, París, 2000, pp. 565-568).

54 Cfr.: *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 230.

55 *Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 11.

56 Ariño Ortiz, luego de reconocer el carácter equívoco del servicio público dentro del ordenamiento positivo español, procede a formular un concepto uniforme que parte -como antes adelantamos- de la reserva al Estado de la titularidad de la actividad considerada servicio público. Tal sería, en su opinión, el concepto del “tradicional” servicio público al cual se contrapondrá el concepto del “nuevo” servicio público. Sin embargo, y al socaire de estas consideraciones, efectúa una advertencia que debería ser tenida en cuenta por la doctrina venezolana: el resultado de tal concepto uniforme “...será necesariamente un concepto aproximado, tendencial (...) se tratará siempre de un concepto histórico y políticamente variable, cuyo contenido dependerá de cada momento y en cada país del concepto socio-político...” (*Principios de Derecho Público Económico*, cit., p. 490). De allí que el concepto del “nuevo servicio público” haya sido formulado por Ariño en atención al concreto contexto histórico y socio-político de España, que no es, ni mucho menos, idéntico al contexto actual venezolano.

El mantenimiento indiscriminado de este último concepto, como se ha efectuado en la legislación comentada, supone en nuestra opinión una vulneración a los principios informadores del Estado de Derecho que se proyectan, con singular incidencia, sobre todo el actuar de las Administración Pública. La prolijidad del ordenamiento jurídico venezolano al calificar actividades y sectores como *servicios públicos*⁵⁷ ha sido tal que, si se aplica éste último concepto, habría que deducir la existencia de variadas limitaciones implícitas a la esfera de libertad ciudadana, aceptando también la existencia de *apoderamientos genéricos* a favor de la Administración, para afectar -aun en su mínima expresión- tal esfera de libertad. El servicio público, además, se traduciría en limitaciones a las libertades del ciudadano constitucionalmente garantizadas. Precisamente sobre la base de esta premisa P. Delvolè formuló una crítica contundente a esta institución⁵⁸. ¿No ha sido acaso la genérica declaración de la educación como servicio público en la Constitución de 1999, la que ha permitido implantar restricciones a la libertad de enseñanza, difícilmente conciliables con tal derecho fundamental?. ¿No ha sido el servicio público, como título habilitante genérico de potestades administrativas, el que ha contribuido a incrementar la ya precaria situación de la libertad económica entre nosotros?. Es preciso reformular este concepto, disociando la idea del servicio público del concepto de restricciones -mayores o menores- a la libertad económica. Desarrollemos, de inmediato, esta tesis.

II. PROPUESTA DE REDEFINICIÓN. SERVICIO PÚBLICO Y LA ESCALA DE *PUBLICATIO*. HACIA LA CONFIGURACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

Nuestra propuesta de redefinición -que esbozaremos aquí tan sólo en sus líneas generales- debe iniciarse con la siguiente consideración: la sola declaratoria de una actividad o sector como *servicio público* por el ordenamiento jurídico no supone ninguna consecuencia jurídica concreta. Ni debe entenderse que se trata de actividades prestacionales que deben ser desarrolladas por la Administración, ni mucho menos podrán derivarse restricciones a la libertad económica o a otras libertades o derechos fundamentales. En general, debe partirse de dos premisas que informan al actuar de la Administración: primero, que el ejercicio de potestades ablatorias exige la expresa y clara cobertura legal; segundo, que la afectación a la esfera general de libertades del ciudadano requiere, también, la expresa cobertura legal, debiendo imperar en todo momento el principio *favor libertatis*. En caso de duda, deberá favorecerse a la libertad. Por tanto, en caso de duda en la interpretación de actividades o sectores como *servicios públicos*, deberá también favorecerse a la libertad del ciudadano. Un reciente ejemplo nos permitirán ilustrar lo aquí señalado.

La Ley del *Servicio Eléctrico*, sancionada en 1999, contempló dentro de sus principales objetivos la necesidad de fomentar y potenciar el ejercicio de la libertad económica (artículo 3). Sin embargo, su artículo 4 declaró a todo el sector eléctrico como *servicio público*. Si nos

57 Sobre esta prolijidad se pronunció ya, y en un sentido crítico, Caballero Ortiz, Jesús, "La actividad administrativa de servicio público", en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo 'Allan Randolph Brewer-Carías'*, FUNEDA, Caracas, 1996, pp. 357 y ss. Véanse también las fundadas y preclaras conclusiones que aporta Gustavo Grau sobre la inconcreción propia del servicio público, en su obra *Ordenación y Disciplina del Sector Bancario en el Derecho Público Venezolano*, cit., pp. 258 y ss.

58 *Cfr.*: "Services publics et libertés publiques", en *Revue Française de Droit Administratif*, número 1, París, 1985, pp. 1 y ss. La conclusión central de ese estudio se compadece con la situación existente en Venezuela. El servicio público -escribe Delvolè- constituye una amenaza para las libertades públicas; la noción de servicio público, en ella misma, constituye tal amenaza. De nuevo conviene insistir en que las críticas que formulamos se basan, principalmente, en el nexo causal que se pretendió erigir entre el servicio público y la reserva, olvidándose con ello que, según la doctrina -Brewer-Carías- hay también servicios públicos que no aparejan reserva alguna.

atenemos al concepto que aquí criticamos, deberíamos concluir que corresponde a la Administración la obligación de prestar el servicio eléctrico y que ello *supone* limitaciones a la libertad económica. En definitiva, que *todo* el sector se encuentra reservado al Estado. Empero, ninguna de estas consecuencias podrían defenderse. De esta manera, no corresponde a la Administración *prestar* las diversas actividades que integran el sector eléctrico; antes por el contrario, estas serán atendidas por la libertad económica en régimen de libre competencia. Además, de tal declaratoria no podrán *derivarse* limitaciones a la libertad económica: el artículo 112 constitucional exige que toda limitación a ese derecho fundamental *sea expresa*. Lo propio cabría afirmar de la declaración de servicio público efectuada por la *Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos* (artículo 5) y por la novísima *Ley de Aviación Civil*. Claro está, la Administración puede prestar actividades eléctricas (o de suministro de gas e, incluso, de transporte aéreo) pero no es virtud de ninguna obligación constitucional o legal, sino en ejercicio de la iniciativa pública económica reconocida en el artículo 299 de la Constitución.

Para nosotros, lo que ha ocurrido realmente en los supuestos en los que el Legislador simplemente califica a actividades como servicio público -no sólo en el estricto ámbito económico sino también en el de la acción social, como ocurre con la educación- es que éste ha querido significar la relevancia pública de estas actividades o sectores. Así, el artículo 7 de la Ley de Protección del Consumidor y el Usuario únicamente refleja que las actividades ahí enumeradas afectan al interés público; lo propio cabría afirmar de la declaratoria de servicio público recaída sobre el sector eléctrico o la educación. Servicio público como sinónimo de interés general. El término es, observamos, desvirtuado completamente, perdiendo cualquier autonomía conceptual. Equiparación del servicio público con el genérico concepto de interés público, que debe permitirnos llegar a la siguiente conclusión: ninguna consecuencia jurídica podría extraerse de la declaración de una actividad o sector como servicio público⁵⁹.

Mas sin embargo, esta genérica declaración de servicio público ha derivado en las dos consecuencias jurídicas antes mencionadas. Ello encuentra reflejo, incluso, en el propio ordenamiento positivo: la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley del Servicio Eléctrico y la Ley de Aviación Civil, al declarar actividades como servicios públicos, establecen que su prestación por la iniciativa privada se *efectuará mediante concesión*, dándose a entender, con ello, que (i) compete a la Administración prestar -indirectamente- estas actividades y que (ii) la libertad económica queda excluida de estos sectores, requiriéndose entonces la traslación del derecho a participar en ellos mediante la correspondiente concesión⁶⁰. No obstante, es un equívoco exigir en estos supuestos la previa concesión, pues ésta *únicamente tiene cabida con relación a actividades en las que, al estar expresamente reservadas al Estado, no tiene cabida la libertad económica*⁶¹. La concesión sólo es título habilitante válido respecto a acti-

59 Como advirtió Prosper Weil "...si se quiere seguir dando a la noción de servicio público un interés jurídico -es decir, si se quiere que tenga consecuencias jurídicas- es preciso añadir algo a la noción de interés general, que constituye, ciertamente, un elemento esencial de la noción de servicio público..." (*Derecho Administrativo, cit.*, p. 106).

60 La concesión como título jurídico exigible para prestar actividades declaradas servicio público pero no reservadas al Estado, se encuentra regulada en el artículo 41.5 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal; artículos 27 y 35 de la Ley del Servicio Eléctrico y artículo 9 de la Ley de Aviación Civil. La Ley del Servicio Eléctrico será derogada por la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, la cual, sin embargo, preserva tanto el espíritu de la legislación aún vigente, así como el contenido de las normas que aquí se comentan.

61 En efecto, los incisivos poderes que la Administración ejerce con ocasión del contrato administrativo de concesión (véase así sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión*) son incompatibles con el contenido esencial de la libertad económica, derecho fundamental vigente en los mercados de la electricidad, hidrocarburos gaseosos y transporte aéreo. De otro lado, el carácter traslativo de la concesión no tendría efecto alguno en actividades que pueden ser explotadas por los particulares en virtud de un derecho propio y preexistente, como es precisamente la libertad económica (sobre este carácter traslativo, *vid.* Badell Ma-

vidades que no pueden ser ejercidas por los particulares en virtud de un derecho propio, esto es, actividades reservadas o de titularidad pública. En los tres ejemplos citados, observamos, no existe tal reserva. Forzoso es concluir, por tanto, que rige en estos sectores la libertad económica, por lo que todos los particulares tendrían el derecho previo a participar en ellos, el cual sólo podría restringirse -en un primer momento- mediante la correspondiente *autorización*⁶².

Como se dijo, es preciso, en nuestra opinión, redefinir los conceptos del servicio público a partir de la disociación entre éste y las dos consecuencias jurídicas apuntadas (la existencia de obligaciones prestacionales a cargo de la Administración y la limitación de la libertad económica). Para ello, efectuaremos cuatro consideraciones.

1. *El servicio público como técnica de intervención. El abandono de la llamada "actividad administrativa de servicio público"*

En primer lugar, proponemos abandonar -por inducir a ciertos equívocos- el concepto de *actividad administrativa de servicio público*, entendida como la actuación prestacional que la Administración realiza por mandato constitucional o legal, a fin de satisfacer necesidades colectivas⁶³. Abandono necesario pues, como se estableció antes, el término "servicio público" no es siempre referible a actuaciones prestacionales imputables a la Administración.

Proponemos, en sustitución, la recepción de una distinción originaria de Alemania e Italia, que ha sido también acogida en España desde una perspectiva general (García De Enterría y Fernández) y también, desde la perspectiva propia del Derecho Administrativo Económico (S. Martín-Retortillo Baquer)⁶⁴. Nos referimos a la posición que distingue entre la actuación de prestación y la actuación de *limitación*. La Administración actúa, esencialmente, prestando bienes, servicios y beneficios a los ciudadanos o limitando su esfera jurídico-subjetiva. Pues bien, partiendo de esta doble distinción observamos que el "servicio público" se ha referido, siempre, a estas dos técnicas. De allí la diáfana afirmación de Tomás-Ramón Fernández: el servicio público, simplemente, es una técnica más de intervención administrativa⁶⁵. Así, frente a la *idea del servicio público*, la Administración -conforme a las específicas habilitaciones legales existentes- puede desplegar diversas técnicas de *prestación*: por ejemplo, la actuación de prestación del servicio de educación mediante centros de enseñanzas

drid, Rafael, "El régimen jurídico de las Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales", en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* Allan Randolph Brewer-Carías, *cit.*, p. 398). En fin, que el sustento de la concesión es la reserva expresa al Estado es la posición mantenida en la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de diciembre de 2000, precitada.

62 Según la terminología acertadamente elaborada por Brewer-Carías, se tratarían de servicios públicos concurrentes, en los que sería tan sólo exigible la previa autorización, siempre y cuando, notamos, ésta se regule expresamente en la Ley (*Cfr. Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias, cit.*, p. 71).

63 Dentro de la categorización de las formas de actuación de la Administración se incluye, generalmente, la llamada actividad de servicio público, para aludir a los supuestos en los cuáles ésta -en virtud de una *publicatio* o declaratoria de servicio público- despliega actividades de contenido prestacional. Por todos, *vid.* Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen 11, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 321 y ss.

64 *Cfr.*: García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* Tomo II, *cit.*, pp. 109 y ss. y Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico, La Ley*, Madrid, 1988, pp. 178 y ss.

65 *Cfr.*: "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", en *Revista de Administración Pública* número 150, Madrid, 1999, pp. 57 y ss. Como muy bien concluye este autor "...la calificación legal de una actividad como servicio público tampoco ha supuesto nunca la aplicación de un régimen jurídico diferenciado, ni mucho menos. Ha habido y hay declaraciones huera, que expresan sólo una vaga intención política, cuando no un mero escrúpulo..." (p. 60). De allí su afirmación: "...el servicio público ha sido y es una técnica más..." (p. 62).

o la prestación del servicio de suministro eléctrico mediante empresas públicas. Actividad cuya formulación es independiente de la existencia previa de un deber de prestación: en el primer ejemplo tal deber existe; en el segundo, no. Pero también, frente a la idea del servicio público, la Administración puede *limitar* la esfera jurídico-subjetiva de los ciudadanos, en respeto al principio legalidad y con dos intensidades muy distintas: *limitación extrema*, cuando el Estado se reserva, mediante Ley Orgánica, la titularidad sobre el “servicio público”, o *limitación mínima*, cuando la Administración incide sobre el ejercicio de un derecho preexistente, que podrá ser incluso un derecho fundamental (derecho a la enseñanza o la libertad económica). Lo importante, en todo caso, es que esta actuación de *limitación* debe siempre contar con la cobertura legal exigida en cada caso, no pudiendo, bajo ningún supuesto, derivarse implícitamente. Además, y dado que estas técnicas son intercambiables, es posible que frente a la idea del servicio público, la Administración, simultáneamente, desarrolle la actividad de *limitación* -mediante la reserva expresa- y la actividad de *prestación* -atendido, directa o indirectamente, tal servicio-. Tal era el supuesto de las telecomunicaciones según su conformación jurídica en la Ley de 1940 y de allí la validez y coherencia de exigir, en ese supuesto, la previa concesión.

2. *Servicio público y actividades de interés general. Necesaria matización de esta equivalencia. Algunos comentarios al servicio universal como institución tributaria del servicio público*

La reciente liberalización de mercados sometidos tradicionalmente a intensas técnicas de intervención pública, ha permitido a un sector de la doctrina venezolana postular la recepción del “nuevo” servicio público, en el cual el desarrollo de la actividad prestacional se realizaría respetando un conjunto de libertades y, además, en régimen de libre competencia. Sin embargo, hemos señalado que esta posición no es aplicable de cara al Derecho Venezolano. Al menos, no lo es sin las necesarias correcciones. Además de las razones antes dadas, convendría resaltar que el principio de libertad sobre el cual pivota el modelo del “nuevo” servicio público –defendido principalmente por Gaspar Ariño Ortiz- no tiene reflejo -aún- en el estadio de evolución actual de la Administración económica venezolana. La actitud (tradicional) del Estado Venezolano ha sido otra, de muy distinto signo: la sistemática reducción y afectación de la libertad ciudadana, no sólo en el campo económico sino también en sus demás manifestaciones. Lo propio cabría afirmar del grado de competencia requerida para el “nuevo” servicio público, que no tiene cabida -aún- en Venezuela.

Al margen de estas consideraciones, y reiterando que el “servicio público” es tan sólo una técnica más de intervención del Estado, podemos señalar que lo sucedido en estos tres mercados -especialmente, en el sector de las telecomunicaciones- ha sido la sustitución de las técnicas tradicionales de actuación de la Administración por otras orientadas a la promoción e incentivo de la libertad económica y la libre competencia. Esto es, que las actividades de limitación y prestación *sustitutivas* de la iniciativa privada se reemplazan por técnicas de limitación acordes con el mercado, esto es, por una regulación pro-mercado o concurrencial.

Así, la reordenación de los mercados de los hidrocarburos gaseosos y las telecomunicaciones reemplazó la técnica de *limitación intensa* y *prestación indirecta* por la técnica de *limitación mínima*. En el mercado eléctrico, la actuación de limitación desplegada en sustitución de la libre autonomía empresarial se reemplazó por una “intervención mínima”, acorde con la libertad económica y la libre competencia ⁶⁶.

66 En su regulación anterior, los mercados de hidrocarburos gaseosos y telecomunicaciones se encontraban reservados al Estado, no así el mercado eléctrico, sometido tan sólo a regulaciones sublegales (Cfr.: Hernández G., José Ignacio, “Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela”, *cit.*, pp. 61 y ss).

Sustitución de técnicas que no ha afectado la idea -política- del servicio público, contenida en la ordenación actual de estos tres mercados. De esa manera, las actividades que integran a estos sectores satisfacen necesidades colectivas que por su impronta en el interés social han de ser aseguradas por los Poderes públicos, como manifestación genérica de los emplazamientos positivos que dimanaban de la cláusula del Estado social (artículo 2 de la Constitución de 1999). Sin embargo, en la ordenación actual de estos mercados la idea del servicio público es atendida únicamente a través de la actuación de “limitación mínima”, sin que pueda constatarse la existencia de obligaciones prestacionales (de contenido material) a cargo de la Administración. Antes por el contrario, sí se aprecia la existencia de obligaciones prestacionales a cargo de la libre iniciativa privada, cuyo cumplimiento será verificado por la Administración sectorial a través de las técnicas de limitación concretamente previstas en estos textos legales. Además de los ejemplos de obligaciones prestacionales previstas en los mercados de la electricidad y el gas natural⁶⁷, encontramos, en el mercado de las telecomunicaciones, la figura del servicio universal. Son servicios universales el conjunto definido de prestaciones cuya atención es asignada a los operadores económicos -como auténtica obligación- por la Administración de telecomunicaciones, garantizando que su prestación, en las condiciones de calidad previamente definidas, sea desarrollada a todos los usuarios con independencia de su ubicación geográfica y a un precio “razonable”. Es por ello que se ha afirmado que el servicio universal responde a la idea del servicio público⁶⁸.

Ahora bien, aplicar a las situaciones anteriores el concepto de “servicio público” no es, en nuestra opinión, una opción válida. No es un término que *describa* la conformación jurídica de los mercados de la electricidad, el gas y las telecomunicaciones y, además, induce a severas confusiones. De otro lado, convendría recordar que el servicio público surge, dogmáticamente, como respuesta *jurídica* a una *realidad social*: la existencia de necesidades colectivas cuya atención debe ser *asumida* por el Estado, sobre la base de un *régimen de Derecho Público*. Objetivos, acotamos, que no encuentran cabida en la nueva ordenación de estos tres mercados, los cuales no se someten a ningún régimen exorbitante de Derecho Público. El “nuevo servicio público” es, así, un concepto “inoperante”⁶⁹.

67 Por ejemplo, establecen los numerales 1 y 2 del artículo 36 de la Ley del Servicio Eléctrico que las empresas de distribución deberán prestar el servicio a todos los que lo requieran, de manera continua, eficiente, no discriminatoria y dentro de los parámetros de calidad y atención a los usuarios. Por su parte, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos señala que “...los almacenadores, los transportistas y los distribuidores de hidrocarburos gaseosos a los cuales se refiere esta Ley, tendrán la obligación de prestar el servicio en forma continua y de conformidad con las normas legales, reglamentarias y técnicas de eficiencia, calidad y seguridad...”.

68 El servicio universal se encuentra regulado en los artículos 49 y siguientes de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Sobre esta figura, desde el Derecho Venezolano, puede verse a Díaz Colina, Mary Elba, “El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, *cit.*, pp. 232-236; Favrin Rodríguez, Odette, “El servicio universal en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, *cit.*, pp. 137 y ss. y Hernández G., José Ignacio, “Reflexiones sobre la nueva ordenación de las telecomunicaciones en Venezuela”, en *Sociedad y Derecho. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila* número 2, Caracas, 2001, pp. 185 y ss.

69 Señalaba JEZÈ, en este sentido, que “...decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar procedimientos de Derecho Público...”. Servicio público, por tanto, y en su formulación dogmática originaria, debía referirse siempre a la satisfacción de necesidades colectivas a través de procedimientos de Derecho Público. Claro está, estas necesidades podían también satisfacerse mediante procedimientos de Derecho Privado. Sin embargo, Jeze criticaba que en estos supuestos pudiese emplearse el concepto de servicio público, dado que éste perdería toda precisión terminológica (*Cfr.*: Principios generales de Derecho Administrativo, Tomo II 1, *cit.*, pp. 4-9). Y fue precisamente ello lo que ocurrió, pues el advenimiento de los servicios públicos industriales y comerciales (que daban satisfacción a necesidades colectivas mediante instrumentos de Derecho Privado), hizo del servicio público un concepto “inoperante a los fines de imputar consecuencias jurídicas” (*Cfr.*: De Laubadère, André, *Traité élémentaire de*

Podría afirmarse que la *idea* del servicio público subyace tras la liberalización de estos tres sectores, mas ello no permite emplear este concepto para englobar la nueva ordenación de tales mercados.

Pero tampoco creemos que sea válido calificar a los servicios que integran a estos mercados como *actividades de interés general*, tal y como hace la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en relación con el sector concreto que ella regula. Este concepto -que ha sido empleado recientemente, también, en relación con el mercado del transporte terrestre⁷⁰- se inspira en una institución propia del Derecho Comunitario Europeo (los *servicios de interés económico general*), cuyos fundamentos son ajenos al Derecho Venezolano⁷¹. En adición a ello, el término *actividades de interés general* es excesivamente vago y ambiguo de cara al Derecho venezolano; en él tienen cabida, en fin, variadas y heterogéneas actividades aún cuando no tengan sustrato económico. Así parece entenderlo incluso la doctrina, que al analizar tal calificación ha concluido que los servicios de telecomunicaciones son *servicios públicos impropios*, concepto igualmente impreciso⁷². Igualmente, el concepto empleado por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no refleja lo que son -quizás- las características más relevantes de este mercado: que en él concurren auténticos servicios -y no simples actividades- de contenido *económico* que satisfacen necesidades de *relevante interés general*⁷³. El concepto de actividades de interés general es, por tanto, igualmente inoperante a los fines de caracterizar la realidad subyacente tras las actividades que integran el mercado de las telecomunicaciones.

3. Servicio público y *publicatio*. La gradación de la intervención pública

Lo expuesto hasta ahora permite llegar a dos conclusiones: primero, que el concepto de “servicio público” alude en realidad a dos técnicas de intervención del Estado, que algunas veces son empleadas complementariamente: la actividad de prestación y la actividad de limitación. En segundo lugar, que la reciente liberalización instrumentada en Venezuela, más que forjar un “nuevo” concepto de servicio público, ha supuesto la sustitución de unas técnicas de intervención por otras. La liberalización -esto es importante subrayarlo- no se ha implemen-

Droit Administratif, Tomo 1, LGDJ, París, 1963, pp. 49-51). Sobre esta problemática terminológica, y su estado actual en el Derecho Francés, *vid.* Linotte, Didier y Romi, Raphaël, *Services publics et Droit public économique*, quatrième édition, Litec, Paris, 2001, pp. 39 y ss.

70 En efecto, dispone el artículo 3 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre (*Gaceta Oficial* número 37.322 de 12 de noviembre de 2001), que “...el transporte terrestre, así como la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de la infraestructura vial, constituye una actividad económica de interés general, a cuya realización concurren el Estado y los particulares de conformidad con la Ley...”.

71 Según el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que “...el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran actividades de interés general...”. Esta norma se inspira en el artículo 2 de la Ley española número 11/1998, General de Telecomunicaciones, según el cual “...las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia...”. Interesa destacar que el Legislador español tomó este concepto del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea, que se refiere a los servicios de interés económico general, término deliberadamente ambiguo, pues en su formulación se pretendió englobar las distintas manifestaciones que la idea del servicio público tiene en Europa (*Cfr.*: González-Varas Ibáñez, Santiago, *El Derecho administrativo privado*, *cit.*, pp. 393-428).

72 *Cfr.*: Blanco-Urbe, Mariela, “Derecho a realizar actividades de telecomunicaciones. Habilitaciones y Concesiones”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, *cit.*, pp. 90-91.

73 El término actividades de interés general es mucho más amplio que el de servicios económicos de interés general. Y empleando aquél término en su vertiente económica, debemos señalar que el concepto de actividad económica incluye tanto a la prestación de servicios como a la comercialización de bienes (*Cfr.* artículo 4 de la Ley Procompetencia). De esta manera, y en estricto sentido, las telecomunicaciones son servicios económicos y no solamente actividades; de allí la ambigüedad del término empleado en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

tado únicamente a través de una *desregulación*: muy por el contrario, ésta es acompañada de nuevas -y enérgicas- medidas de intervención, cuyos objetivos principales son, por un lado, asegurar la adecuada prestación de los servicios liberalizados; por el otro, proteger y afianzar la libre competencia. La actuación de *limitación* persiste, entonces, pero con una orientación -aparentemente- muy distinta.

Ahora bien, ello permite ponderar los tres niveles de intensidad que caracterizan a la intervención pública en actividades sociales y económicas, esto es, la llamada *escala de publicatio*, formulada por Souvirón Morenilla y Villar Ezcurra en España⁷⁴. En primer lugar encontramos la *publicatio intensa* que se compadece con los supuestos en los que se reserva a la Administración tanto la titularidad como la gestión de determinados servicios; se asemeja, así, a la figura de los *servicios públicos excluyentes y exclusivos*, elaborada por Brewer-Carías. A continuación encontramos la *publicatio media*, en la cual se reserva la titularidad de la actividad a la Administración, permitiéndose sin embargo la participación de la iniciativa privada: se corresponde, básicamente, con la noción de Brewer-Carías sobre los *servicios públicos excluyentes pero concedibles*. Por último, la *publicatio mínima*, que -con ciertas variantes- podría identificarse con el concepto de *servicios concurrentes*, esto es, servicios que, desplegados en virtud de un derecho propio y preexistente (libertad económica, por ejemplo), son sometidos a la actuación de limitación de la Administración. La idea del servicio público podrá encuadrarse en cualquiera de estos tres niveles y a ellos serán referibles, por separado o conjuntamente, las técnicas de prestación y limitación de la Administración. Observamos, además, que no es inherente a esta *escala de publicatio* la existencia de obligaciones prestacionales a cargo de la Administración. De otra parte, si bien en estos tres niveles nos encontramos ante limitaciones a la libertad económica, no cabe *deducir* tales limitaciones de la sola declaratoria de *servicio público*: según el concreto grado de *publicatio* en el cual nos encontramos, estaremos ante limitaciones mayores o menores cuya instrumentación exigirá siempre expresa y clara cobertura legal.

Lo que ha sucedido en Venezuela es que el servicio público se ha encuadrado, siempre, en la escala de *publicatio media*. Se ha sostenido, así, que la declaratoria de servicio público *supone* la reserva al Estado sobre la actividad, cuando lo cierto es que el razonamiento debería ser el contrario: la reserva al Estado es la causa que permitiría calificar a determinado servicio como un *servicio público*. Asimismo, la consideración de una actividad como servicio público ha supuesto su prestación mediante concesión, cuando lo cierto es que la concesión es la consecuencia de la reserva expresa. Por ello, ante una declaración de servicio público efectuada por el Legislador, y *antes de imputar alguna consecuencia jurídica, como su reserva al Estado o su necesaria prestación mediante concesión*, debe procederse a analizar sistemáticamente tal declaratoria mediante el estudio de la normativa en la cual se inserta, para luego ubicar en qué grado de *publicatio* nos encontramos. La aplicación de este método en la Ley del Servicio Eléctrico o la Ley Orgánica de Educación, por ejemplo, nos permitiría concluir que estamos, únicamente, en un supuesto de *publicatio mínima*, en la cual (i) no existe reserva al Estado sobre la titularidad del Estado; (ii) no hay necesariamente obligaciones prestacionales o materiales a cargo de la Administración y (iii) no es aplicable la figura de la concesión. Lo fundamental, insistimos, es disociar la idea del servicio público de la reserva al Estado sobre actividades y de la existencia de obligaciones prestacionales a cargo de la Administración. Una y otra consecuencia han de derivar inequívocamente del ordenamiento jurídico.

74 Cfr.: Souvirón Morenilla, José María, *La actividad de la administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, pp. 499 y ss. y Villar Ezcurra, José Luis, "Los cauces de la intervención administrativa", en Don Luis Jordana de Pozas. *Creador de Ciencia Administrativa*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 300 y ss.

4. *A favor del abandono del servicio público como categoría jurídica y la recepción de la noción de servicios esenciales, especialmente, en el ámbito económico*

Llegados a este punto, podemos esbozar nuestra posición: los conceptos del servicio público, en Venezuela, son equívocos e indefinidos. El servicio público se perfila como una institución de contornos difusos de la cual derivan limitaciones *implícitas* a la esfera de libertad general del ciudadano. En materia económica, el servicio público y sus variados conceptos han contribuido a incentivar la ya precaria situación del derecho fundamental a la libertad económica. Los ejemplos tomados de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Ley del Servicio Eléctrico y la Ley de Aviación Civil, en las cuales se exige la concesión para prestar actividades económicas *privadas*, evidencia así que el servicio público es, en Venezuela, un término que enerva los principios más elementales del Estado de Derecho y que disminuye, significativamente, la protección jurídica de las llamadas libertades -derechos- fundamentales. De allí que tal concepto debería ser sustituido por otro que, atendiendo a las características propias de las actividades en las que está presente la idea servicio público, sea cónsono con el debido respeto de las libertades públicas de los ciudadanos, especialmente, de la libertad económica. Proponemos así que cuando la idea del servicio público se refiera a actividades concretas, se emplee el concepto de *servicios esenciales*, entendidos como actividades prestacionales fundamentales para la convivencia social y para el desarrollo de los derechos fundamentales, que se dirigen a satisfacer necesidades colectivas de interés general. Actividades que podrán tener sustrato económico y calificarse, entonces, como servicios económicos esenciales⁷⁵. Algunas notas precisan -y delimitan- el concepto que aquí se propone.

- En *primer lugar*, se trata, propiamente, de servicios, esto es, actividades a través de las cuales se satisfacen -mediante prestaciones inmateriales- determinadas necesidades. El concepto asumido por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones -actividades de interés general- es así excesivamente genérico, pues alude tanto a la prestación de servicios como a la comercialización de bienes: por ejemplo, la comercialización del petróleo es, a no dudarlo, una actividad de interés general. No es sin embargo, y en estricto sentido, un *servicio*.

- En *segundo lugar*, y para distinguir el concepto propuesto con la noción genérica de servicios, hemos empleado el calificativo *esenciales*. Son dos los parámetros que en nuestra opinión permiten calificar al *criterio* de esencialidad: la satisfacción de necesidades de relevante interés social y su conexión con derechos fundamentales de contenido prestacional.

- Se trataría así, y en *tercer lugar*, de un concepto cercano al empleado en el artículo 82 de la Constitución de 1999, esto es, los *servicios básicos esenciales*. Terminológicamente, sin embargo, consideramos que este término es redundante, dado que los calificativos de “básicos” y “esenciales” pueden entenderse como sinónimos. En todo caso, los criterios que la Sala Constitucional ha planteado en torno a esta figura -en la importante sentencia de 8 de diciembre de 2001, caso *Transporte Sicalpar*- son aplicables, también, al concepto propuesto⁷⁶.

75 Las otras acepciones del servicio público -entendido como giro o tráfico de la Administración- deberían sustituirse, entonces, por el concepto de “interés general” o de “actividad administrativa”, según los casos. Por último, cuando el concepto de servicio público se emplee como sinónimo de entes u organismos, debería emplearse el término “Administración”.

76 Según esta sentencia, los servicios básicos esenciales a que se refiere el artículo 82 de la Constitución de 1999 (y entre los que habría que incluir a algunos los servicios públicos domiciliarios a que aluden los artículos 156.29 y 178 constitucional, especialmente, el suministro de electricidad, gas y agua potable), suponen por parte de los particulares un derecho de prestación que puede ser reclamado, incluso, a través de la acción de amparo constitucional, aún mediando relaciones contractuales.

Téngase en cuenta, además, que según dispone el propio artículo 82, la atención de los servicios básicos esenciales es obligación “compartida” entre el Estado y los particulares: de allí que la satisfacción de éstos pueda encomendarse a la libre iniciativa privada, siempre bajo la supervisión de la Administración. Ha sido ésta, precisamente, la fórmula empleada en la reciente liberalización de la electricidad, el gas y las telecomunicaciones entre nosotros.

- Frente a los servicios básicos, y en *cuarto lugar*, el Estado puede intervenir conforme a las dos modalidades ya indicadas: actividad de prestación o actuación de limitación. Ambas técnicas, como señalamos, son intercambiables y pueden incluso ser concurrentes. Lo importante es que el propio concepto de servicios básicos es ajeno a las técnicas de actuación que el Estado -y en concreto: la Administración- puede desplegar. Hay, ciertamente, un mandato conferido a los Poderes públicos de asegurar la adecuada prestación de los servicios básicos, como derivación de la cláusula del Estado social (artículo 2)⁷⁷ y más específicamente, del artículo 82. Sin embargo, que una actividad sea considerada servicio básico no *supone* ni la exclusión o limitación del derecho de los particulares a prestar estos servicios, ni la existencia de un monopolio o de un régimen exorbitante de Derecho Público. Habrá que analizar, casuísticamente, los cauces a través de los cuales se actualiza este mandato.

- De esta manera, y en *quinto lugar*, será el concreto régimen jurídico de los servicios esenciales -establecido por el Legislador- el que permita determinar qué técnicas de actuación desplegarán los Poderes públicos. En unos supuestos será la actuación de *limitación intensa*, mediante la expresa reserva al Estado de estos servicios a través de la correspondiente Ley Orgánica; en otros, se tratará simplemente de la *limitación mínima* mediante la llamada actividad de policía. Podrán también los Poderes públicos, y en virtud del artículo 299 constitucional, prestar estos servicios en concurrencia con los particulares o en régimen exorbitante, si previamente se ha desplegado la actuación de *limitación intensa*. Pero los cauces de actuación de los Poderes públicos son *elementos accidentales y accesorios* del concepto de servicios esenciales asumido. Considerar a determinada actividad como servicio esencial no supondrá, entonces, la existencia de ninguna de estas modalidades y en especial, no supondrá habilitaciones a favor de la Administración para desplegar técnicas de limitación. Deberá regir así el principio general sobre el que se fundamenta la Constitución, esto es, el respeto de la libertad general del ciudadano y, también, el respeto de los derechos fundamentales que reconocen a los particulares la facultad de prestar estos servicios.

- En *sexto lugar*, es también elemento accidental del concepto de servicio esencial (tal y como se desprende de la letra del artículo 82 constitucional), la existencia de una obligación de prestación a cargo de la Administración. Los Poderes públicos tienen, ciertamente, el imperativo constitucional de asegurar la adecuada atención de estos servicios; ello no supondrá, sin embargo, que deban también desplegar la actuación de prestación directa o material. Por el contrario, podrá suceder que la gestión de estas prestaciones sea desarrollada directamente por los particulares en virtud de un derecho previo y preexistente, bajo el control que la Administración ejerza mediante la actuación de limitación.

- Finalmente, y en *séptimo lugar*, los servicios económicos esenciales, como principio general, podrán ser prestados directamente por los particulares en virtud del derecho fundamental a la libertad económica, lo que no impide a la Administración, mediante la empresa pública, concurrir en la prestación de estos servicios en virtud de lo dispuesto en los artículos

77 Que la cláusula del Estado social deriva en mandatos o emplazamientos positivos a favor de los Poderes públicos (que no necesariamente encuentran respaldo en el previo derecho exigir tal actuación) es premisa aceptada por Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico*, cit., pp. 46 y siguientes. Entre nosotros, pueden verse las sentencias de la Sala Constitucional de 1 de diciembre de 2000, caso Frente de Trabajadores Constituyentes y de la Sala Político-Administrativa de 14 de julio de 2000, caso APRUM.

299 y 300 de la Constitución de 1999, que sancionan el principio de *coinciativa económica*. Sin embargo, cualquier técnica de limitación -sea intensa o mínima- deberá *estar establecida en la Ley*, tal y como categóricamente exige el artículo 112 constitucional. De allí que, igualmente, regirá en estos servicios la libre competencia, en los términos en que ésta aparece recogida en el artículo 113 constitucional⁷⁸.

La figura de la *concesión*, por ende, tan sólo podrá aplicarse si los servicios esenciales han sido expresamente reservados a la Administración, quedando vedado -como hasta ahora se ha hecho- el indiscriminado empleo de la técnica concesional, fuera del supuesto antes señalado. Asimismo, y en relación con los servicios económicos esenciales, la Administración tendrá, ciertamente, una genérica obligación positiva que deriva de la cláusula del Estado social, pero que debe ser actualizada por el Legislador mediante cauces muy distintos, entre los que cabrá distinguir la *reserva expresa y categórica al Estado* (artículo 302), o la actuación de limitación del ejercicio del derecho previo a la libertad económica (artículo 112).

Por último, destacar que no todos los servicios que integran los mercados liberalizados recientemente en Venezuela pueden ser catalogados como *servicios esenciales económicos*. Así, y en el concreto sector de las telecomunicaciones, habrá que distinguir entre los servicios que, aún afectando al interés general, no satisfacen directamente necesidades esenciales (i.e.: telefonía móvil), de los servicios que, además, satisfacen directamente estas necesidades. Categoría que, en nuestra opinión, equivaldría a las prestaciones que en cada momento sean consideradas servicios universales.

De allí la necesidad de distinguir entre tres tipos de servicios: las actividades económicas de prestación de servicios; las actividades económicas de prestación de servicios sometidas a regulaciones sectoriales y especiales (por ejemplo, los servicios financieros) y las actividades de prestación de servicios económicos esenciales⁷⁹.

78 En efecto, podemos afirmar que conforme a la “Constitución económica” vigente, todas las actividades de trasunto económico podrán ser explotadas en virtud del derecho a la libertad económica y por tanto, en régimen de libre competencia, dado que ésta es inherente a aquél derecho fundamental. Sobre la libre competencia como principio -y derecho- inherente a la libertad económica, y en relación con su formulación en la “Constitución económica” de 1999, puede verse a Briceño Aranguren, Claudia y Nuñez Machado, Ana Cristina, “Aspectos económicos de la nueva Constitución”, en *Comentarios a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Vadell Hermanos, Valencia, 2000, pp. 184 y ss.; Hernández G., José Ignacio, “Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela”, *cit.*, pp. 61 y ss.; Rondón De Sansó, Hildgard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas*, Editorial Arte, Caracas, 2000, pp. 240 y ss. y Ortiz Alvarez, Luis, *Antitrust, competencia y contencioso administrativo*, *cit.*, pp. 7 y ss.

79 Dentro del conjunto de actividades de prestación de servicios económicos, encontramos tres categorías conceptuales. En primer lugar, los servicios económicos que no se encuentran sometidos a técnicas especiales de limitación: por ejemplo, los servicios de alimentación. En segundo lugar, los servicios que, sometidos a técnicas sectoriales y especiales de limitación, no están llamados a satisfacer necesidades básicas para la sociedad que entroncan con derechos fundamentales. El ejemplo paradigmático serían los servicios de intermediación financiera. Finalmente, encontramos a los servicios económicos que sí satisfacen necesidades colectivas que se relacionan con derechos fundamentales, según lo dispuesto en el artículo 82. Al igual que la categoría anterior, éstos se someten a limitaciones sectoriales y especiales (i.e.: La Ley Orgánica de Telecomunicaciones). Sin embargo, y a diferencia de la segunda categoría, el Estado asume la obligación de asegurar que estos servicios se presten -por la libre iniciativa privada- en condiciones satisfactorias. Para ello, en el ejemplo dado, la Administración asigna a los particulares obligaciones de servicio universal que son, propiamente, obligaciones de contenido prestacional o material.

CONCLUSIONES

Las categorías jurídicas heterogéneas que han sido incluidas dentro del término servicio público, en el ordenamiento jurídico venezolano, privan a éste de cualquier utilidad a los fines de elaborar distinciones conceptuales. Igualmente, la concepción del servicio público como actividad prestacional imputable a la Administración y en la cual se entiende excluida la libertad económica, por un lado, y la prolijidad del Legislador por calificar -sin ninguna sistematización- a diferentes actividades como servicio público, por el otro, hacen de ésta figura una institución de contornos difusos que, además, se erige en limitaciones -inciertas- a las libertades de los ciudadanos.

El concepto del servicio público luce, por tanto, inoperante en Venezuela. Asunto muy distinto es la idea del servicio público: que existen necesidades colectivas de relevante interés social cuya satisfacción no puede abandonarse por entero al mercado y a la libre iniciativa es conclusión que entronca con la cláusula del Estado social, consagrada en el artículo 2 de la Constitución de 1999. Que tal cláusula suponga la asunción de emplazamientos a los Poderes públicos exigibles en relación con estas necesidades es también conclusión que no criticamos. Nuestras objeciones se dirigen, por tanto, a los conceptos del servicio público, no a la idea del servicio público. De allí nuestra crítica a las teorías que, partiendo de la “muerte” del servicio público, suponen el surgimiento de un “nuevo” concepto jurídico. Posiciones, en fin, apasionadas y subjetivas -como señala Tomás-Ramón Fernández- y que impiden abordar la idea del servicio pública con la debida objetividad⁸⁰.

Las anteriores son razones suficientes para propugnar el abandono del servicio público como concepto, y su sustitución por los servicios esenciales. Categoría fundamentalmente material, encuentra respaldo expreso en el artículo 82 de la Constitución de 1999. Servicios esenciales cuyas notas definitorias son ajenas a las técnicas de intervención que la Administración puede desplegar. Calificar a una actividad como servicio esencial, por tanto, supone tan sólo el reconocimiento del relevante interés social que ella encubre; supone, también, un llamado de atención a la obligación del Estado de asegurar su adecuada satisfacción. Ninguna otra consecuencia jurídica deberá imputarse al concepto que aquí se propone. Cualquier limitación a la esfera jurídica de los ciudadanos, y aún más, cualquier limitación a los derechos fundamentales de éstos (en especial, a la libertad económica) deberá contar con inequívoca, clara, precisa y suficiente cobertura legal.

80 Cfr.: “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *cit.*, p. 62.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo): Año 2002

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

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO.

1. *El Ordenamiento Jurídico*: A. Constitución: Régimen transitorio. B. Leyes Orgánicas. 2. *Principios Fundamentales del Estado*. A. Estado Social de Derecho. B. Gobierno democrático: Principio de la alternabilidad. 3. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad*. 2. *Garantías Constitucionales*. A. Restricción. B. Las garantías del debido proceso. a. Derecho a la defensa. C. Tutela Judicial Efectiva. 3. *Derechos Individuales: Derecho a la participación*. 4. *Derechos Sociales*. A. Derechos Culturales: Valores de la cultura. B. Derechos Laborales. a. Derecho a un ambiente de trabajo adecuado. b. Exigibilidad inmediata de los créditos laborales. c. Derecho a la sindicalización. d. Derecho a la huelga. 5. *Derechos Políticos*. A. Derecho al sufragio. B. Derecho a la participación política: Referendo revocatorio.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional*. A. Poder Legislativo: El procedimiento de formación de leyes (promulgación y veto presidencial). B. El Poder Judicial. a. Principios de la Administración de Justicia: Ausencia de formalismos y reposiciones inútiles. b. Tribunal Supremo Justicia: Facultad de avocamiento. c. Administración de la administración de justicia. a'. Vacaciones judiciales. b'. Sanciones correctivas y disciplinarias decretadas por los jueces. d. Procedimientos arbitrales: Árbitros arbitradores. e. Aspectos procedimentales. a'. Declaratoria de mero derecho. b'. Aclaratorias y ampliaciones de sentencias. C. La Administración Pública. a. Potestad sancionatoria. b. Organización Administrativa. a'. Administración Central: Procuraduría General de la República (Participación en juicio). b'. Administración Descentralizada: Empresas del Estado. c. Órganos de seguridad ciudadana: Coordinación. D. El Poder Electoral: Atribuciones. 2. *El Poder Estatal: Procuraduría General de los Estados*. 3. *El Poder Municipal*. A. Distrito Metropolitano de Caracas: Régimen de transición. B. Municipios: Referéndum municipal para la revocatoria del mandato del Alcalde.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Libertad económica*. 2. *Régimen cambiario*. 3. *Propiedad: Régimen de la política habitacional*.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Impuestos Municipales*. A. Autonomía tributaria. B. Patente de Industria y Comercio.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*. A. Potestad de autotutela. B. Pruebas: Medios de prueba (Informes administrativos). C. Lاپso para decidir. 2. *Contratos Administrativos*.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. *Competencia*. A. Actos de los inspectores del trabajo. B. Órganos. a. Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia. b. Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo. 2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Suspensión de efectos del acto administrativo B. Procedimiento: Notificación personal. C. Sentencia a. Extensión de los efectos de un fallo. D. Extinción de la acción por pérdida del interés procesal. E. Perención. 3. *El Contencioso Administrativo de los Contratos: Competencia*. 4. *El Contencioso Administrativo de los servicios públicos*. A. Competencia. 5. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. El Contencioso Administrativo Funcionario. a. Competencia. b. Aplicación supletoria de la Ley de Carrera Administrativa a los Municipios. B. El Contencioso Administrativo Tributario: Medidas cautelares. C. El Contencioso Administrativo Electoral. a. Admisibilidad. b. Reforma del libelo. D. El Contencioso Administrativo de los Conflictos.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control de la Constitucionalidad*. A. Control difuso de la constitucionalidad a. Efectos. b. Inconstitucionalidad de actos procesales. c. Principio del “favor constitucione”. 2. *Recurso de Interpretación Constitucional*. 3. *Recurso de Revisión Constitucional*. 4. *Acción de inconstitucionalidad*. A. Competencia de la Sala Constitucional para conocer de la nulidad de las ordenanzas. B. Medidas cautelares. 5. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Competencia. B. Admisibilidad. a. Legitimación. b. Existencia de medios judiciales ordinarios. C. Objeto: Amparo contra sentencias. D. Procedimiento: Apelación. E. Sentencia: Consulta obligatoria. 6. *Resolución de Controversias Constitucionales entre Órganos del Poder Público*.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*

A. *Constitución: Régimen transitorio*

TSJ-SC (2816)

18-11-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Interpretación del artículo 29 del Estatuto Electoral del Poder Público.

El régimen transitorio sobre los organismos del Poder Electoral, creado por el Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente que contiene el Régimen de Transición del Poder Público, y que con fundamento en su artículo 39 se dictó el Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, perderá validez en tanto en cuanto los órganos transitorios se adapten, en su organización y funcionamiento, a las leyes que dicte la Asamblea Nacional, de tal forma que, mientras ello no suceda, dicha transitoriedad sigue en vigor, en lo que no haya sido derogado.

Con respecto a la vigencia de la transitoriedad decretada por la Asamblea Nacional Constituyente para la implementación efectiva de la organización y funcionamiento del Poder Electoral, hasta tanto sean dictadas las leyes electorales conforme al nuevo texto constitucional y, por consiguiente, sobre la vigencia y aplicación del Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, para la toma de decisiones por parte del Consejo Nacional Electoral, observa esta Sala que dicho Decreto fue dictado por la Asamblea Nacional Constituyente en ejercicio del poder constituyente originario otorgado por el pueblo soberano de Venezuela, mediante referendo aprobado democráticamente el 25 de abril de 1999, para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, en concordancia, con el artículo 39 del Régimen de Transición del Poder Público, aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente en sesión del 22 de diciembre de 1999, para regular la reestructuración del Poder Público con el propósito de permitir la vigencia inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -como desarrollo y complemento de las Disposiciones Transitorias de la Constitución-, hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones que ésta prevé.

Por ello, esta Sala estima necesario hacer, una vez más, algunas consideraciones sobre el tema relativo al régimen transitorio a la Constitución vigente, iniciado con el referendo del 25 de abril de 1999, el cual subyace a la pretensión planteada por el representante del Consejo Nacional Electoral, que consiste en determinar la vigencia del artículo 29 del Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, no obstante haberse celebrado en los días 30 de julio y 3 de diciembre de 2000, los procesos comiciales a que hace referencia el artículo 1 *eiusdem*, “para la elección de Diputados a la Asamblea Nacional, Presidente de la República, diputados a los consejos legislativos y gobernadores de los estados, concejales al Cabildo Metropolitano de Caracas y Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, integrantes de los concejos municipales y alcaldes de los municipios, juntas parroquiales, representantes al Parlamento Latinoamericano y representantes al Parlamento Andino”.

Al respecto, precisa esta Sala señalar que, a partir de la aprobación de las bases comiciales y de la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, surgió un régimen especial en el país, en la cual se distinguen dos períodos claramente delimitados, a saber:

Una primera fase, que se extendió hasta la aprobación de la vigente Constitución, en la que coexistieron las normas de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, con las dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente como máxima expresión del Poder Soberano.

Y una segunda fase, que si bien se inició a partir de la promulgación y publicación de la Constitución de 1999, el bloque constitucional que transitoriamente conforman la vigente Constitución, las Bases y Preguntas del referendo del 25 de abril de 1999 y las normas de la Asamblea Nacional Constituyente sancionadas conforme a éstas, el cual cursa actualmente, *extenderá su vigencia hasta la integral elección de los poderes públicos, y la efectiva organización y funcionamiento de las instituciones previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*

En efecto, con el ofrecimiento a la sociedad venezolana de un proyecto de la Constitución no terminó la labor de la Asamblea Nacional Constituyente, dado que ésta, en la segunda fase antes mencionada, se hizo cargo de la regulación del período transitorio al nuevo régimen constitucional, prolongando sus trabajos más allá de la promulgación y publicación de la Constitución de 1999. Así, las reglas que conducirían al nuevo marco normativo constitucional se plasmaron en el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, que fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de diciembre de 1999, el cual allanaría el camino para la efectiva implantación de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas en la nueva Constitución.

Con respecto a la juridicidad de dicho régimen, así como de las instituciones que lo conforman, esta Sala, en sentencia del 27 de enero de 2000, dictada con motivo de un recurso por inconstitucionalidad e ilegalidad ejercido conjuntamente con acción de amparo constitucional en contra del segundo aparte del artículo 9 del Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, mediante el cual se establecieron los parámetros del Régimen de Transición del Poder Público, determinó:

“...los actores cuestionan el rango de las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente y, en consecuencia, la sujeción de sus actos a la nueva Constitución, lo cual colocaría a los actos de la Asamblea dentro de los denominados por la doctrina como preconstitucionales sujetos a su derogación de forma sobrevenida.

Tal planteamiento, exige de esta Sala un pronunciamiento acerca de si la naturaleza supra-constitucional de los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente abarcan aquellos emitidos con posterioridad a la aprobación de la Constitución de 1999. En tal sentido, entiende la Sala que hasta la fecha de la publicación de la nueva Constitución, la que le precedió (1961) estuvo vigente, lo cual se desprende de la Disposición Derogatoria Única; y como los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no estaban sujetos a la Constitución derogada, los mismos sólo podrían estar regulado –como fuera señalado por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno antes referida- por normas supra-constitucionales. Así, por argumento en contrario, sólo los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta.

De todo lo anterior emerge que, el acto de la Asamblea Nacional Constituyente impugnado en esta oportunidad publicado en la Gaceta Oficial número 36.859 del 29 de diciembre de 1999, esto es, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, no está sujeto ni a ésta, ni a la Constitución de 1961.

En consecuencia, dado que las impugnaciones del acto constituyente son respecto de un texto normativo que no le era aplicable al mismo (Constitución de 1999) no puede existir jurídicamente una contradicción entre ambos. De allí que, en ningún caso procederá una acción de nulidad por vicios de inconstitucionalidad contra el Decreto s/n, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, mediante el cual se establecieron los parámetros del “Régimen de Transición del Poder Público”, publicado en la Gaceta Oficial número 36.859 del 29 de diciembre de 1.999.

El anterior razonamiento, constituye sin duda una razón de fondo que determinará la declaratoria de improcedencia de la acción propuesta, por lo que considera esta Sala que resulta innecesario abrir el contradictorio cuando in limine litis se ha verificado que la acción es manifiestamente improcedente. Así se declara”.

A través del Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público se disolvió el Congreso de la República (artículo 4), se creó la Comisión Legislativa Nacional, que ejercería el poder legislativo mientras se eligiesen los Diputados de la nueva Asamblea Nacional (artículo 5). Asimismo, se disolvieron las Asambleas Legislativas de los Estados (artículo 11), cuyas funciones pasaron a mano de una Comisión Legislativa Estadal (artículo 12), conformada en cada Estado por cinco ciudadanos escogidos por la Asamblea Nacional Constituyente, que quedaron inhabilitados para optar a cargos en las elecciones inmediatamente siguientes. En cambio, el referido Decreto mantuvo en sus cargos al Presidente de la República, y a los Gobernadores de los Estados (artículo 16); e Igualmente, los Concejos Municipales y los Alcaldes continuaron en ejercicio de sus funciones, hasta que fuesen elegidos popularmente sus nuevos integrantes (artículo 15).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia pasó a conformar el Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con la nueva configuración del órgano que determinaba la Constitución de 1999, y que establecía la creación de las Salas Constitucional, Social y Electoral del Tribunal, por lo que el Decreto determinó los miembros que conformarían cada una de las Salas (artículos 17 y 19). También de acuerdo con la nueva estructuración constitucional, el Conse-

jo de la Judicatura pasó a conformar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, adscrita al Tribunal Supremo de Justicia (artículo 21), y la Comisión de Funcionamiento de Reestructuración del Sistema Judicial, formada por los miembros que designara la Asamblea Nacional Constituyente, sustituía a la Comisión de Emergencia Judicial, que buscó la regeneración del Poder Judicial (artículos 22 al 28). Dentro de la organización del Poder Judicial se creó la Comisión Coordinadora de Evaluación y Concursos para Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial, la cual quedó facultada para presentar un proyecto que incluye los principios, normas y procedimientos de las evaluaciones de los jueces, así como lo relativo al ingreso y permanencia en el Poder Judicial (artículo 25).

La Asamblea Nacional Constituyente se reservó la elección del primer Comité de Evaluación y Postulaciones del Poder Ciudadano (artículo 33), y nombró a las personas que desempeñarían provisionalmente los cargos de Defensor del Pueblo, Fiscal General de la República y Contralor General de la República (artículos 34 al 36).

Adicionalmente, el Régimen Transitorio del Poder Público estableció la reestructuración del Consejo Nacional Electoral y de sus dependencias, en los órganos del Poder Electoral de conformidad con las previsiones de la Constitución aprobada (artículo 38) y, asimismo, estipuló que la organización de los primeros procesos comiciales para la elección de los funcionarios públicos allí mencionados, estaría a cargo del Consejo Nacional Electoral de acuerdo a la fecha y al Estatuto Electoral que aprobara la Asamblea Nacional Constituyente, la cual además designó, provisionalmente, a los integrantes del Consejo Nacional Electoral, hasta que la Asamblea Nacional hiciera las designaciones definitivas de conformidad con la Constitución (artículos 39 y 40).

Ahora bien, observa esta Sala que, si el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público señala que las disposiciones de la transitoriedad tienen una duración diferente, según fueran relegitimados los poderes, lo cierto es que en la práctica el fin del régimen transitorio vino marcado por las elecciones del 30 de julio y 3 de diciembre de 2000, pues, estos procesos comiciales eligieron la mayoría de los órganos conformados popularmente, entre éstos, los Diputados de la Asamblea Nacional. Así, una vez instalada la Asamblea Nacional, en sesión del 20 de diciembre de 2000, se ratificaron los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, se eligió al Fiscal General de la República, al Contralor General de la República y al Defensor del Pueblo, quedando así relegitimado el Poder Ciudadano, y luego se promulgó y publicó la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, que define, delimita y estructura este novísimo Poder.

De lo anterior advierte esta Sala, que la transitoriedad de los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Ciudadano, regida por las normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente y por las normas transitorias de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se ha ido extinguiendo en la medida que se han elegido, en forma definitiva, los poderes públicos, que por la situación de transitoriedad fueron conformados con designaciones cuya fuente era el poder constituyente, y se han reestructurado en forma efectiva las instituciones previstas en la nueva Constitución, de acuerdo a las previsiones contenidas en ésta. *Sin embargo, se observa que no ha sucedido lo mismo con respecto a la transitoriedad del Poder Electoral.*

En efecto, sobre este régimen la Sala ha señalado, que resulta claro que si la vigente Constitución previó la legislación electoral como competencia de la Asamblea Nacional, ésta no podía, por razones lógicas, ejercer dicha competencia antes de ser instituida, motivo por el cual se consideró que la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estableció la atribución del Consejo Nacional Electoral para convocar, organizar y supervisar los procesos electorales, mientras se promulgasen las leyes electorales previstas en la Constitución vigente, pero no para dictar las normas conforme deba discurrir dicho proceso, el cual al no poder ser sancionado por la Asamblea Nacional y

al no estar explicitado en la Constitución de 1999, sólo podía ser sancionado por la Asamblea Nacional Constituyente (Vid. sentencia N° 179/2000, caso: *Gonzalo Pérez Hernández y Luis Morales Parada*).

Por ello, con base en el artículo 39 del Régimen de Transición, el 30 de enero de 2000, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó el Estatuto Electoral del Poder Público, uno de los instrumentos jurídicos claves para la correcta finalización de la transición hacia el nuevo marco constitucional. En esencia, dicho Estatuto adentraba en los detalles del diseño de los primeros procesos comiciales -manteniendo un escrupuloso respeto a las indicaciones de la Constitución de 1999-, para las elecciones de Diputados a la Asamblea Nacional, Presidente de la República, Diputados de los Consejos Legislativos y Gobernadores de los Estados, Concejales al Cabildo Metropolitano y Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, integrantes de los Concejos Municipales y Alcaldes de los Municipios, Juntas Parroquiales, representantes al Parlamento Latinoamericano y representantes al Parlamento Andino, esto es, la totalidad de los cargos electos que señala la Constitución vigente, manteniendo como subsidiarias la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y demás leyes conexas, siempre que no chocaran con la Constitución de 1999 y la nueva normativa que forma parte de “*un bloque constitucional*”, como lo ha expresado esta Sala en su fallo n° 180/2000 (caso: *Estatuto Electoral del Poder Público*).

Así se evidencia que, tal como lo sostuvo esta Sala en el fallo n° 179/2000, *supra* mencionado, “...*el Estatuto Electoral del Poder Público no es una modificación de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sino la institución de un régimen electoral transitorio destinado a permitir la vigencia de la Constitución de 1999,...*”. En otras palabras, *el Estatuto Electoral del Poder Público ha integrado -junto con el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público y demás normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente-, el régimen constitucional nacido del proceso constituyente, en orden a hacer efectivo el proceso de transición hacia la plena vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela e “implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas en la Constitución aprobada”*.

Por tanto, debe esta Sala concluir que, el régimen transitorio sobre los organismos del Poder Electoral, creado por el Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente que contiene el Régimen de Transición del Poder Público, y que con fundamento en su artículo 39 se dictó el Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, perderá validez en tanto en cuanto los órganos transitorios se adapten, en su organización y funcionamiento, a las leyes que dicte la Asamblea Nacional, de tal forma que, mientras ello no suceda, dicha transitoriedad sigue en vigor, en lo que no haya sido derogado.

2.- De la aplicación del quórum previsto en el artículo 29 del Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, y de la derogatoria del artículo 25 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

En el marco del régimen transitorio antes expuesto, pasa de inmediato esta Sala a determinar, en primer lugar, si el *quórum* especial establecido en el artículo 29 del Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, para la toma de decisiones por parte del Consejo Nacional Electoral, resulta aplicable a todos los asuntos que le competen como órgano rector del Poder Electoral, o solamente a aquellas decisiones relativas a cualquier aspecto concerniente a la organización de los primeros procesos electorales a que se refiere el artículo 1 *eiusdem*; y en segundo lugar, si en virtud de la vigencia del Estatuto Electoral del Poder Público, se encuentra derogada la disposición contenida en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, dado que la misma es contraria al marco constitucional vigente.

En tal sentido, esta Sala observa que, la Constitución de 1999 crea el Poder Electoral, el cual incluye al Consejo Nacional Electoral como ente rector, bajo cuya dirección se encuentra la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento. Sus competencias, ya no son como las que estaban conferidas al antiguo Consejo Nacional Electoral, únicamente organizar y dirigir las elecciones de los cargos de representación popular y los referendos que pudieran tener lugar, sino que, conforme lo establece el artículo 293 constitucional, se extienden a la organización de las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y partidos políticos; asimismo, corresponde al Poder Electoral el control, regulación e investigación de los fondos de financiación de los partidos políticos. Por otra parte, el artículo 296 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone que integran al Consejo Nacional Electoral cinco personas “no vinculadas a organización con fines políticos”, designadas por la Asamblea Nacional.

Advierte la Sala, que la nueva estructura del Consejo Nacional Electoral, la reducción del número de sus integrantes a cinco miembros y la ampliación de las competencias asignadas al Poder Electoral, obligó a la Asamblea Nacional Constituyente, mediante un proceso que garantizara la continuidad institucional, el Estado de Derecho y la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas en la Constitución de 1999, a designar provisoriamente a los cinco integrantes del referido ente comicial, hasta que la Asamblea Nacional hiciera los nombramientos definitivos de conformidad con el artículo 296 de la Constitución vigente y de acuerdo con la Ley que a tal efecto apruebe.

Al respecto, el artículo 41 del Régimen Transitorio del Poder Público, expresó:

“Artículo 41.- La Asamblea Nacional Constituyente designará los integrantes del Consejo Nacional Electoral.

Las designaciones contenidas en el presente artículo son de carácter provisorio, hasta que la Asamblea Nacional haga las designaciones definitivas conforme con la Constitución aprobada”.

Siendo así, aprecia esta Sala que, con el propósito de desarrollar el Régimen Transitorio del Poder Público, se dictó el Estatuto Electoral del Poder Público, referente al orden electoral transitorio y extraordinario, destinado a permitir la vigencia inmediata y plena de la Constitución de 1999, hasta que de conformidad con la Constitución se establezca el régimen legal que vaya derogando la provisionalidad, y vaya dejando sin efectos las normas y los actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente, relativos al régimen de transición al nuevo marco constitucional. Es así como los procesos comiciales previstos en el artículo 1 del referido Estatuto Electoral quedaron sujetos a la regulación del mismo, y supletoriamente por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y demás leyes conexas, en todos aquellos aspectos no regulados por el Estatuto Electoral del Poder Público, siempre que, no fueran contrarias a la Constitución de 1999.

Ahora bien, se observa que, tal como lo destacó el recurrente, uno de los aspectos regulados por el Estatuto Electoral del Poder Público se refiere al mínimo requerido (*quórum*) para la toma de decisiones por parte de la Junta Directa del Consejo Nacional Electoral, cuando dispuso en el artículo 29, lo siguiente:

“Artículo 29: Las decisiones del Consejo Nacional Electoral para la organización de los comicios previstos en el presente Estatuto Electoral requerirán del voto de una mayoría calificada de por lo menos cuatro (4) de sus integrantes”.

Partiendo, entonces, de la ratificación de la vigencia del régimen de transición, que incluye al Estatuto Electoral que lo desarrolla, considera la Sala que resulta desatinado pretender que el *quórum* especial a que hace referencia la norma antes transcrita, solamente se refiera a los primeros procesos comiciales para la elección de Diputados a la Asamblea Nacional, Presidente de la República, Diputados a los Consejos Legislativos y Gobernadores de

los Estados, Concejales al Cabildo Metropolitano y Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, integrantes de los Concejos Municipales y Alcaldes de los Municipios, Juntas Párroquiales, representantes al Parlamento Latinoamericano y representantes al Parlamento Andino, afirmación que por demás, sugiere inexplicablemente aplicar para los otros asuntos que al Consejo Nacional Electoral le compete decidir, la mayoría simple contemplada en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Es de destacar que, dado el carácter constitucional que esta Sala le ha reconocido al Estatuto Electoral del Poder Público, cuyas normas –se reitera– forman parte de “*un bloque constitucional*”, éstas tienen un valor superior a cualquier normativa preconstitucional como la contenida en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la cual sólo mantendría su vigencia en todo lo que no contradiga la Constitución de 1999 o a sus principios, conforme a la Disposición Derogatoria Única del referido Texto Fundamental.

Siendo ello así, considera esta Sala que, la interpretación planteada por el Consejo Nacional Electoral que reconoce la vigencia y, por consiguiente, defiende la aplicación del artículo 25 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, a los asuntos que le competen, en el sentido de admitir el *quórum* previsto en dicha norma, representado por una mayoría simple de los integrantes del Directorio de dicho Consejo para la adopción de sus decisiones, resulta *incompatible con la Constitución de 1999*, la cual prevé en su artículo 296, una estructura del ente comicial integrada por cinco personas y no por siete personas.

Así pues, a juicio de esta Sala, dada la naturaleza de las normas contenidas en el Régimen de Transición del Poder Público y el Estatuto Electoral del Poder Público, que por emanar de la Asamblea Nacional Constituyente tienen carácter constitucional y derogan las leyes preconstitucionales que choquen con ellas, las disposiciones de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política se hacen inaplicables al contradecir normas de naturaleza constitucional, de tal forma, que la disposición contenida en el artículo 25 de la referida Ley Orgánica, promulgada bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la cual prevé un *quórum* para la toma de decisiones por parte del Directorio del Consejo Nacional Electoral, quedó necesariamente derogada, no sólo porque el Régimen de Transición del Poder Público y, particularmente, el Estatuto Electoral del Poder Público señaló una mayoría calificada y no una mayoría simple, sino que cuando dicha norma legal establece el último *quórum* mencionado, lo hace con fundamento en el artículo 50 de la misma Ley Orgánica, que prevé una conformación del Consejo Nacional Electoral (siete miembros) que no concuerda con la nueva estructura del referido ente comicial, prevista en el artículo 296 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por consiguiente, a pesar de que no existe previsión expresa sobre la aplicación de la mayoría calificada a que hace referencia el artículo 29 del Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, para la aprobación de las decisiones que con respecto a asuntos distintos a los primeros procesos comiciales, adopte el Consejo Nacional Electoral, considera esta Sala que el mismo sí procede, pues, partiendo de una interpretación sistemática del bloque constitucional del cual forman parte la Constitución de 1999, las Bases y Preguntas del referendo del 25 de abril de 1999 y las normas de la Asamblea Nacional Constituyente sancionadas conforme a éstas, como el Régimen Transitorio del Poder Público y el Estatuto Electoral del Poder Público, este último regirá los venideros procesos comiciales, especialmente en cuanto al mínimo requerido (*quórum*) de por lo menos, cuatro de los cinco integrantes del Consejo Nacional Electoral, para las decisiones relativas a su organización, hasta tanto finalice la transición una vez promulgada la Ley Orgánica del Poder Electoral, que regulará su organización y funcionamiento, y sean designados por la Asamblea Nacional, conforme a la Constitución vigente, los nuevos integrantes del Consejo Nacional Electoral.

B. *Leyes Orgánicas*

TSJ-SC (2573)

16-10-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica contra la Corrupción.

La Sala desaplica el principio derogatorio de las leyes, a los fines de facilitar la labor legislativa en la derogatoria de aquellas leyes orgánicas dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1961 que no se adecuen al nuevo orden constitucional. Ello en virtud de que la votación que exigía la Constitución de 1961 para la sanción de una ley orgánica, es inferior a la que en la actualidad gobierna para la sanción de esa categoría de ley.

Precisa la Sala oportuno referir el criterio que en relación con el elemento material para la definición de las Leyes Orgánicas impera en la actualidad. Siguiendo a Peña Solís, la Sala coincide en que del nuevo precepto constitucional se desprende "...la voluntad clara de la Constitución de suprimir la categoría de leyes orgánicas denominadas doctrinariamente por investidura parlamentaria la cual durante la vigencia de la Constitución de 1961 tenía su origen en el acto formal del Parlamento de investir dichas leyes como tales, por la mayoría absoluta de cada Cámara al iniciarse la discusión. Pero a la par de esa supresión, reserva de manera taxativa, ámbitos competenciales para ser regulados en forma exclusiva y excluyente por leyes orgánicas...". En este sentido, el aludido autor cita a Juan Santamaría(1991), quien designa el asunto como una reserva cerrada o limitativa, "que también comporta una prohibición de regular por leyes orgánicas aquellas materias que la Constitución no incluye en los mencionados ámbitos competenciales..."(PEÑA SOLÍS, José, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen I, Colección Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia Caracas, 2000, pág. 254).

La Sala no duda de las razones de conveniencia que pudo tener la Asamblea Nacional para dictar la Ley, cuya naturaleza orgánica, se examina bajo la calificación otorgada; tampoco duda de las competencias que al respecto tiene el referido órgano legislativo, así como de la importancia de su contenido, sin embargo, la Sala se ve obligada a advertir que, de acuerdo con el examen del cuerpo normativo acompañado, y según la construcción doctrinaria realizada por la Sala para este tipo de leyes, que requieren para su promulgación que concurren las circunstancias anotadas, no están presentes, en el caso de autos, los elementos que permitan identificar y otorgar a la Ley remitida el carácter orgánico, pues con la misma, como se dejó establecido, no se pretende regular ninguno de los supuestos contenidos en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que hagan posible convenir en su carácter orgánico. Así se decide.

Con base en las anteriores consideraciones, este Máximo Tribunal se pronuncia, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el sentido de declarar la inconstitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica contra la Corrupción, y así se declara.

No obstante, lo expuesto ha advertido esta Sala Constitucional, del examen efectuado al contenido del instrumento normativo remitido para su consideración, la existencia de una Disposición Derogatoria, mediante la cual se pretende abrogar la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, publicada en *Gaceta Oficial* N° 3.077, Extraordinario del 23 de diciembre de 1982, que como su nombre lo indica posee el carácter orgánico.

Al respecto, debe observar esta Sala que, tal derogatoria plantea un inconveniente derivado de la negativa contenida en el presente fallo de otorgar la calificación de orgánica a la Ley remitida por la Asamblea Nacional, contentiva de la aludida disposición derogatoria.

En efecto, como quiera que esta Sala, a través del presente fallo, ha considerado la inconstitucionalidad del carácter orgánico de dicha Ley, y aunque no pretende prejuzgar por este medio la conformidad del referido instrumento normativo con la Constitución, no debe dejar de referirse a la circunstancia que, no estando ajustada al máximo instrumento normativo la pretendida naturaleza orgánica, no es posible que se disponga en su articulado la derogatoria de la vigente Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

La limitación expuesta obliga a esta Sala a pronunciarse acerca de la problemática que plantea el actual sistema de formación de las leyes en cuanto a su naturaleza orgánica, derivado del distinto régimen dispuesto en la vigente Constitución de 1999, con respecto a la cuestión de la derogatoria de aquellas leyes orgánicas, dictadas como tales, bajo la vigencia de la Constitución de 1961.

La cuestión deviene de las implicaciones del aforismo, por demás recogido en el artículo 118 del Texto Constitucional vigente, según el cual “las leyes se derogan por otras leyes...” y del que postula “*lex posterior derogat priori*”; lo que produce el inconveniente de determinar cómo una ley posterior puede derogar una anterior si no posee la misma categoría.

La Ley Orgánica ha sido considerada como una figura intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias, de tal manera que dentro del sistema de fuentes, ostenta un nivel jerárquico superior, lo que implica que una ley ordinaria no podría derogar aquella. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961, texto jurídico que creó por primera vez en Venezuela esta figura legislativa, disponía: “La creación de las leyes orgánicas tiene por objeto impedir que por leyes especiales se deroguen disposiciones que se refieren a la organización de ciertos poderes o a las formalidades que deben reunir determinadas leyes”; disponiendo en su articulado que las leyes orgánicas son “las que así denomina esta Constitución y las que sean investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley...” (Art. 163).

Pero, además, la norma disponía que “Las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas”, expresión que, si bien fue suprimida en el nuevo texto fundamental, contiene un principio de jerarquía de relevancia y arraigo en nuestro medio forense que gobierna el sistema de fuentes, y el cual debe sostenerse, pues de otra manera el Constituyente no hubiese hecho la distinción y hubiese dejado al legislador ordinario la sanción de todas aquellas leyes que le interesó distinguir y consignó en el artículo 203 constitucional, amén de la mayoría calificada que exige para su aprobación como tal.

A diferencia del referido precepto normativo contenido en la Constitución derogada, la norma constitucional en vigor dispone que son leyes orgánicas i) las que así denomina esta Constitución; ii) las que se dicten para organizar los poderes públicos; iii) o para desarrollar los derechos constitucionales y iv) las que sirvan de marco normativo a otras leyes. (Art. 203) requisito que, salvo el primero, deberá concurrir con la admisión previa como tal, por parte de la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley (*idem*).

Exigencia que, por demás, es vinculante y definitiva para considerar a una Ley como orgánica, toda vez que no basta con que se dé uno de los supuestos del encabezamiento del mencionado artículo 203 de la Constitución sino que, además, es imprescindible que concurra éste.

Advierte la Sala que, ese cambio de concepción de las leyes orgánicas, al que se aludiera anteriormente en este mismo fallo, tiene como inconveniente que aquellas leyes a las que se les hubiese otorgado legítimamente tal carácter, de conformidad con el ordenamiento vigente para aquel momento, y pretendan ser derogadas por el Legislador actual, no podrían derogarse, si el instrumento normativo con el que se pretendiera su abrogación no poseyera igual naturaleza orgánica, de acuerdo con los principios anotados y a tenor de las causales taxativas contenidas en el artículo 203 de la Constitución vigente.

Cabe destacar que, el problema se plantea debido a que el anterior sistema permitió la utilización indiscriminada de la calificación de orgánicas de las leyes que se sancionaban, de tal manera que, cualquier Ley que obtuviera la mayoría calificada necesaria podía poseer tal carácter y, por tanto, situarse en un grado superior, dentro del sistema de fuentes, en la materia por ella regulada; lo que, necesariamente, incide a los efectos de la función del principio de aplicación preferente y de la vigencia o derogación de las leyes.

De manera que, los efectos del principio derogatorio supone entonces una restricción al legislador actual cuya función legislativa se vería limitada, al no poder nunca derogar por nuevos instrumentos jurídicos aquellos dictados bajo la vigencia del régimen preconstitucional, que ahora no pueda otorgárseles el mismo rango jerárquico, derivado del carácter taxativo de las causales de organicidad de la ley contenidas en el artículo 203 de la Constitución vigente, limitadas a cuatro -“*numerus clausus*”-, lo que además ha sido reconocido por esta misma Sala en las interpretaciones que en relación con dicha norma ha producido.

Por tal razón, esta Sala Constitucional, como órgano encargado de la interpretación y aplicación de la Constitución, estima necesario establecer unos parámetros que permitan al legislador actual realizar su función, sin que la misma se vea limitada por las modificaciones operadas por la entrada en vigencia de la nueva Constitución, de tal manera que se logre un sistema que permita la materialización del componente dinámico que debe caracterizar la actividad realizada por el Poder Legislativo, en la creación y derogación de las leyes para la adecuación del ordenamiento jurídico a los nuevos postulados constitucionales.

A tales efectos, precisa esta Sala necesario advertir una primera premisa y es que las leyes orgánicas sancionadas como tales, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, por el entonces Congreso Nacional continúan poseyendo tal carácter, pues su formación se adecuó al sistema constitucional vigente para la oportunidad de su sanción, aun cuando de conformidad con la norma vigente que regula la institución no pudiera considerarse en la actualidad como tal, por lo que desconocer su condición sería pretender aplicar retroactivamente la norma Constitucional vigente, que dispone detalladamente los casos en que una Ley puede ostentar carácter orgánico. En virtud de lo anterior estas leyes se encuentran vigentes y son legítimas, en tanto y en cuanto su proceso de formación se adecuó a postulados vigentes para aquel momento, salvo su falta de adecuación a principios sustantivos constitucionales actuales.

Otra cuestión relevante es que la votación que exigía la Constitución de 1961, requerida para la sanción de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, es inferior a la que en la actualidad gobierna para la sanción de esa categoría de Ley, esto es, las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara para el momento de iniciarse su discusión, como en efecto se constata de la copia certificada del acto de la sesión acompañada a los autos, de lo que se sigue que el actual proyecto de Ley, objeto de la presente solicitud, cuenta con una mayoría calificada, es decir superior, a la requerida para la sanción de la Ley cuya derogatoria se pretende, de manera que, estima esta Sala que se cumple en el caso de autos con el requisito contenido en la parte in fine del primer aparte del artículo 203 de la Constitución, según el cual: “[E]sta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas”, de suerte que se verifica tal supuesto, de carácter necesario para modificar aquella, por aplicación inmediata de la norma, no obstante su rango de orgánica conforme a la derogada Constitución.

Una tercera cuestión, deriva del criterio de ley posterior que honra al nuevo proyecto de ley, principio al que antes se aludió, aunado a la adaptación que el mismo contiene en relación con los nuevos postulados políticos y sociales contenidos en la Constitución de 1999, lo que excluiría la aplicación preferente de la regla que alude a la preeminencia del criterio de la supremacía de la Ley Orgánica sobre la Ley Ordinaria en la misma materia que regulan.

En este sentido, considera oportuno la Sala citar a Diez-Picazo, quien refiriéndose al efecto derogatorio sin acto de derogación, citando a Sorrentino, sostiene que “el efecto derogatorio no sería más que la consecuencia constitucionalmente necesaria de la existencia de una antinomia que debe ser eliminada en aras de la unidad del ordenamiento jurídico...” (DIEZ-PICAZO, Luís María, *La Derogación de las Leyes*, Editorial Civitas, Primera Edición, Madrid, 1990, pág. 257). Ante la situación planteada, esta Sala encuentra entonces necesario desatender la eficacia del principio derogatorio, según el cual, la derogación de una norma legal, sólo puede verificarse por una norma jurídica de categoría igual o superior y ha de efectuarse mediante los trámites formales que corresponden a la norma derogatoria en cuestión (Cfr: SÁNCHEZ COVISA, Joaquín. “La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano” en la Obra Jurídica de Joaquín Sánchez Covisa, Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1976, págs. 79 y ss.), es decir, la ley ordinaria no podría derogar a la orgánica, cuando regulen la misma materia.

La adaptación propuesta por la Sala, a través del presente fallo, en su función de garantizar la aplicación de las normas de la Constitución, se justifica por razones de seguridad jurídica, que exige la certeza de un sistema de fuentes dentro del ordenamiento jurídico orientado hacia la vigencia de los postulados constitucionales; de manera que, esta Sala encuentra justificada, a los fines de hacer compatibles las leyes producidas bajo el nuevo sistema constitucional con los principios generales que gobiernan la derogación de las leyes, las normas constitucionales y aquellas leyes preconstitucionales, la desaplicación de tales principios para facilitar la labor legislativa en la derogatoria de aquellas leyes orgánicas, dictadas bajo la vigencia de la abrogada Constitución, que no se adecuen al nuevo orden constitucional, por aplicación inmediata de los principios en ella contenidos, cuyo valor normativo y de aplicación inmediata y directa ha tenido esta Sala oportunidad de destacar. Tal conclusión sería producto de la aplicación inmediata y preferente en el caso *sub iudice* de la disposición contenida en el artículo 203 de la vigente Constitución. Como corolario de lo expuesto téngase presente el excurso efectuado por el autor español antes referido Diez-Picazo, en su citada obra, en relación a la posibilidad de leyes inderogables, en la que formula una reconstrucción del criterio de jerarquía normativa sobre la base del abandono del aspecto meramente formal. En este sentido expone:

“Por otra parte –y ello ya no es tan obvio, sobre todo para los formalistas de estricta observancia-, la relación jerárquica no significa únicamente la existencia de una mayor rigidez o mayor fuerza pasiva en la norma superior, que la haga inmune frente a la inferior. Este puro dato formal no es suficiente para que haya jerarquía, puesto que no da razón del fundamento de ésta; pero, además, ni siquiera es necesario, porque el mayor grado de rigidez puede ser síntoma de una aplicación de principio de competencia. Piénsese por poner tan sólo un ejemplo muy notorio en la caracterización que de las leyes orgánicas, dotadas de una fuerza pasiva reforzada, ha hecho la jurisprudencia constitucional. La jerarquía no se apoya, por tanto, en características puramente formales.

A la vista de estas dos consideraciones, no es de extrañar que un jurista atento negara validez al principio de jerarquía en el contexto italiano y más en general, europeo a los años treinta. No se cumplía, en esa época el requisito elemental de la identidad de objeto entre la Constitución –cuando existía- y la ley, porque el concepto de Constitución dominante en la doctrina europea por obra del positivismo era el de un mecanismo de distribución de competencias, una fuente sobre las fuentes del Derecho.

Es más: el propio Kelsen, padre de la culminación de la dogmática positivista y, por tanto, de esa idea de Constitución. Habida cuenta de esta separación entre Constitución y ley, lo verdaderamente coherente es, sin duda, interpretar cualquier posible rigidez en clave competencial. Ahora bien, muchos ordenamientos europeos de la segunda postguerra y, sobre su ejemplo, el actual ordenamiento español han mutado sus estructuras de tal manera que ya no se dan en ellos esas dos notas que justificaban hace cincuenta años la negación de la jerarquía.

De un lado, hoy no puede decirse de constituciones en el más pleno y auténtico sentido de la palabra que no tenga el mismo objeto que la legislación ordinaria y que, por tanto, no estén jerárquicamente supraordenadas a ésta última. Tal es el caso, como lo ha demostrado de forma concluyente Rubio Llorente, de la constitución española, en la que, junto a normas sobre la organización de los poderes y sobre los modos de producción jurídica hay declaraciones constitucionales (derechos fundamentales, garantías institucionales, mandatos al legislador, etc.), esto es, normas materiales.

Estas normas materiales, sobre todo a causa de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, determina que hasta los más recónditos rincones del ordenamiento se vean impregnados por la Constitución, de manera que no haya en la práctica ningún posible objeto de formación al que no resulte aplicable alguna norma material de la Constitución. Así, esta última deviene no sólo fuente sobre las fuentes, sino verdadera fuente del Derecho, directamente aplicable a las concretas relaciones jurídicas por lo que no puede negarse, sobre la base de la falta de identidad en el objeto, su superioridad jerárquica sobre cualquier otra norma del ordenamiento. Lo propio ocurre en la relación ley-reglamento, desde el momento en que, con la desaparición del principio monárquico -salvo sus epígonos, como la Constitución francesa de 1958-, no existen materias exentas al poder del legislador, de modo que todo reglamento jurídico es tendencialmente reglamento ejecutivo de una ley". (*Ibidem*, pág. 92)

El autor prosigue señalando que la jerarquía normativa no se apoya pues, en las características formales, tales como la fuerza pasiva de los actos jerárquicamente ordenados. Y a la pregunta en qué se basa entonces, responde que una corriente de pensamiento liberal, consciente de la insuficiencia de la explicación formalista funda la jerarquía de las normas en la jerarquía constitucional de los órganos encargados de la producción normativa.

Así, procede a explicar la jerarquía interorgánica, concluyendo en que no se da un paralelismo perfecto entre la jerarquía como esquema de la organización y la jerarquía como un modo de ordenación de normas. En virtud de lo expuesto se impone estimar la procedencia de la derogatoria de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público contenida en el proyecto de Ley Orgánica contra la Corrupción remitido a esta Sala Constitucional por la Asamblea Nacional para evaluar su carácter orgánico, no obstante la investidura de aquella Ley, a los fines de garantizar el desarrollo de los preceptos y principios constitucionales vigentes y asegurar el dinamismo que debe garantizar al Poder Legislativo. Así se declara.

2. Principios Fundamentales del Estado

A. Estado Social de Derecho

TSJ-SC (85)

24-1-2002

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y otros.

El Estado Social de Derecho persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolos a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación.

La formación y desarrollo del concepto de Estado de Derecho, tiene su origen histórico en la lucha contra el absolutismo, y por ello la idea originalmente se centraba en el control jurídico del Poder Ejecutivo, a fin de evitar sus intervenciones arbitrarias, sobre todo en la esfera de la libertad y propiedades individuales. Sin embargo, tal concepto fue evolucionando, y dentro de la división de poderes que conforman el Estado, en la actualidad el Estado de Derecho consiste en que el poder se ejerce únicamente a través de normas jurídicas, por lo que la ley regula toda la actividad Estatal y en particular la de la administración; y parte de la esencia del concepto consiste en “el control judicial de la legalidad desde lo que se va a considerar la norma suprema: la Constitución” (*El Estado Social de Derecho en la Constitución*, por Encarnación Carmona Cuenca, Consejo Económico y Social, Madrid 2000), la cual encabeza una jerarquía normativa, garantizada por la separación de poderes.

Tal concepción está recogida en la vigente Constitución, donde toda la actividad Estatal está regida por la ley: leyes que emanan del Poder Legislativo y otros Poderes, y reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo, sin que estos últimos puedan contradecir la letra o el espíritu de la ley; mientras que la constitucionalidad es controlada judicialmente mediante el control difuso o el control concentrado de la Constitución.

Al concepto de Estado de Derecho la actual Constitución le agrega el de Estado Social, tal como lo establece el artículo 2 constitucional, cuando establece que “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

El concepto de Estado Social surge ante la desigualdad real existente entre las clases y grupos sociales, que atenta contra la igualdad jurídica reconocida a los individuos por la propia Carta Fundamental (artículo 21).

Dicho concepto (Estado Social) ha ido variando en el tiempo, desde las ideas de Ferdinand Lassalle, que se vierten en sus discursos de 1862 y 1863, donde sostiene que el Estado es el instrumento de transformación social por excelencia y su función histórica es liberar al ser humano de la miseria, la ignorancia y la impotencia a la que se ha visto sometido desde el comienzo de la historia; pasando por el pensamiento de Lorenz Von Stein, quien basado en la existencia de una clase dominante que se ha apoderado de la conducción del Estado, y de una clase dependiente que no tiene acceso a los bienes espirituales (educación), ni a los materiales (propiedad), propone que el Estado haga posible para la clase inferior la adquisición de aquellos bienes, lo cual se logra mediante una reforma política de contenido social realizada desde el Estado, utilizando un conjunto de medidas y leyes que posibiliten a todos los individuos la adquisición de esos bienes a través del trabajo. Estas ideas propugnan a la armonía social como *desideratum* del Estado Social.

La marcha hacia un Estado, uno de cuyos fines sea lograr la armonía social entre las diversas clases, se fue abriendo paso, y así la Constitución Alemana de Weimar de 1919, introdujo una serie de normas dirigidas a la reforma social, las cuales fueron consideradas normas programáticas a ser desarrolladas por el legislador, quien al no hacerlo vació de contenido el proyecto de Estado Social fundado en una reforma social, que propugnaba dicha Constitución.

A juicio de esta Sala, tales antecedentes son importantes para entender la vigente Constitución Venezolana, que establece un Estado Social de Derecho y de Justicia, término (Estado Social de Derecho) que fue acuñado por Hermann Heller en 1929 en su obra *Rechtsstaat oder Diktatur* (Traducción al castellano: *Estado de Derecho o Dictadura*).

Heller, va a oponer el Estado Social de Derecho al Estado de Derecho liberal y formalista, que consideraba la norma como un instrumento técnico para regular las relaciones humanas, pero sin ninguna referencia a valores y contenidos concretos, situación notoriamente conocida en Venezuela, y que impide que el Estado sea el motor de la transformación social. De allí, que desde los comienzos de la consolidación del concepto de Estado Social, lo importante es entender la ley en base a principios tendentes en lo posible a alcanzar el bien común, y no como una normativa que se aplica por igual a realidades desiguales. Esto es básico comprenderlo, ya que el no hacerlo conduce a la injusticia.

Ernst Forsthoff (*Sociedad Industrial y Administración Pública*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid 1967), en 1938 hizo nuevos aportes para el delineamiento del concepto de Estado Social. Para este autor alemán, la procura existencial necesaria debido a la menesterosidad social, obliga al Estado no solo a mantener en funcionamiento el proceso económico sino de configurarlo, para redistribuir la riqueza, y de allí que considere que el Estado Social a diferencia del Estado autoritario y del Estado Liberal de Derecho, por ser un Estado que garantiza la subsistencia, es un Estado de prestaciones y de redistribución de la riqueza. A juicio de Forsthoff tales finalidades no se lograban mediante un Estado de Derecho, porque éste, por su estructura, sólo persigue mantener la libertad en el marco de la ley, por ser el Estado de Derecho formalista, mientras que el Estado Social debe adecuarse a lo que sea oportuno y posible en un momento determinado, lo que no encaja dentro de las formas legales preexistentes. De allí que surgieran dudas sobre el carácter jurídico de la fórmula; y del antagonismo entre Estado de Derecho y Estado Social, se planteó que este último concepto carecía de juridicidad. Surgiría así, una incompatibilidad entre las fórmulas Estado Social y Estado de Derecho a nivel constitucional, teniendo la primera carácter no jurídico.

Dentro de la evolución del concepto, la mayoría de los autores alemanes, conforme a Carmona Cuenca (*ob. cit.* pp 70 y 71), consideran compatibles ambas fórmulas, así como reconocen al concepto de Estado Social carácter jurídico. Tanto el Tribunal Constitucional Alemán, como el Tribunal Supremo Federal Alemán, han concebido el Estado Social como habilitación y mandato constitucional al legislador para que se interese en los asuntos sociales, para que adopte como juez un orden social justo (Ernst Benda, "El Estado Social de Derecho", *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid 1996); pero hay autores que no comulgan con que haya que esperar que el poder legislativo cumpla el mandato para que el Estado Social de Derecho tenga vigencia, y que consideran que ello se logra igualmente por la interpretación de las normas constitucionales que haga la jurisdicción constitucional (*Vid.* Encarnación Carmona Cuenca, *ob. cit.* p. 72), tal como lo reconoció esta Sala en fallo de 22 de agosto de 2001, donde se admitió esta demanda.

El autor alemán Helmut Ridder (*Die Soziale Ordnung des Grundgesetzes, Westdeucher Opladen 1975*), expresa que la función que cumplían los derechos fundamentales en el Estado Liberal era fortalecer unas posiciones ya consolidadas del poder social que actuaban en contra de los intereses de las mayorías oprimidas, y que es contra esa situación que se dirige el Estado Social, que persigue un disfrute real y efectivo de los derechos fundamentales por el mayor número de ciudadanos.

Dicho autor opina, además, que la igualdad en un Estado Social no puede ser interpretada formalmente, sino teniendo en cuenta la situación real de los afectados, las relaciones sociales de poder, por lo que el Estado debe tender a interpretar el principio de equidad como igualdad material.

La evolución del concepto de Estado Social no solo ocurrió en Alemania, ya que en Estados Unidos, aunque sin el desarrollo antes indicado, después de la crisis económica de los años 20 del siglo 20, se instauró la política del New Deal, que supuso una serie de medidas para superar a su vez la crisis social, y así nació en el año de 1933 la intervención económica (Tennessee Valley Authority, Agricultural Adjustment Act y National Industry Recovery Act) y a partir de 1935 una serie de leyes laborales de seguridad social (como la National Labour Relations Act). Se ha considerado que el Welfare State o Estado de bienestar es un equivalente del Estado Social de Derecho, aunque como expresa García Pelayo (*La Transformación del Estado Contemporáneo*, Alianza, Madrid 1977, p. 14), con un sentido más bien limitado a política estatal de bienestar social.

El concepto de Estado Social de Derecho, delineado en los párrafos anteriores, ha sido incorporado a Constituciones de otros países, como la Española de 1978, o la Colombiana de 1991, la Alemana, la Argentina, la de Costa Rica o la de Paraguay, por ejemplo.

La Constitución Española de 1978, al establecer el Estado Social de Derecho (artículo 1.1), el cual en líneas generales coincide con lo hasta ahora expuesto en este fallo, limitó derechos liberales clásicos, con el fin de lograr en el plano económico la cobertura de necesidades básicas de los ciudadanos, en particular los que se encuentran en condiciones económicas inferiores con relación a otros.

Así, la Constitución citada limita derechos de contenido económico, como los relativos a la libertad de contratación laboral, lo que logra mediante los derechos sociales del trabajo, que establecen -por ejemplo- el salario mínimo o suficiente, las condiciones mínimas de los contratos, el derecho de promoción a través del trabajo, la no discriminación laboral en razón del sexo, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo y las normas sobre las condiciones de trabajo; y además, limita la libertad de empresa y el derecho de propiedad. Se trata de una normativa que persigue disminuir las desigualdades sociales, permitiendo que las personas ajenas al poder público o privado, obtengan una mejor calidad de vida.

Los postulados liberales de la libertad de empresa, basados en la libre concurrencia y en la autorregulación de la economía en base a las leyes de mercado, fueron relegados en dicha Constitución, por la intervención directa e indirecta del Estado sobre la economía, contemplada en el artículo 131 de la Constitución Española, al darle al Estado la función planificadora de la economía. También el derecho de propiedad sufrió restricciones en la Constitución Española comentada, en razón de su función social (artículo 33).

2.- Conceptos actuales sobre el Estado Social de Derecho

Refundiendo los antecedentes expuestos sobre el concepto de Estado Social de Derecho, la Sala considera que él persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación.

A juicio de esta Sala, el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales. El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la Constitución Económica tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social.

El Estado Social va a reforzar la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. Como valor jurídico, no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros. Tal como decía Ridder, "...el Estado se habilita para intervenir compensatoriamente, desmontando cualquier posición de poder siempre que lo estime conveniente", pero, agrega la Sala, fundado en la ley y en su interpretación desde el ángulo de los conceptos que informan esta forma de Estado.

El Estado Social, trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad, sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, en base al silencio de la ley o a ambigüedades de la misma, ya que ello conduciría a que los económicos y socialmente mas fuertes establezcan una hegemonía sobre los débiles, en la que las posiciones privadas de poder se convierten en una disminución excesiva de la libertad real de los débiles, en un subyugamiento que alienta perennemente una crisis social.

Ahora bien, este concepto de Estado Social de Derecho, no está limitado a los derechos sociales que la Constitución menciona expresamente como tales, ya que de ser así dicho Estado Social fracasaría, de allí que necesariamente se haya vinculado con los derechos económicos, culturales y ambientales.

Estos últimos grupos de derechos buscan reducir las diferencias entre las diversas clases sociales, lo que se logra mediante una mejor distribución de lo producido, un mayor acceso a la cultura, un manejo lógico de los recursos naturales, y por ello el sector público puede intervenir en la actividad económica, reservarse rubros de esa actividad, permitiendo a los particulares actuar en ellas mediante concesiones, autorizaciones o permisos, manteniendo el Estado una amplia facultad de vigilancia, inspección y fiscalización de la actividad particular y sus actos, por lo que la propia Constitución restringe la libertad de empresa consagrada en el artículo 112.

También es necesario apuntar que derechos como el de propiedad o el de la libre empresa no quedan abolidos en un Estado Social, sino que quedan condicionados en muchas áreas, al interés social, y en ese sentido deben interpretarse las leyes, toda vez que "...el fortalecimiento de la sociedad requiere del fortalecimiento del propio Estado. Pero no ciertamente de 'cualquier Estado', sino de uno que realice los valores democráticos y que reconociendo sus responsabilidades públicas, sea capaz también de aceptar sus límites" ("Repensando lo Público a través de la Sociedad", *Nuevas Formas de Gestión Pública y Representación Social*, Nuria Cunill Grau, Nueva Sociedad, p. 17).

3.- El Estado Social de Derecho en el Derecho Constitucional Venezolano

La Constitución de la República de Venezuela de 1961, no recogió el concepto de Estado Social de Derecho, sin embargo entre su normativa se encontraban disposiciones de contenido social, de igual entidad a las que en las constituciones que implantan el Estado Social de Derecho, aparecen como características de dicho concepto.

Así, la citada Constitución de 1961, establecía derechos sociales (Título III, Capítulo IV), imponía la solidaridad social (artículo 57), limitaba el derecho de propiedad (artículo 99); regulaba el régimen económico, en base a la justicia social (artículo 95), así como la libertad económica (artículos 96, 97 y 98), reconociendo en esas normas caracteres propios de los Estados Sociales de Derecho, como es la función del Estado de proteger, planificar y fomentar la producción; y en varias disposiciones tomaba en cuenta el valor interés social, el cual en criterio de esta Sala, es uno de los distintivos del Estado Social de Derecho.

El interés social ha sido definido:

“d.) Interés Social. Esta es una noción ligada a la protección estatal de determinados grupos de la población del país, a quienes se reconoce no están en igualdad de condiciones con las otras personas con quienes se relacionan en una específica actividad, y por lo tanto se les defiende para evitar que esa condición desigual en que se encuentran obre contra ellos y se les cause un daño patrimonial, o se les lleve a una calidad de vida ínfima o peligrosa que crearía tensiones sociales.” (Ver Cabrera Romero, Jesús Eduardo, *Las Iniciativas Probatorias del Juez en el Proceso Civil regido por el Principio Dispositivo*, Edifove, Caracas 1980, p. 262).

Por otra parte, a nivel de la Doctrina Venezolana, Hildegard Rondón de Sansó (*Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*, Caracas 2000, p 48), en criterio de esta Sala, sigue la concepción de Estado Social de Derecho expresado en el número anterior de este fallo, cuando afirma:

“El Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado Social en la justicia distributiva. El Estado tradicional es el legislador, en cuanto que el Estado Social es fundamentalmente un gestor al cual debe sujetarse la legislación (de allí el predominio de los decretos leyes y de las leyes habilitantes). El Estado tradicional se limita a asegurar la justicia legal formal; en cuanto que el Estado Social busca la justicia legal material. El Estado tradicional profesó los derechos individuales como tarea fundamental; en cuanto que el Estado social entiende que la única forma de asegurar la vigencia de los valores es su propia acción. El Estado tradicional se caracteriza por su inhibición, mientras que el Estado Social por sus actividades.”

También el autor Ricardo, Combellas, *Estado de Derecho, Crisis y Renovación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1982) a juicio de la Sala, coincide en cierta forma con los conceptos expuestos.

Dicho autor, expresa:

“El Estado Social de Derecho se define a través de la conjunción de un conjunto de notas, todas consustanciales al concepto, y que contribuyen a delimitarlo de manera clara, precisa y distinta.

a) La nota económica. El Estado dirige el proceso económico en su conjunto. Es un Estado planificador que define áreas prioritarias de desarrollo, delimita los sectores económicos que decide impulsar directamente y/o en vinculación con el empresariado privado, determina los límites de acción de éste, dentro de variables grados de autonomía, en fin, el Estado Social pretende ser, al conformar la vida económica, el conductor proyectivo de la sociedad.

b) La nota social. El Estado Social es el Estado de procura existencial. Satisface, por intermedio de los individuos. Distribuye bienes y servicios que permiten el logro de un standard de vida elevado, convirtiendo a los derechos económicos y sociales en conquistas en permanente realización y perfeccionamiento.

Además, el Estado Social es el Estado de integración social, dado que pretende conciliar los intereses de la sociedad, cancelando así los antagonismos clasistas del sistema industrial.

c) La nota política. El Estado Social es un Estado democrático. La nota democrática es consustancial al concepto de Estado Social. La democracia entendida en dos sentidos armónicos interrelacionados: democracia política como método de designación de los gobernantes, y democracia social como la realización del principio de igualdad en la sociedad.

Como ha apuntado Abendroth: ‘En el concepto del Estado de derecho democrático y social, la democracia no se refiere sólo a la posición jurídica formal del ciudadano del Estado, sino que se extiende a todos sus ámbitos de vida, incluyendo el orden social y la regulación de las necesidades materiales y culturales del ser humano’.

d) La nota jurídica. El Estado Social es un Estado de Derecho, un Estado regido por el derecho. La idea del derecho del Estado Social es una idea distinta a la idea del derecho del liberalismo, es una idea social del derecho que pretende que las ideas de libertad e igualdad tengan una validez y realización efectiva en la vida social. Tal idea social del Derecho es material, no formal, exige la materialización de sus contenidos valorativos en la praxis social.

Además, es un Derecho orientado por valores, una concepción valorativa del Derecho. En este sentido, rescata el rico acervo axiológico que tuvo en sus orígenes el concepto de Estado de Derecho, y que el positivismo jurídico decidió formalizar.

Los valores de la justicia social y de la dignidad humana son los dos valores rectores de la concepción del Estado Social de Derecho. La justicia social como la realización material de la justicia en el conjunto de las relaciones sociales; la dignidad humana como el libre desenvolvimiento de la personalidad humana, el despliegue más acabado de las potencialidades humanas gracias al perfeccionamiento del principio de la libertad.”

Luego, el tránsito hacia el Estado Social de Derecho ya venía dado desde la Constitución de la República de Venezuela de 1961, como lo reconoce el profesor Combellas, pero al ser destacado en la vigente Constitución, se profundiza debido al Preámbulo de la Carta Fundamental y al reconocimiento expreso que hace el artículo 2 constitucional, de la existencia del Estado Social. El Preámbulo de la Constitución, como tal es parte de ella, y según él, la Constitución es la base para refundar la República de acuerdo a los valores expresados en el mismo Preámbulo. Consecuencia de ello, es que la conceptualización de lo que es Estado Social de Derecho y de Justicia tiene que adaptarse a los valores finalistas del Preámbulo, y por ello el concepto venezolano, puede variar en sus fundamentos del de otro “Estado Social”, ya que su basamento será diferente.

Manteniéndose la columna vertebral conceptual de lo que es un Estado Social, el cual la Sala ya lo expresó, del Preámbulo se colige que el Estado Social está destinado a fomentar la consolidación de la solidaridad social, la paz, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad, sin discriminación ni subordinación. Luego, la Constitución antepone el bien común (el interés general) al particular, y reconoce que ese bien común se logra manteniendo la solidaridad social, la paz y la convivencia. En consecuencia, las leyes deben tener por norte esos valores, y las que no lo tengan, así como las conductas que fundadas en alguna norma, atenten contra esos fines, se convierten en inconstitucionales.

La Constitución de 1999 en su artículo 2 no define que debe entenderse por Estado Social de Derecho, ni cual es su contenido jurídico. Sin embargo, la Carta Fundamental permite ir delineando el alcance del concepto de Estado Social de Derecho desde el punto de vista normativo, en base a diferentes artículos, por lo que el mismo tiene un contenido jurídico, el cual se ve complementado por el Preámbulo de la Constitución y los conceptos de la doctrina, y permiten entender que es el Estado Social de Derecho, que así deviene en un valor general del derecho constitucional venezolano. Además del artículo 2 de la vigente Constitución, los artículos 3 (que señala los fines del Estado), 20 (que hace referencia al orden social), 21.1 y 2, 70, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 90, 102, 112, 113, 115, 127, 128, 132 y 307, y los relativos a los Derechos Sociales establecidos en el Capítulo V del Título III, se encuentran ligados a lo social, y sirven de referencia para establecer el concepto del Estado Social de Derecho y sus alcances.

Inherente al Estado Social de Derecho es el concepto antes expresado de interés social, el cual es un valor que persigue equilibrar en sus relaciones a personas o grupos que son, en alguna forma, reconocidos por la propia ley como débiles jurídicos, o que se encuentran en una situación de inferioridad con otros grupos o personas, que por la naturaleza de sus relaciones, están en una posición dominante con relación a ellas, por lo que si en esas relaciones se les permitiera contratar en condiciones de igualdad formal, los poderosos obligarían a los débiles a asumir convenios o cláusulas que los perjudicarían o que obrarían en demasía en beneficio de los primeros, empobreciendo a los segundos.

Para evitar tal desequilibrio, la Constitución y las Leyes determinan cuáles materias son de interés social (artículos 120 y 307 constitucionales, por ejemplo), o definen o utilizan expresiones que permiten reconocer que en específicas áreas de las relaciones humanas, existen personas en posiciones de desigualdad donde unas pueden obtener desmesurados beneficios a costa de otros, rompiendo la armonía social necesaria para el bien colectivo.

Dentro de las protecciones a estos “débiles”, la Constitución de 1999, establece Derechos Sociales, los cuales por su naturaleza son de interés social; mientras que otras leyes señalan expresamente materias como de interés social; o se refieren a la protección de personas que califican de débiles jurídicos (artículos 6.3 de la Ley al Protección de Consumidor y al Usuario, por ejemplo).

De esta manera se va formando un mapa de quiénes son los sujetos protegidos por el Estado Social.

También son elementos inherentes al Estado Social de Derecho, la solidaridad social (artículos 2, 132 y 135 constitucionales) y la responsabilidad social (artículos 2, 132, 135 y 299 constitucionales). De las normas citadas se colige que el Estado Social no sólo crea obligaciones y deberes al Estado, sino que a los particulares también.

La solidaridad social nace del deber de toda persona de contribuir a la paz social (artículo 132 constitucional), de ayudar al Estado, según su capacidad, en las obligaciones que a él corresponden en cumplimiento de los fines del bienestar social general (artículo 135 *eiusdem*); y en el ámbito familiar, de participar en los procesos señalados en los artículos 79, 80 y 81 constitucionales. Luego, existe en la población una obligación solidaria por el bienestar social general.

La responsabilidad social de los particulares viene señalada por la Constitución y las leyes, y comprende la contribución con el Estado para que cumpla con los fines de bienestar social general (artículo 135 constitucional), las responsabilidades establecidas puntualmente en la Constitución (artículo 94 *eiusdem*); la obligación compartida con el Estado de coadyuvar con la satisfacción del derecho de las personas a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales (artículo 82 constitucional); obligación que es mayor para los particulares que se dedican o están autorizados para actuar en el área de la política habitacional.

La responsabilidad social de los particulares que actúan dentro del régimen socio-económico, está plasmado en el artículo 299 constitucional que reza: “...el Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta”.

En áreas socio-económicas nace una responsabilidad social para los particulares que el Estado autoriza para obrar en ellas, y éstos, además, deben respetar los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad (artículo 299 ya citado).

La corresponsabilidad también se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar (artículo 326 constitucional).

Luego, el Estado Social de Derecho no sólo crea deberes y obligaciones para el Estado, sino también en los particulares, los cuales -conforme a las normas transcritas- serán de mayor exigencia cuando el sector privado incide en áreas socio-económicas.

La protección que brinda el Estado Social de Derecho, varía desde la defensa de intereses económicos de las clases o grupos que la ley considera se encuentran en una situación de desequilibrio que los perjudica, hasta la defensa de valores espirituales de esas personas o grupos, tales como la educación (que es deber social fundamental conforme al artículo 102 constitucional), o la salud (derecho social fundamental según el artículo 83 constitucional), o la protección del trabajo, la seguridad social y el derecho a la vivienda (artículos 82, 86 y 87 constitucionales), por lo que el interés social gravita sobre actividades tanto del Estado como de los particulares, porque con él se trata de evitar un desequilibrio que atente contra el orden público, la dignidad humana y la justicia social. (Ver sentencia 2403 de esta Sala de 27-11-01).

4.- Efectos del Estado Social de Derecho

Entre las instituciones y conceptos jurídicos a ser revisados e interpretados de acuerdo al artículo 2 constitucional y a la existencia del Estado Social de Derecho y de Justicia, se encuentra el imperio de la autonomía de la voluntad, y el de la voluntad contractual del Estado y de los particulares.

Ni la autonomía de la voluntad, ni la libertad contractual pueden lesionar los beneficios que produce el Estado Social, contrariándolo, al contribuir a discriminaciones, subordinaciones, ruptura de la justicia social o desigualdades lesivas, por desproporcionadas, para una de las partes del contrato en materias de interés social.

Por ejemplo, la actividad económica, está limitada por la Constitución, por razones de desarrollo humano, protección del ambiente u otros de interés social; por lo que la actividad económica tiene que encuadrarse dentro del Estado Social, así ésta no emerja del Estado (con más razón si es él quien la dinamiza de alguna manera).

Así mismo, el Estado promoverá la riqueza, así como la protección de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, de empresa, de comercio e industria, pero siempre con la meta de garantizar la creación y justa distribución de la riqueza (artículo 112 constitucional), por lo que, es el bien común, sin desigualdades ni discriminaciones, sin abusos, el objetivo del Estado Social de Derecho, y tanto en las leyes como en la interpretación constitucional deberán propender a él. Esta finalidad, necesariamente, limita la autonomía de la voluntad contractual, y a la actividad económica irrestricta, que permite a las personas realizar todo aquello que la ley no prohíba expresamente, así sea en perjuicio de la población o de sus grupos.

No es que la interpretación constitucional de lo que es el Estado de Derecho prohíba el lucro, la ganancia o la libertad negocial, lo que sucede es que a juicio de esta Sala, la creación de riqueza y su justa distribución no pueden partir de una ilimitada y desorbitada explotación de los demás, y menos en áreas que por mandato constitucional pertenecen al Estado, o donde éste otorga a particulares concesiones; o los autoriza para que exploten dichas áreas o actúen en ellas, por lo que los particulares pueden crear en estos espacios autorizados riqueza propia, pero esta creación no puede ser en detrimento de quienes entran en contacto con las actividades que se realizan en ellas, y que por ser atinentes a todos los venezolanos, mal pueden ser aprovechados por algunos en desmedido perjuicio de los otros. De allí que las ganancias que los explotadores de tales áreas puedan obtener tienen que ser proporcionadas al servicio que presten y a la idoneidad con que lo hacen.

Se trata de evitar los perjuicios derivados de una desigualdad en las relaciones, proveniente de que una de las partes se encuentra en una posición dominante ante otras que forman un grupo o una clase social, por lo que dichas relaciones, de carecer de tutela efectiva, gene-

rarían una situación desproporcionadamente ventajosa para quien se encuentra naturalmente en la posición dominante sobre los miembros de las clases o grupos que en tal relación, les correspondería estar en situación de inferioridad. No se trata sólo de la desproporción que puede existir entre el poderoso económico que explota a los menesterosos, sino que puede ocurrir en otras relaciones donde por motivos tecnológicos o de otra índole, una de las partes del contrato, debido a su posición, lesiona en su calidad de vida, al otro contratante, quien incluso podría formar parte del grupo privilegiado, pero que en este tipo de relación queda igualado a la masa explotable.

Ello puede ocurrir -por ejemplo- con consumidores de bienes, cuya publicidad masiva y subliminal los presiona inconscientemente a su adquisición; o con usuarios de servicios públicos necesarios o de bienes esenciales de amplia distribución, que no reciben dichos servicios o bienes en la calidad y condiciones requeridas, ni dentro de una relación de armonía entre lo recibido y lo pagado por ello; o con aquellos a quienes colectivamente se les sorprende en la buena fe, al no prestarles la información comprensible y necesaria, abusando de la ignorancia y obteniendo sobre ellas leoninas ventajas.

Igualmente, derechos individuales pierden efectividad ante derechos colectivos, tal como ocurre con el de la libertad económica, ya que por razones de interés social (artículo 112 Constitucional), ella puede verse limitada, sobre todo -si conforme al mismo artículo 112- el Estado debe garantizar la justa distribución de la riqueza.

Así como el Estado Social de Derecho, mediante la ley o la interpretación de la misma según los principios fundamentales de la Constitución de 1999, puede limitar la autonomía de la voluntad en los contratos, igualmente y dentro de parámetros legales, puede restringir la propiedad, y hasta expropiarla, si por causa de utilidad pública o interés social fuere necesario (artículo 115 constitucional).

Conforme a lo expuesto, esta Sala apunta, que en cuanto a las limitaciones a la autonomía de la voluntad derivadas del interés social, basta recordar que si ellas operan en los contratos administrativos, como lo reconoce el profesor José Melich Orsini, (“Contratación Contemporánea”, en *Instituciones de Derecho Privado*, 2000), con mas razón funcionará cuando el negocio pertenece a áreas de necesidad social.

Siguiendo al profesor Melich, (*ob. cit.* p. 136), si las “cláusulas exorbitantes” de los contratos administrativos (que distienden la autonomía de la voluntad), obran en contratos celebrados entre dos particulares cuando uno de ellos actúa en función administrativa o por delegación de un ente público encargado de la actuación de un interés público o general, con mayor razón -agrega esta Sala- las limitaciones tendrán lugar en materias donde el Estado Social de Derecho debe proteger los intereses de los llamados débiles jurídicos, o en razón de la función de estado como factor del interés público o de interés social.

Así como el profesor Melich (*ob. cit.* p. 137), reconoce que en el contrato administrativo el juez tiene una gran libertad de acción que le permite atribuir al contrato efectos que no se vinculan con las reales voluntades de las partes que lo han celebrado (propósito e intención de las partes), así mismo -observa la Sala- en los contratos de interés social o que gravitan sobre él, el juez deviene en un tutor del débil jurídico, ajeno a la voluntad real de las partes al negociar, que puede atribuir al contrato efectos que van mas allá del propósito e interés de las partes, siempre que así se logre realizar un orden económico equilibrado socialmente deseable.

Dentro de ese orden de ideas, la Sala considera que conductas constitucionalmente prohibidas, tales como los monopolios (artículo 113 constitucional), las que abusan de la posición de dominio (artículo 113 *eiusdem*), la usuraria (artículo 114) y otras prevenidas en la Constitución, no pueden ser desconocidas o relegadas, mediante acuerdos de voluntades. De ello suceder, tales convenios no surtirán efectos.

En las áreas de interés social, la plena autonomía de la voluntad de las partes sólo es tolerada si con ella se persigue el bienestar social, lo que significa que una parte no pretenda -fundada en la autonomía- esquilmar a la otra, como puede ocurrir en el Estado de Derecho Liberal.

No es cierto, como expresa la Asociación Bancaria Nacional, que por el hecho de que una persona sea capaz funciona a plenitud y validez el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos. El error y el dolo, son causas de nulidad de contratos efectuados por personas capaces.

En los contratos es importante que funcione el principio de conformidad, sobre todo en materias donde se venden o adquieren bienes o servicios, donde es necesario que la descripción del bien o del servicio ofrecido, con sus cualidades o ventajas, sea cierto y que el consumidor o el usuario que lo busca, acicateado por la propaganda o por la necesidad, lo haya podido comprobar previamente, ya que de no ser así, no sólo se estaría sorprendiendo la buena fe que debe regir en el contrato, sino que se le induciría a una adquisición perjudicial, valiéndose de la ignorancia del adquirente, por lo que se estaría ante una actitud contraria a las buenas costumbres.

Por otra parte, quien ofrece un bien o un servicio como apto para los usos que el adquirente del mismo requiere, debe poner en conocimiento del usuario o del consumidor la real aptitud del bien, al momento de la celebración del contrato.

Por ello, la vigente Constitución en su artículo 117, establece que el adquirente de bienes y servicios tiene el derecho de disponer de una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consume.

Para los necesitados de vivienda -por ejemplo- en ejercicio de un derecho social, obtener créditos de los entes financieros que le resuelvan su problema, potencia su derecho de obtener la máxima información (adecuada), que no conduzca a engaños, sobre las características y modalidades de los créditos.

Si ello no lo logra, o le es imposible entender lo que se le suministra, su voluntad no queda expresada cabalmente, así se obligue sin coacción.

De allí, que como luego se apunta en este fallo, el Banco Central de Venezuela, dictó normas destinadas a dar al usuario la mayor información sobre las operaciones bancarias (Resolución N° 97-12-01 del 4 de diciembre de 1997); y que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, haya establecido en su artículo 6.7 dentro de los derechos de los consumidores y usuarios: "La protección contra la publicidad subliminal, engañosa o abusiva; los métodos comerciales coercitivos o desleales que distorsionan la libertad de elegir; y las prácticas abusivas impuestas por proveedores de bienes y servicios".

La citada ley especial, consideró a los usuarios de los servicios prestados por la Banca, las Entidades de Ahorro y Préstamo y otras entidades financieras, sujetos de la protección del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (Indecu), como lo expresó en el artículo 80, por lo que a ellos son aplicables las protecciones del aludido artículo 6, el cual -además- en su numeral 3 expresamente reconoce al consumidor y al usuario su condición de débil jurídico, sujetos de protección particular por mandato del artículo 21.2 constitucional, por lo que a su vez se hace acreedor de una tuición por interés social.

Luego, la conformidad con el bien adquirido estaba sujeta a que efectivamente -a pesar de su capacidad- el sujeto adquirente conociera a plenitud de que se trataba, máxime en áreas negociales donde uno de los contratantes ejerce derechos sociales, y que por responsabilidad social debe ser protegido.

De allí, que considera la Sala, que la autonomía de la voluntad irrestricta, no funciona en materias donde la propia ley exige dar informaciones previas a uno de los contratantes, para que pueda existir entre las partes la conformidad con el bien o servicio adquirido con el contrato, para que pueda existir armonía entre ellos, debido a su disímil posición.

5- Libertades Económicas en el Estado Social de Derecho

Dentro del marco teórico que establece este fallo para poder juzgar el caso concreto, analizado desde el ángulo del Estado Social de Derecho, no solo es necesario examinar la incidencia del concepto sobre los contratos que se realizan en materia de interés social, sino delimitar las acciones de las libertades económicas señaladas en la Carta Fundamental.

Las directrices del Estado Social de Derecho, inciden sobre las libertades económicas y sobre el derecho de propiedad, los cuales no se convierten, como tampoco lo eran en la Constitución de 1961, en derechos irrestrictos.

No es que el Estado Social de Derecho propenda a un Estado Socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad, sino que es un Estado que protege a los habitantes del país de la explotación desproporcionada, lo que se logra impidiendo o mitigando prácticas que atentan contra la justa distribución de la riqueza, y que conforme a las metas contenidas en el Preámbulo de la Constitución, tiende en toda forma a evitar la actividad monopólica, los abusos de la posición de dominio, la demanda concentrada (artículo 113 constitucional); los ilícitos económicos, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización (artículo 114 *eiusdem*); la adquisición de bienes y servicios de baja calidad, o que se ofrezcan sin la información adecuada o engañosa sobre el contenido y características de los servicios y productos de consumo, así como que se atente contra la libertad de elección de los mismos (artículo 117 constitucional).

Es de la esencia del Estado Social de Derecho dictar medidas legales para planificar, racionalizar y regular la economía (artículo 112 constitucional), restringir la propiedad con fines de utilidad pública o interés general (artículo 115 *eiusdem*), o limitar legalmente la libertad económica por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otros de interés social (artículo 112 constitucional).

Es criterio de la Sala, que cuando la propia Constitución prohíbe determinadas conductas, de producirse, ellas devienen en inconstitucionales, independientemente de que sean tipificadas como delitos o faltas, o sean susceptibles de sanciones administrativas; y como proceder inconstitucionales pueden ser objeto de acciones diversas a las penales, tendentes a que cese o se impida la violación constitucional, sin necesidad de discutir la calificación delictiva de las conductas prohibidas. Como se explica en este fallo, las restricciones legales a la propiedad o a la libertad económica, son inherentes a la existencia del Estado Social de Derecho y su meta de proteger a las personas ante las conductas desequilibrantes tendentes a explotar a sectores de la población. Este signo distingue al Estado Social de Derecho del Estado Liberal. Dentro de un Estado Social, es inadmisibles que el Estado sea la fuente del desequilibrio que se trata de evitar.

Ahora bien, mediante el régimen de concesiones, el Estado y los entes que lo conforman pueden permitir a particulares la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de esos entes, así como la prestación de servicios de naturaleza pública, pero estas concesiones no pueden ejercerse sino adecuándolas al interés público, como lo señala el artículo 113 constitucional así como al interés social, motivo por el cual ni los derechos que se le otorgan, ni la actitud de los concesionarios pueden tener una connotación distinta a la del Estado, y dentro de un Estado Social la concesión no puede estar destinada a aumentar el desequilibrio entre las clases, o entre el Estado y los ciudadanos. Las normas sobre responsabilidad social, recogidas en los artículos 299 y 326 constitucionales, a juicio de esta Sala son claras al respecto.

Es más, el concesionario -como empresario- no puede trasladar a los ciudadanos riesgos inherentes a la empresa, como tampoco puede desplazar hacia éstos los costos que le corresponden para poder operar, buscando de esta manera un lucro exagerado o injusto que atenta contra el interés público y la calidad de la vida de los ciudadanos. Permitirlo, sería negar el Estado Social de Derecho.

El Estado, y los concesionarios que actúan en su nombre, tienen que adaptarse a las prohibiciones de los artículos 113, 114, 115 y 117 constitucionales, salvo las excepciones constitucionales y legales. Sobre estos tópicos la Sala falló el 8-12-00 (sentencia 1556). Igualmente, deben obrar de acuerdo a valores como la solidaridad y la responsabilidad social.

Observa la Sala, que en áreas diferentes a las de las concesiones, el Estado otorga a particulares autorizaciones o permisos para actuar, realizar contratos administrativos, prestar servicios públicos, etc.

Hay actividades que son de interés general, de interés público o de interés social, y para que los particulares puedan cumplir esas actividades, es necesario -por mandato legal- que el Estado los autorice o los habilite, lo que también es necesario para prestar servicios públicos, como los que prestan -por ejemplo- la Banca y otros entes financieros, servicio público reconocido como tal por el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, o por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en lo referente al subsistema de vivienda y política habitacional (artículo 52 de la última ley citada).

Quienes reciben la autorización pueden, en principio, ejercer libremente la actividad económica que han preferido, pero ella puede quedar sujeta -por mandato legal- a la vigilancia, fiscalización y control del Estado. Pero, además, dentro del Estado Social de Derecho, estos particulares autorizados cuando obren en áreas de interés social, tienen el deber de cumplir con su responsabilidad social, lo que significa no sólo ceñirse al cumplimiento de la ley, sino propender a la paz social, contribuir a la armonía, lo cual es un deber de las personas -y no sólo del Estado- a tenor del artículo 132 constitucional.

Ante tal deber, no es pensable que fundados en la autorización estatal, estos particulares traten de impedir la democracia económica y entraben a otros la libertad de empresa, o realicen actividades destinadas a la explotación desproporcionada de las personas, así la ley no lo prohíba, porque aceptar lo contrario es dejar sin aplicación al Estado Social de Derecho e ignorar los deberes sociales que dicho Estado crea en general.

Por ello, varias leyes vigentes, como el Decreto n° 310 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, en su artículo 9, establece que una misma persona no puede ejercer ni controlar simultáneamente en una región, dos o más de las actividades de producción, transporte o distribución previstas en esa Ley. Control prohibido, por lo que las simulaciones o fraudes a la ley, tendientes a burlar tal prohibición son perseguibles no solo por el Estado, sino por los particulares interesados, ya que en una democracia participativa, tales acciones cívicas son posibles.

Se limita así la libertad de empresa, abriendo los cauces a la democracia económica, y que otros pueden participar de los negocios o industrias, lográndose así una mejor y equitativa distribución de las riquezas.

Idénticas o semejantes prohibiciones se encuentran en otras leyes que procuran evitar la concentración de poder económico en personas o grupos de personas, tal como acontece en los artículos 146 y 191 de la Ley de Telecomunicaciones, o el 63 de la Ley Orgánica de Turismo, por ejemplo. Por ello, en general, las libertades económicas y de empresa tienen límites, siempre en beneficio del colectivo.

Por otra parte, el Estado Social de Derecho se funda igualmente en la solidaridad, y no admite ni en el Estado, ni en los particulares autorizados para actuar en áreas de interés social o público, que en base a silencios de la ley, asuman conductas discriminatorias o que propendan al empobrecimiento y explotación de clases sociales o grupos de población considerados débiles. El fin de lucro, debe conciliarse con la solidaridad y la responsabilidad social.

Se trata de principios generales, aplicables a la actividad económica en general. No es admisible, por ejemplo, que el Estado, sin justificación alguna, cobre a unos usuarios una tarifa, y premie a otros que están en igualdad de condiciones, exonerándolos de ese pago. No es admisible que el Estado otorgue concesiones -por ejemplo- con determinadas cláusulas favorables al concesionario y no las otorgue a otro concesionario que se encuentra en igual situación. Ante tales discriminaciones, tratándose de la explotación de recursos del Estado o de la prestación de servicios públicos, con exclusividad o sin ella, las víctimas de la discriminación, o los usuarios, u otros concesionarios, contratantes, etc., tienen el derecho de pedir que no se les discrimine y se les permita realizar la actividad económica en igualdad de condiciones; y tal derecho es oponible a los particulares que explotan bienes o servicios del Estado, bien porque hayan realizado contratos con éste, u obtenido concesiones o autorizaciones.

Para esta Sala es inconcebible que quien goza de estos bienes o derechos, propiedad del Estado Venezolano y por lo tanto del Pueblo, impida a otros el goce, o los utilice de una manera tal que haga nugatorio el acceso de los particulares, y hasta del Estado a esos servicios, entre los que se encuentra el crédito por interés social.

La solidaridad social de quien realiza la actividad económica, sea venezolano o extranjero, a juicio de esta Sala va aún más allá. Las personas no pueden estar encaminadas a obtener ventajas usurarias, o a realizar contratos -así las partes los acepten- donde una de ellas no corre riesgos y obtiene todas las ganancias, mientras la otra está destinada a empobrecerse. Hasta allí no llegan las consecuencias de la autonomía de la voluntad en un Estado Social de Derecho, en el cual la solidaridad social es uno de sus elementos, que existe no para explotar o disminuir a los demás, ni para premio de los más privilegiados.

Tal proceder, que se enmarca dentro del capitalismo liberal, es contrario de la dignidad humana y no es mas que un abuso del o de los propietarios de las empresas que lo adelanten.

La Sala ha hecho todas las anteriores consideraciones, como parte de los motivos o fundamentos de este fallo, ya que sólo a la luz de esos conceptos puede analizarse el caso de autos, y puede sopesarse si en materia de interés social, donde el legislador dicta normas destinadas a resolver problemas sociales, a veces a costa de sacrificios de los débiles, las instituciones nacidas de estas normas pueden extenderse a situaciones semejantes o parecidas, pero ajenas a las razones que les dieron nacimiento.

6.- Los derechos prestacionales

Por otra parte, la Sala debe puntualizar que la fórmula: Estado Social de Derecho tiene carácter jurídico, convirtiéndose en uno de los principios del actual orden constitucional, pero de ella (aislada) no se deducen pretensiones jurídicas inmediatas por parte de los ciudadanos, sino criterios interpretativos para quien aplica las normas constitucionales o las de rango inferior al Constitucional, así como pautas de orientación de la actividad de los poderes públicos.

Dada la corresponsabilidad social entre el Estado y los particulares es un deber de todos dentro de un Estado Social de Derecho, abogar por la armonía o paz social, sobre todo en materias de interés social, y este criterio debe privar al interpretarse los derechos sociales, entendidos éstos en extenso (no sólo los denominados así por la Constitución, sino también los económicos, los culturales y los ambientales).

Ahora bien, como ya lo apuntó la Sala, el Estado Social desarrolla Derechos Sociales, los cuales son derechos de prestación, que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse. Este tipo de derechos otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los debe, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad.

La Sala repite, una vez más, que las normas que crean los derechos prestacionales no son de carácter programático, muchas tienen límites difusos o son indeterminadas, pero el Juez Constitucional para mantener la supremacía constitucional tiene el deber de aplicarlas y darles contenido mientras la legislación particular con relación a ellas se emite.

En un Estado responsable y agente del proceso productivo y de las decisiones de política económica, los derechos sociales se vinculan a normas que prescriben un fin o declaran un valor, sin especificar los medios para su consecución o las situaciones en que debe ser realizado, y así lo que para los poderes estatales o los obligados es una norma jurídica, para los ciudadanos se convierte en garantía de transformación de obligaciones jurídicas del Estado en derechos subjetivos del individuo.

Entre los derechos sociales los hay que implican una prestación determinada, dentro de una relación jurídica que crea vínculos concretos, como los contemplados -por ejemplo- en los artículos 89, 90 ó 91 constitucionales.

Hay otros que implican una prestación indeterminada hacia personas concretas o grupos individualizados, pero de posible cumplimiento por quien la debe, ya que lo que se exige es una mínima actividad en ese sentido. El artículo 99 constitucional sería un ejemplo de ellos.

Otros derechos prestacionales resultan con mayor indeterminación, tanto en lo debido como en quienes son sus titulares, y su cumplimiento depende de que surjan determinadas condiciones; sólo si ellas existen podrán cumplirse, como sería el caso del derecho consagrado en el artículo 82 constitucional.

Ahora bien, en muchos casos la Constitución establece como derechos de prestación a figuras de imposible cumplimiento (por lo indeterminado) sin un debido respaldo legal; en estos supuestos, mientras no surja el desarrollo legislativo, no se está ante verdaderos derechos, sino frente a políticas constitucionales que requieren de otros complementos para su aplicación. Este tipo de norma, al contrario de las anteriores, no genera derechos subjetivos y muchas de ellas lo que aportan son principios.

El cumplimiento de los derechos de prestación pueden ser accionados por quienes se consideren sus titulares, pero las formas de accionar son variables. Una de estas son las acciones por derechos e intereses difusos; y para lograr el cumplimiento de los derechos prestacionales la jurisdicción constitucional tiene que dar cabida a variantes del derecho de acción, ya que de no ser así los derechos prestacionales podrían quedar sin efectividad.

El Estado debe cumplir a la población en las áreas de interés social, de acuerdo a lo que la Constitución y las Leyes pauten, sobre todo cuando al Estado le corresponde la vigilancia y el control de determinadas actividades propias o de los particulares. Si esa función falla, los ciudadanos tienen el derecho de exigirle al Estado que cumpla, pero muchas veces el incumplimiento proviene de la omisión de actividades propias de la administración o de actos administrativos que por su naturaleza causan daños individuales mínimos, casi imperceptibles, motivo por el cual no son reclamados por los ciudadanos (permisos ilegales, exenciones mínimas, autorizaciones, etc.), ya que individualmente no contraen un perjuicio que amerita acudir a la jurisdicción, o que de hacerlo resultaría muy oneroso para el demandante, pero que si se suman o se contemplan como un universo, agravan las necesidades sociales, como -por ejemplo- cuando con mínimos cobros ilegítimos, el cobrador obtiene un lucro desproporcionado a la prestación debida o a su calidad.

Se trata de incumplimientos que aislados pueden crear daños leves que no vale la pena reclamarlos individualmente, pero que observados desde una sumatoria de los mismos resultan lesiones graves para la sociedad o partes de ella. Pretender que la vía para obtener la reparación de estos daños son las clásicas demandas por nulidad de los actos administrativos es una irrealidad, ya que es la conducta omisiva o ilegal del Estado, o de los particulares deudores de la prestación social, la que en bloque produce los actos dañosos a la actividad, y en criterio de esta Sala, esa desviación de poder continuada, producto de una falta en la actividad estatal o de su colusión con los particulares, permite a las víctimas acciones por derechos o intereses difusos, o de otra naturaleza, cuando la prestación incumplida total o parcialmente atenta contra el débil jurídico y rompe la armonía que debe existir entre grupos, clases o sectores de población, potenciando a unos pocos a costas del bien común. El restablecimiento o mejora de la calidad de la vida se convierte en el objeto de las acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, mas que la solución de un problema particular en concreto.

La explotación de actividades de trascendencia social, que realiza o permite el Estado, crea en quienes las practican un conjunto de deberes y obligaciones señalados en la ley, pero establecidos en atención a valores o intereses de la colectividad; es decir, en razón a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes o actividades está llamada a cumplir. Por ello, los derechos subjetivos o los intereses individuales que tras estos subyacen, deben incluir la necesaria referencia a la función social, como parte integrante del derecho mismo. Los derechos del Estado o de los particulares en estas áreas deben unir: utilidad individual y función social sobre cada categoría de utilización y explotación de bienes o servicios de trascendencia social. De allí que los derechos que nacen a favor del Estado o de los particulares que ocupen su puesto, o que actúan en áreas de interés social, no pueden ser absolutos, sino que están limitados sus beneficios en función de que no perjudiquen razonablemente a los débiles; sobre todo teniendo en cuenta que los particulares que allí obren, al revés del Estado, persiguen fines de lucro. Este es el status de los derechos de los particulares concesionarios o autorizados para obrar en áreas de interés social.

El gran control de una democracia participativa, en materia de derechos de prestación y en otros que los complementan, radica en que ante la jurisdicción puede exigirse la prestación contra los deudores, a fin de exigirles el cumplimiento de manera general, no atado a las concretas demandas de nulidad de actos administrativos, y esta es la situación que se ha presentado en este caso, cuando se demanda en particular a entes públicos

7.- Efectos del control difuso en esta materia

A juicio de esta Sala, si bien es cierto que de la declaratoria constitucional de la existencia de un Estado Social de Derecho, no pueden nacer derechos subjetivos a favor de las personas, no es menos cierto que el Estado Social de Derecho es un bien, un principio o valor jurídico, rector de la Constitución, el cual es objeto de interpretación por esta Sala sobre su contenido y alcance, conforme al artículo 335 constitucional.

Por lo tanto, si las leyes vigentes chocaran o crearan situaciones contrarias al Estado Social de Derecho o a sus elementos esenciales, como la solidaridad o la responsabilidad social, tales leyes devendrían en inconstitucionales.

Una ley que ordene conductas, o produzca efectos, que hagan más gravosa la situación de los débiles jurídicos, que sustituya o ahonde desequilibrios sociales, deviene en inconstitucional, por contrariar la forma de Estado que impera en el país por mandato de la Carta Fundamental. Se trata de una causa de inconstitucionalidad que no nace de la violación literal del texto constitucional, de la contradicción con la letra de la norma, sino que proviene de la contradicción de una ley con los principios, valores y bienes jurídicos que informan la Constitución, y que puede ocurrir de manera sobrevenida.

No es posible que una ley que empobrezca a la población, o que desmejore los servicios de salud, o que permita que se disminuya la protección de los recursos naturales, o que debilite a sectores de la sociedad con relación a otros, no sea inconstitucional, cuando los valores y principios constitucionales se están desmejorando o se está prescindiendo de ellos. Ante esta situación, puede surgir el control concentrado producto de una demanda de nulidad, o puede quedar sin aplicación la ley o la norma inconstitucional con respecto a determinadas situaciones, con motivo del control difuso.

En esta última hipótesis, la ley inconstitucional no se aplica al caso concreto; pero cuando el control difuso tiene lugar con motivo de una acción por derechos e intereses difusos, puede darse el caso de una desaplicación condicionada de la norma inconstitucional, referida a los efectos inconstitucionales de la ley, la cual deja de aplicarse en el tiempo o en el espacio, ya que la inconstitucionalidad se refiere a la situación concreta que produce la ley para un determinado período de tiempo, o en un sector territorial, situación que es la que se juzga.

La inconstitucionalidad tiene varios ámbitos, cuando la ley choca con la Constitución o con sus principios, ella puede resultar absolutamente inconstitucional, y ser impugnada mediante las acciones ordinarias de inconstitucionalidad. Pero hay leyes cuya inconstitucionalidad puede existir, mientras dure una situación, pero que una vez corregida tal situación, exógena a la ley, ésta no tiene conflicto alguno con la Carta Fundamental.

Esto es posible que ocurra con leyes que debido a determinadas condiciones sociales, económicas, políticas o de otra índole, contrarían el Estado Social de Derecho mientras duren esas condiciones, las cuales pueden ser transitorias.

Una ley puede dictarse durante la existencia de una situación socioeconómica determinada y su normativa funciona plenamente durante la vigencia de esa situación que la tuvo en cuenta el legislador y que es acorde con la Constitución, pero puede ocurrir que la situación socioeconómica cese y la ley quede en desuso aunque vigente, o que ella cambie transitoriamente y la ley, mientras dure esa nueva situación, resulta contraria a la Constitución que proscribía tal situación. En casos como estos la desaplicación por control difuso constitucional aplicable a las situaciones sobrevenidas, podría suspender durante un tiempo la aplicación de la ley a las situaciones determinadas que la hiciera inconstitucional.

Ello puede ocurrir con las leyes que se dictan durante puntuales situaciones económicas, y que buscan dentro de ellas desarrollar o profundizar instituciones, pero las razones que le dieron nacimiento pueden variar y las instituciones creadas convertirse en un peso para la marcha del país, o para la sociedad, o para el Estado, o para el régimen democrático.

En estos casos, la aplicación de la ley resulta contraria al bien público, a pesar que ella no colide directamente con ninguna norma constitucional, y que su perjuicio es sólo transitorio, mientras dure la nueva situación, distinta a la tenida en cuenta por el legislador cuando la dictó.

A juicio de esta Sala, cuando ello ocurre y la incompatibilidad existente crea litigios, el control difuso que se ejerce en el caso concreto, si es que la norma o la ley se han convertido en inconstitucionales para la época del proceso, puede originar una desaplicación de la ley o la norma por inconstitucional, hasta que cese la eventualidad que dejó a la ley sin efecto, o los hizo perniciosos.

Este tipo de declaración sólo puede ser producto del control difuso de la Constitución (y no del concentrado), que cuando se ejerce con motivo de acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, cuyas pretensiones por su naturaleza atañen a toda la sociedad o a sectores de ella, la inaplicabilidad de la vigencia de la norma, a una determinada y concreta situación, puede condicionarse al regreso de la situación original que ella regulaba cuando se promulgó, siendo tal dispositivo jurídicamente posible.

Los Tribunales Constitucionales, al contrario de otros tribunales que no ejercen la jurisdicción en materia Constitucional, no se rigen en sus fallos estrictamente por las normas del Código de Procedimiento Civil, ya que el deber de mantener la supremacía constitucional impide formalismos en el fallo que le limiten tal deber; y por ello, la sentencia con aplicación condicional es posible en materia de control constitucional, al menos de aquel que declara inaplicables normas de leyes que son incompatibles con la Constitución.

Cuando la colisión o incompatibilidad es sobrevenida, al chocar las normas con principios o valores constitucionales que impiden la aplicación de los supuestos de hecho de la norma a las situaciones nuevas o sobrevenidas con relación a cuando se dictaron, pero que pueden modificarse regresando a lo que existía para el momento en que se dictó la ley, se puede declarar la inconstitucionalidad de la ley, dejando de aplicarla mientras la situación nueva se mantenga.

El quid de este tipo de fallo, es quién constata que se cumplió la condición y cómo se efectúa tal constatación, y lo lógico es que sea el tribunal de la causa quien lo haga, de oficio o a instancia de parte. En este último caso mediante una articulación probatoria se podría demostrar que finalizó la situación por la que devino la inconstitucionalidad de la Ley, y que se restableció la existente para la oportunidad en que se dictó la ley, por lo que la desaplicación a los casos concretos y determinados que la originaron, cesa.

Como resultado de todo control difuso, la ley sobre la que se ejerce el control no ha sido anulada por inconstitucional, y sólo deja de aplicarse en el caso concreto, que en materia de acciones por derechos e intereses difusos o colectivos, que es la que conduce a la doctrina planteada, tienen un rango de desaplicación de mayor amplitud, producto de lo “universal” de la pretensión y de la naturaleza *erga omnes* de los fallos que en ellos se dictan; y por ello la desaplicación de la ley al caso, no resulta tan puntual como cuando en un juicio concreto se declara inaplicable una ley por inconstitucional, o se declara inconstitucional a una norma ligada a la situación litigiosa.

Dentro del orden de ideas expresado por esta Sala en esta sentencia, en materia de interés social, el imposible cumplimiento de las obligaciones contraídas por el débil jurídico o la excesiva onerosidad del negocio, que se convierte en una inconformidad con el contrato, producto de una transformación imprevisible de la situación jurídica, nacida conforme a la ley, puede conllevar a la inconstitucionalidad de la norma en que se fundó la relación jurídica, si el resultado de la aplicación de la ley choca con los valores tutelados por la Constitución, debido a que dicha aplicación causó una situación que contraría principios constitucionales.

Así como existen “leyes medidas” (según K. Schmidt) que dentro del Estado Social se dictan en función de grupos o situaciones sociales concretas, y cuya validez es temporal, la Sala, sin entrar a calificar si las leyes sobre el subsistema de vivienda y política habitacional son de esa naturaleza, quiere puntualizar que de acuerdo a la realidad social hay leyes que pierden de hecho su vigencia al cambiar esa realidad, y que lo mismo puede ocurrir con leyes que debido a situaciones reales ligadas al interés social, por ejemplo, se hacen inconstitucionales mientras perduren las situaciones.

En todos estos casos, la sentencia debe determinar el alcance o alcances de la desaplicación, incluso partiendo de situaciones alternas.

B. *Gobierno democrático: Principio de la alternabilidad*

TSJ-SE (51)

18-3-2002

Magistrado Ponente: Rafael Hernández Uzcátegui

Caso: Federación Venezolana de Maestros (FVM) vs. Consejo Nacional Electoral.

Nuestro ordenamiento jurídico desde su Constitución de 1830 ha erigido como principio general y presupuesto democrático la alternabilidad, es decir el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenezcan o no a un mismo partido.

Evidenciada la vigencia de los Estatutos de la Federación Venezolana de Maestros (FVM), en cuanto al contenido del artículo 93 de los estatutos de la referida Federación, éste textualmente establece:

“El Presidente del Comité Directivo Nacional, sólo podrá ser reelecto por dos (02) períodos consecutivos” (énfasis añadido).

A este respecto, es necesario tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico desde su Constitución de 1830, ha erigido como principio general y presupuesto democrático, la “alternabilidad”, es decir el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenezcan o no a un mismo partido.

En este contexto, el término “reelección”, alude a la posibilidad de que un funcionario sometido a elección pública, cuyo ejercicio se encuentre sujeto a un período previamente determinado o renovación periódica, pueda ser nuevamente postulado y electo una o más veces a la misma posición de Derecho (*Cfr.* Nohlen, Dieter, “La Reelección”, en *VVAA, Tratado Electoral Comparado de América Latina*, Fondo de Cultura Económica y otros, México 1998, pp. 140 y ss.)

Este calificado “derecho” de reelección, aunque justificado como un mecanismo de extensión del buen gobierno, podría desvirtuarse y convertirse en una grave amenaza para la democracia: las ansias de perpetuación en el poder (continuismo), así como la evidente ventaja en los procesos electorales de quien ocupa el cargo y a su vez es candidato a ocupar el mismo, han producido tanto en Venezuela como en el resto de Hispanoamérica un profundo rechazo a la figura de la reelección.

En el caso de la designación del Presidente de la República o el funcionario equivalente, esta desaprobación se ha traducido en rigurosas provisiones constitucionales, así, por ejemplo, en las Constituciones venezolanas de 1830, 1858, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1936, 1945 y 1947, se prohibía la reelección inmediata o para el período constitucional inmediatamente siguiente; la Constitución de 1961 prohibía la reelección hasta por diez años o dos períodos constitucionales después de la terminación del mandato, y actualmente, la Constitución de 1999, optando por una modalidad distinta para resguardar la alternabilidad, establece en su artículo 230: “...El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido, de inmediato y por una sola vez, para un período adicional”. Es de resaltar que aunque su formulación rompa con la tradición, las limitaciones a la reelección previstas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (“...de inmediato y por una sola vez...”), ponen freno a las distorsiones que siempre han preocupado a nuestra democracia: el continuismo y el ventajismo electoral.

En este mismo sentido, la convocatoria a referendo sindical contenida en Resolución del Consejo Nacional Electoral, número 001115-1979 del 15 de noviembre de 2000, publicada en *Gaceta Oficial* número 37.081 del 20 de noviembre de 2000 y que en referendo celebrado el 3 de diciembre de 2000, resultara favorecida la opción “Si”, se preguntaba: ¿Está usted de acuerdo con la renovación de la dirigencia sindical, en los próximos 180 días, bajo Estatuto Especial elaborado por el Poder Electoral, conforme a los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta, consagrados en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que se suspenda durante ese lapso en sus funciones los directivos de las Centrales, Federaciones y Confederaciones Sindicales establecidas en el país? (énfasis añadido). Resulta entonces claro que la tradicional preocupación democrática, tan evidente en la figura Presidente de la República, se extiende ahora a las asociaciones sindicales, organizaciones de la sociedad en las que resulta imperativo -tanto en la teoría como en la práctica- democratizar, y con ello, la alternancia en los cargos de dirección a través de elecciones libres.

El intento de armonizar el principio de alternabilidad de los cargos de elección pública y las ventajas prácticas de la posibilidad de reelección, han producido, por una parte, fórmulas como las ya mencionadas prohibiciones de reelegirse inmediatamente, aunque ello no impida posteriores reelecciones y, por la otra, la posibilidad de reelegirse inmediatamente, pero sólo una o dos veces más. Asimismo se aceptan combinaciones de las dos anteriores: reelegirse inmediatamente con posibilidades de una nueva elección después de transcurrido cierto tiempo, y, la no reelección inmediata con una única posibilidad de reelegirse una o dos veces más. En todo caso corresponderá al órgano legislativo correspondiente, escoger la fórmula más conveniente.

Así pues, de la hermenéutica del artículo *in commento* se aprecia que la Convención Nacional del Magisterio que dictó los Estatutos de la Federación Venezolana de Maestros (FVM) de 1993, escogió las ventajas de la reelección resguardando el principio de alternabilidad en el modo: reelección inmediata hasta por dos períodos, esto es, una vez electo el Presidente del Comité Directivo Nacional, quien ocupe el cargo tiene la posibilidad de ser nuevamente postulado y electo hasta por dos veces más a la misma posición. Ello, contrario a lo entendido por los recurrentes, quienes confunden los términos “elección” y “reelección”, no significa que el Presidente del Comité Directivo Nacional de la Federación Venezolana de Maestros (FVM), pueda ser “reelecto por tres períodos consecutivos”, lo cual, efectivamente, constituiría una violación de los Estatutos de la referida Federación, y de los más preciados principios democráticos recogidos en nuestra Carta Magna como resultado de una larga y sólida tradición.

En consecuencia, se incumpliría una condición subjetiva de elección, cuando quien resultare electo Presidente del Comité Directivo Nacional y fuera reelecto hasta por dos veces consecutivas, pretendiera reelegirse inmediatamente por una tercera vez.

3. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*

TSJ-SC (2818)

19-11-2002

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Gladys J. Jorge Saad vs. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Tratándose la responsabilidad patrimonial del Estado, una garantía constitucional inherente a todo Estado de Derecho, consagrada a favor del particular afectado por la conducta administrativa dañosa, la misma debe ser interpretada por los jueces en forma progresiva y amplia, a favor del administrado. Difiere la Sala Constitucional del criterio expresado por la Sala Político-Administrativa en la sentencia n° 943 de fecha 15 de mayo de 2001, cuando expresa que la responsabilidad extracontractual de la Administración debe ser interpretada bajo criterios restringidos a objeto de evitar generalizaciones que lleven a la Administración a asumir la responsabilidad de todas las situaciones de daño y afecten el erario público.

El tema central se contrae a evaluar la decisión de la Sala Político Administrativa de fecha 15/5/01 que declaró sin lugar la demanda por daños y perjuicios materiales y morales contra la República, interpuesta por los causahabientes del ciudadano Ramón Oscar Carmona Vásquez quién en fecha 28/7/78 fuera víctima de homicidio cometido por agentes policiales adscritos al Cuerpo Técnico de Policía Judicial. La Sala Político Administrativa consideró en la sentencia lo siguiente: “Es definitivo que tuvo fuerza demostrativa en el presente juicio una serie de elementos probatorios e indicios que condujeron a poner en evidencia que fue una conducta de terceros (en nuestro caso agentes policiales) quienes no estaban en cumplimiento del servicio público de policía los que ocasionaron los hechos dañosos, por lo que es a ellos personalmente imputables en cuanto a la responsabilidad patrimonial que puedan proyectar y no a la República Bolivariana de Venezuela”.

Como quiera que el criterio para estimar la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso que nos ocupa se extrae de la normativa contenida en dos textos constitucionales, que son: la Constitución de 1961 vigente en el momento en que ocurrió el hecho ilícito que causa los daños y perjuicios materiales y morales demandados contra la República; y la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, bajo cuya vigencia los causahabientes de la víctima han demandado la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales, a este respecto; la Sala estima que se hace conveniente dilucidar previamente el marco normativo conforme al cual deben estar referidos con certeza los criterios de interpretación de la responsabilidad patrimonial del Estado extraídos de la normativa constitucional a los fines de determinar el alcance y grado de continuidad de la responsabilidad patrimonial que corresponde al Estado venezolano en los hechos *sub examine*, y una vez establecido lo cual, determinar el criterio que debe prevalecer en la jurisprudencia.

La Constitución de 1961 reconocía la responsabilidad patrimonial del Estado en el Título III De los Deberes, Derechos y Garantías estableciendo en el artículo 47: “artículo 47. En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública”. Y el artículo 206 del mismo texto constitucional, dispuso en su aparte segundo: “...Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, acorde con el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia proclamado en su artículo 2, y en correlación con el carácter de gobierno responsable que los artículos 6 y 141 *ejusdem* atribuyen al Estado administrador, consagra un sistema integral de responsabilidad patrimo-

nial del Estado, y así se recoge en la Exposición de Motivos cuando se señala expresamente que: "...se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones".

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

Es de observar, que el constituyente de 1999 no limitó (como hubiera podido hacerlo tratándose del cambio de régimen constitucional) en su normativa ni en las de las Disposiciones Transitorias la responsabilidad del Estado por hechos acaecidos bajo la vigencia de la Constitución anterior de 1961. En cambio, en la Constitución de 1961, el constituyente con la redacción en sentido negativo del artículo 47, y la calificación de "autoridades legítimas en el ejercicio de sus cargos" para condicionar la responsabilidad del Estado, dio lugar para exonerar de responsabilidad al Estado en el caso de las reclamaciones por los hechos dañosos en los que hubieran incurrido los funcionarios del régimen regido por la Constitución de 1953; y en tal sentido, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia aplicó la normativa contenida en la Constitución de 1953 y no en cambio la del artículo 47 de la Constitución de 1961, para eximir de responsabilidad al Estado frente a los daños causados por las torturas físicas infringidas por agentes de la Seguridad Nacional durante el gobierno de facto que culminó en 1958 (sentencia del 5 de febrero de 1964 caso W. Ribeiro contra la Nación).

Ahora bien, no existiendo ruptura en la continuidad constitucional de la Constitución de 1961 y la sucesiva de 1999; ni existiendo tampoco en la vigente Constitución de 1999 ninguna limitación ni restricción en cuanto al régimen de responsabilidad del Estado, habría de aplicarse *in integrum* al caso que nos ocupa, el régimen de responsabilidad contenido en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, siendo impropio y contrario a lo establecido en el artículo 7 *ejusdem* restringir (hasta hacerlo nugatorio) el alcance de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con la aplicación *ratione temporis* de los presupuestos jurídicos de la Constitución de 1961 como adolece la motivación de la sentencia de fecha 15 de mayo de 2001 objeto de revisión; máxime, cuando se dejó determinado en la sentencia que la acción de reclamación no estaba prescrita para desvirtuar la oposición de la representación de la República. Tampoco resulta procedente el análisis comparativo que hace la Sala Político Administrativa de los preceptos en referencia de las Constituciones de 1961 y de 1999 para asimilar como iguales los dos regímenes de responsabilidad del Estado contenidos en ambas Constituciones.

Ambos regímenes de responsabilidad no pueden ser equiparables por cuanto el modelo de Estado que adopta la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela proclamado como Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia no es el mismo modelo que enmarcó la anterior Constitución de 1961. En el marco constitucional de 1961 se regulaban los derechos públicos de los ciudadanos dentro del sistema político; en cambio, en la Constitución de 1999 se contemplan los derechos de los ciudadanos como derechos sociales; es decir, en su modo de estar en la sociedad, y no como modos de estar en el sistema político del Estado (Cfr. Alarcón Reyes, Manuel, *El Marco Económico y Social en el Constitucionalismo Democrático en el Dialogo Social y su Institucionalización en España e Ibero América*, CES, Madrid, 1998).

De tal manera que es criterio de la Sala que los supuestos jurídicos del régimen de responsabilidad objetiva excluyen *per se* los supuestos jurídicos del régimen anterior establecido en la Constitución de 1961; y así ha de ser entendido en la jurisprudencia sobrevenida.

Distinto es, que la Sala Político Administrativa hubiese en cambio apreciado según su sabio criterio para estimar los modos de reparación que más idóneos le parezcan para resarcir el daño, o para fijar la cuantía de la reparación solicitada la cual no puede constituir fuente de lucro para los damnificados; y hasta por razones de equidad con el Estado, bien podría el juzgador considerar que el hecho ilícito que causó la reclamación indemnizatoria y la reparación del perjuicio ocurrió bajo la vigencia de la Constitución anterior de 1961, que los agentes policiales cumplieron condena penal, y otros elementos de valoración como sería por ejemplo, auxiliarse de los parámetros con los que la jurisprudencia sancionaba la responsabilidad del Estado en el marco de la Constitución de 1961; pero la desaplicación sin justificación de la nueva normativa constitucional que fundamenta la reclamación indemnizatoria, justamente para negar la responsabilidad objetiva del Estado, afectó indudablemente las garantías constitucionales del debido proceso (artículo 49) y de la tutela efectiva (artículo 26) de los accionantes.

En efecto, esta incertidumbre en el marco de referencia legislativo que es contraria al Estado de Derecho, se evidencia de los párrafos de la motivación de la sentencia que a continuación se extraen:

“...En tal sentido, lo que se impone no es abandonar por completo los criterios de culpabilidad, ni de excluir de límites a los criterios objetivos, sino yuxtaponer éstos con las tendencias modernas, a fin de armonizar el sistema de la responsabilidad de la Administración Pública. Surgen así las siguientes precisiones que realiza la Sala: No obstante las exaltadas tendencias de la doctrina moderna, dirigidas a ampliar (algunas veces en extremo) la responsabilidad de la administración pública, en garantía de los derechos ciudadanos y basadas en el elemento reparabilidad del daño, abandonándose el elemento culpabilidad; subsisten, acertadamente, los criterios que distinguen la falta personal de la falta de servicio. Ese contexto expresa así, una armónica asociación o yuxtaposición de tales criterios o teorías...Se impone, por lo tanto, para establecer la señalada diferencia, explorar la voluntad, incluso el ánimo (actitud subjetiva) del agente público al momento de ejecutar el hecho (su acción), y si en ésta prevalece la acción dañosa, el propósito delictivo, la falta es personal...” (folio 46 de la sentencia).

Más adelante se destaca:

“...Por otra parte, cabe destacar que del espíritu del Constituyente se deriva la voluntad de consagrar un *sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado*, que abarca los daños ocasionados por cualquiera actividad derivada del ejercicio de las funciones prestadas por los órganos del Poder Público. Pero, no obstante todo lo anterior, en similar sentido a lo que expresaba la Constitución de 1961, la premisa impretermitible es precisamente, que el daño sea producto o con ocasión de la prestación del servicio, es decir, que se revele incuestionablemente que se está cumpliendo las funciones inherentes al servicio público de que se trate, y que tal ejercicio es el que ha causado el daño...” (folio 52 de la sentencia)

De convalidarse los criterios expuestos en la motivación de la sentencia se haría nugatorio el nuevo régimen constitucional de responsabilidad patrimonial del Estado venezolano. Si observamos que de la lectura de los artículos 30 y 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se infiere que la Constitución Bolivariana de Venezuela adopta el régimen integral de responsabilidad del Estado, no cabe duda que dicha responsabilidad debe ser apreciada de manera objetiva descartándose la culpa del funcionario como fundamento único del sistema indemnizatorio; y además, al encontrarse tipificado el hecho ilícito que causa la reclamación de indemnización como violación del derecho humano a la vida, el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sanciona expresamente al Estado con la obligación de indemnizar integralmente a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.

No obstante, se observa que la Sala Político Administrativa dejó de aplicar sin justificación el artículo 30 de la Constitución de 1999, cuyo presupuesto jurídico -aún cuando no estuvo expresamente contemplado en la Constitución de 1961-, forma parte de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (18 de julio de 1978) vigente para el momento de la comisión del hecho ilícito que causa la reclamación; y cuya normativa resulta implícita en el régimen de responsabilidad patrimonial que el Estado venezolano asume constitucionalmente sin solución de continuidad, y como tal debió ser aplicado por el juzgador.

El carácter determinante de la responsabilidad objetiva del Estado que se deriva de los artículos 30 y 140 de la Constitución vigente de 1999 constituiría una hipótesis nunca verificable si se vincula la culpa personal del funcionario a la culpa en el servicio para exonerar de responsabilidad al Estado; y aún más, con el mismo criterio de responsabilidad subjetiva que utiliza la sentencia objeto de revisión, resultaría también nunca verificable el presupuesto jurídico previsto en el artículo 47 de la Constitución de 1961 porque justamente es la culpa personal del funcionario (agentes de policía) como variable independiente, lo que hace presumir la culpa en el servicio ya que revela un funcionamiento defectuoso del sistema policial puesto en evidencia, por el solo hecho de que la ocasión, los medios y los instrumentos de la actividad culposa o delictiva del funcionario han sido puestos a disposición de los culpables por el servicio público de policía.

La sentencia objeto de revisión dejó asentado que: "... indubitadamente los daños causados son atribuibles, en cuanto a la responsabilidad, personalmente a los funcionarios que cometieron los hechos delictivos...". Contundentemente quedó demostrado en el juicio penal, lo cual se ratificó del acervo probatorio del presente juicio, la autoría de los agentes de policía adscritos al denominado Grupo Gato, del hecho criminal que culminó con la muerte (homicidio) del ciudadano Carmona, sin que se evidencie alguna razón que permita concluir que estuviesen en cumplimiento de una función pública. Por el contrario, lo que quedó acreditado es que no estaban en ejercicio de la misma...(*omissis*).

Es definitivo que tuvo fuerza demostrativa en el presente juicio una serie de elementos probatorios e indicios que condujeron a poner en evidencia que fue una conducta de terceros (en nuestro caso, agentes policiales) quienes no estaban en cumplimiento del servicio público de policía, los que ocasionaron los hechos dañosos, por lo que es a ellos personalmente imputable en cuanto a la responsabilidad patrimonial que puedan proyectar y no a la República Bolivariana de Venezuela" (folios 58, 59 y 60 de la sentencia).

A juicio de esta Sala Accidental Constitucional, de tal razonamiento no puede colegirse que quede desvirtuada la responsabilidad del Estado; todo lo contrario, porque en todo caso si la culpa del funcionario es independiente del servicio público, el servicio no es ajeno al funcionamiento anormal o ilícito.

En efecto, los hechos culposos de los funcionarios policiales no pueden considerarse como desprovistos de cualquier vínculo con el servicio especial de policía que usualmente prestaban dichos agentes para eximir de responsabilidad a la República, ya que no se puede descartar que el servicio especial de policía haya creado las condiciones para la realización del hecho ilícito, y la producción de sus consecuencias perjudiciales.

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

De otra parte, es menester señalar que el reconocimiento constitucional de la responsabilidad objetiva del Estado según se deriva de los artículos 30 y 140 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, no sustituye la responsabilidad subjetiva o personal del funcionario culpable, la cual se encuentra prevista en forma independiente y específica en los artículos 25 y 139 *ejusdem*; razón por la cual, podría el juzgador admitir la acumulación de responsabilidades resultante de un cúmulo de culpas; y hasta de una separación y repartición de las cargas reparatorias entre la entidad pública y los funcionarios culpables, con la consecuente subrogación de derechos de repetición a favor del Estado o del funcionario culpable según sea el que haya sido condenado a indemnizar efectivamente a la víctima o sus derechohabientes; y aún, podría el juzgador regular la existencia y la proporción del derecho de repetición. Esta solución ha venido prevaleciendo en la jurisprudencia francesa desde el fallo Laruelle del 28 de julio de 1951.

La jurisprudencia francesa sentencia, que el juez contencioso-administrativo es así conducido a hacer apreciaciones precisas y complejas sobre la parte de responsabilidad de cada uno, teniendo en cuenta la naturaleza de sus funciones, su rango en la jerarquía, sus obligaciones de servicio y el papel desempeñado en la operación dañosa.

El perjuicio reparado en su integridad subrogaría al Estado en los derechos de las víctimas contra el autor del acto dañoso, tal como se encuentra previsto en los artículos 25 y 30 (parte *in fine*) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y en el artículo 34 de la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Erradicada así la impunidad, mediante el sistema reparatorio solidario, el Estado se legitima frente a los ciudadanos como “un organismo ético-jurídico”, y se mantendría en los servidores públicos el sentimiento de la responsabilidad personal sin privarse a las víctimas de una reparación integral del perjuicio sufrido porque no habría que olvidar en justicia, que es más factible demostrar la culpa del subalterno o del ejecutor del mandato ilícito que la del funcionario situado en la cima de la jerarquía administrativa.

Las anteriores consideraciones no impiden que por una ley regulatoria a la cual remite el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Estado venezolano pueda auto limitar la responsabilidad objetiva a la que sujeta la normativa constitucional el ejercicio de la función pública, ya que esta responsabilidad ni se rige por los principios establecidos en el Código Civil para la regulación de las relaciones horizontales de particular a particular, ni puede ser general o absoluta. Más aún, en aplicación de los principios de transparencia y responsabilidad en el ejercicio de la función pública postulados en el artículo 141 de la Constitución vigente, la responsabilidad contractual y extra contractual del Estado debe tener sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio, y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados de los ciudadanos.

Una ley regulatoria evitaría asegurar a los funcionarios culpables una impunidad excesiva en detrimento patrimonial del Estado, y evitaría reducir el celo que el funcionario público debe poner en el cumplimiento de su función; pero mientras este marco legal regulador no exista, la construcción jurisprudencial debe corresponder a las medidas de “otra naturaleza” a las cuales se refiere el segundo párrafo del artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y atender a la progresividad de los derechos constitucionales reconocidos al ciudadano, tal como se encuentra prescrito en el artículo 19 *ejusdem*.

La consagración con rango constitucional de un régimen amplio, integral y objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado constituye, en opinión de esta Sala Accidental Constitucional, una manifestación indudable de que dicho régimen se erige como uno de los principios y garantías inherentes a todo Estado de Derecho y de Justicia, en el que la Administración, a pesar de sus prerrogativas, puede ser condenada a resarcir por vía indemnizatoria los daños causados a los administrados por cualquiera de sus actividades.

De allí que difiera esta Sala del criterio expresado por la Sala Político-Administrativa en la sentencia objeto de revisión cuando expresa que la responsabilidad extra contractual de la Administración debe ser interpretada bajo criterios restringidos a objeto de evitar generalizaciones que lleven a la Administración a asumir la responsabilidad de todas las situaciones de daño y afecten el erario público. Antes bien, considera esta Sala Constitucional que tratándose la responsabilidad patrimonial del Estado de una garantía constitucional inherente a todo Estado de Derecho, consagrada a favor del particular afectado por la conducta administrativa dañosa, la misma debe ser interpretada por los jueces en forma progresiva y amplia, a favor del administrado. Del análisis de la normativa constitucional vigente, infiere esta Sala que la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el contrario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño.

En cambio, la Sala Político-Administrativa haciendo una interpretación restringida del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y dando mayor relevancia al carácter subjetivo de la conducta de los agentes involucrados y a la integridad del erario público por sobre el carácter objetivo que la Constitución confiere a la responsabilidad del Estado, -criterio respecto del cual esta Sala Accidental Constitucional ya manifestó su desacuerdo-, consideró que los agentes públicos cometieron el hecho dañoso impulsados por razones de odio, venganza y enemistades, actitudes éstas de marcada naturaleza dolosas que no se corresponden con la prestación del servicio de policía y que excluyen, por tanto, la responsabilidad del Estado, por tratarse del hecho de terceros; llegándose a señalar en la sentencia, que las conductas dolosas de los agentes excluyen la responsabilidad de la Administración incluso cuando éstos hubieren estado en aparente ejercicio de la función pública o actuando con ocasión de la misma (folio. 87 de la sentencia).

Ahora bien, además de insistir en que la interpretación efectuada por la Sala Político-Administrativa para arribar a la conclusión precedentemente expuesta no resulta cónsona y acorde con la intención del Constituyente al consagrar la responsabilidad del Estado como una garantía a favor del particular; observa esta Sala que la existencia de una falta personal del funcionario no excluye directamente la responsabilidad del Estado, pues cuando esa falta concurre con el servicio o no esté totalmente desligada del mismo compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En ese sentido, trasladando las consideraciones precedentes al caso concreto, esta Sala observa que del análisis del acervo probatorio se desprenden indicios suficientes que la llevan a la convicción de que el hecho dañoso que culminó con el homicidio del ciudadano Ramón Carmona Vásquez fue ejecutado por los agentes involucrados valiéndose y aprovechándose de los medios, instrumentos y poderes que su condición de funcionarios prestadores del servicio de policía les brindaba. Concretamente, los funcionarios se sirvieron del vehículo que era propiedad del Estado, de las armas que como funcionarios policiales tenían asignadas y de su posición dentro del organismo policial con el fin de establecer tácticas dirigidas al desvío de las investigaciones.

Estas circunstancias constituyen, en criterio de esta Sala, razones más que suficientes para afirmar que el hecho dañoso cometido por los agentes públicos involucrados no estuvo desprovisto de todo vínculo con el servicio de policía, a cuya prestación con parámetros medios de calidad estaba obligada la Administración, a tenor de lo establecido en el ordinal 6 del artículo 156 de la Constitución, razón por la cual estima esta Sala que el Estado si resulta responsable por los daños derivados del homicidio del ciudadano Ramón Carmona Vásquez, cometido por agentes de policía. Así se declara.

La relevancia del derecho fundamental lesionado se halla reconocido en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, que de conformidad con el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tienen jerarquía constitucional. Así, en el artículo 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el cual establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. De igual forma el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Ahora bien, considera esta Sala que el respeto de este derecho humano fundamental exige a todos los órganos del poder público, incluyendo los del poder judicial, orientar su actuación no sólo a garantizar la integridad de la vida de las personas, sino también a asegurar y garantizar que el Estado responda e indemnice los daños que en violación de ese derecho hubiere causado.

La posición asumida por esta Sala se ve ratificada además por la disposición contenida en el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece en forma directa la obligación del Estado venezolano “de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos que le sean imputables, o a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios” (resaltado de esta Sala). La consagración constitucional de esta obligación del Estado constituye, según se expresa en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, “una consecuencia del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado reconocido por la Constitución (...)”.

La previsión de esta obligación del Estado como una consecuencia del principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lleva a esta Sala a ratificar que los órganos del Poder Público, incluidos los del Poder Judicial, deben dirigir su actuación a garantizar que dicha indemnización se haga efectiva, en caso de ser procedente. Ello se desprende además de la propia norma constitucional que conmina al Estado a adoptar “las medidas legislativas y de otra naturaleza para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo (...)”. Si bien reconoce esta Sala que dichas medidas legislativas no ha sido dictadas, es lo cierto que el carácter directo y normativo de la Constitución obliga a todos los órganos del Poder Público a que, en ausencia de tales medidas, adopten los mecanismos necesarios -dentro de los límites de su competencia- para garantizar que las víctimas de violaciones de derechos humanos imputables al Estado sean efectivamente resarcidas por los daños causados.

Todas estas consideraciones llevan a esta Sala a concluir, analizado como ha sido el fallo recurrido, que el razonamiento que informa la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa el 15 de mayo de 2001, no resulta compatible con los principios consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que prevén el establecimiento de un régimen amplio, integral y objetivo de la responsabilidad del Estado que se erige en garantía de los particulares frente a las actuaciones dañosas de la Administración.

No puede considerarse, en criterio de esta Sala, que la intención del Constituyente haya sido la de erigir la responsabilidad del Estado como una garantía prevista a favor de la Administración, y en protección del erario público.

Por el contrario, su consagración constitucional en términos expresos, directos y objetivos exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido progresista a favor del administrado, como corresponde a toda garantía constitucional en un modelo de Estado de Derecho y de Justicia como el proclamado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

En ejercicio de esa interpretación progresiva, encuentra esta Sala que en el caso concreto de autos, existe responsabilidad del Estado venezolano por los daños derivados del homicidio del ciudadano Ramón Carmona Vásquez, a manos de agentes públicos de policía, lo cual deriva del hecho cierto e incontrovertible de la muerte causada al referido ciudadano; y la circunstancia de que, tal como se desprende del acervo probatorio cursante en autos, el hecho dañoso fue cometido por agentes de policía al servicio del Estado, valiéndose de los medios e instrumentos y poderes (i.e. vehículos, armas, uso de tácticas dirigidas al desvío de las investigaciones, etc) que su condición de funcionarios prestadores del servicio de policía les brindaba. Así se decide.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad*

TSJ-SC (3167)

9-12-2002

Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando

Caso: Interpretación del artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala Constitucional interpreta el artículo 29 de la Constitución, que establece la obligación por parte del estado de investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos y de lesa humanidad cometidos por sus autoridades.

El Fiscal General de la República y los ciudadanos Pastor Heydra Rojas, Pedro Díaz Blum, Carlos Tablante Hidalgo, Luis Longart, Pedro Pablo Alcántara, César Pérez Vivas, Elías Matta, Enrique Márquez, Carlos Berrizbeitia Giliberti y Ernesto Alvarenga solicitaron a esta Sala Constitucional que fije el contenido y alcance del precepto constitucional contenido en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece, entre otras cosas, que los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios cuyo texto se transcribe de seguida:

“El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. *Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía*” (Resaltado de la Sala).

Delitos de Lesa Humanidad

El concepto de crímenes de lesa humanidad data de mediados del siglo XIX. Aunque la primera lista de tales crímenes se elaboró al final de la Primera Guerra Mundial, no quedaron recogidos en un instrumento internacional hasta que se redactó la Carta del Tribunal de Nuremberg en 1945. Los crímenes de lesa humanidad determinados en esta Carta fueron reconocidos al año siguiente como parte del derecho internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas y se incluyeron en posteriores instrumentos internacionales, como los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. Fueron definidos por primera vez en un tratado internacional cuando se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998, el cual fue suscrito por Venezuela.

¿Que distingue los delitos ordinarios de los crímenes de lesa humanidad?

El Estatuto distingue los delitos ordinarios de los crímenes de lesa humanidad respecto de los cuales la Corte tiene competencia, sobre la base de los siguientes criterios:

1) Los actos que constituyen crímenes de lesa humanidad, como el asesinato, tienen que haber sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático. No obstante, el término “ataque” no denota una agresión militar, sino que se puede aplicar a leyes y medidas administrativas como la deportación o el traslado forzoso de población.

2) Deben afectar una población civil. Por lo tanto, quedan excluidos los actos aislados o cometidos de manera dispersa o al azar. La presencia de soldados entre la población civil no basta para privar a ésta de su carácter civil.

3) Su comisión responderá a la política de un Estado o de una organización. Sus ejecutores pueden ser agentes del Estado o personas que actúen a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, como los llamados “escuadrones de la muerte”. Dentro de las mencionadas organizaciones se incluye a los grupos rebeldes.

Dentro de los elementos subjetivos del tipo penal, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no prevé un elemento discriminador *sui generis*, en el sentido de que el ataque o acto dañoso esté dirigido a una población civil por motivos nacionales, políticos, raciales o religiosos, lo cual ha sido confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional, al dictaminar la ausencia de necesidad de un elemento discriminatorio como aspecto esencial de la figura de los crímenes de lesa humanidad, así como la irrelevancia de los motivos de su comisión.

Sin embargo, este elemento resulta necesario en el caso concreto del delito contemplado en el artículo 7, numeral 1, inciso h, que prevé la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género definido.

También se requiere para su debida subsunción en el tipo, la llamada intencionalidad específica que presupone su comisión con conocimiento de acto o actos contra el bien jurídico protegido, por ejemplo, la vida, la integridad física y moral, de allí que se les atribuya un mayor grado de gravedad moral, es decir, lo que transforma un acto individual en un crimen de lesa humanidad es su inclusión en un marco más amplio de conducta criminal, por lo que resultan irrelevantes los motivos personales que pudieran animar al autor a su consumación.

En fin, se trata de delitos comunes de máxima gravedad que se caracterizan por ser cometidos en forma tendenciosa y premeditada, con el propósito de destruir, total o parcialmente un grupo humano determinado, por razones de cultura, raza, religión, nacionalidad o convicción política. Se reconocen, además, por ser delitos continuos que pueden exteriorizarse en forma masiva.

De acuerdo con el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, los delitos de lesa humanidad consisten en actos de cualquier especie que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento por parte de su autor (o autores) de dicho ataque. Así se consideran de lesa humanidad, siempre que sean generales y sistemáticos, actos como: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos

como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de los que lo sufran.

Imputados

Imputar significa atribuir a otro una cosa o acto censurable, e imputado, obviamente, es aquel a quien se señala como autor de ese hecho. Desde la óptica procesal penal, y de acuerdo a la definición contenida en el texto orgánico que regula esa materia, imputado es toda persona que se señale como autor o partícipe de un hecho punible, mediante un acto de procedimiento efectuado por las autoridades encargadas de la persecución penal, esto es, por el Ministerio Fiscal.

“Imputado” se refiere a la persona perseguida en el proceso de investigación, es decir, “procesado” desde la interposición de la acusación y, a partir del acto de apertura a juicio oral (en el procedimiento principal), una vez admitida la acusación, “acusado”.

Por imputado, en los términos del artículo 29 constitucional, debe entenderse a la autoridad. La autoridad debe entenderse también como la potestad establecida en la Constitución de cada país conforme con la cual se dicten leyes, se observen o se administre justicia (*Enciclopedia OPUS*, p. 573). Otra acepción: “Persona que ejerce o posee cualquier clase autoridad” (DRAE, 4), de allí que debe entenderse que la competencia de los tribunales penales ordinarios está regida por el principio de la responsabilidad penal individual, con lo cual quedan excluidas las personas jurídicas, las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y la responsabilidad internacional del Estado..

...De acuerdo con lo desarrollado *supra*, una interpretación sistemática del artículo 29 permite aseverar que éste es incompatible con el sistema inquisitivo, toda vez que, de la dependencia constitucional del principio acusatorio, de la incompatibilidad de las funciones de investigación y juzgamiento y de la necesidad de distinguirlas para asegurar la imparcialidad, la transparencia y la autonomía de la justicia se sigue la incolumidad del juez predeterminado por la ley y la autonomía e independencia del poder ciudadano en franca garantía de la Constitución.

Respecto de cualquier demanda –denuncia o acusación- incoada por la comisión de delitos de lesa humanidad ante los tribunales penales, éstos deben advertir que el procedimiento a seguir está contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal, cuya expresión más depurada se encuentra en los países anglosajones. Este aspecto resulta perfectamente comprensible in abstracto, ya que tiende hacia una mayor igualdad de defensa entre el acusador y la defensa. Más aún en Venezuela, ante la presencia de un órgano de instrucción –Ministerio Público- encargado de recabar pruebas de cargo y de descargo.

En caso contrario, es decir, admitir una demanda por la presunta comisión de delitos de lesa humanidad al objeto de establecer una jurisdicción de excepción, excluyente del sistema acusatorio y, por tanto, nugatoria de la atribución del Ministerio Fiscal para instruir, investigar y acusar, comporta una verdadera actuación que inhabilita al juez para la función de juzgamiento, toda vez que, la admisión de la denuncia, *prima facie*, implica un precalificación jurídica o juicio anticipado y provisional sobre los hechos delatados que, posteriormente, el juez está llamado a sentenciar. Tal actuar –calificación- vulnera el principio “*ne procedat iudex ex officio*” e injiere en la competencia del Ministerio Público.

Artículo 29 de la Constitución, Sistema Acusatorio y su dependencia del orden constitucional.

Con el advenimiento de la Ilustración, tres principios rigen el Estado de Derecho, a saber, el principio de la división del poder del que se derivó la independencia de los jueces y la trasmisión de la actividad ejecutiva de persecución a una autoridad, creada para ello, separada organizativa y personalmente de los tribunales, la Fiscalía; el reconocimiento de los derechos fundamentales (respeto a la dignidad humana y al debido proceso); y el principio de reserva de la ley, que garantizó, finalmente, que la intervención del Estado en la esfera de la libertad del imputado se llevara a cabo sólo conforme a las leyes.

Prescindiendo de otros principios plenamente congruentes con las garantías constitucionales del imputado, como la participación del pueblo en la justicia penal, la publicidad del proceso y la adaptación del proceso penal al principio del Estado Social y de Justicia, es claro que el sistema acusatorio y la independencia de los jueces y del poder ciudadano, a más del monopolio del ejercicio de la acusación penal a través del Ministerio Público, que es su consecuencia, como lo dispone el artículo 11.4 de su ley orgánica, en concordancia con el artículo 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, numerales 3, 4 y 5, es una exigencia del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, en los términos en que lo prescribe el artículo 1° *eiusdem*.

El párrafo inicial (encabezamiento) del artículo 29 constitucional preceptúa: “El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos (entre los cuales destacan, los delitos de lesa humanidad) cometidos por sus autoridades” y ello corresponderá a los tribunales ordinarios.

Tal y como está redactado el precepto constitucional *in commento*, pudiera interpretarse en el sentido del deber por parte del Tribunal competente de proceder al enjuiciamiento de los implicados en la presunta comisión de dichos delitos, con prescindencia de la acusación por parte del Ministerio Público o por parte de la víctima –en cuyo caso la documentación respectiva deberá remitirse a dicho órgano instructor-, e incluso, de oficio, lo cual equivaldría a la derogatoria del sistema acusatorio, el cual entró en vigencia con la Constitución de 1961 y ratificado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Una interpretación tal no es compatible con el ordenamiento procesal vigente y con el propio texto constitucional. En efecto, el 20 de enero de 1998 (*Gaceta Oficial* n° 5.208 Extraordinario), fue publicado el nuevo Código Orgánico Procesal Penal (posteriormente modificado en los años 2000 y 2001 para ajustarlo a la nueva Carta Magna), que sustituyó al antiguo Código de Enjuiciamiento Criminal, que consagraba el sistema inquisitivo.

La República Bolivariana de Venezuela, signataria de instrumentos internacionales fundamentales en materia de derechos humanos, tenía que ajustar su normativa legal para hacer respetar las garantías mínimas que pueden englobarse en el concepto de debido proceso penal.

El procedimiento que hasta ese momento había regido, aunque mixto en su origen, fue pervirtiéndose (de instrucción judicial a instrucción policial con posibilidad de valorar como pruebas los datos adquiridos en el sumario) hasta convertirse en un proceso inquisitivo cuasi puro, característico de los Estados absolutistas. El cambio cualitativo que se persiguió con el nuevo Código Orgánico Procesal Penal fue, precisamente, sustituir este sistema por otro, caracterizado por la igualdad de condiciones de las partes y la imparcialidad del Juez.

En el sistema acusatorio, el juez queda dispensado de la iniciativa de la persecución penal y, por consiguiente, a diferencia del juez instructor inquisidor no se auto propone la materia, objeto del juicio, la cual, por el contrario, se le presenta como contenido de la acusación que se postula y sostiene por un funcionario o interesado distinto del juez. El acusador y el acusado concurren ante el juez en igualdad de derechos y obligaciones, y el juzgamiento se

hace, generalmente, con el (o los) imputado (s) en libertad hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Ello no quiere decir que el juez sea un sujeto pasivo, un mero árbitro: se trata de un sujeto activo, aunque sin facultades exorbitantes que cuestionen su imparcialidad.

Con fundamento en el principio de legalidad, el Ministerio Público está obligado a ejercer la acción por todo hecho que revista carácter penal o delictivo, siempre que de la investigación practicada surjan elementos de cargo suficientes para sustentar la acusación. En tal sentido, el artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal consagra el principio de la titularidad de la acción pública en cabeza del Ministerio Público, a quien corresponde la dirección de la investigación preliminar al objeto de determinar la comisión de hechos punibles y la identidad de sus autores, por lo tanto, los órganos de policía de investigaciones están bajo su dependencia funcional. Esta titularidad es destacada en el Capítulo III, Título IV del Libro Primero del referido instrumento adjetivo penal, para cuyo ejercicio se le reconocen numerosas atribuciones. Es importante destacar que dentro de este sistema, es sólo cuando el Ministerio Público juzga que dispone de elementos suficientes para solicitar el enjuiciamiento del imputado, cuándo propondrá la acusación y, de la misma manera, podrá solicitar el sobreseimiento del proceso.

En conclusión, la obligación del Estado de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad cometidos dentro del Territorio Nacional, bien por los particulares, bien por sus autoridades, no implica ni autoriza la subversión del ordenamiento procesal penal vigente, consagrado en el Código Orgánico Procesal Penal. En efecto, el monopolio respecto del ejercicio de la acción penal en el sistema acusatorio venezolano le corresponde al Estado por intermedio del Ministerio Público, quien deberá “ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración” (artículo 285.3. de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Verificadas dichas circunstancias, el fiscal procederá a ejercer en nombre del Estado la acción penal ex artículo 285.4 *eiusdem*.

La exclusión, de una acción penal fundamentada en el artículo 29 constitucional, del Ministerio Público, e incluso proceder a investigar y verificar la comisión de los delitos de lesa humanidad sin su concurso o participación, implicaría una usurpación de funciones y un desconocimiento expreso de las atribuciones conferidas por el ya comentado artículo 285 constitucional y de los principios del sistema acusatorio. Ello conllevaría a la aplicación del desechado procedimiento penal inquisitivo “en el cual los jueces podían rebasar en la condena la acusación y aun prescindir de ésta, investigando y fallando sin más” (G. Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VII, Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 451).

La Sala considera, por lo demás, que la interpretación no tolera que se interprete para producir un efecto de excepción que desborde la competencia del intérprete. Y si a esto se agrega que la interpretación supone una calificación previa que no puede realizarse sin la asunción de la competencia para hacerla, el intérprete incurre en un círculo vicioso, pues declara su competencia para investigar, sin haber investigado, y anticipa un juicio sobre el delito a investigar, que compromete su transparencia e imparcialidad de juzgamiento.

En este contexto, el tantas veces aludido artículo 29 constitucional no puede ser interpretado en forma contraria a los principios que rigen el proceso penal venezolano, esto es, en el sentido de pretender que una norma que es el *súmmum* de la ideología ilustrada consagre el proceso inquisitivo, propio, como *supra* se indicó, de los Estados absolutistas. Por lo tanto, la compatibilidad entre dicho precepto fundamental -investigación y juzgamiento-, y el sistema acusatorio, y por ende, entre tal precepto y el proyecto axiológico de la Constitución sobre los derechos fundamentales, sólo es posible con la intervención del Ministerio Público a fin de que dirija la investigación penal y, de ser pertinente, proponga una acusación fundada.

Sin embargo, la dirección de la investigación por parte del órgano en mención no excluye que puedan ser los tribunales de control los instructores, actuando siempre bajo su supervisión, al objeto de garantizar la legitimidad de la prueba y la autenticidad de las evidencias que obtenga, siempre que estos tribunales, coadyuvantes en la investigación, no sean a su vez juzgadores. Ello supone necesariamente que será otro juzgado de control el que admitirá la acusación y dictará, previo el cumplimiento de los requisitos de ley, las medidas de coerción personal o cautelares a que haya lugar.

Aunado al punto anterior, cuando la persona investigada sea el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, los Ministros o Ministras, el Procurador o Procuradora General, el Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, el Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República, para los cuales se requiere el antejuicio de mérito, la Sala Plena no es la competente a efectos de dicha investigación, pues a ella le corresponde el juicio propiamente tal, aparte de que no es posible que su actuación se realice bajo la supervisión del Ministerio Público.

Tribunales Ordinarios (Jurisdicción Ordinaria)

Toda persona tiene derecho de acceder a un órgano jurisdiccional y a un juez con jurisdicción, dada su potestad constitucional para juzgar, en procura de soluciones en derecho y en justicia. Dada la exclusividad y obligatoriedad de las decisiones judiciales, debe dejarse por fuera la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos diversos al jurisdiccional. Por otra parte, es imperativo que se asegure la presencia de un juez competente de acuerdo a factores preestablecidos por la ley, de orden material, territorial y funcional. Finalmente, dicho juez ha de ser independiente, imparcial y un real director del proceso.

Sostiene el tratadista Luigi Ferrajoli que el principio del juez natural “impone que sea la ley la que predetermine tales criterios de forma rígida y vinculante, de modo que resulte excluida cualquier elección ex post *factum* del juez o tribunal a quien le sean confiadas las causas”.

Según este mismo autor, dicho principio se manifiesta en las siguientes tres realidades, relacionadas entre sí: (a) la necesidad de un juez preconstituido por la ley; (b) la inderogabilidad y la indisponibilidad de la competencia; y (c) la prohibición de jueces de excepción. Todas ellas relacionadas de forma estrecha con los principios de imparcialidad e igualdad al estar dirigidas a impedir intervenciones instrumentales de carácter individual o general sobre la formación del juez, y para satisfacer los derechos de todos a tener los mismos jueces y los mismos procesos.

Esta óptica no concibe, pues, al juez ordinario como juez con competencia genérica y vía atractiva, ya que aunque la jurisdicción sea única e indivisible, su ejercicio comporta una distribución competencial que hace incompatible la distinción entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción especial (Prieto-Castro, *Tratado de Derecho Procesal Civil I*, Madrid, 1952, p. 139). El juez ordinario predeterminado por la ley constituye el elemento central dentro del sistema de administración de justicia del Estado Constitucional. Dicho sistema gira en torno a la voluntad general, a la ley. Los ciudadanos que se enfrentan como partes en un proceso sostienen la pretensión de que es la conducta de cada uno de ellos la que mejor se ajusta a lo que dispone la ley y es merecedora, por tanto, de que la voluntad general se ponga de su parte a través de la decisión del órgano judicial.

La neutralidad es lo que representa el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y el control de la voluntad general de la pérdida de su neutralidad en la aplicación individualizadora en caso de conflicto. La neutralidad es un atributo exclusivo de la voluntad general. Únicamente ella puede transmitirla, aunque nunca en la misma forma en que ella la posee. En la transmisión siempre se produce una pérdida, una desviación. En el ejercicio de la función jurisdiccional, en la aplicación individualizada de la voluntad general, la desviación debe ser la mínima posible. De allí la exigencia de la predeterminación legal, ex artículo 7 del Código Orgánico Procesal Penal.

La intervención de la voluntad general es condición necesaria, mas no suficiente. La voluntad general es previa a la resolución del conflicto, tanto en la definición de la norma sustantiva y de la norma adjetiva con base en la cual tiene que resolverse, como en la previsión del órgano judicial y de las personas que lo van a componer para intervenir en su resolución. Se exige neutralidad en la voluntad general y no se admite que se pueda designar ex post un juez o tribunal *ad hoc* así como tampoco que el ciudadano pueda escoger el juez que va a conocer de un determinado asunto. El órgano judicial y las personas que lo integran y que van a decidir cada conflicto no pueden ser elegidos ni por el Estado ni por el ciudadano, necesariamente han de estar predeterminados por la ley, tal ha sido la postura del Tribunal Constitucional Español haciendo suya la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Vid.* sentencias: 47/1983, 101/1984, 44/1985, 93/1988).

Cuando la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela habla de tribunales ordinarios se refiere tanto a ordinarios como a especiales, los cuales deben atender, como antes se apuntó, a la reserva legal. Hay tribunales especiales admitidos por la Constitución (artículos 258 (en materia arbitral –justicia de paz–), en concordancia con el artículo 178; 259 (jurisdicción contenciosa); 260 (jurisdicción de los pueblos indígenas); 261 (jurisdicción penal militar); 297 (jurisdicción contencioso electoral), en contraposición a los tribunales prohibidos por ella, ex artículo 49.4 (tribunales de excepción).

En suma, todo juez predeterminado por la ley es natural, es decir, ordinario, por oposición a los tribunales de excepción. Los tribunales militares son ordinarios, aunque sean especiales, pues ordinario no se opone a especial sino a excepcional (juez *ad hoc*) vedado por el artículo 49.4 constitucional (Juan Montero Aroca, Sobre la imparcialidad y la compatibilidad de funciones procesales, Valencia (España), *Tirant lo Blanch* alternativa, 1999).

Para ilustrar el aserto anterior, es importante acudir al origen de lo que por “especial” y “especialización” debemos entender. Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Tomo III, 21ª ed., Heliasta, Buenos Aires 1998, p. 547, define por “especial” y “especialidad” lo siguiente:

“ESPECIAL. Singular, privativo, particular, exclusivo, adecuado, propio, extraordinario, fuera de lo común o corriente. Que requiere determinados conocimientos, con misión asignada para el caso, fuera de código o reglamentación ordinaria, excepcional. Anómalo. De mejor calidad. De mayor rendimiento a solidez. De individualidad singular, referido a los delitos, los tipificados y sancionados en norma distinta al código penal, personal o a medida”.

“ESPECIALIDAD. Singularidad, particularidad, condición privativa. Caso particular. Conocimientos teóricos o prácticos de índole genuina en una ciencia o arte. Intensificación del estudio o del ejercicio en alguna de las ramas concretas de la Enciclopedia Jurídica y de las actividades conectadas con ella”.

Este criterio de clasificación de la jurisdicción tiene relación estrecha con el relativo a la jurisdicción especial o especializada. Más que tratarse de una clasificación de materias, esta división es de los asuntos que se ventilan a través de la función jurisdiccional, y se enfoca al contenido del proceso y no al proceso mismo. Es decir, se refiere más a la naturaleza de los litigios que a la de los procesos. Todo esto provoca una distribución de funciones, de compe-

tencias. Ello ocasiona que en algunos sistemas los tribunales se dividan en civiles y penales, en otros sistemas hay además tribunales laborales, administrativos, fiscales, mercantiles, clasificaciones todas basadas en la naturaleza del conflicto o litigio y que redundan en una especialización sustantiva la cual, en términos generales, es de gran utilidad y que se funda, como ya lo hemos dicho, en un criterio de división del trabajo.

De la clasificación del término “jurisdicción”, nos es útil el de “jurisdicción especializada o especial”, pues él refiere aquellos casos en que existen organismos o autoridades estatales, dotados de jurisdicción por parte del Estado, para decidir y aplicar el derecho en determinadas materias, independientemente de la existencia de los tribunales judiciales, quienes históricamente están dedicados a procesos de jurisdicción ordinaria.

De acuerdo con lo dicho hasta ahora, ¿cuál es el sentido que debe atribuirse a la expresión tribunales ordinarios a los cuales se refiere el artículo 29 constitucional? La Exposición de Motivos es meridianamente clara al referir que la Constitución impone al Estado la obligación de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades, al tiempo que establece, sin excepción, que las violaciones de tales derechos y los delitos de lesa humanidad serán investigados por los tribunales ordinarios, al objeto de excluir a los tribunales militares o de excepción de cualquier investigación al respecto.

Así, los ciudadanos inculcados –bien que se trate de altos funcionarios (artículo 266 constitucional, numerales 2 y 3), o de funcionarios subordinados por órdenes superiores- por los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad, deben ser juzgados por aquellos tribunales ordinarios que lo sean según la competencia que le haya sido atribuida, en concordancia con la condición del sujeto imputado.

En el caso concreto del Presidente de la República, el artículo 266.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal, prevé expresamente que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena declarar si hay o no mérito para su enjuiciamiento, “previa querrela del Fiscal General de la República”. También debe mediar la autorización del enjuiciamiento por parte de la Asamblea Nacional, de acuerdo con lo dispuesto por el referido artículo 266.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal, preceptos que no excluyen ningún delito, sea común o político, de este procedimiento.

Beneficios en el proceso penal (Indulto y Amnistía)

Con carácter previo, resulta pertinente establecer los conceptos de indulto y de amnistía como beneficios dentro del proceso penal o con ocasión de éste. Así tenemos que el indulto, tanto general como particular, no actúa sobre la realidad jurídica de un acto calificado como delito, ni afecta a la ilicitud en cuanto tal, sino que opera sobre su sanción, sea para excluirla sea para mitigarla. Por tanto, presupone siempre un hecho punible que, a diferencia de lo que puede suceder con la amnistía, permanece incólume. Con él no se censura la norma calificadora de un acto como ilícito penal; simplemente se excepciona su aplicación en un caso concreto (indulto particular) o para una pluralidad de personas o de supuestos (indulto general).

Por el contrario, la amnistía suele definirse como una derogación retroactiva que puede afectar bien a la norma que califica a un acto como ilícito penal, bien a la que dispone –como consecuencia de la verificación de un acto así calificado- la imposición de una sanción. En su grado máximo, y en honor a la etimología de la expresión, comporta la inexistencia en derecho de actos jurídicamente ciertos, una suerte de amnesia del ordenamiento respecto de conductas ya realizadas y perfectamente calificadas (o calificables) –tipicidad objetiva- por sus órganos de garantía.

Efectos tan radicales han llevado siempre a sostener que sólo puede actuarla el poder legislativo, aunque es común adscribirla a la órbita de la gracia, incluso cuando ésta viene atribuida al Jefe del Estado. Esa adscripción se explica, sin duda, por causa del componente exculpativo de la amnistía -común al que es propio del indulto en sus dos variantes-; en propiedad, la amnistía no sólo exculpa, sino que, más aún, puede eliminar de raíz el acto sobre el que se proyecta la inculpación o la norma resultante de ésta.

Por lo que concierne a la prohibición de beneficios que puedan conllevar a la impunidad en la comisión de los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad, el mismo Constituyente aclara el sentido que pretende asignarle a los mismos cuando expresamente incluye el indulto y la amnistía dentro de dichos beneficios. En efecto y por cuanto estas dos instituciones, tal como se apuntó, extinguen la acción penal dirigida a castigar una determinada conducta delictiva y/o hacen cesar la condena y sus efectos, se prohíbe su aplicación ante la gravedad que implica las violaciones a los derechos humanos.

La Sala observa, sin embargo, conforme a lo decidido por ella en su Sentencia n° 1472/2002 del 27 de junio, que no es oponible *stricto sensu* el contenido del artículo 29 constitucional a las fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena (suspensión condicional [artículos 42 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal], suspensión condicional de la ejecución de la pena, fórmulas alternativas del cumplimiento de la pena y la redención judicial de la pena por el estudio y el trabajo -Libro Quinto, Capítulo Tercero *eiusdem*-), pues tales fórmulas no implican la impunidad.

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Caso Barrios Altos, sentencia de 14 de marzo de 2001). Es decir, existe imposibilidad material en la aplicación de aquellas normas dictadas con posterioridad a la ocurrencia de hechos de esta naturaleza, con la intención de vedar u obstaculizar su esclarecimiento, identificar y juzgar a sus responsables e impedir a las víctimas y familiares conocer la verdad y recibir la reparación, si a ello hubiere lugar.

Lo considerado hasta ahora impone analizar si el antejuicio de mérito, respecto del juzgamiento de los Altos Personeros del Estado, que gozan tal prerrogativa, constituye un beneficio procesal que pueda conllevar a la impunidad.

El antejuicio de mérito es una institución procesal constitucional cuyo objeto fundamental, previo a un procedimiento, es determinar si existe una “causa probable” que permita autorizar el enjuiciamiento (juicio de fondo) de los altos funcionarios a que se refiere el artículo 266, numerales 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo régimen jurídico tiene como orden sistemático y jerarquizado a la Constitución, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y el Código Orgánico Procesal Penal. Esta institución debe conservar, en su dimensión, el ejercicio por parte del *sub júdice* de sus derechos fundamentales, a fin de evitar nulidades o reposiciones innecesarias, en garantía, más que de los sujetos procesales, de la sociedad y sus valores éticos y políticos.

La entonces Corte Suprema de Justicia, al analizar la figura del antejuicio de mérito, en su sentencia del 25-06-92, recaída en el caso: Antonio Ríos estableció que dicha figura no constituye sino una etapa previa al posible enjuiciamiento de aquellos funcionarios respecto de los cuales la ley fundamental de la República lo consagra como una forma de resguardar el cumplimiento de sus funciones, ya que dicho procedimiento evita el entorpecimiento producido por la instrucción de causas penales posiblemente temerarias o infundadas.

En el antejuicio no se dicta propiamente una sentencia de condena, sino que tiene como fin último, eliminar un obstáculo procesal para que un ciudadano comparezca en juicio, donde tendrá oportunidad para invocar la garantía de la presunción de inocencia.

El antejuicio de mérito no implica, en modo alguno, la búsqueda de la comprobación plena del cuerpo del delito ni de la culpabilidad del funcionario en relación con el cual opera dicho procedimiento especial, como si se tratase de un juicio propiamente tal, tiene por objeto el análisis y estudio previo de las actas procesales, para establecer si de los hechos derivan o emergen presunciones graves de la comisión de un hecho punible y de que en su perpetración está comprometida la responsabilidad del funcionario.

De todo lo dicho, se sigue: a) no se exige prueba fehaciente o plena para autorizar el enjuiciamiento; b) constituye un requisito de procesabilidad que, como una etapa previa, genera una presunción racional de que un alto funcionario “pudo” ser el autor de un hecho punible; c) el juez elimina un obstáculo “el privilegio” a los efectos de la instauración de un juicio con todas las garantías propias del debido proceso; d) se trata de una etapa previa, presuntiva, cuya conclusión no constituye una sentencia de condena o declaratoria de inocencia; y e) no produce cosa juzgada.

En definitiva, el antejuicio de mérito no constituye un beneficio procesal que pueda conllevar la impunidad, se trata de un presupuesto de procesabilidad previa al juicio mismo, en atención a la investidura de los altos funcionarios. Cuando se pretenda el enjuiciamiento de alguno de ellos, deberá cumplirse con el procedimiento previsto en la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (Artículo 266, numerales 2 y 3) y en el *Código Orgánico Procesal Penal* (Libro Tercero, Título Cuarto, artículos 377 al 381).

Colofón

1.- No puede un tribunal penal ordinario actuar ex officio en los casos de denuncias o acusación por la presunta comisión de los delitos de lesa humanidad, previstos en el artículo 29 constitucional; debe existir acusación o querrela por parte del Ministerio Público o por parte de la víctima –en cuyo caso, la documentación respectiva deberá remitirse al órgano instructor-, previa investigación de los hechos inquiridos y de la instrucción respectiva.

2.- La investigación, instrucción y comprobación de los hechos denunciados ante la presunta comisión de los delitos contemplados en el antedicho artículo 29, corresponde al Ministerio Público o a los órganos que actúen bajo su supervisión, por lo tanto, no puede un Tribunal de Control –ordinario- admitir denuncias o acusaciones por la presunta comisión de delitos de lesa humanidad ni instar y remitir las actuaciones a dicho órgano, puesto que ello implicaría la subversión del sistema de corte acusatorio sobre el que descansa el proceso penal, y, por ende, el debido proceso. Sin embargo, los juzgados de control podrán ejercer actos de investigación bajo la supervisión del Ministerio Fiscal, conforme lo indicado *supra*.

3.- Cuando la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela habla de tribunales ordinarios se refiere tanto a ordinarios como a especiales, los cuales deben atender, como antes se apuntó, a la reserva legal, toda vez que la obligación por parte del Estado de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad cometidos por sus autoridades, establece, sin excepción, que serán investigados por los tribunales ordinarios, al objeto de excluir a los tribunales militares o de excepción de cualquier investigación al respecto. Así, los ciudadanos inculcados –bien que se trate de altos funcionarios (artículo 266 constitucional, numerales 2 y 3), o de funcionarios subordinados por órdenes superiores- por los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad, deben ser juzgados por aquellos tribunales ordinarios que lo sean según la competencia que le haya sido atribuida, en concordancia con la condición del sujeto imputado.

4.- La interpretación que debe darse al artículo 29 de la Constitución a fin de hacerlo compatible con el proyecto axiológico de ella y con el sistema acusatorio –proceso penal venezolano-, es que en las causas por la presunta comisión de los delitos de lesa humanidad, la investigación corresponde exclusivamente al Ministerio Público o a los órganos que estén bajo su supervisión y el juzgamiento a los tribunales ordinarios, en el sentido indicado *supra*, en atención al debido proceso, previsto en el artículo 49 constitucional, en concordancia con el artículo 257 *eiusdem*.

5.- En los casos del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República, el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal prevé expresamente que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena -artículo 266 constitucional, numerales 2 y 3- declarar si hay o no mérito para su enjuiciamiento, pero “previa querrela del Fiscal General de la República”. También debe mediar la autorización del enjuiciamiento por parte del órgano que corresponda, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 378 *eiusdem*, en concordancia con el referido artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, preceptos que no excluyen ningún delito, sea común o político, de este procedimiento.

En lo que atañe al caso específico del Fiscal o de la Fiscal General de la República, órgano que ostenta el monopolio de la acción penal, conocerá de la respectiva solicitud de antejuicio de mérito un Fiscal o una Fiscal General Suplente, designado (a) para el caso concreto.

6.- El proceso que debe seguirse para la investigación y juzgamiento de la presunta comisión de delitos de lesa humanidad es el establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, fundamentalmente de corte acusatorio, donde la instrucción está encomendada al Ministerio Público –fase preparatoria- y el juzgamiento a los Tribunales de Control –fase intermedia- y Tribunales de Juicio –fase de juicio oral-.

7.- La responsabilidad penal en las causas por delitos de lesa humanidad (delitos comunes) se determinará según lo disponen la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscrito por Venezuela, en cuanto a la parte sustantiva; y el Código Orgánico Procesal Penal en cuanto a la parte adjetiva.

Voto Salvado de los Magistrados Antonio J. García García y Pedro Rafael Rondón Haaz.

Quienes suscriben, Magistrados Antonio J. García García y Pedro Rafael Rondón Haaz, salvan su voto pues disienten del criterio que sostiene la mayoría sentenciadora, conforme al cual se ha declarado resuelta la solicitud de interpretación acerca del artículo 29 del Texto Fundamental, que interpuso el ciudadano Julián Isaías Rodríguez, con el carácter de Fiscal General de la República, y la que intentaron los ciudadanos Pastor Heydra Rojas, Pedro Díaz Blum, Carlos Tablante Hidalgo, Luis Longart, Pedro Pablo Alcántara, César Pérez Vivas, Elías Matta, Enrique Márquez, Carlos Berrizbeitia Giliberti y Ernesto Alvarenga, en su condición de Diputados de la Asamblea Nacional.

La disidencia se fundamenta en que la interpretación que se ha realizado sobre el artículo 29 de la Constitución es contraria no sólo a la letra expresa de la norma interpretada, sino al método sobre el cual se pretende sustentar la interpretación que se efectuó.

Ciertamente, de acuerdo con el texto expreso de la norma cuya interpretación fue solicitada, así como con el texto de la Carta Fundamental considerado *in totum* (página 15 del fallo), ha debido concluirse en que el artículo 29 dispone garantías especiales para la protec-

ción efectiva de los derechos humanos fundamentales en caso de que éstos resulten afectados por situaciones extremas, como ocurre en el supuesto de delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos o delitos de guerra.

Tales garantías son: 1.- La imprescriptibilidad de la acción penal; 2.- la atribución de la investigación y juzgamiento de los delitos de lesa humanidad y violaciones graves a los derechos humanos a los tribunales ordinarios; y 3.- La eliminación de los beneficios que puedan conducir a la impunidad de estos delitos.

Las razones que fundamentan el presente disentimiento son las siguientes:

La disentida pretende sustentar su interpretación, no sólo en el análisis del ordenamiento constitucional, sino en referencia con el ordenamiento legal en materia penal. La mayoría sentenciadora en efecto invocó como conclusión que “La obligación del Estado de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos y los delitos de lesa humanidad cometidos dentro del territorio nacional, bien por particulares, bien por sus autoridades no implica ni autoriza la subversión del ordenamiento procesal vigente consagrado en el Código Procesal Penal”.

Opinan los disidentes que, en su lugar y de manera contraria, ha debido concluirse en que la adopción del sistema acusatorio por parte del Código Procesal Penal no implica ni autoriza la subversión del ordenamiento constitucional vigente, conforme al cual para el establecimiento de responsabilidad penal en los casos de delitos de lesa humanidad o violaciones graves a los derechos humanos la investigación debe adelantarla por el propio juez ordinario, como garantía de la efectiva tutela jurisdiccional en esta vital materia.

Efectivamente, cuando el ordenamiento constitucional impone la conclusión antes indicada resulta un contrasentido la pretensión de desvirtuarla mediante la invocación del ordenamiento legal que a ella ha de supeditarse. El artículo 29 cuya interpretación hizo el fallo del cual disentimos dispone, a la letra, lo siguiente:

“El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.”

Es sin duda la efectiva protección de los derechos fundamentales lo que persigue la norma que fue interpretada, lo cual se compadece con la evidente tendencia del Constituyente a la consideración, como principio cardinal que debe informar la actividad del Estado y el comportamiento de sus autoridades, “el respeto a los derechos humanos”.

La pretensión de someter la interpretación de la norma, so pretexto de la utilización del método sistemático, a su conexión con el ordenamiento jurídico legal y que como tal ejecuta la Constitución, implica un irrespeto al principio de primacía de la Constitución que en texto expreso esta misma proclama (artículo 7) y que es pilar del Estado, concebido éste como un estado de derecho.

El carácter fundamental de la vigencia y eficacia del respeto a los derechos humanos, como principio informador de toda actividad de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico venezolano, se pone de manifiesto, entre otras, en la norma en la que, por vez primera entre nosotros, esta primacía constitucional reconoce excepcionalidad en el caso de los derechos humanos fundamentales, cuando se ha dispuesto que la Constitución cede en su aplicabilidad frente a tratados internacionales en los que se recojan derechos humanos más favorables.

Por lo demás, la preeminencia de los derechos humanos se reconoce en general –tanto en esta Constitución como en la del 61– respecto de todo derecho escrito. Así, se preceptúa en el artículo 22 de la Constitución del 99, conforme al cual deben protegerse los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, independientemente de que éstos estén expresamente enunciados en norma alguna. Como se señala en la Exposición de Motivos del texto Fundamental, se “...amplía conceptualmente la protección de los derechos humanos con una marcada influencia *ius naturalista*, al disponer que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos”.

Estos principios fundamentales del nuevo régimen constitucional fueron los que llevaron a esta Sala Constitucional al señalamiento de que las normas constitucionales y, en especial, las que conciernan a derechos humanos, son reglas cuya vigencia no está supeditada a la posterior regulación legislativa, pues ello, en definitiva, sería la negación de la aplicación de una disposición constitucional (sentencias núms. 93 del 16 de febrero de 2001 y 1077 del 22 de septiembre de 2002).

Corresponde al Estado venezolano, como estado democrático y social de derecho y de justicia, propugnar la preeminencia de los derechos humanos como valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 2 de la Constitución). En tal sentido es deber del Estado garantizar a todas las personas, sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente, de sus derechos humanos, siendo esta misión de observancia obligatoria por todos los órganos del Poder Público, de conformidad con lo que establece la propia Constitución, los Tratados sobre Derechos humanos que sean suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen (artículo 19 de la Constitución).

Siguiendo las orientaciones y tendencias más modernas del Derecho Comparado, la Constitución del 99 impuso sobre el Estado el deber inexcusable del establecimiento de eficaces mecanismos de protección de los derechos humanos que garanticen el desarrollo integral y eficaz de la dignidad humana.

Ello se pone de relieve con una importantísima modificación constitucional al concebir al amparo más que como un derecho y no como una efectiva garantía (artículo 27). Y es así que, cuando se redactó el artículo 29 de la Constitución, no puede entenderse que se hicieron allí meras declaraciones de principio o que el empleo de las palabras no tenían, como pretende la disidencia, el significado que a ellas corresponde, antes bien, no sólo la literalidad, sino lo sistemático y teleológico, impone la conclusión de que esta norma persigue concretar una eficaz protección del ciudadano frente a la posibilidad de que el Estado y sus autoridades cometan acciones tan atroces como son, en efecto, los delitos de lesa humanidad, las graves violaciones a los derechos humanos y los crímenes de guerra. Es por ello y para ello que, en la norma, literalmente se estableció no sólo la imprescriptibilidad de las acciones tendentes a producir su sanción, sino que, además, se dispuso el sometimiento, en el caso de crímenes de lesa humanidad o violaciones graves a los derechos humanos, de su investigación y juzgamiento a los tribunales ordinarios y, adicionalmente, se preceptuó la eliminación de cualquier beneficio que pudiera conducir a su impunidad.

En las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente puede, en efecto, constatarse la expresa intención del Constituyente del establecimiento de una especial regulación para el caso de este tipo de delitos y en este sentido la disposición, como garantías a la protección del ciudadano frente a delitos de lesa humanidad o graves violaciones de los derechos humanos, de que su juzgamiento se realizase por jueces ordinarios, lo cual en efecto implica, como se señala en el fallo del cual disintimos, la exclusividad jurisdiccional, excluyendo los tribunales de excepción (artículo 49.4).

Ciertamente, la atribución a los jueces ordinarios del conocimiento de estos delitos, según se deduce de las discusiones que cursan en las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, responde a situaciones que fueron planteadas en el pasado –allí se lee que “ello representa un avance histórico en el derecho constitucional, y nos enseñará a no repetir la impunidad en casos como los ocurridos en los años 60, o en las masacres de Cantaura, Yumare, El Amparo, o el genocidio del 27 de febrero”-, pero, además, se trata de una previsión que se incardina con uno de los supuestos fundamentales de la tutela jurisdiccional efectiva, cual es que el órgano judicial competente para dicha tutela sea un juez natural, concepto que se corresponde precisamente con el del juez ordinario.

Y en este sentido el derecho al juzgamiento por un juez ordinario impone, primero, que el órgano judicial haya sido creado por la norma; segundo que exista una ley previa que le atribuya competencia para actuar; y tercero, que no se constituya como juez excepcional, todo ello en aras de la garantía de la independencia e imparcialidad del juez. El juez natural enerva no la jurisdicción especial, sino al juez de excepción.

Pero además el término “ordinario” ha sido utilizado en la norma para el establecimiento de la especialidad funcional, excluyendo la jurisdicción militar. Por ello es contradictorio afirmar –como lo hace la disentida- “...que los tribunales militares son ordinarios, aunque sean especiales, pues ordinario no se opone a especial sino a excepcional (juez *ad hoc*) vedado por el artículo 49.4...” (página 25), para luego señalar que “La Exposición de Motivos es meridianamente clara al referir que la Constitución impone al Estado la obligación de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades, al tiempo que establece, sin excepción, que las violaciones de tales derechos y los delitos de lesa humanidad serán investigados por los tribunales ordinarios, al objeto de excluir a los tribunales militares o de excepción de cualquier investigación al respecto.” De allí que el término ordinario, en este caso, excluye, en efecto, la jurisdicción militar.

Ahora bien, no explica la disentida qué sentido ha de darse a la atribución, a estos tribunales ordinarios, de la competencia a letra expresa, no sólo respecto del juzgamiento sino de la investigación, en los casos de delitos de lesa humanidad y violaciones graves a los derechos humanos, lo cual se señala igualmente en la parte pertinente de la Exposición de Motivos que citó textualmente la disentida.

Y esta circunstancia de que la norma no se refiere tan sólo a la imposición de que estos gravísimos delitos sean conocidos por los tribunales ordinarios, sino que se reguló expresamente en ella que la investigación fuese realizada directamente por éstos, surge también de manera clara y contundente de esas mismas Actas de la Asamblea Nacional Constituyente.

La proposición original permite, en efecto, la comprobación de que no se hallaba previsto en su texto la atribución de la investigación al tribunal ordinario, pues en ella se proponía la siguiente redacción:

“Artículo 29. El Estado está obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra son imprescriptibles, siendo sólo competentes para conocer de los mismos los tribunales penales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.”

Es a proposición posterior como se modificó esta redacción para no sólo imponer el conocimiento de estos delitos –sólo los de lesa humanidad y violaciones graves a los derechos humanos, categoría ésta sugerida en intervención también posterior- por parte de los tribunales ordinarios sino, además, atribuirle a éstos la investigación correspondiente.

El fallo del cual disentimos basó la interpretación constitucional en la confrontación de los sistemas inquisitivo y acusatorio como mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad penal.

En este sentido, la disidentida señala que el sistema acusatorio pretende el equilibrio de la eficacia de la persecución penal con el respeto a las garantías del imputado, con la que se evita la concentración, en un mismo órgano, de la investigación y juzgamiento y vincula tal separación a uno de los paradigmas de la revolución liberal del siglo XIX, como lo fue la División de los Poderes, con el señalamiento de que en el procedimiento de corte acusatorio se encomienda la investigación, que no es una función jurisdiccional propiamente tal sino una especie de fase preparatoria para ella, al Ministerio Público, un órgano técnico, profesional, especializado; y el juzgamiento a un tribunal.

Consideramos los disidentes que la invocación del principio de la separación de los poderes, como uno de los paradigmas de la revolución liberal del siglo XIX, resulta inadecuada en este contexto, pues en la formulación de dicho principio se asignaba al Poder Judicial papel protagónico, al concebir dicho poder como una fuerza que se preocupase de que, al menos, los valores superiores del Derecho y del orden que la Constitución ha establecido como fundamentales permaneciesen protegidos (De Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial y el Ministerio de Justicia*, Madrid, 1989, introducción).

En este sentido, si bien es cierto que se instauró el principio acusatorio cuando se atribuyó al Ministerio Público (artículo 285, 3) la ordenación e investigación penal de la perpetración de los hechos punibles, en consonancia con el sistema que ya había adoptado el Código Procesal Penal para procurar mayores garantías al imputado, no es menos cierto que esto no puede menoscabar el papel del juez y, menos aún, la función del juez constitucional en cuanto a su deber de imponer la vigencia de la norma fundamental sin que sea válido el señalamiento de que la reunión de funciones de investigación y juzgamiento conlleva, necesariamente, el quebrantamiento del principio de imparcialidad del Juez.

El Sostener de este principio llevaría al absurdo del desconocimiento de todos los poderes oficiosos que al Juez se reconocen y de los que el juez constitucional así como el contencioso administrativo, en particular, disponen, pues se ha entendido que la preeminencia del interés general, que en estos procesos subyace, justifica las facultades investigativas del juez para la determinación de la verdad real y sentenciar conforme a ella, de manera que se aplique una efectiva justicia.

Por lo demás, el sistema acusatorio no niega el papel del juez como rector del proceso, pues las normas procesales penales le permiten la revisión del acto conclusivo y la orden de un nuevo envío al Ministerio Público para que se realice la acusación cuando éste, en primera instancia, ha decidido lo contrario y ello no involucra la pérdida de la imparcialidad del juez.

Esta norma garantiza la tutela judicial efectiva, no obstante el principio acusatorio, porque en definitiva se atribuye al juez el poder de controlar esta iniciativa que se pone en manos del Ministerio Público. De manera que no puede verse como un quebrantamiento del papel del Ministerio Público, hoy concebido como órgano de un Poder autónomo, el que en este especial caso, como es el que regula el artículo 29, se preceptúe que la investigación deba conducirla el propio órgano de administración de justicia.

La disidentida afirma que "...la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (Verfassungskonforme Auslegung von Gesetze). Tal conformidad requiere del cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.)..." Pero señala que también

se exigen "...otras axiológicas (Estado Social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo" (página 14).

Y es que eso que se proclama como prohibido es precisamente lo que realiza la disidencia con la interpretación que del artículo 29 ha efectuado, pues ha indicado que la circunstancia de que la Constitución le atribuya como competencia al Ministerio Público la investigación de los hechos punibles (Art. 285, 3), impide que el juez ordinario lo haga, en los casos de delitos de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos como expresamente previene la propia Constitución (artículo 29).

Con tal método interpretativo está la mayoría sentenciadora dando preeminencia a las condiciones formales (división del poder, más que a éste, a su estructuración orgánica) para vulnerar el principio sobre el que descansa el Estado constitucional venezolano (preeminencia de los derechos fundamentales), lo cual implica preeminencia también de las garantías constitucionales.

Es claro que si bien la Constitución optó por esta atribución de la competencia de investigación, en general, para el establecimiento de la responsabilidad penal al Ministerio Público, no lo hace para los crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de los derechos humanos, donde la vulneración a lo que constituye el principio de preeminencia de los derechos humanos, la ha llevado al establecimiento, para ese supuesto de que la investigación esté a cargo del propio juez ordinario. Es decir, no depende de un organismo técnico, como en efecto es el Ministerio Público, del cual por cierto podría servirse el juez en su labor de conductor de la investigación en dichas hipótesis del artículo 29, sino que tal labor investigativa corresponde al propio Juez, quien es el órgano del Poder responsable de la administración eficaz de la Justicia.

Esta línea de interpretación que ha adoptado la mayoría impondría el señalamiento de que, aun cuando la Constitución reconoce a la Asamblea Nacional facultades de investigación en su función de control sobre la Administración Pública, ellas deben entenderse inexistentes no obstante la letra expresa de la Constitución (artículo 187, 3), porque existe un órgano técnico, perteneciente a un Poder autónomo, como es la Contraloría General de la República, a la cual compete el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos (artículo 287).

Y es que a la par que la organización del estado se estructura sobre la base de un principio de separación de poderes, también lo hace con base en un sistema de controles e interferencias de los órganos que integran las distintas ramas del Poder, de manera que la atribución funcional no es exclusiva ni excluyente. Así que no es contrario a este principio el que, en casos especiales, el Ejecutivo ejerza función normativa, aún la que de ordinario corresponde a otro poder como es el legislativo, ese es el supuesto de los actos de rango legal, lo cual ocurre con la posibilidad de que el Presidente dicte decretos legislativos.

Estas referencias permiten demostrar la insuficiencia e inadecuación del principio de separación de poderes para la argumentación que la atribución expresa de la facultad investigativa, en los casos de delitos de lesa humanidad o violaciones graves a los derechos humanos, al juez ordinario y no al Ministerio Público constituya una afrenta insalvable a este principio, cuando lo cierto es que la doctrina constitucional entiende que tal radicalización no fue posible ni siquiera en la ejecutoria de su formulación inicial.

Cuando la mayoría sentenciadora señala que "...la interpretación no tolera que se interprete para producir un efecto de excepción que desborde la competencia del intérprete" está en lo cierto, y es ello precisamente lo que ha ocurrido cuando la atribución constitucional expresa da competencia al juez ordinario para la investigación de los delitos de lesa humanidad y violaciones graves a los derechos humanos, y la mayoría sentenciadora la desaplica sobre la invocación de condiciones formales y con vulneración de lo que ya ha sido definido como principio fundamental, como es la preeminencia de los derechos humanos.

La Sala Constitucional con esta interpretación ha eliminado una garantía expresa del Constituyente, en lugar de propender a su aplicación, lo que contradice la intención constitucional de que se logre la eficaz sanción de la atrocidad que comporta un crimen de lesa humanidad o, en todo caso, un crimen que conlleve la violación grave de los derechos humanos.

Por lo tanto, los disidentes consideramos que al realizar la interpretación del artículo 29 de la Constitución se ha debido respetar la literalidad, lo sistemático y lo teleológico, así como la preeminencia del ordenamiento constitucional sobre la ley, y sus principios sobre las condiciones formales, todo lo cual obliga a la conclusión de que, en materia de delitos de lesa humanidad, delitos de guerra y graves violaciones a los derechos humanos, el artículo 29 dispone tres garantías para hacer efectiva la responsabilidad penal: 1.- La imprescriptibilidad de la acción penal; 2.- la atribución de la investigación y juzgamiento de los delitos de lesa humanidad y violaciones graves a los derechos humanos a los tribunales ordinarios; y 3.- La eliminación de los beneficios que puedan conducir a la impunidad de estos delitos.

2. Garantías Constitucionales

A. Restricción

CPCA (3682)

19-12-2002

Magistrado Ponente: Perkins Rocha Contreras

Caso: Varios vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

La suspensión (restricción) de una garantía constitucional no implica la suspensión de toda la legislación relacionada.

Para el momento en que se ordenó la apertura de oficio del procedimiento administrativo que deviene en la Resolución recurrida, el país transitaba por un régimen de suspensión de garantías constitucionales, entre ellas la garantía de libertad económica contenida en el artículo 96 de la Constitución de 1961, lo que implicaba que los particulares actuaban limitadamente en el ejercicio de los derechos económicos.

Es el caso, que el Presidente de la República, mediante Decreto identificado con el n° 285 publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela n° 4754 de fecha 22 de junio de 1994, suspendió, entre otras, la garantía económica.

Con respecto a este punto, debe señalarse que la suspensión de las garantías constitucionales, en ningún caso interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público (art. 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, equivalente al artículo 241 de la Constitución de 1961), lo cual implica que los mismos se deben seguir ajustando a los principios constitucionales rectores de sus actividades (artículos 141, 26, 257, entre otros).

Igualmente el artículo 27 de la Constitución, en su último aparte señala que el ejercicio del derecho de amparo no puede ser afectado por los decretos de excepción y, específicamente, por la restricción de las garantías constitucionales.

En todo caso, es indudable que el Decreto que suspenda las garantías constitucionales, debe cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en cualquier otro Tratado Internacional suscrito y ratificado por la República, referente a la materia de los derechos humanos.

Ahora bien, entiende esta Corte que la suspensión de la garantía económica no incide directamente en la aplicación de la legislación especial, en este caso la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, sino sólo en las materias específicamente reguladas por el Decreto de Suspensión, lo que implicaría una suspensión temporal de aplicación de la normativa específicamente señalada; provocada por el surgimiento de una legislación ejecutiva de emergencia que se superpone a la ordinaria durante la vigencia de la medida.

Y es que, derivado del principio derivado del *favor libertatis*, el *pro civies*, y el *pro actionis*, como mecanismos de interpretación de la normativa jurídica, de la forma que más favorezca a la progresividad de los derechos humanos (art. 19 de la Constitución, sentencia Velasco Rodríguez, de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y sentencia de esta Corte Primera, de fecha 21 de diciembre de 2000, en el caso: “Banesco Banco Universal”), no puede considerarse de forma alguna sin caer en una contradicción jurídica de lo más infeliz, que la suspensión de una garantía constitucional, implica la suspensión de toda la legislación relacionada, puesto que ello conllevaría a un caos social aún mayor que el que se pretende corregir con el estado de excepción.

B. Las garantías del debido proceso

a. Derecho a la defensa

TSJ-SC (116)

29-1-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Impugnación del aparte cuarto del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil.

La casación de oficio no viola el derecho a la defensa pues no se trata de un caso de tutela de intereses particulares, sino de respeto del orden público y de las normas constitucionales.

Sobre la violación del derecho a la defensa y a ser oído en juicio: En primer lugar, para esta Sala las dos denuncias de violación constitucional, referidas a los derechos a la defensa y a ser oído en juicio, pueden ser tratadas como una sola, puesto que en realidad el derecho a ser oído en juicio no es sino una manifestación del derecho a la defensa, tanto es así que, dichos derechos estaban consagrados en los artículos 68 (derecho a la defensa) y 60, ordinal 5º (derecho a ser oído) en la Constitución de 1961, y actualmente corresponden a los numerales 1 y 3, respectivamente, del artículo 49 de la actual Constitución. Hecha la anterior precisión, se debe indicar que ya esta Sala Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la casación de oficio en el más de centenar de fallos que se han dictado para decidir los recursos de revisión intentados por la Compañía Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), contra sentencias de la Sala de Casación Social de este Tribunal

Supremo. En esos recursos se denunciaba la violación del derecho a la defensa, por cuanto dicha Sala había casado de oficio fallos de Tribunales Superiores en materia laboral. Al decidir, sostuvo esta Sala Constitucional que la casación de oficio no viola principios o garantías constitucionales, pues, al contrario, se trataba de una labor que responde a la protección y vigencia del Texto Fundamental. En una de esas decisiones, del 9 de mayo de 2001, se señaló que: “(...) el derecho de defensa es de imposible infracción cuando se ejerce la casación de oficio pues, por no tratarse de otra instancia, las oportunidades de las que disponen las partes en el trámite de recurso de casación para exponer sus argumentos se encuentran especialmente calificadas. Así, los escritos de formalización, impugnación, réplica y contrarréplica, tienen en los artículos 317 y 318 del Código de Procedimiento Civil propósitos diferenciados y formalidades necesarias para su realización. Circunstancia que no debe sorprender, pues la finalidad de recurso de casación no es (...) resolver el mérito de la controversia, sino revisar la actividad realizada por el juez superior desde el punto de vista de la actividad procesal y los juzgamientos efectuados, actividad de la Sala que (...) no se encuentra limitada por las denuncias y que sustrae a la decisión respectiva del requisito de congruencia, por no estar limitada solamente a los alegatos de las partes, luego no se puede construir la violación del derecho a la defensa, con fundamento en los alegatos que no puede hacer una parte con respecto a las cuestiones examinadas en la casación de oficio. Al revisar lo dispuesto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, se puede advertir que no se encuentra limitada la Sala de Casación Social en las declaraciones que pueda hacer cuando resuelve un recurso por infracción de ley, pues en su pronunciamiento no está obligada a considerar solamente las normas indicadas por las partes ya que puede declarar infringidas las que, en su criterio, considera aplicables al caso. Esta posibilidad, vinculada al principio *iura novit curia*, expresa el poder atribuido a la casación, cuando ejerce su facultad de revisar las decisiones dictadas por los Tribunales Superiores. Se trata de que la finalidad última de la casación es preservar la integridad de la interpretación del orden legal, no de resolver el mérito del asunto. Así, las declaraciones de la casación tienen por finalidad indicar las razones por las cuales debe aplicarse una norma a un caso concreto, para construir, con cada caso, la interpretación del ordenamiento. Es decir, sus declaraciones no son sólo aplicables al caso concreto, sino que puede serlo también para cualquier otro caso en que sea necesario aplicar la norma interpretada por la casación. Por tanto, cuando realiza esa función, sus declaraciones exceden el mérito del asunto y, desde luego, no son vinculantes las opiniones que las partes hagan acerca de la aplicación o interpretación de las normas jurídicas”.

En efecto, la casación de oficio no viola el derecho a la defensa pues no se trata de un caso de tutela de intereses particulares, sino de respeto del orden público y de las normas constitucionales. No puede olvidarse que la casación es un recurso extraordinario. No es una instancia más dentro de un proceso, en la que se revisa nuevamente toda la controversia, tanto en los hechos como en el derecho, sino que procura, con ocasión de una petición de parte, eliminar los fallos en los que se haya incurrido en ciertas violaciones de especial gravedad. La casación tiene una finalidad anulatoria (la del fallo viciado), pero siempre con miras a la consecución de una interpretación uniforme de la legislación y, con ello, la obtención de una jurisprudencia coherente. De esta manera, el caso concreto sirve para dar pie a una finalidad de interés superior, que excede los estrechos límites de lo planteado. Pudo el legislador establecer un régimen distinto para la casación de oficio, permitiendo, como lo plantean los demandantes, la intervención de las partes para exponer su criterio acerca de las violaciones de normas de orden público de rango constitucional que hubiere detectado la Sala de Casación. Pudo también elegir la vía adoptada por otros ordenamientos y, por tanto, contemplar un verdadero recurso en el que un órgano estatal pusiese en conocimiento de la Sala de Casación de ciertos fallos que, que es su criterio, deberían ser casados. No sería, por supuesto, una casación de oficio, puesto que se actuaría a instancia, no de parte, pero sí de un legitimado para demandar.

Sin embargo, el legislador optó por un procedimiento mixto, en el que se mantiene la demanda de parte, a la par que se faculta a la Sala de Casación para decidir de oficio sobre ciertas violaciones, sin que a las partes se le conceda oportunidad para alegar lo que estimasen conveniente. Ello, en criterio de esta Sala Constitucional, no puede ser considerado como una violación al derecho de la defensa porque en realidad no se trata de un mecanismo instaurado en protección de derechos e intereses particulares, sino para tutelar ciertas normas cuyo respeto el ordenamiento considera esencial. El respeto de ciertas normas (como las que intentan proteger el artículo impugnado) es incluso un imperativo constitucional, en virtud de que Venezuela es un Estado de Derecho circunstancia que la actual Constitución enfatiza aún más al calificar al Estado no sólo como de Derecho sino como social y de justicia; lo cual supone el sometimiento del Estado al imperio de la ley y la preeminencia de la Constitución, como norma suprema en el que debe imperar además la justicia material sobre la justicia formal. Es por ello que, en el sistema venezolano, lo que se ha contemplado es un régimen mixto, en parte privado y en parte público, para que, con ocasión de un recurso particular, la Sala de Casación pueda ejercer ciertos poderes que exceden del marco del recurso. De esta manera, el legislador creyó satisfacer ambos intereses y evitó tener que autorizar a las Salas de Casación del Máximo Tribunal para buscar motu proprio, fallos que pudiesen ameritar ser casados y tener que establecer normas para conceder legitimación a algún órgano estatal (el Ministerio Público, por ejemplo), para que fuese éste quien presentase la solicitud de casación. Lo importante es que el régimen adoptado es una alternativa válida del legislador y no vulnera el derecho de defensa de las partes, las cuales no han sido, a tal efecto, sino el medio de poner en conocimiento de la Sala de Casación de un fallo contentivo de violaciones a normas constitucionales y de orden público.

En virtud de lo expuesto, esta Sala Constitucional considera que la casación de oficio, prevista en la norma impugnada, no viola la disposición que garantiza el derecho a la defensa, contemplada en el artículo 68 de la Constitución de 1961, equivalente al numeral 1 del artículo 49 del texto constitucional vigente. Así se declara.

TSJ-SC (312)

20-2-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Impugnación del último aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio y del último aparte del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil.

El único aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio, el cual permite al juez ordenar medidas cautelares sin considerar oposición del afectado, no viola el derecho a la defensa y no es, por tanto, inconstitucional. Por ello, es inaplicable el criterio de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia contenido en el fallo de fecha 31 de enero de 1997, por el cual se declaró la derogatoria tácita de dicha norma. La Sala también desestima la pretensión de nulidad del último aparte del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, como se ha resumido en la primera parte de este fallo, la demanda se basa en que los últimos apartes de los artículos 1.099 del Código de Comercio y 602 del Código de Procedimiento Civil violan el derecho a la defensa establecido en el artículo 68 de la Constitución de 1961 -vigente para el momento de la interposición del presente recurso y equivalente al numeral 1 del artículo 49 del vigente Texto Fundamental-, puesto que, en ambos casos, se permite al juez que ordene medidas cautelares sin conceder oposición al afectado.

Al respecto esta Sala Constitucional observa:

A. Impugnación del Artículo 1.099 del Código de Comercio:

El artículo 1.099 del Código de Comercio dispone que “*en los casos que requieren celeridad, el Juez podrá (...) acordar embargos provisionales de bienes muebles por valor determinado y prohibición de enajenar y gravar inmuebles especiales*”, exigiendo “*que el demandante afiance o compruebe solvencia suficiente para responder de las resultas del embargo*”. Tales medidas -agrega el dispositivo en la parte recurrida- “*se ejecutarán no obstante apelación*”.

Efectivamente, como lo indica el demandante, esta disposición permite que se acuerden ciertas medidas cautelares -embargo y prohibición de enajenar y gravar- sin que se prevea la posibilidad de oposición del afectado, quien únicamente dispone de la apelación contra las mismas, la cual, en todo caso, carece de efecto suspensivo. Al respecto, considera la Sala que, no obstante el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el fallo del 31 de julio de 1997, citado por el recurrente, no comparte esta Sala Constitucional la postura por ella sostenida, en el sentido que esa disposición del Código de Comercio vulnera el derecho a la defensa de la parte procesal que sufre la medida ordenada por el juez. No se viola, por cuanto, como lo dispone la misma norma, el afectado sí cuenta con un recurso para su defensa: la apelación ante el tribunal superior, ante el cual podrá exponer los motivos que posee para oponerse a la medida cautelar y lograr su revocatoria. Ha sido jurisprudencia reiterada de este Tribunal, y lo había sido de la Corte Suprema de Justicia, que el derecho a la defensa se viola cuando se priva a una parte de los medios procesales para la tutela de sus intereses o se les restringe de manera tal que éstos quedan desmejorados. Es evidente que en el presente caso no existe tal violación, toda vez que el propio artículo cuya inconstitucionalidad se denuncia prevé un medio de defensa efectivo: el recurso de apelación.

Tal como se ha declarado repetidamente por la jurisprudencia, el derecho a la defensa no tiene una manera única de ser garantizado, sino que se deja a la ley la determinación de los medios a través de los cuales se asegurará. En el supuesto de las medidas cautelares previstas en el Código de Comercio, ha sido decisión del legislador que las mismas sean otorgadas a criterio del juzgador, luego de un análisis que efectúe con tal objeto según su prudencia, y que sean impugnadas únicamente a través de la apelación y no por un procedimiento de oposición ante el mismo juez que las acuerda.

Esta opción es perfectamente cónsona con la naturaleza de las medidas cautelares. No debe olvidarse que ellas están justificadas por la urgencia de su concesión; de lo contrario, bien podría esperarse la solución del caso sin que se tenga que dictar, con carácter previo, medidas de protección. Tal urgencia, incluso aconseja ordenarlas sin oír al afectado -y así ha sido aceptado en forma casi pacífica-, sin que ello le cause una lesión, ya que no son más que una medida provisional que no prejuzga el resultado del proceso y que tienen como única finalidad proteger al solicitante de la misma. Claro que, con posterioridad, la protección del afectado exige que se le permita exponer sus defensas, pero ello no tiene por qué ser a través de una incidencia de oposición ante el mismo juez, aunque de esa manera se hagan los procesos civiles ordinarios.

En el caso del artículo 1.099 del Código de Comercio, el legislador consideró apropiado garantizar la defensa del afectado a través de un recurso de apelación, el cual tiene la misma finalidad que la oposición ante el juez que dictó la medida, con la única diferencia de que será conocido por un juez superior a aquél. Incluso, podría pensarse que en un sistema con tales características puede garantizarse aún más el interés particular, pues las alegaciones se harán ante un juez distinto al que decidió en primer término su procedencia, permitiéndose una segunda instancia en el conocimiento del asunto.

No debe sorprender, por tanto, que el Código de Comercio haya previsto que el cuestionamiento al otorgamiento de la medida se haga únicamente por apelación -a un sólo efecto-, y no ante el mismo juez que se ha pronunciado acerca de su procedencia y en atención a ello la ha dictado. Pudo el legislador haber establecido que el juez dictara la medida sin participación del afectado, pero que la oposición posterior se formulase ante el mismo juez, pero no lo hizo así, sin que ello pueda considerarse como un perjuicio al particular y una desmejora de su derecho a defenderse.

Esta Sala observa, además, que el régimen previsto en el artículo 1.099 del Código de Comercio es especial, por lo que no debe estimarse como el régimen ordinario respecto de las medidas preventivas en materia mercantil, como lo aseguró el demandante. Al contrario, la redacción del artículo demuestra que se trata de un supuesto especial, en el que la medida se concede en virtud de la urgencia necesaria para la defensa del derecho que se reclama; es más, en caso de ser necesario se le requiere al solicitante fianza o solvencia suficiente para responder de las resultas del juicio. Con ello, se satisface a la vez la pretensión cautelar del demandante y se protege el patrimonio del demandado, quien, bajo este supuesto, siempre dispondrá de una garantía que le permitirá restablecer su situación jurídica inicial en caso de que la demanda se declare improcedente.

De tal manera que, cuando se prueba la urgencia, es aplicable el artículo 1.099 del Código de Comercio; en cambio, cuando la urgencia no es alegada, o no es probada, las medidas preventivas, así sea en materia mercantil, deben regirse por las normas generales previstas en el Código de Procedimiento Civil, por ser de aplicación supletoria. En esos casos, sí existiría oposición, aparte de la apertura de una articulación probatoria, salvo un supuesto excepcional que es, precisamente, el objeto de la segunda denuncia contenida en este recurso y sobre el cual esta Sala se pronunciará en su oportunidad. Por lo expuesto, esta Sala declara que el único aparte del artículo 1.099 del Código de Comercio no viola el derecho a la defensa y no es, por tanto, inconstitucional. Y así se decide.

Ahora bien, en virtud de que el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes sólo corresponde a esta Sala Constitucional, como se dijo anteriormente, debe declararse la imposibilidad, a partir de este momento, de invocar el criterio de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, puesto que ahora ha quedado definitivamente zanjada la cuestión constitucional planteada. En tal virtud, visto el anterior pronunciamiento, en cuyo contenido se expresa la interpretación que, conforme a la Constitución, se le ha dado a la norma contenida en el último aparte del artículo 1.099 del Código Comercio, y por cuanto, la misma implica el abandono del criterio sostenido por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 31 de julio de 1997, los tribunales de la República y, en general, los operadores jurídicos, en el futuro, deberán acatar el criterio sostenido en este fallo acerca de la constitucionalidad de la citada disposición normativa y, en consecuencia, aplicar la misma.

Asimismo, esta Sala considera necesaria, debido a que la Sala de Casación Civil, en su aludida decisión del 31 de julio de 1997, anuló de oficio el fallo a través del cual el tribunal de instancia había aplicado el artículo 1.099 del Código de Comercio, a la vez que recordaba a los jueces sometidos a sus decisiones el deber de desaplicar también esa disposición, so pena de que sus sentencias fueran casadas posteriormente, la publicación del presente fallo, en el entendido que los efectos del criterio aquí definido serán *ex nunc*.

B. Impugnación del último aparte del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil:

Peticionó el demandante, igualmente, que este Tribunal Supremo de Justicia anule la disposición que contiene el último aparte del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, por supuesta violación del derecho a la defensa, toda vez que en él se establece el poder para ordenar medidas cautelares sin oposición ni articulación probatoria.

Observa esta Sala que, en realidad, el artículo 602 prevé, en principio, el supuesto contrario: una vez practicadas las medidas se abre una articulación probatoria, disponiendo el afectado de la facultad de oponerse a su concesión, aunque la sola impugnación ni suspende, ni impide la práctica de la cautelar acordada, pues es sólo al final de la incidencia, cuando el juez fallará sobre la vigencia de dicha medida; debiéndose acotar al respecto que, la decisión que recaiga en dicha incidencia sólo tiene apelación en un sólo efecto por aplicación analógica del artículo 603 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante ello, el aparte último del artículo 602 *eiusdem* -objeto del recurso- contiene la excepción al principio aludido: en los casos previstos en el artículo 590 de ese Código puede acordarse la medida sin articulación probatoria ni oposición, aunque se deja que la parte, contra la cual obre, pueda suspender su ejecución de la manera que prevé el artículo 589 *ibidem*. De esta manera, la norma que se recurrió incluye una doble remisión a fin de completar su contenido.

Respecto de la denuncia de violación constitucional esta Sala observa:

Es cierto que en el caso planteado por el demandante se permite la adopción de medidas cautelares sin oposición. Ni siquiera se prevé la apelación a que hace referencia el artículo 1.099 del Código de Comercio y sobre el que esta Sala se ha pronunciado precedentemente.

Ahora bien, en el presente caso es esencial tener claro que el Código de Procedimiento Civil establece dos regímenes muy distintos para la concesión de medidas cautelares: uno, general, previsto en el artículo 585, en el que se exigen determinados requisitos (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*, concretamente) cuyo significado y alcance la doctrina y jurisprudencia se han encargado de precisar.

El otro, excepcional, en el que no es necesario cumplir con ninguno de esos requisitos, sino que se basa en la exigencia y constitución de una caución o garantía eficaz.

Como es evidente, ese doble régimen marca diferencias sustanciales en lo referido a la oposición del interesado, toda vez que, en el segundo de ellos, el solicitante de la medida preventiva no tiene necesidad de llenar los extremos legales, sino que la ley le permite evitarlo con la única condición de que constituya caución o garantía eficaz. En casos así, es obvia la imposibilidad de una oposición como la establecida, en principio, por el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no hay motivos de fondo por los que oponerse.

Debe recordarse que el régimen de oposición, previsto en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, es aplicable para el caso de las medidas concedidas según la disposición precedente: los supuestos en los que el solicitante prueba la procedencia de la misma. La medida acordada por el artículo 590, en cambio, sólo se ha basado en la caución o garantía. Podría criticarse este sistema, como en efecto lo ha hecho alguna doctrina nacional que ha entendido que es una manera extremadamente peligrosa de conceder medidas cautelares; sin embargo, no es lo que se planteó en el caso bajo examen, en el que el recurrente no impugnó el artículo 590, sino la última parte del 602.

El demandante pareciera que está, a juicio de la Sala, consciente de ello, razón por la que, en su escrito, sólo planteó la posibilidad de que el interesado se oponga a la medida cautelar, bajo la objeción de la eficacia o de la suficiencia de la caución o la garantía. No podía ser de otra forma, puesto que si el Código faculta al juez para que acuerde la medida en casos en que no se satisfagan los requisitos legales, sería absurdo plantear una oposición el incumplimiento de éstos.

Ahora bien, reitera esta Sala que el derecho a la defensa sólo se infringe cuando se priva a una persona de los medios para que asegure la protección de sus intereses o se le coloca en situación en que éstos queden desmejorados.

En el presente caso, observa esta Sala que la norma impugnada no ha establecido ningún medio de defensa contra las medidas acordadas en infracción de la ley. Del dispositivo contenido en el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil se constata que, aunque la medida pueda acordarse por la sola constitución de una caución o garantía, también es cierto que, ha sido riguroso en cuanto a la exigencia de los requisitos que la misma debe cumplir, sin que sea posible la aceptación de cualquiera. En caso de que el solicitante no la constituya en la manera exigida legalmente, el afectado tendría indudable interés en plantear la cuestión y obtener la revocatoria de la medida irregularmente acordada.

Sin embargo la ley prevé una sola posibilidad de levantamiento de la medida a través de otra garantía, esta vez con fundamento en el artículo 589 *eiusdem*, la cual también deberá seguir los parámetros del artículo 590. Lo curioso es que ese artículo 589 sí establece un mecanismo de oposición, en caso de objetarse la eficacia o suficiencia de la garantía, para lo cual se abre una articulación probatoria de cuatro (4) días y se fija un lapso de dos (2) días más para decidir. Así, quien ha obtenido una medida por caución o garantía, contra la cual el afectado no ha podido oponerse, y ha visto cómo luego ha sido suspendida por la vía de otra garantía, sí puede objetar la suspensión, pese a que la contraparte no ha podido a su vez impugnar la garantía inicial, en lo que representa una auténtica desigualdad.

Este régimen no es novedoso, sino que proviene del Código de 1916, año cuando se incorporó y fue objeto de alguna crítica doctrinal. Sin embargo, el régimen sí ha sufrido un cambio respecto de la garantía que el juez debe exigir a quien solicite una medida sin cumplir los extremos de ley. En el Código derogado, dos artículos separados regulaban la situación, uno para el caso de la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles (artículo 373) y otro para el caso del embargo de bienes muebles (artículo 378). En ambas disposiciones se prevenía la necesidad de caución o garantías suficientes a juicio del tribunal. Para ambos casos existía una previsión -la del último párrafo del artículo 380, casi idéntica al actual aparte último del artículo 602- que excluía la oposición y la articulación probatoria y permitía suspender la ejecución de la medida a través de otra garantía.

A diferencia de la normativa adjetiva actual, valga señalar además, preconstitucional, los artículos 373 y 378 establecieron la responsabilidad subsidiaria del juez que hubiese decretado la medida cautelar por vía de garantía, en caso de que ésta hubiese resultado insuficiente para cubrir los daños y perjuicios sufridos. Pero, a pesar de que el Código de Procedimiento Civil de 1986 eliminó esa responsabilidad subsidiaria, y para compensar su falta, estableció severos requisitos para la garantía, para evitar que se acordase una que fuese a todas luces incorrecta, la Constitución vigente consagra expresamente en sus artículos 49, numeral 8 y 255, último aparte, la responsabilidad personal del juez en la lesión de una situación jurídica causada por error judicial, supuesto en el que podría tener cabida la insuficiencia de la caución exigida, lo cual garantiza por parte del juez no sólo prudencia en el otorgamiento de las medidas, sino también en la exigencia de las cauciones. No obstante ello, lo que no se prevenía en el Código de 1916, ni se contempla en el actual, es la oposición del afectado, que es lo que censura el demandante.

Ahora bien, observa esta Sala que el problema que se plantea, en los casos de medidas preventivas acordadas de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 590, no se soluciona a través de la oposición a que se refiere el primer párrafo del artículo 602 ni por la articulación contenida en su segundo párrafo, toda vez que, no se trata de supuestos en los que haya requisitos cuya falta haya que objetar. Insiste esta Sala en que el régimen de oposición, previsto en el artículo 602, es invocable respecto de las medidas acordadas según el artículo que le precede (601): cuando hay prueba de la necesidad de la medida. Lo que exige el demandante en esta causa, al plantear la nulidad de la norma en cuestión, no es que el afectado por la medida se oponga a su concesión, sino a la garantía que ha servido para otorgarla.

En un caso como el del artículo 590, en el que se permite obviar todo requisito para lograr la tutela cautelar (por lo que no son necesarios ni la presunción de buen derecho ni el *periculum in mora* ni la prueba de ellos) mal podría el afectado invocar una defensa. Son supuestos especiales, en los que el legislador estimó acertado establecer un régimen fundado exclusivamente en la caución o garantía; régimen que, como se ha dicho, no ha sido impugnado. Por tanto, lo que falta en el Código de Procedimiento Civil no es una norma que permita la oposición a la medida, sino una disposición, como la del único aparte del artículo 589, que habilite para objetar la eficacia o suficiencia de la garantía. Nada se ganaría, estima esta Sala, eliminando el último párrafo del artículo 602, por cuanto los párrafos precedentes no son, en puridad, aplicables a un supuesto como el del artículo 590.

Esta Sala observa, en todo caso, que la posibilidad de suspensión de la medida a través de la constitución de una nueva garantía no necesariamente ofrece suficiente protección, a diferencia de lo que sostiene el Fiscal General de la República en su escrito de oposición, por cuanto con ella no se objeta la legalidad de la garantía, sino que se establece tan sólo un mecanismo para lograr la suspensión de la medida, que aparte de ser costoso, es procedente aun en caso de medidas adoptadas correctamente.

Esa disposición del último párrafo del artículo 602, que remite al aparte único del artículo 589, no solventa la falta de regulación legal frente a los supuestos de objeción a la garantía presentada. En fin, el presente asunto se circunscribe a una laguna jurídica y, en consecuencia, a un problema de integración del derecho, siendo necesario, a falta de norma expresa que regule la impugnación de la caución, que se precise cuál será la solución que deba adoptarse.

En efecto, el último aparte del artículo 602 lo que impide es la oposición a la medida por incumplimiento de sus requisitos de procedencia. Nada dispone, no obstante, respecto de la impugnación de la garantía. Es obvio que tal impugnación, aunque no esté prevista, es posible. De lo contrario, sí existiría una violación del derecho a la defensa.

Al respecto, esta Sala Constitucional recuerda que ante una laguna jurídica es necesario recurrir a los medios previstos en el Código Civil. En concreto, lo procedente es recurrir a la analogía y aplicar alguna norma que regule un aspecto similar. No es difícil hallarla y en este mismo fallo se ha hecho ya mención a ella: el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil contempla el procedimiento para objetar la eficacia y suficiencia de la garantía que se constituye para la suspensión de la ejecución de una medida. En vista de que el supuesto es similar al de la objeción a la eficacia de una garantía constituida para acordar una medida cautelar, esta Sala estima que es pertinente aplicarle lo dispuesto en ese aparte único del artículo 589 del referido código. Así se declara.

En virtud de lo expuesto, se desestima la pretensión de nulidad planteada contra el último aparte del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil. Además, se decide que, para que se llene la laguna jurídica, respecto de la impugnación de la garantía presentada para que se acuerde una medida cautelar, es pertinente la aplicación por analogía, del artículo 589 del referido Código, en su único aparte.

TSJ-SC (321)

22-2-2002

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo.

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.

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; si no 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.

Por estas razones, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad (previsto con anterioridad en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y recogido en la actualidad por el artículo 334 constitucional), debe ser negada al caso concreto la aplicación de la norma contenida en el artículo 65 de la Ordenanza sobre Patentes de Industria y Comercio del Municipio Guacara del Estado Carabobo, por resultar nugatoria del derecho de defensa consagrado en el artículo 68 de la Constitución de 1961, hoy recogido en el artículo 49 de la Carta Magna.

Como consecuencia del anterior señalamiento, si la norma que sirvió de fundamento al acto administrativo tributario objeto de la presente acción de tutela constitucional, fue des aplicada por estimarse inconstitucional, en cuanto a la exigencia tantas veces mencionada de *solve et repete*; el acto administrativo tributario de aplicación de la referida norma, a este respecto, devenía igualmente en nugatorio del derecho de defensa de la sociedad agraviada.

TSJ-SPA (325)

26-2-2002

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Corpoven S.A. vs. Abengoa Venezuela, S.A.

El derecho a la defensa en relación con la prueba, se evidencia en el procedimiento con las actuaciones de las partes cuando promueven pruebas, se oponen a las de la parte contraria, las impugnan, contradicen, cuestionan, es decir, cuando realizan actividades de control y de contradicción de la prueba.

Si bien es cierto que en el presente caso se planteó una reconvencción, la cual genera una acumulación de causas con él objeto de que se tramitaran mediante un solo procedimiento, para que se dicte una sentencia definitiva que abrace ambas, no es menos cierto que dicho expediente llegó a este Alto Tribunal en copia certificada con motivo de la regulación de competencia, lo cual indica que la misma no fue suspensiva y que, además, no impidió que se siguiera sustanciando la causa en el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Por otra parte, consta del fallo dictado por esta Sala en fecha 18 de abril de 1996, que si bien es verdad que el mismo ordenó la reposición de la causa al estado de admitir la reconvencción, no se decretó expresamente la nulidad de las actuaciones realizadas en el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Fue el Juzgado de Sustanciación de esta Sala en fecha 28 de mayo de 1996, a pesar de haberle advertido a la parte actora que no era el competente para realizar la aclaratoria del fallo sobre la regulación de competencia, dictado por esta Sala en fecha 18 de abril de 1996, quien entendió que como en el dispositivo se ordenaba "...la reposición de la causa al estado de decidirse sobre la misma"; debía suponerse la nulidad de las actuaciones realizadas en el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con posterioridad a la mencionada reconvencción; y que por lo tanto todas las actuaciones, incluso las probatorias, carecían de validez.

Ahora bien, el derecho a la prueba en el proceso, forma parte del derecho a la defensa consagrado en nuestro Texto Constitucional. En efecto, el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa lo siguiente:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley” (destacado de la Sala).

La necesidad de la prueba en el procedimiento, responde a esta fundamental garantía del derecho a la defensa. Este garantía se vería menoscabada, si no se pudiese llevar al procedimiento las demostraciones de las afirmaciones, alegatos o defensas realizadas por las partes. El derecho a la defensa en relación con la prueba, se patentiza en el procedimiento con las actuaciones de las partes cuando promueven pruebas, se oponen a las de la parte contraria, las impugnan, contradicen, cuestionan, es decir, cuando realizan actividades de control y de contradicción de la prueba. En el caso *sub judice* se evidencia que a ambas partes, durante el curso de la causa seguida en el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, se les garantizó su derecho a la defensa a través de estas actividades de control y contradicción de todo el material probatorio. Vinculada con esta noción de derecho a la defensa, tenemos al denominado principio de igualdad, consagrado en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente:

“Artículo 15. Los Jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género”.

Este principio de igualdad en materia probatoria, lo vemos reflejado en el denominado principio de la unidad de la prueba. Una de las consecuencias de dicho principio, es la llamada comunidad de la prueba.

Conforme al principio de comunidad de la prueba, las mismas una vez aportadas por las partes al proceso, no son de quien las promovió, sino que son del proceso, es decir, una vez introducidas legalmente en el proceso su función es la de probar la existencia o inexistencia de los hechos del proceso con independencia de que beneficien o perjudiquen a quien las promueva o a la parte contraria, la cual además puede invocarla; por lo que, referido al caso bajo estudio, al dárseles valor a las pruebas de autos se garantiza la posibilidad de que ambas partes se beneficien del material probatorio aportado por ellas, garantizándose, en consecuencia, el antes mencionado principio de igualdad.

Por otra parte, existe un principio en el derecho probatorio, denominado por la doctrina como *favor probationes*, uno de cuyos aspectos tiene que ver con el favorecimiento de la prueba en cuanto a su producción y estimación; y con el mantenimiento o conservación de la prueba cuando ha sido promovida y evacuada de manera regular, con las debidas garantías dentro del procedimiento.

Este principio doctrinario del *favor probationes*, el cual prescribe el favorecimiento de la prueba cuando ella fue producida en juicio de manera regular, coadyuva con la finalidad del procedimiento en la realización de justicia y con la labor del órgano jurisdiccional a la hora de sentenciar; en el sentido de la importante función que tiene, en los casos donde puede dificultarse la prueba, como en el caso bajo estudio, por la imposibilidad de probar hechos ya ocurridos y que fueron traídos a los autos en su oportunidad, es decir, en el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

En este contexto, podemos evidenciar que en nuestra legislación existen disposiciones legales que tienden al favorecimiento de la prueba, en cuanto su conservación y mantenimiento. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico existe la posibilidad de intentar la obtención adelantadas de pruebas, que servirán para un futuro juicio, bien sea por el futuro actor o futuro demandado.

Es decir, existe la posibilidad de anticipar pruebas mediante el procedimiento de retardo prejudicial, contemplado en los artículos 813 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, cuando existe interés en conservar una prueba, en presencia de las partes de un futuro juicio, garantizándose así, el control de las mismas sobre los medios de prueba.

Este procedimiento, permite adelantar una actividad o fase probatoria, de carácter contenciosa, de un futuro juicio, en virtud de existir un temor fundado de que desaparezca una prueba, lo que manifiesta la presencia del *favor probationes* en cuanto a la conservación de la prueba.

En este mismo sentido, encontramos que en la disposición legal contenida en el artículo 270 del Código de Procedimiento Civil, hay una clara tendencia a este favorecimiento o conservación de la prueba.

En efecto, el artículo 270 *eiusdem* expresa lo siguiente:

“Artículo 270. La perención no impide que se vuelva a proponer la demanda, ni extingue los efectos de las decisiones dictadas, ni las pruebas que resulten de los autos; solamente extingue el proceso.

Cuando el juicio en que se verifique la perención se halle en apelación, la sentencia apelada quedará con fuerza de cosa juzgada, salvo que se trate de sentencias sujetas a consulta legal, en las cuales no habrá lugar a perención.”

El antes mencionado principio del *favor probationes* junto con la garantía del derecho a la defensa, confluye con el derecho del justiciable, también de rango constitucional, de acceso a la justicia, que implica en uno de sus aspectos que los procesos no se eternicen y por la otra que las partes puedan llevar al proceso la prueba de sus afirmaciones o alegatos.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se establecieron en forma expresa valores y principios que tienen como objetivo garantizar a los ciudadanos una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles. En efecto, los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establecen lo que a continuación se transcribe:

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

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles” (destacado de la Sala).

“Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales” (destacado de la Sala).

La circunstancia de no tomar en cuenta el material probatorio aportado por ambas partes en forma regular en este procedimiento, por haberse decretado la reposición de la causa al estado de la admisión de la reconvencción, atenta, a juicio de la Sala, contra los valores y principios constitucionales que nos rigen; los cuales garantizan el derecho a la defensa, propiciando una nítida lesión al derecho fundamental del justiciable, también de rango constitucional, de disponer de un proceso sin dilaciones indebidas, reposiciones inútiles y al servicio de la justicia.

C. Tutela Judicial Efectiva

TSJ-SC (609)

25-3-2002

Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando

Caso: Universidad Yacambú vs. Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Lara.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se prevé un conjunto de garantías procesales que sintetizan lo que constituye el debido proceso en un Estado de Derecho y de Justicia, dando lugar a lo que el maestro Couture ha denominado “el derecho procesal constitucional”. Eduardo J. Couture, “Tutela constitucional del proceso” en *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 151.

La finalidad última de la “constitucionalización” de las garantías procesales no es otro que lograr la justicia, la cual, se encuentra reconocida en el artículo 2° de nuestra Constitución, como un valor superior del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el proceso se convierte de este modo en un medio para la realización de la justicia, tal y como lo prevé el artículo 257 Constitucional.

Esta “constitucionalización” de las garantías procesales, las configura como verdaderas normas de aplicación directa, esenciales e informadoras de nuestro ordenamiento jurídico, cuya vigencia y eficacia deben ser amparadas por el Juez, quien se encuentra vinculado imperativamente por ellas. Dentro de estas garantías procesales se encuentra la referida a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 de la Constitución, la cual, tiene un contenido complejo, que se manifiesta, entre otros, en el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho que ponga fin al proceso. Este contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, se compone, entre otras, de dos exigencias: 1) que las sentencias sean motivadas, y 2) que sean congruentes. De manera que una sentencia inmotivada no puede considerarse fundada en derecho, siendo lesiva del artículo 26 de la Constitución.

TSJ-SE (155)

3-10-2002

Magistrado Ponente: Rafael Hernández Uzcátegui

Caso: Vestalia Sampedro de Araujo vs. Consejo Nacional Electoral.

El derecho a la tutela judicial efectiva constituye una garantía judicial que sólo resulta susceptible de ser vulnerado por órganos jurisdiccionales.

Respecto a la denuncia de violación del derecho a la tutela judicial efectiva, observa esta Sala que el mismo está consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estableciendo que “*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.*”

Así pues, siguiendo los lineamientos de la Carta Magna, puede afirmarse que el mencionado derecho constituye una garantía judicial que comprende a su vez el derecho de acceso a los órganos administradores de justicia, a ser oído, a presentar alegatos y pruebas, a que el Tribunal dicte oportunamente el fallo correspondiente con apego a la Justicia y a obtener su ejecución de manera eficaz y oportuna; de manera tal que sólo resulta susceptible de ser vulnerado por órganos jurisdiccionales, por lo que siendo el Consejo Nacional Electoral un órgano administrativo, mal puede afirmarse que su actuación o inactividad haya podido lesionar o vulnerar el mencionado derecho.

En todo caso, la única manera en que la Administración Electoral le podría lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva, sería impidiéndole al administrado acceder a la jurisdicción por la demora injustificada en dictar la decisión impugnada, pero ante esa hipótesis la recurrente cuenta con una protección que le otorga el legislador, como lo es la figura del “silencio administrativo”, mediante la cual el interesado vencido determinado lapso sin que la Administración haya emitido el pronunciamiento, puede acceder a los órganos jurisdiccionales a intentar la acción correspondiente.

3. *Derechos Individuales: Derecho a la participación***TSJ-SE (15)****24-1-2002**

Magistrado Ponente: Alberto Martini Urdaneta

Caso: Luis Rondón vs. Comisión Electoral del Sindicato de Profesores del Instituto Universitario de Tecnología El Tigre (SIPROIUTET).

Con relación al derecho consagrado en el artículo 62 de nuestra Carta Magna, cuya violación también es denunciada por el recurrente, estima la Sala que, aún cuando literalmente la norma se refiere al derecho a la libre participación de todos los ciudadanos y ciudadanas en los asuntos públicos -directamente o por medio de sus representantes- esa participación no debe limitarse solamente al ejercicio de fundaciones públicas en sentido estricto es decir aquellas mediante las cuales el Estado se manifiesta a través de sus poderes como agente activo, sino que debe comprender también la participación en asuntos sociales que aún cuando no constituyan una manifestación del Estado como entidad pública, si interesan a la colectividad. A esta interpretación extensiva nos lleva la consideración de los principios de nuestra Carta Magna que concibe nuestro sistema político como democrático y participativo.

Bajo esta concepción amplia del Derecho a la Participación, considera la Sala que la decisión adoptada por la Comisión Electoral objeto de análisis, que como ya se indicó, no está ajustada a los supuestos normativos arriba señalados, vulnera ese derecho. Así se decide.

4. *Derechos Sociales*A. *Derechos Culturales: Valores de la cultura***TSJ-SC (239)****14-2-2002**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Varios vs. Fundación Orquesta Filarmónica Nacional y el Consejo Nacional de la Cultura (CONAC).

La cultura como fenómeno colectivo trasciende el individuo, aunque ella misma tenga cabida a partir de la expresión de éste (intelectual, artística, etc.) y su sostenida conjugación con las demás manifestaciones creativas del ser humano. Corresponde al Estado la promoción y protección de las manifestaciones que la integren.

Ante los alegatos esgrimidos por los accionantes, la Sala considera necesario observar el contenido del precepto recogido por el artículo 99 de la Constitución, cuyo tenor es el siguiente:

“Los valores de la cultura constituyen un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que el Estado fomentará y garantizará, procurando las condiciones, instrumentos legales, medios y presupuestos necesarios. Se reconoce la autonomía de la administración cultural pública en los términos que establezca la ley. El Estado garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación. Los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La Ley establecerá las penas y sanciones para los daños causados a estos bienes” (subrayado de la Sala).

La lectura de la norma transcrita, permite afirmar sin lugar a vacilaciones, que entendiendo por cultura el “conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social” (*Diccionario de la Real Academia Española*, edición electrónica, versión 1.1), incumbe al Estado la promoción y protección de las manifestaciones que la integran. La cultura como fenómeno colectivo trasciende el individuo, aunque ella misma tenga cabida a partir de la expresión de éste (intelectual, artística, etc.) y su sostenida conjugación con las demás manifestaciones creativas del ser humano.

De allí que, la acepción de cultura anotada, impide inferir que uno o varios sujetos puedan considerarse a sí mismos o a otros como un “bien cultural” -como pretendieron los actores respecto de los músicos destituidos-, pues la cultura es un fenómeno colectivo, mutable, conformado por la compleja interacción de los factores sociales en un determinado espacio, tiempo y lugar.

En este orden de ideas, la Sala observa que el objeto de la acción propuesta conduce a afirmar que en criterio de los supuestos agraviados, la sola destitución de los músicos Luis Morales Bance, Evelia Taborda, Eduardo González y Juan Jayaro de la Fundación Orquesta Filarmónica Nacional, y la negativa a reincorporarlos por parte del referido ente descentralizado, implica una infracción al derecho a la cultura de los accionantes, así como del imperativo contenido en la norma *ut supra* transcrita.

Por el contrario, lo cierto es que prescindiendo de cualquier valoración sobre la calidad artística de los músicos mencionados, el servicio público (de fomento) encomendado a la referida orquesta no sufre merma alguna, pues aún sin la presencia de tales intérpretes, resulta capaz -y lo contrario no surge de los autos- de garantizar la continuidad en su prestación.

Por otra parte, debe considerarse que los juicios de valor que las personas tengan sobre las cualidades de otros no generan derechos de ninguna clase, y la acción se está incoando con fundamento en que para los querellantes se trata de unos “buenos intérpretes” los que fueron destituidos de la fundación denunciada como agravante. La Sala nunca podría sentenciar en base a tal aserto, ya que se trata de opiniones de los accionantes que podrán ser o no compartidas por otras personas, y por lo tanto se está en presencia de juicios de valor, mas no de derechos que puedan servir de supuesto de hecho de una norma.

B. *Derechos Laborales*

a. *Derecho a un ambiente de trabajo adecuado*

TSJ-SPA (533)

2-4-2002

Magistrado Ponente Levis Ignacio Zerpa

Caso: Fundación Orquesta Filarmónica Nacional vs. Consejo Nacional de la Cultura (CONAC).

La Sala señala que las condiciones óptimas que deben existir en el ambiente de trabajo a fin de que este se realice de una forma adecuada, es un derecho susceptible de ser constitucionalizado.

La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo declaró parcialmente con lugar la solicitud cautelar de amparo constitucional, y prohibió, a pesar de mantener los derechos laborales de los músicos allí señalados, su participación en ensayos, conciertos y en general, cualquier ejecución musical, por considerar que existe una presunción grave de violación del

derecho que tienen los demás músicos de la orquesta, a la ejecución musical en clima de paz y armonía, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ciertamente la citada norma establece el derecho que tienen todas las personas de ser amparadas en el goce y ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, incluso en aquellos que no figuren expresamente en la Constitución o en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. De allí que la doctrina se pronuncie sobre la idea de constitucionalizar derechos que, de acuerdo con las circunstancias del caso, hagan viable esta posibilidad.

Examinadas las actas del expediente, se observa que efectivamente las particularidades que reviste el presente caso, permiten concluir en la existencia de un derecho susceptible de ser constitucionalizado. Se trata, en concreto, de una situación ubicable dentro del ámbito de los derechos laborales, particularmente en el contenido del artículo 87 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece la obligación del patrono de garantizar a sus trabajadores, condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados, para lo cual debe adoptar las medidas necesarias.

Sobre esa base, se entiende la necesidad que comporta para los integrantes de la orquesta de procurarse un desempeño acorde con la naturaleza de la actividad que desarrollan, para lo cual, naturalmente, resulta imprescindible que su ocupación pueda realizarse en condiciones óptimas, a fin de consumir el propósito de su existencia, a saber, la difusión de la cultura como un servicio público recreativo dirigido al bienestar de la colectividad.

En criterio de la Sala, y en ello concuerda con lo sostenido por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, resulta indiscutible el hecho de que la orquesta requiere para su desempeño, realizar sus tareas en condiciones de armonía y paz, pues lo contrario atentaría contra el trabajo de grupo que caracteriza a toda actividad orquestal; circunstancia ésta que haría viable *per se*, que en una situación extrema, en la cual la participación de algunas personas entorpezca o haga imposible el normal desenvolvimiento de la actividad grupal, se prescindiera de aquellos que afecten el ambiente de cordialidad y armonía que entre sus integrantes debe reinar.

Al mismo tiempo, el artículo 99 del Texto Fundamental se pronuncia a favor de la cultura, señalando que éste constituye un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que el Estado debe fomentar y garantizar, procurando las condiciones, instrumentos legales, medios y presupuestos necesarios. Así, la mencionada norma confirma, sin lugar a dudas, la relevancia que tiene una institución como la Orquesta Filarmónica Nacional dentro del acervo cultural venezolano.

b. *Exigibilidad inmediata de los créditos laborales*

TSJ-SPA (959)

16-7-2002

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Orlando J. Borjas M. vs. Cavendes Banco de Inversión, C. A.

Cuando se interviene una institución financiera, las acciones laborales en contra de dicha institución, sea cual sea el estado procesal en que se encuentren al momento de la intervención, son obligaciones de exigibilidad inmediata.

El tribunal *a quo* declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial, frente a la Administración Pública, fundamentándose en el supuesto de derecho contenido en el artículo 27 de la Ley de Regulación Financiera, el cual establece, lo siguiente:

“Durante el régimen de intervención, liquidación, estatización sin intermediación financiera, rehabilitación, a cualquier otra figura especial que se adopte, que coloque al ente de que se trate fuera del régimen ordinario, no podrá acordarse a deberá suspenderse toda medida preventiva o de ejecución contra la institución financiera afectada, las entidades que la constituyan y el grupo financiero a empresas relacionadas.

No podrá intentarse ni continuarse ninguna gestión judicial de cobro, a menos que ella provenga de hechos posteriores a la adopción de la medida de que se trate, o de obligaciones cuya procedencia haya sido decidida por sentencia definitivamente firme, antes de la medida respectiva.”

La sentencia objeto de consulta, no expuso ningún razonamiento a fin de sustentar la supuesta falta de jurisdicción del Poder Judicial, para conocer del caso planteado, limitándose él *a quo* a señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo *supra* transcrito, la demandada se encontraba excluida “(...) del régimen ordinario” y que por tal motivo las acciones y juicios que obraren contra una institución bancaria intervenida, debían ser del conocimiento de la Administración Pública.

Ahora bien, a los fines de determinar a quien corresponde conocer de las reclamaciones laborales en curso, con ocasión del supuesto de hecho contenido en el artículo 27 de la Ley de Regulación Financiera, publicada el 22 de octubre de 1999, se debe previamente señalar lo siguiente:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, obliga al Estado a garantizar el derecho al trabajo (artículo 87), la obtención de un salario justo, acorde con las necesidades de todo ser humano (artículo 91) y a preservar la estabilidad laboral (artículo 93), independientemente del régimen jurídico que regule la actividad del trabajador o de la condición subjetiva de su patrono o empleador. Además, como expresión de este especial resguardo de los derechos laborales, expresamente establece en su artículo 92 que “Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal” (Subrayado de la Sala).

Ahora bien, partiendo de esta premisa de carácter general, debe la Sala interpretar la norma contenida en el artículo 27 de la Ley de Regulación Financiera, vinculándola a la situación específica de las acciones laborales que se encuentran en curso al momento de la intervención -como trata el presente juicio- y en este sentido observa que, esta disposición, a los fines de salvaguardar los intereses del ente intervenido, prohíbe expresamente que se intenten o continúen gestiones judiciales de cobro “...a menos que ella provenga de hechos posteriores a la adopción de la medida de que se trate, o de obligaciones cuya procedencia haya sido decidida por sentencia definitivamente firme, antes de la medida respectiva”.

En este orden de ideas se debe expresar que la Ley de Regulación Financiera, fue publicada el 22 de octubre de 1999, es decir, con anterioridad a la vigencia de la constitución actual y en donde por primera vez se reconoce en las obligaciones laborales el carácter descrito en su artículo 92. Sin embargo, no puede pasar desapercibido que el legislador en la normativa sobre la Regulación Financiera, tutela de manera preeminente las obligaciones de índole laboral a cargo de los entes intervenidos y un ejemplo de ello lo constituye el artículo 22 del cuerpo normativo aludido, que expresamente califica como prioritario el pago total o

parcial de las acreencias o de los intereses a favor de las personas jubiladas o pensionadas y personas mayores de 60 años. Así, en la Resolución n° 001-1001 de fecha 19 de octubre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.310 de fecha 25 del mismo mes y año, mediante la cual se intervino a Cavendes Banco de Inversión. C.A. y a C.A. Inversiones Cavendes, se reconoce la prioridad que deben tener los derechos de los pensionados y jubilados, sobre el resto de las acreencias de dicha entidad. En efecto, en el punto n° 4 se estableció:

“De conformidad con el artículo 22 de la Ley de Regulación Financiera se autoriza a la Junta Interventora para que en un plazo de quince días hábiles contados a partir de la publicación de esta Resolución, presenten para la consideración y autorización de esta Junta de Regulación Financiera un cronograma de pago a fin de que proceda a cancelar *de manera prioritaria*, una vez aprobado el mismo, las siguientes obligaciones:

- a) Las acreencias totales de los pensionados o jubilados y los mayores de sesenta (60) años.
- b) Los intereses totales de los pensionados o jubilados y los mayores de sesenta (60) años.
- c) Los fondos afectados por la intervención a que se refiere el único aparte del precitado artículo” (resaltado de la Sala).

Lo expresado con anterioridad, permite a esta Sala establecer, en resguardo de los derechos de los trabajadores y a fin de que se hagan efectivas a tiempo sus pretensiones, que no constituye un contrasentido el hecho de afirmar que las acciones laborales, sea cual sea el estado procesal en que se encuentren al momento de la intervención de la institución contra la cual se dirigen, deben sustraerse de la aplicación del artículo 27 de la Ley de Regulación Financiera, dado que el contenido de dicha disposición legal somete a restricciones el derecho de defensa de los titulares de acciones laborales, contrariando el enunciado constitucional que destaca la exigibilidad inmediata de las obligaciones de esta naturaleza (artículo 92). De allí que los tribunales laborales tramitaran y decidirán las causas a cuyo conocimiento se les someta, y luego, una vez que exista sentencia definitiva y firme, que determine los detalles de la obligación, el interesado deberá acudir a la Junta Interventora respectiva, si subsiste la intervención para el momento de exigir el cumplimiento de la obligación, a los fines de que se califique su acreencia y se acuerde su pago. Así se declara.

c. Derecho a la sindicalización

TSJ-SE (44)

7-3-2002

Magistrado Ponente: Rafael Hernández Uzcátegui

Caso: Narciso Díaz y otros vs. Consejo Nacional Electoral

No puede entenderse a la jubilación como una separación del trabajo que acarree la exclusión de los afiliados a un sindicato.

A este respecto la Sala observa, que para una interpretación cabal de la normativa aplicable al presente caso -en su mayor parte del Derecho del trabajo- es necesario considerar que tales normas “están al margen del Derecho Común, se mueven en otro plano, se inspiran en otros principios, responden a otras necesidades bien diversas y tienen un devenir distinto” (Cfr. UNSAIN, citado en Rafael Caldera, *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Segunda edición, Librería El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1960, p. 189), sin que ello obste “...para que el Derecho común, en un movimiento de transformación vaya adoptando muchos de los puntos de vista [...] del nuevo Derecho” (op. cit. p. 189).

En este sentido, sentencia de esta Sala, número 91 del 19 de julio de 2001, consagra el surgimiento del “*Contencioso social electoral*”, como la especialidad dentro del contencioso electoral que considera el fenómeno electoral dentro de las organizaciones sindicales y, por tal razón, en un plano distinto, inspirado por otros principios y respondiendo a otras necesidades. Es así como, de forma parecida a lo que ocurre con el “*contrato realidad*” en el Derecho individual del trabajo, en el “*Contencioso social electoral*” prevalece la realidad sindical sobre las formas o apariencias.

Bajo la anterior premisa, pasa esta Sala a analizar el caso objeto del presente pronunciamiento y en tal sentido observa que el artículo 5 de las Medidas dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente para Garantizar la Libertad Sindical, establece:

“La lista o padrón electoral estará constituida por todos los trabajadores activos, jubilados y pensionados, obreros, empleados, trabajadores rurales, profesionales, científicos, hombres y mujeres de la cultura afiliados a organizaciones sindicales, y los trabajadores que se afilien a ellas en un lapso prudencial que determine la Comisión Nacional Electoral Sindical, la cual resolverá cualquier negativa de afiliación de sus trabajadores y organizaciones sindicales. En todo caso, el padrón electoral o lista de electores debe estar elaborado por lo menos treinta (30) días antes del proceso de votación”.

Asimismo, el artículo 14 del Estatuto Especial para la Renovación de la Dirigencia Sindical, señala:

“Son electores todos los afiliados de la respectiva organización sindical inscritos hasta la fecha de cierre de Registro de Afiliados correspondiente, sin menoscabo de la revisión que del mismo pueda realizar el Consejo Nacional Electoral para garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes.”

De los textos normativos citados, se desprende que son requisitos esenciales para ostentar el carácter de elector en los procesos electorales de los sindicatos: i) Estar afiliado o inscrito en el organismo sindical de que se trate y ii) Estarlo antes del cierre del “*Registro de Afiliados*”.

En cuanto al primer requisito: “*Estar afiliado o inscrito en el organismo sindical de que se trate*”, tal condición dependerá, en cada supuesto, de lo establecido por los estatutos del sindicato. En el presente caso, el artículo 1° de los Estatutos del Sindicato Único de Trabajadores al Servicio de la Universidad Central de Venezuela (SUTRAUCV) (folios quince [15] al veinticuatro [24] del expediente), dispone:

“Constitución: El Sindicato Único de Trabajadores al Servicio de la Universidad Central de Venezuela del Distrito Federal y Estado Miranda, está constituido por todos los trabajadores que presten sus servicios a la Universidad Central de Venezuela, así como también en Facultades, Escuelas o Núcleos pertenecientes a dicha Universidad. Con excepción de lo establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, en su primero y segundo aparte”.

De la lectura del artículo anterior, queda claro el requisito de una previa relación laboral entre los miembros del sindicato y la Universidad Central de Venezuela. Sin embargo, contrario a lo alegado por los recurrentes, el tiempo presente del verbo “*prestar*” en modo subjuntivo, esto es: “*presten*”, no resulta suficiente a los fines de dilucidar si los trabajadores jubilados de la Universidad Central de Venezuela están o no excluidos de pertenecer al Sindicato Único de Trabajadores al Servicio de la Universidad Central de Venezuela (SUTRAUCV).

A los fines de resolver la pertenencia de los jubilados al referido sindicato, considera esta Sala oportuno revisar el significado del término “*trabajador jubilado*”, para lo cual resulta necesario tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley Orgánica del Trabajo, que textualmente establece:

“Toda persona apta tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, para asegurar su subsistencia y en beneficio de la comunidad”.

De lo anterior se desprende que, si bien el hecho social “trabajo” es exigible a cada miembro de la comunidad para asegurar la subsistencia y procurar el beneficio de todos, tal deber es exigible sólo en la medida de las aptitudes y capacidades de la persona, circunstancias éstas que varían de un individuo a otro y, en un mismo sujeto, dependen de factores tales como su educación, salud, edad, etc. Respecto de este último factor se ha dicho que el *“...trabajo no puede contentarse con ofrecer al hombre una existencia digna en tanto pueda trabajar, para olvidarse después; esta actitud era propia del derecho civil, cuando el trabajo era estimado una mercancía intercambiable por dinero; el derecho del trabajo requiere resolver integralmente el problema humano, exige del hombre una labor útil y honesta y, a cambio de ella, le ofrece la seguridad de su presente y futuro. El derecho del trabajo tiene hoy un fundamento nuevo: El trabajo es un deber social, pues es fuente del derecho humano y éste consiste, en primer término, en el derecho a la existencia; por eso el derecho del trabajo tiene que asegurar la existencia del hombre, en el presente y en el futuro”.* (Cfr. De La Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, 3ª edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1975, p. 180).

Esta necesidad de garantizar la existencia de los trabajadores en el futuro, es la causa del derecho de jubilación, y correlativamente del deber de *“...pagar con periodicidad una cantidad fija, a partir de la separación del servicio y de por vida del beneficiario”* (énfasis añadido), por haber llegado a la edad establecida o por haberse imposibilitado físicamente (Cfr. González Farías, Juan José, *Jubilaciones y Pensiones, Generalidades*, Ediciones Joyma, Caracas, 1975, p. 4).

Ahora bien, el término “separación” a que alude la definición de jubilación propuesta por González Farías y el que recoge el artículo 436 de la Ley Orgánica del Trabajo al señalar las causas por las cuales se pierde la condición de miembro de un sindicato (en su literal b: *“...por [...] separación de la industria o rama económica respectiva”* [énfasis añadido], y en su literal c: *“...por separación del trabajo al cumplirse tres (3) meses de ésta”* [énfasis añadido]), no pueden ser entendidos como equivalentes o referidos al mismo supuesto, tal como pretenden hacerlo ver los recurrentes con base en la opinión que en este sentido emitió la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo en fecha 5 de octubre de 2001, y que forma parte de los antecedentes administrativos que cursan en autos.

La aludida opinión de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, fundamenta la exclusión de los jubilados en los sindicatos, señalando que: *“...las demás causales previstas en el artículo 436 se explican por sí solas, las de los literales ‘b’ y ‘c’, porque la condición de miembro de un sindicato presupone en el trabajador, el ejercicio de una determinada profesión o la pertenencia a una empresa o actividad que sirve de ámbito o escenario para la acción sindical y por lo tanto al separarse de la profesión, empresa o actividad en la que presta servicios, pierde todo sentido y justificación la pertenencia al respectivo sindicato”.* Sin embargo, visto que la finalidad de la jubilación (distinta a la pensión de vejes otorgada por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales) no es extinguir las relaciones existentes entre el trabajador y el patrono, sino garantizar condiciones de vida óptimas a trabajadores que, por el paso del tiempo, se presume han visto disminuir sus aptitudes o capacidades, y que esto en nada modifica el sentido de “pertenencia” del trabajador jubilado con su empresa o institución, podemos afirmar que la referida “separación”, lejos de indicar una ruptura en el vínculo jurídico entre trabajador y patrono, sólo puede referirse a la finalización de las actividades del primero y no puede, en consecuencia, entenderse a la jubilación como una “separación del trabajo” que acarree la exclusión de los afiliados a un sindicato; la misma situación se presenta en el caso de la mujer embarazada, la cual no presta servicio durante el tiempo de los permisos legales otorgados por tal circunstancia, sin que pueda entenderse extinguida la relación laboral.

Asimismo, tratándose la actividad sindical o defensa de los intereses de los trabajadores -como una forma de asociación- de “...una necesidad inherente a la naturaleza humana y un derecho primordial del hombre...” (Cfr. Walker Linares, F., *Nociones Elementales de Derecho del Trabajo*, 4ª edición, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1947, p. 354); ésta debe dar cabida a la totalidad de los trabajadores, incluyendo claro está, a los trabajadores jubilados, verdaderos agentes de la actividad laboral y conedores como ningún otro -debido a su experiencia- de su funcionamiento y necesidades. Es por tales razones que esta Sala considera legítima la inclusión de los trabajadores jubilados en sindicatos como el presente. Así se declara.

TSJ-SE (46)

11-3-2002

Magistrado Ponente: Alberto Martini Urdaneta

Es en el plano de la actividad cuasi-pública de los sindicatos que se justifica la supervisión del Estado para garantizar la democratización de dichas organizaciones, a través de la transparencia y celeridad de los procesos electorales y la escogencia de las autoridades legítimas que están llamadas a representar los intereses y derechos de los afiliados en las negociaciones y conflictos colectivos de trabajo; en los procedimientos de conciliación y arbitraje; en la promoción, negociación, celebración, revisión y modificación de convenciones colectivas de trabajo; y en todo cuanto sea necesario a objeto de resguardar el patrimonio y los intereses de la organización sindical.

Las organizaciones sindicales siendo personas jurídicas privadas tienen además un carácter social, y encuentran su regulación, principalmente, en una normativa sustantiva especial como es la Ley Orgánica del Trabajo, sin embargo, dentro del ámbito de sus atribuciones ejecutan “políticas”, que como ha señalado la Sala, están dirigidas a la satisfacción de sus objetivos, de manera que el Estado, como garante de esos objetivos que benefician e interesan a un importante sector de la población (la clase trabajadora), debe establecer los mecanismos a fin de garantizar el cumplimiento de sus finalidades, que no son otras que la garantía y protección de los derechos e intereses de los trabajadores y trabajadoras (artículo 95 de la Constitución vigente).

Al respecto, esta Sala dejó sentado en sentencia de fecha 13 de agosto de 2001 (Caso: Adrián Octavio Oronoz Silva) que “[s]i bien es cierto que la República, dada su obligación de respetar la autonomía y libertad sindical, no puede tener inherencia en los asuntos internos de las organizaciones sindicales, y que éstas constituyen personas de derecho privado y social, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho al ejercicio de la acción sindical (artículos 396, 397 L.O.T. y 280 C.R.B.V.),...” y que “...si antes importaba al Estado Venezolano la existencia y actividad de estas organizaciones sociales, en la medida que el cumplimiento de su objeto redundaba en beneficio de un importante sector de la población, ello ahora tiene rango constitucional, cuando se reconoce el derecho a la sindicación como un derecho humano fundamental, y *el Poder Electoral tiene una inherencia limitada a la materia electoral, de los integrantes de la sociedad civil, a saber, los sindicatos,...*”.

Esta concepción de las organizaciones sindicales como organizaciones de interés público y de relevancia constitucional, en el marco de un Estado social de derecho, encuentra especial aceptación en el Derecho comparado y vemos, por ejemplo, que en sistemas como el español, altamente influenciado por el Derecho Público francés y la teorías iuspositivistas germánicas, autores como Juan Pablo Landa Zapirain expresan, sobre la naturaleza jurídica del sindicato, lo siguiente:

“Una de las primeras notas caracterizadoras del sindicato en nuestro régimen es -como hemos dicho- su relevancia constitucional privilegiada, lo que le convierte en uno de los pilares del modelo de Estado, y del sistema económico y político que lo sustentan. En consecuencia, la configuración limitativa del sindicato como organización para la defensa de sus intereses profesionales queda superada por la definición constitucional de los intereses económicos y sociales que les son propios.

Esta situación llevó al TC a entender que la singular posición de los sindicatos los convertía en entidades de naturaleza “cuasi-pública”. Sin embargo el sindicato no ha salido “desnaturalizado” de este proceso, aunque su caracterización tradicional como agente contractual se transfigure en la de sujeto del intercambio político, y como tal, el Estado lo haya sometido a las formas y responsabilidades constitucionales, exigiendo además su legitimación democrática.” (Juan Pablo Landa Zapiran, *Democracia Sindical Interna*, Editorial Civitas, España, 1996)

Observamos así que los sindicatos revisten una naturaleza compleja, pues en cuanto asociación privada representan y defienden el interés de todos y cada uno de sus afiliados, y en cuanto institución de carácter social poseen una esencia cuasi-pública, ya que tales organizaciones representan el interés general de un amplio sector de la población -los trabajadores-, siendo, justamente, ésta última, la función que reviste especial trascendencia en el ámbito público y político, y que justifica la supervisión del Estado.

De este modo podemos concluir que es la exigencia de la democracia en el funcionamiento, elección y conformación de los sindicatos, el mecanismo que en un Estado social de derecho se implementa para que éstos cumplan su fin último -garantizar los intereses y derechos de sus afiliados-, sin que con ello pierdan ni se transforme su naturaleza jurídico-privada.

Ahora bien, ha señalado esta Sala (*Vid.* Sentencia de fecha 19 de julio de 2001. Caso: *Sociedad Mercantil Industria Láctea Venezolana*) que las actividades ejecutadas por los sindicatos pueden ser divididas en tres grupos: 1) las de acción sindical, constituidas por el conjunto de actividades mediante las cuales la organización cumple con su objeto legal y estatutario; 2) las de administración de los fondos sindicales, divididas en actos de simple administración y actos que exceden de la simple administración y que le permiten funcionar; y, 3) cualquier otra que no forme parte de las categorías anteriores, pero que pueden ser lícitamente realizadas por los sindicatos, en tanto son personas jurídicas de derecho social; precisando la Sala, en esa oportunidad, que tales categorías encuentran consagración en nuestro ordenamiento jurídico siendo las normas más representativas las consagradas en los artículos 3 y 11 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación; 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 397 y 401, 402, 403, 433, 435 y 452 de la Ley Orgánica del Trabajo, que establecen derechos y principios rectores de derecho colectivo del trabajo y la democracia sindical y 407, 408, 423, 441 y 451 *ejusdem*, que establecen el objeto, atribuciones, finalidades, deberes y prerrogativas de las personas colectivas de derecho privado y social que son los sindicatos; normas que esta Sala se permite transcribir de seguidas:

Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo

“Artículo 3. Las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, *el de elegir libremente sus representantes*, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.”.

“Artículo 11. Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.”

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“Artículo 95. Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tiene derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como el de afiliarse o no a ellas, de conformidad con la ley. Estas organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa. Los trabajadores y trabajadoras están protegidos contra todo acto de discriminación o de injerencia contrarios al ejercicio de este derecho. Los promotores, promotoras e integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones.

Para el ejercicio de la democracia sindical, los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales establecerán la *alternabilidad de los y las integrantes de las directivas y representantes mediante el sufragio universal, directo y secreto (...)*”.

Ley Orgánica del Trabajo:

“Artículo 397. La organización sindical constituye un derecho inviolable de los trabajadores y patronos. Los sindicatos, federaciones y confederaciones sindicales gozarán de autonomía y tendrán la protección especial del Estado para el cumplimiento de sus fines”.

“Artículo 401. Nadie podrá ser constreñido directa o indirectamente a formar parte o no de un sindicato.

Los sindicatos tiene derecho a redactar sus propios estatutos y reglamentos y *a elegir libremente a los integrantes de su junta directiva*; a programar y organizar su administración y a establecer pautas para realizar su acción sindical (...)

“Artículo 402. *El Estado velará para que no se ejerza sobre los sindicatos, federaciones y confederaciones ninguna especie de restricción o de presión en su funcionamiento, ni de discriminación que atente contra el pluralismo democrático garantizado por la Constitución*”.

“Artículo 403. Las organizaciones sindicales no estarán sometidas a otros requisitos para su constitución y funcionamiento que los establecidos en esta Ley a objeto de asegurar la mejor realización de sus funciones propias y garantizar los derechos de sus miembros”.

“Artículo 407. Los sindicatos tendrán por objeto el estudio, defensa, desarrollo y protección de los intereses profesionales o generales de los trabajadores y de la producción, según se trate de sindicatos de trabajadores o de patronos, y el mejoramiento social, económico y moral y la defensa de los derechos individuales de sus asociados”.

“Artículo 408. Los sindicatos de trabajadores tendrán las siguientes atribuciones y finalidades:

a) Proteger y defender los intereses profesionales o generales de sus asociados ante los organismos y autoridades públicas;

...omissis...

l) En general, las que señalen sus estatutos o resuelvan sus asociados, para el mejor logro de sus fines”.

“Artículo 423. Los estatutos indicarán:

(...)

i) Número de miembros de la junta directiva, *forma de elección de la misma, que estará basada en principios democráticos*, sus atribuciones, duración, causas y procedimientos de remoción, e indicación de los cargos cuyos ocupantes estarán amparados por el fuero sindical conforme al artículo 451 de esta Ley;...”

“Artículo 433. La elección de las juntas directivas y de los representantes de los trabajadores deberá hacerse en forma directa y secreta, bajo pena de nulidad.

Los cuerpos colegiados serán electos por representación proporcional”.

“Artículo 435. Transcurridos tres (3) meses de vencido el período para el cual haya sido elegida la directiva del sindicato sin que se haya convocado a nuevas elecciones, un número no menor del diez por ciento (10%) de los trabajadores miembros de la organización, podrá solicitar al Juez del Trabajo de la jurisdicción que disponga la convocatoria respectiva.”

“Artículo 441. La junta directiva estará obligada a rendir a la asamblea, cada año, cuenta detallada y completa de su administración.

Quince (15) días antes, por lo menos, de la fecha en que vaya a celebrarse la asamblea, la junta directiva colocará una copia de la cuenta que proyecte presentar, en lugar visible de las oficinas sindicales, para que pueda ser examinada por los socios. *Los funcionarios sindicales que no hayan cumplido esta obligación no podrán ser reelectos*”.

“Artículo 451. Gozarán también de inamovilidad hasta un número de siete (7) en las empresas que ocupen menos de quinientos (500) trabajadores, nueve (9) en las empresas que ocupen entre quinientos (500) y mil (1000) trabajadores, y doce (12) en las empresas que ocupen más de mil (1000) trabajadores, *los miembros de la junta directiva del sindicato desde el momento de su elección hasta tres (3) meses después de vencido el término para el cual fueron electos*. Los estatutos del sindicato respectivo determinarán cuales son los cargos de la junta directiva amparados por el fuero sindical.

De cada elección se participará inmediatamente al Inspector del Trabajo con la copia auténtica del acta de elección, a fin de que éste haga al patrono o patronos la notificación correspondiente”.

“Artículo 452. En caso de celebrarse elecciones sindicales, los trabajadores de la empresa gozarán de inamovilidad desde el día de la convocatoria hasta el de la elección. El lapso respectivo no podrá exceder de dos (2) meses durante el período de dos (2) años”.

Con relación al contenido de las normas antes transcritas esta Sala, en el fallo *in comento*, estableció que los sindicatos para el cumplimiento de su objeto y finalidades y el ejercicio de sus atribuciones (Artículos 407 y 408 de la Ley Orgánica del Trabajo) realizan, fundamentalmente, actos y actuaciones sin contenido económico o patrimonial, que son los actos propios de la llamada “acción sindical”, pero que llevan implícito una serie de actuaciones administrativas necesarias para su funcionamiento, de contenido económico o patrimonial, llamadas “administración de los fondos sindicales”; observando además, la Sala, que el ejercicio de la acción sindical descansa en el sindicato y por tal motivo los trabajadores, para garantizar el cumplimiento de sus derechos e intereses, requieren de la existencia y actuación del sindicato, único legitimado por ley para negociar las convenciones y tramitar los conflictos colectivos de trabajo (artículos 469, 475 y 497 de la Ley Orgánica del Trabajo), de manera que la ley, como medida para garantizar la existencia y actividad de los sindicatos, establece un fuero especial permanente en cabeza de hasta doce (12) miembros de sus juntas directivas y uno temporal que ampara a la totalidad de los trabajadores cuando se encuentran en ejercicio de tan trascendental actividad (artículos 451 y 458 de la Ley Orgánica del Trabajo).

De manera que es la democracia participativa y protagónica que identifica a nuestro actual modelo político (artículos 2, 5, 62 y 70 de la Constitución de 1999), la que justifica un control jurisdiccional de dicha participación ciudadana tanto en los procesos de elección de cargos públicos, como en los procesos electorales de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos; y es, justamente, en el plano de la actividad cuasi-pública de los sindicatos que, como se dijo, se justifica la supervisión del Estado para garantizar la democratización de dichas organizaciones a través de la transparencia y celeridad de los procesos electorales y la escogencia de las autoridades legítimas que están llamadas a representar los intereses y derechos de los afiliados en las negociaciones y conflictos colectivos de trabajo; en los procedimientos de conciliación y arbitraje; en la promoción, negociación, celebración, revisión y modificación de convenciones colectivas de trabajo; y en todo cuanto sea necesario a objeto de resguardar el patrimonio y los intereses de la organización sindical.

TSJ-SE (52)

19-3-2002

Magistrado Ponente: Alberto Martini Urdaneta

Caso: Jorge G. Angulo S. vs. Consejo Nacional Electoral

Si bien las organizaciones sindicales son autónomas, y por ello pueden redactar sus propios estatutos, elegir a sus autoridades, administrar sus recursos y decidir sobre las políticas a seguir a fin de cumplir sus fines y objetivos, ello no significa que puedan limitar el derecho a la sindicación de un trabajador que desee afiliarse o integrarse a ella, más allá de las restricciones que estatutariamente pudieran establecer, ya que estas limitaciones estatutarias solo pueden tender a verificar el cumplimiento de requisitos en determinado lapso o delimitar su ámbito de actuación específico.

Ahora bien, la Sala antes de emitir un pronunciamiento sobre el derecho a la sindicación del recurrente, a título de respuesta definitiva al sindicato impugnante, analizará el alcance de este derecho, con especial referencia a la particular situación del trabajador, que bajo relación de dependencia ocupe un cargo gerencial.

Al respecto establece: El “*derecho a la sindicación*” consiste en la potestad que tiene todo trabajador de constituir una organización sindical o de pertenecer o no a la que prefiera, afín con la rama o área de trabajo en la cual éste presta sus servicios.

La Constitución de la República reconoce este derecho en su artículo 95, que a la letra señala:

“Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como el de afiliarse o no a ellas, de conformidad con la ley. (...) Los trabajadores y trabajadoras estarán protegidos contra todo acto de discriminación o de injerencia contrarios al ejercicio de este derecho. (...)”.

Por su parte, el Convenio Internacional n° 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo y ratificado por Venezuela el 3 de septiembre de 1982, al respecto establece:

“Artículo 2

Los trabajadores y empleadores sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones con la sola condición de observar los estatutos de las mismas (subrayado de la Sala).

Artículo 8

1.- Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas a respetar la legalidad.

2.- La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio.

Artículo 11

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.

Los pertinentes artículos de la Ley Orgánica del Trabajo son del tenor siguiente:

“Artículo 400.- Tanto los trabajadores como los patronos tienen el derecho de asociarse libremente en sindicatos, ...

Artículo 401.- Nadie podrá ser obligado ni constreñido directa o indirectamente a formar parte o no de un sindicato. (...).

Artículo 402.- El Estado velará para que no se ejerza sobre los sindicatos, ..., ninguna especie de restricción o de presión en su funcionamiento, ni de discriminación que atente contra el pluralismo garantizado por la Constitución.

Artículo 404.- Los trabajadores podrán constituir sindicatos o formar parte de los ya constituidos y participar en la dirección y administración sindical siempre que hayan cumplido dieciocho (18) años.

PARÁGRAFO ÚNICO: Los extranjeros con mas de diez (10) años de residencia en el país, previa autorización del Ministerio del ramo, podrán formar parte de la Junta Directiva y ejercer cargos de representación sindical.

Artículo 412.- Son sindicatos de empresa los integrados por trabajadores de cualquier profesión u oficio que presten servicios en una misma empresa, incluyendo sus sucursales, ubicadas en distintas localidades y regiones.

Artículo 423.- Los estatutos indicarán: ...

e) Condiciones de admisión de miembros; ...

h) Causas y procedimientos para la imposición de sanciones y para la exclusión de asociados; ...

Artículo 432.- La asamblea o la junta directiva de una organización sindical no podrá tomar decisiones en contravención a lo dispuesto en esta Ley o en los Estatutos de la propia organización.

Artículo 436.- La condición de un miembro de un sindicato se perderá:

a. Por las causas previstas en los estatutos;

b. En los sindicatos profesionales, de industria y sectoriales, por falta de ejercicio voluntario durante seis (6) meses consecutivos, de la respectiva profesión u oficio o separación de la industria o rama económica respectiva. De esta norma se exceptuarán aquellos miembros que ocupen un cargo en la directiva mientras permanezcan en él y hasta por seis (6) meses después de su separación, y los que presten servicios en la organización y funcionamiento de cooperativas;

c. En los sindicatos de empresa, por separación del trabajo al cumplirse tres (3) meses de ésta;

d. Por renuncia; o

e. Por ingresar a otro sindicato con objeto igual o incompatible. (...).

Artículo 447.- No podrá negarse a un trabajador afiliarse a un sindicato, ..., si están cumplidos los requisitos de esta Ley y de los respectivos estatutos. La afiliación deberá efectuarse dentro del término de quince (15) días (...).”

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente al respecto señala:

“Artículo 101. Derecho a la Sindicalización. Los adolescentes gozan de libertad sindical y tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes, así como, de afiliarse a ellas, de conformidad con la Ley y con los límites derivados del ejercicio de las facultades legales que corresponden a sus padres, representantes o responsables.

Artículo 2. Definición de Niño y Adolescente. ... Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad”.

Por su parte, sobre este punto, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo establece:

“Artículo 142: Definición: La libertad sindical constituye el derecho de los trabajadores y los empleadores a organizarse, en la forma que estimaren conveniente y sin autorización previa, para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales, y de ejercer la acción o actividad sindical sin mas restricciones que las surgidas de la ley.

Artículo 143: Contenidos esenciales: La libertad sindical comprende:

a) En su esfera individual, el derecho a:

- i. Organizarse en la forma que estimaren conveniente a sus intereses.*
- ii. Afiliarse a sindicatos y demás organizaciones de representación colectiva.*
- iii. No afiliarse o separarse del sindicato, u otra organización de representación colectiva, cuando así lo estimaren conveniente y sin que ello comporte lesiones o perjuicios de cualquier naturaleza.*
- iv. Elegir y ser elegidos como representantes sindicales; y*
- v. Ejercer la actividad sindical. (...).*

Artículo 148: Prohibición de sindicatos mixtos (Principio de pureza): No podrá constituirse una organización sindical que pretenda representar, conjuntamente, los intereses de trabajadores y empleadores. Los empleados de dirección no podrán constituir sindicatos de trabajadores o afiliarse a éstos.” (subrayado de la Sala).

De toda la normativa que antecede se desprende, que el derecho a la sindicación es de carácter amplio y su ejercicio se encuentra limitado solo en particulares casos, a saber:

1) Está sujeto al cumplimiento de los requisitos formales previstos en los Estatutos del sindicato, a fin de obtener la condición de “afiliado” a determinado sindicato, normativa que igualmente deberá contener las causas y procedimiento para la imposición de sanciones y exclusión.

2) Es necesario que el aspirante a ser miembro del sindicato tenga doce (12) años de edad o más.

3) Los sindicatos no pueden ser mixtos, es decir, que simultáneamente pretenda representar los intereses de los trabajadores y de los patronos.

4) Los empleados de dirección, no pueden constituir ni afiliarse a sindicatos de trabajadores.

Además de lo anterior, la legislación establece dos limitaciones para los afiliados que deseen ejercer cargos de representación sindical, a saber:

- 1) Tener dieciocho (18) años de edad cumplidos y
- 2) En caso de ser extranjeros, residir en el país por un lapso superior a los diez (10) años y solicitar autorización al Ministerio del ramo.

Por su parte, los Estatutos del SINDICATO DE TRABAJADORES DEL BANCO INDUSTRIAL DE VENEZUELA (folios 204 al 214, Anexo 2), respecto de esta materia establecen:

“Artículo 7°.- Podrán ser miembros del Sindicato, todos los trabajadores del Banco Industrial de Venezuela C.A., que laboren en el territorio de la República.

Artículo 8°.- Para ingresar en el Sindicato es necesario dirigir a la Junta Directiva del mismo, una solicitud en tal sentido que deberá ser suscrita con la firma autógrafa del interesado.

Artículo 9°.- La Junta Directiva contestará a toda petición de admisión en un plazo no mayor de treinta (30) días a contar de su recibo.

Artículo 10°.- Pueden formar parte del Sindicato las personas mayores de Dieciocho (18) años y las menores de Dieciocho (18) años pero mayores de catorce (14) años, con autorización expresa de su representante legal y si no tuviere representante legal, será necesaria la autorización del Ministerio del ramo.

Artículo 12.- Son derechos de los miembros: ... b) Elegir y ser elegible para cualquier cargo de la Junta Directiva. (...)

Artículo 13°.- La condición de miembro se pierde: a) Por hacerse indigno de pertenecer al sindicato a causa de no cumplir con sus disposiciones y acuerdos o realizar actos contrarios a los intereses del Sindicato y de los trabajadores del mismo. b) Por no trabajar en alguna dependencia del Banco Industrial de Venezuela, C. A. c) Por la propia determinación del mismo. d) Por cualquier otra causa incluida en el Artículo 436 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Artículo 14.- En caso de que algún miembro incurra en alguna de las causales a que se refiere el artículo anterior, será sometido al Tribunal Disciplinario”.

Señalada como ha sido la normativa inherente a la particular situación de autos, la Sala declara en el marco de su competencia para pronunciarse respecto al derecho al sufragio activo y pasivo de un trabajador con respecto a una organización sindical, que no existe dispositivo normativo alguno que limite el ejercicio del derecho a la sindicación del recurrente, y ello es así en la medida que tal característica de amplitud es consustancial con la naturaleza de este derecho. Por tanto, las excepcionales disposiciones que podrían conllevar a la no inclusión del recurrente al Sindicato de Trabajadores del Banco Industrial de Venezuela, no le son aplicables, dado que es mayor de edad, venezolano y trabajador del Banco Industrial de Venezuela, conforme se identificó en el encabezado de su escrito recursivo y sin que tales circunstancias hubiesen sido controvertidas. Por otra parte, el recurrente alegó expresamente, y fue reconocido por el Presidente del sindicato, que solicitó formalmente pertenecer a dicha organización sindical, como lo exige a título de formalidad los Estatutos del sindicato (artículo 8°), en virtud de lo cual todas las argumentaciones tendentes a señalar que fue o no aceptado en forma válida, que se le descontó o dejó de descontar la cuota sindical, en nada inciden para el ejercicio de su derecho a la sindicación, traducido en su deseo de formar parte de la referida organización sindical y postularse para un cargo directivo en el proceso de renovación de autoridades que tuvo lugar recientemente.

En efecto, si bien las organizaciones sindicales son autónomas, y por ello pueden redactar sus propios estatutos, elegir a sus autoridades, administrar sus recursos y decidir sobre las políticas a seguir a fin de cumplir sus fines y objetivos, ello no significa que puedan limitar el derecho a la sindicación de un trabajador que desee afiliarse o integrarse a ella, más allá de las restricciones que estatutariamente pudieran establecer, ya que estas limitaciones estatutarias solo pueden tender a verificar el cumplimiento de requisitos en determinado lapso o delimitar su ámbito de actuación específico. En efecto, en el caso que nos ocupa, al sindicato solo pueden afiliarse trabajadores adscritos al Banco Industrial de Venezuela y no trabajadores de otros institutos bancarios u otras ramas de la actividad económica-laboral, y en virtud

de tal auto-limitación estatutaria, encuadra dentro del concepto de sindicato de empresa, específicamente de la empresa Banco Industrial de Venezuela, sin que por ello pueda considerarse que se está limitando el derecho a la sindicación de un trabajador que no labore en dicha institución bancaria, dado que con ello el sindicato solo ha limitado su radio de acción, traducido en establecer a quiénes en específico va a representar y proteger. Igual consideración merece el lapso del cual dispone la directiva del sindicato para responder la solicitud de afiliación, necesario a fin de verificar el cumplimiento de requisitos (trabajador del Banco Industrial de Venezuela y edad), del cual no podría derivar la posibilidad de negar la afiliación injustificadamente.

d. *Derecho a la huelga*

TSJ-SC (560)

22-3-2002

Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando

Caso: Defensoría del Pueblo vs. Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas y Alcaldía Metropolitana de Caracas.

La huelga es un derecho establecido en nuestra Constitución como un derecho relativo, cuyo ejercicio se supedita al cumplimiento de requisitos legales.

La huelga es un derecho establecido en nuestra constitución como un derecho relativo, cuyo ejercicio se supedita al cumplimiento de requisitos legales, y, en el caso de que tal ejercicio se verifique en servicios públicos, los trabajadores, en este caso, los funcionarios públicos, están obligados personalmente a garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos, estableciendo las condiciones el Ministerio del Trabajo, organismo éste encargado de instar acuerdo entre las partes en tal sentido.

En ausencia de este acuerdo debe hacerlo el órgano administrativo del trabajo en tiempo oportuno, es decir, agotado el lapso conciliatorio, a mayor abundamiento, vencidas las 120 horas establecidas por la ley para la conciliación. Si esta previsión legal se cumple, no existirá conflicto alguno entre los mencionados derechos.

En tal sentido estima la Sala, que la determinación hecha en este acto sobre el cumplimiento de las obligaciones alegadas por parte del Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas, zanja las diferencias existentes, pero, en cualquier caso de reanudarse el conflicto por circunstancias diferentes a lo planteado en el asunto de autos, el Ministerio del Trabajo deberá establecer, en un lapso perentorio, las condiciones mínimas que se han de garantizar, y las partes involucradas dar cumplimiento estricto a las condiciones establecidas en la ley.

5. *Derechos Políticos*

A. *Derecho al sufragio*

TSJ-SE (29)

19-2-2002

Magistrado Ponente: Rafael Hernández Uzcátegui

Caso: Gustavo Pérez y otros vs. Consejo Nacional Electoral.

La noción general del derecho al sufragio alude a la libertad de participar en un proceso electoral, tanto en la condición de elector (sufragio activo) como en la de candidato (sufragio pasivo). En ambas modalidades debe admitirse, además de la posibilidad de elegir y ser elegido, la opción de abstenerse de elegir o presentarse como candidato.

Ahora bien, independientemente de las causas que en el presente caso originaron la aludida abstención, que no forman parte del objeto de debate en esta causa, la abstención electoral o no participación en el acto de votación de quienes tienen derecho a ello, como vicio de nulidad de las elecciones sindicales, en la línea expositiva de los recurrentes presupone la necesidad de una total participación del universo electoral. Sin embargo, aunque ideas clásicas nos conduzcan a pensar que “Cuanta más conformidad reine en las Asambleas, esto es, cuanto más se acerquen las decisiones a la unanimidad, tanto más dominante será también la voluntad general; y al contrario, los largos debates, las disensiones y el tumulto anuncian el ascendiente de los intereses particulares y la decadencia del Estado” (Cfr. Rousseau, J. J., *Contrato Social*, Editorial Linotipo, Bogotá, 1979, p. 118); la abstención configura un fenómeno político que, aunque atenta contra la legitimidad de la elección o decisión que se adopte, en sistemas de elecciones por mayoría simple como el nuestro, no produce efecto jurídico alguno. En este sentido, también se admite, aunque no técnicamente, que la abstención es una forma de expresar el sufragio.

La noción general del derecho al sufragio alude a la libertad de participar en un proceso electoral, tanto en la condición de elector (sufragio activo) como en la de candidato (sufragio pasivo). En ambas modalidades debe admitirse, además de la posibilidad de elegir y ser elegido, la opción de abstenerse de elegir o presentarse como candidato. Este concepto ha evolucionado de la concepción del sufragio como una función pública de ejercicio obligatorio (artículo 110 de la Constitución de 1961), a un mecanismo de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía (artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En el caso de los sindicatos, entes de naturaleza asociativa-privada, y a la vez, organizaciones de interés público y relevancia constitucional, sus autoridades actúan “...como agentes representativos de una voluntad colectivamente expresada” (Cfr. Landa Zapirain, Juan Pablo, “Democracia Sindical Interna”, *Régimen jurídico de la organización y funcionamiento de los sindicatos*, Editorial Civitas, S. A. -Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Madrid, 1996, p. 122); voluntad colectiva que, como se dijo respecto de las cajas de ahorro y asociaciones cooperativas (Cfr. sentencia de esta Sala, número 90 del 26 de julio de 2000), constituyen expresión de la soberanía popular en el aspecto socioeconómico, motivo por el cual, *mutatis mutandi*, también los sindicatos dejan de ser un mero instrumento de protección y defensa de los intereses de los trabajadores (artículo 408 de la Ley Orgánica del Trabajo), para sumarse al ámbito de participación de la ciudadanía en la conducción de los asuntos públicos, ahora, en materia económica y social.

En materia electoral sindical, la expresión de la voluntad de los trabajadores, al igual que la “voluntad general” en el Derecho constitucional, ha sido relacionada al interés general, en tanto que aparece teóricamente configurada “...no como una suma de intereses individuales, sino como su combinación indivisible, y como tal, se hace merecedor de una consideración superior y prevalente frente a los intereses individuales” (Cfr. Landa Zapirain, *ob. cit.* p. 125).

En este contexto, el sufragio como un mecanismo de participación ciudadana y expresión de la voluntad general, encuentra plena aplicación en los procesos electorales sindicales, de manera que la abstención o falta de concurrencia a las elecciones de la Federación Nacional de Trabajadores de Productos Medicinales, Cosméticos y Perfumerías (FETRAMECO),

celebrada el pasado 20 de septiembre de 2001, contrario a provocar la nulidad de las referidas elecciones por infracción de lo previsto en los artículos 5, 21, 25 y 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; artículos 400, 401 y 447 de la Ley Orgánica del Trabajo y los artículos 7 y 14 del Estatuto Especial para la Renovación de la Dirigencia Sindical, constituye una forma de expresar el sufragio que, en el presente caso, no produce efecto jurídico alguno. En consecuencia, se desestima el presente alegato y así se decide.

B. *Derecho a la participación política: Referendo revocatorio*

TSJ-SC (1139)

5-6-2002

Magistrado Ponente: Antonio Garcia Garcia

Caso: Interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala analiza los requisitos de procedencia de la solicitud de convocatoria a un referéndum revocatorio y las potestades del Poder Electoral en esta materia.

En primer lugar, corresponde a esta Sala determinar si la convocatoria a referendo revocatorio constituye una potestad reglada del Poder Electoral, en el sentido que una vez satisfechos los requisitos contemplados en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Consejo Nacional Electoral debe realizar la convocatoria respectiva, sin hacer uso de discrecionalidad alguna en la determinación del mérito y conveniencia de dicha convocatoria.

Segundo, si la forma de cálculo de los votos a favor de la revocatoria del mandato responde al número nominal (intangibles), establecido en la elección precedente del mismo, y que el veinticinco por ciento (25%) mínimo requerido (*quórum*), responde al número de electores inscritos en el Registro Electoral para el momento de la solicitud del referendo revocatorio. Por último, si en caso de resultar procedente la revocatoria del mandato por la voluntad plasmada en el referendo, debe considerarse que se ha producido una falta absoluta en el cargo público de elección popular, que amerite convocar a elecciones inmediatas.

Para esta Sala resultan, en cambio, improcedentes las pretensiones de los recurrentes respecto a que se precisara, en primer lugar, lo relativo al funcionario llamado a suplir la supuesta falta absoluta en la jefatura del cargo público de elección popular, desde la revocación del mandato por vía de referéndum, hasta la celebración de las nuevas elecciones; y, en segundo lugar, si una vez satisfechos los requisitos contemplados en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Consejo Nacional Electoral debería convocar el referendo revocatorio en un lapso que no excediera de treinta (30) días continuos, dado que ambas pretensiones no se refieren a dudas, confusiones o ambigüedades que se desprendan del contenido expreso de la norma constitucional objeto del presente recurso, razón por la cual las declaraciones o determinaciones requeridas no corresponderían a esta Sala, sino a otros órganos del Poder Público, pues, como fue ratificado en sentencia N° 346/2001 (caso Consejo Nacional Electoral), "...Lo político administrativo, legislativo o electoral, en el sentido de elegir el camino o el modo más acorde con el bienestar social -si bien el procedimiento de su elección en muchos casos viene ya señalado por la Constitución-, así como los campos en que se mueve la realidad social en los que deben prestar sus servicios, sólo le corresponde dictarlo a los entes que ejercen las estrictas funciones político administrativas, legislativas o electorales, sin que este Tribunal ex ante les señale la mejor forma de hacerlo, salvo atribución expresa en este sentido".

Igualmente, estima esta Sala desacertado el planteamiento efectuado por los recurrentes, cuando solicitaron se interpretara el último aparte del artículo 72 de la Constitución, con respecto a que “no podrá hacerse más de una solicitud de revocación”, por cuanto pese a que insisten en que ha surgido en ellos la duda interpretativa, lo cierto es que se advierte que la referida solicitud de interpretación constitucional no se apega a los lineamientos establecidos por la jurisprudencia antes transcrita. Al respecto, considera la Sala que el último aparte de la disposición mencionada es claro y preciso, y no posee ninguna contradicción o ambigüedad, toda vez que cuando establece que en todo caso no puede hacerse más de una solicitud de revocación del mandato durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, es palmario que se refiere a que dicha solicitud haya sido efectuada en cumplimiento de los requerimientos que la propia norma constitucional exige y, por ende, declarada su procedencia por el órgano electoral, dado que la solicitud que no reúna esos requisitos, no produce efectos ni puede considerarse válida y, menos aún, como impedimento o límite para la recepción y tramitación de una nueva solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio. En definitiva, el límite que la norma establece se halla en que se celebre o active sólo un referéndum revocatorio para el mismo funcionario y en el mismo mandato. Por consiguiente, estima la Sala que la solicitud planteada en el sentido señalado no es susceptible de interpretación alguna, resultando de esta manera improcedente el recurso de interpretación constitucional en cuanto a dicha pretensión se refiere, y así se declara.

V

SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 72 DE LA CONSTITUCIÓN

Se ha solicitado la interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 72. Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato”.

La norma transcrita contempla, como esencia del régimen democrático, la revocatoria del mandato de los funcionarios electos, entre ellos los Gobernadores de Estado, al disponer que “todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables”.

Al respecto, precisa esta Sala señalar, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada por vía de referéndum popular, el 15 de diciembre de 1999, otorga al principio democrático una función primordial en la formación y funcionamiento de los poderes públicos. En tal sentido, el Preámbulo indica que el objetivo de la Constitución es el de “...refundar la República para establecer una sociedad democrática participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural...”, y el artículo 2, define al Estado Venezolano como Democrático y Social de Derecho y de Justicia, “que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos huma-

nos, la ética y el pluralismo político”, principios constitucionales que se conciben en el nuevo Texto Fundamental, como verdaderos principios de actuación, superándose con ello anteriores concepciones conforme a las cuales se consideraban meros enunciados de valor únicamente programático.

Así se evidencia que, la Constitución de 1999 acoge el principio de la participación, cuyo contenido, manifestado en varias de las disposiciones constitucionales, reconoce a los ciudadanos el derecho a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes. Nuestra novísima Constitución, establece y desarrolla una serie de principios que garantizan precisamente a todos los ciudadanos venezolanos la participación en términos de igualdad, justicia y libertad en todos los ámbitos de la vida ciudadana, siendo la participación ciudadana un medio eficiente para desarrollar los postulados de una democracia participativa y protagónica, postulados éstos que constituyen las bases que sustentan la llamada "revolución democrática" derivada del nuevo orden constitucional.

Por ello, el derecho de participación de los venezolanos no se limita a los clásicos derechos políticos de sufragio, de asociación con fines políticos y de manifestación, sino que se extiende a la obligación por parte de los representantes de rendir cuentas transparentes y periódicas sobre su gestión, de acuerdo con el programa presentado; asimismo, la participación puede resumirse en el derecho de los ciudadanos a intervenir en las decisiones públicas más relevantes de cualquier ámbito territorial –nacional, estatal o municipal-, la presencia de la sociedad civil en los organismos consultivos o decisorios del Estado, en la facultad de la comunidad de revocar el mandato de los funcionarios que ocupan cargos electivos, en la facultad de abrogar las normas jurídicas que se consideran contrarias a las bases constitucionales y, finalmente, como sinónimo de gobierno pluralista o gobierno integrado por los diferentes sectores que operan en la sociedad (*Cfr. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, Ad imis fundamentis, Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas*, Caracas, 2000). Queda pendiente, sin embargo, la ley que anuncia el artículo 70 de la Constitución de 1999, la cual determinará el funcionamiento de los medios de participación y, en este sentido, la misma Carta Magna prevé la posibilidad de que la comunidad organizada proponga a la Asamblea Nacional la mencionada ley o aporte ideas para tal fin.

En este orden de ideas, esta Sala estima que las oportunidades de participación que la Constitución confiere a los ciudadanos, como realización concreta de la llamada democracia participativa y protagónica, cuenta con la revocatoria del mandato como instrumento político de participación directa del pueblo en ejercicio de su soberanía, de carácter real, efectivo, de grandes alcances y significación en el nuevo diseño jurídico político (*vid. Artículo 70 de la Constitución de 1999*), lo que sin duda sólo puede admitir una interpretación armónica y progresiva con todas las normas que componen el Texto Fundamental, como parte de un nuevo orden jurídico, pues, por medio de dicho mecanismo de participación, el ciudadano podrá ejercer su poder sobre las autoridades que eligió para removerlas de sus cargos cuando lo estime necesario.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo revocación proviene de la palabra latina “*revocatio*”, que significa remover o cambiar, la cual deriva de la voz original latina “*revoco*”, que quiere decir llamar o apelar de nuevo. En inglés recibe el nombre de “*recall*”, palabra que puede traducirse como volver a llamar o nuevo llamamiento.

En búsqueda de una definición de revocación del mandato, el maestro Manuel García Pelayo expresó que se trata del “derecho de una fracción del cuerpo electoral a solicitar la destitución de un funcionario de naturaleza electiva antes de expirar su mandato, la cual se llevará a cabo mediante decisión tomada por el cuerpo electoral y con arreglo a determinada proporción mayoritaria”. (*Vid. GARCÍA PELAYO, Manuel, Derecho Constitucional, Manuales de la Revista de Occidente, Quinta Edición, Madrid, p. 183*).

Domínguez Nassar señala que el recall es la facultad concebida al pueblo para promover o lograr la destitución o revocatoria de la representación de un funcionario o elegido, cuando este se conduzca en sus funciones en forma contraria a los intereses populares o del Estado en general (*Vid. DOMÍNGUEZ NASSAR, Jorge, El Estado y sus Instituciones*, Repromul S.R.L., Valencia, 1979, p. 283).

Por su parte, Francisco Miró Quesada Rada sostiene que “la revocatoria consiste en el derecho que tiene el pueblo para cambiar a las autoridades que eligió antes que expire su mandato, o a los funcionarios públicos que ocupan altos cargos en la estructura del Estado y cuyas decisiones afectan a los ciudadanos”. Por ello, destacó que la revocación presentaba las siguientes ventajas: 1) autoriza que los electores puedan remover a las autoridades de sus cargos “porque le han perdido la confianza”; 2) permite recordarle a las autoridades que la ineficacia puede ser sancionada por medio de la remoción y que su gestión es el producto de una función pasajera; 3) incrementa el interés ciudadano en los asuntos públicos, porque les permite participar de manera directa en la toma de decisiones políticas (*Cfr. Francisco Miró Quesada Rada, Democracia Directa y Derecho Constitucional*, Arte y Ciencia Editores, pp. 157-173).

Pues bien, en el marco constitucional y doctrinal antes expuesto, pasa de inmediato la Sala a determinar el alcance del artículo objeto de la presente interpretación y, al efecto, observa:

Requisitos de procedencia de la solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio y las potestades del Poder Electoral. Comenzando por la primera de las pretensiones indicadas por los recurrentes, consistente en determinar si la convocatoria a referendos revocatorios es una potestad reglada del Poder Electoral, no de naturaleza discrecional, y que debe convocarse en un lapso brevísimo, cabe advertir que la revocación del mandato de los funcionarios electos por votación popular -por ser éstos los que han de responder directamente al pueblo que los eligió por el desempeño de sus cargos-, sólo puede producirse mediante la realización de un referéndum revocatorio, que conforme lo dispone el primer aparte del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se rige por las siguientes reglas:

Primero, la realización de un referéndum revocatorio sólo puede efectuarse una vez transcurrido la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria. Al respecto, observa la Sala que, quien es elegido debe tener un tiempo determinado para gobernar o legislar, dado que éste es un derecho que le asiste a toda autoridad elegida por el pueblo, a la que los electores también pueden solicitarle que rinda cuentas públicas, transparentes y periódicas sobre su gestión, de acuerdo con el programa presentado, conforme lo establece el artículo 66 de la Constitución vigente. La “mitad del período”, como límite de naturaleza temporal a partir del cual puede ejercerse la revocación del mandato, sin duda representa un plazo prudencial que permite a los electores tener una visión del desempeño del representante.

Por tal motivo, resulta imprescindible, a los fines de probar el cumplimiento del mencionado requisito, que la solicitud de revocación del mandato exprese con claridad el nombre y apellido del funcionario cuestionado y el cargo para el cual fue elegido popularmente, con indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo.

Segundo, esta Sala considera importante destacar en el texto constitucional vigente, la preponderancia que reviste la iniciativa popular para convocar las diversas modalidades de referéndum que se contemplan, fundamentalmente, el llamado referéndum revocatorio del mandato.

Por tal motivo, el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece claramente que la solicitud de la convocatoria de un referéndum para revocar el mandato de una autoridad electa, como el Gobernador de Estado, sólo puede tener su ori-

gen en una iniciativa popular y no en la iniciativa de órganos públicos, dado que esta última posibilidad no se corresponde con la ratio de la institución, cual es, que el cuerpo electoral que eligió considere conveniente someter a revisión la actuación de sus representantes.

Aunado a lo anterior, la referida norma contempla que dicha iniciativa popular debe estar constituida por un número no menor del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el Registro Electoral en la correspondiente circunscripción. Por ello, tal solicitud debe ir acompañada de los nombres y apellidos, números de cédulas de identidad y las firmas respectivas, para que sea verificada por el Consejo Nacional Electoral, la observancia de la exigencia constitucional de la iniciativa popular representada por el veinte por ciento (20%) de los electores y electoras, constatando, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral - organismo subordinado de aquél-, la debida inscripción de los electores y electoras que figuren como solicitantes de la revocación el mandato en el Registro Electoral de la correspondiente circunscripción, pues, es éste el único organismo autorizado para verificar tales datos.

Dicha condición constitucional difiere del porcentaje de ciudadanos exigido para convocar otro tipo de referéndum, en virtud del motivo en que se fundamenta la revocación del mandato, el cual, a juicio del Constituyente de 1999, “es un referendo que debe utilizarse para resolver crisis políticas que sucedan en el Estado y en la sociedad” (*Vid.* Diario de debates de la Asamblea Nacional Constituyente, correspondiente a la sesión ordinario del 12 de noviembre de 1999).

Tercero, la solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio que reúna las condiciones anteriores, se formula ante el Consejo Nacional Electoral, órgano del Estado a quien compete la organización, administración, dirección y vigilancia de los referendos, de conformidad con lo establecido en el artículo 293, numeral 5, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al disponer:

“Artículo 293.- El Poder Electoral tiene por funciones:

(*omissis*)

5. La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos (...).”

Observa la Sala que, las mencionadas actividades deberán ser desarrolladas por el Poder Electoral conforme “a la Ley Orgánica respectiva”, tal como lo expresa el artículo 292 *eiusdem*.

No obstante, es importante destacar que, la Ley Orgánica a que se refiere dicha norma aún no ha sido dictada, por lo que la Disposición Transitoria Octava del Texto Constitucional, prescribe que “[m]ientras se promulgan las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución, los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral”. Asimismo, advierte esta Sala, que la revocación del mandato es un mecanismo democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme lo dispone el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes, de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente no impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación.

Por ello, estima la Sala que una interpretación coherente de la normativa aludida conduce a afirmar que, hasta tanto sea dictada la Ley correspondiente, el Consejo Nacional Electoral tiene facultades para convocar y organizar cualquier tipo de referéndum, lo cual incluye, entre otras, la fijación de la fecha para su celebración. Sin embargo, el ejercicio de las referi-

das facultadas por parte del máximo ente comicial, que se desencadena al ser presentada la solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio, se encuentra sometido a las reglas previstas en el artículo 72 de la Constitución, sin que deje ningún margen de discrecionalidad que autorice al Consejo Nacional Electoral a emitir pronunciamiento alguno sobre el mérito o conveniencia de la solicitud formulada, ni a establecer -en las normativas de carácter sub legal que dicte-, nuevas condiciones para la procedencia de la revocación del mandato, no contempladas en el marco constitucional vigente.

Por consiguiente, esta Sala concluye, que una vez que el Consejo Nacional Electoral verifica el cumplimiento irrestricto de las condiciones mencionadas *ut supra* –referentes a que haya transcurrido, al menos, la mitad del período para el cual se había elegido al funcionario o funcionaria, y que un número no inferior del veinte por ciento (20%) de los electores inscritos en el Registro Electoral en la correspondiente circunscripción así lo pidiesen-, y por ende, declare que las mismas se encuentran satisfechas, correspondería a dicho órgano comicial convocar al referéndum revocatorio solicitado, fijando la oportunidad de su celebración, y organizando, dirigiendo y supervisando los comicios correspondientes.

Quórum exigido para la aprobación del referéndum revocatorio

Solicitaron los recurrentes, que esta Sala Constitucional determinase si la forma de cálculo de los votos a favor de la revocatoria del mandato responde al número nominal (intangibile), establecido en la elección precedente del mismo, y que el veinticinco por ciento (25%) mínimo requerido (*quórum*), responde al número de electores inscritos en el Registro Electoral para el momento de la solicitud del referendo revocatorio.

Ahora bien, observa esta Sala, que la participación del pueblo en las dos fases principales del proceso referendario, esto es, la convocatoria y la decisión, hacen que esta institución se acerque bastante al ideal de la llamada democracia directa.

De este modo, y como corolario de los postulados de una democracia participativa y protagónica, previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la norma objeto de la presente interpretación no sólo deja la iniciativa de la solicitud de convocatoria a referéndum revocatorio a un porcentaje importante de los electores inscritos (20%), diferenciándose de otros referendos que exigen un porcentaje menor, sino que, adicionalmente requiere que, para su aprobación, se haya manifestado una exigente mayoría para que la revocatoria del mandato tenga valor decisorio.

En efecto, observa esta Sala, que el artículo 72 de la Constitución de 1999 prevé dos condiciones para que se estime válida la revocación del mandato: i) que “igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria”, y ii) que “haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos”.

Ambas condiciones son de particular interés para los recurrentes, por lo que esta Sala estima que la interpretación solicitada no puede hacerse de forma aislada, sólo puede verificarse dentro de un contexto muy particular, como lo es el actual, de orden político y social, e integrarse a los principios que preconizan la nueva fisonomía del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, de tal manera que la labor interpretativa se realice de forma concatenada con la Constitución de 1999, como norma suprema inspiradora de todo el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, resulta fundamental entender lo significativo del Preámbulo de la Constitución 1999 cuando declara como su fin trascendente “refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica”, dado que, como ya se ha señalado, la Constitución llama a los ciudadanos a participar en el logro de los fines, las funciones y los cometidos donde el Estado despliega su acción gubernativa; asimismo, define a la democracia

como protagónica, lo cual se traduce en una exhortación para que el ciudadano asuma labores de formación, ejecución y control de la gestión pública desde una perspectiva próxima al buen gobierno; y más aún, concibe a un ciudadano corresponsable del funcionamiento del Estado, no tan sólo en la búsqueda de la vigencia plena de los derechos civiles y sociales, sino también en la política estratégica de la República (*vid.* Artículo 4 de la Constitución de 1999).

Considera esta Sala importante destacar, que este nuevo orden constitucional, incluye dentro de este concepto de participación al principio de la representación, no como opuesto a la participación, sino como formando parte de ella. Así, el núcleo de la representación en términos democráticos se preserva en la Constitución de 1999 -elección de representantes, sufragio libre, libertad de asociación política-, pero con restricciones claras a la libertad del elegido -la rendición de cuentas y la revocación del mandato-, “que muestran una clara disposición del constituyente de mantener la voluntad del representante y la voluntad del representado en una armonía de funcionamiento, desiderátum central del gobierno democrático, donde el hacer del gobierno traduzca de forma simétrica la voluntad del pueblo” (BRACHO GRAND, Pedro L. y Miriam Alvarez de Bozo, “Democracia Representativa en la Constitución de 1999” en Estudios de Derecho Público Vol. I, *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001).

La participación aparece, entonces, como un derecho, como un fin del Estado, como una forma de ejercicio del gobierno, y como una forma de entender el ejercicio de la soberanía en el Estado, tal como lo establece el artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al disponer:

“Artículo 5.- La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en la Constitución y la ley, e indirectamente mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

En este orden de ideas, observa esta Sala que, la revocación del mandato no es producto de la arbitrariedad, sino una consecuencia lógica que se deriva del principio de soberanía popular, pues, por ser el pueblo soberano puede ejercer el poder con la finalidad de dejar sin efecto el mandato de sus representantes elegidos popularmente, que han dejado de merecerles confianza, por haberse desempeñado en el ejercicio de sus funciones de forma inconveniente o contraria a los intereses populares o del Estado en general, quienes quedan entonces sometidos a la decisión del cuerpo electoral.

Siendo así las cosas, considera la Sala que el requerimiento del constituyente de 1999, cuando estableció en el segundo aparte del artículo 72, determinadas condiciones cuantitativas para que se considere revocado el mandato del funcionario electo, tiene como propósito demostrar fehacientemente la veracidad de los resultados obtenidos en el referéndum revocatorio ejecutado, de manera que no haya duda sobre la pérdida tan grave de popularidad del funcionario que deviene en ilegítimo, y la desaprobación de su gestión, por lo que resulta lógico que se exija que su revocación se produzca en virtud de la misma cantidad de votos, e incluso uno más, de los que previamente lo favorecieron cuando quedó investido del cargo público que ejercía, siempre que un quórum mínimo considerable de electores inscritos en el Registro Electoral hayan concurrido a desaprobar la gestión del mandatario cuestionado.

Según los planteamientos anteriores, interpreta la Sala que el quórum mínimo de participación efectiva en el referéndum revocatorio, debe estar representado necesariamente -por lo menos-, por el 25% de los electores inscritos en el Registro Electoral de la circunscripción correspondiente para el momento de la celebración de los comicios referendarios, y además, que la votación favorable a la revocación debe ser igual o mayor que la que el funcionario obtuvo cuando fue electo, sin que puedan someterse tales condiciones numéricas a procesos de ajuste o de proporción alguno.

Efectos del referéndum revocatorio: sustitución del funcionario revocado.

Por último, solicitaron los recurrentes se determinare si en caso de resultar procedente la revocatoria del mandato por la voluntad plasmada en el referendo, debe considerarse que se ha producido una falta absoluta en el cargo público de elección popular, que amerite convocar a elecciones inmediatas.

Al respecto, observa la Sala que la revocación, tal como ha sido concebida por nuestro constituyente en la norma objeto de estudio, es un mecanismo de remoción o separación categórica del funcionario electo por votación popular, incluidos los Gobernadores del Estado. De tal forma que, si el referéndum arroja un resultado favorable al representante, en principio, éste tiene derecho a seguir ejerciendo su magisterio por el resto del período, pero, si por el contrario, es proclamado el resultado de la consulta al cuerpo electoral, como favorable a la revocación del mandato, el artículo 72 de la Constitución vigente establece expresamente que “se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y las Leyes”.

La referida disposición constitucional instituye, entonces, dos aspectos fundamentales: i) la revocación del mandato por vía de referéndum de todos los cargos y magistraturas de elección popular, produce la falta absoluta de los mismos, y ii) en cuyo caso, debe procederse de inmediato a cubrir la vacante, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

En tal sentido, advierte esta Sala que, en caso de revocatoria del mandato del Presidente o Presidenta de la República, la falta absoluta del mismo será cubierta de inmediato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone:

“Artículo 233.- Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado éste por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar el mismo”. (Subrayado de la Sala).

De acuerdo con lo expresado, la Constitución prevé los casos de falta temporal y de falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República, antes y después de la toma de posesión.

Ahora bien, observa la Sala que, cuando la falta absoluta es generada por la revocación popular del mandato, obviamente se ha de producir después de la toma de posesión y una vez transcurrida la mitad del período del mandato, esto es, después de los tres años de gobierno. En tal sentido, la vacante sería cubierta en forma inmediata de la manera siguiente:

1) Si la falta absoluta se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes y, mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República, el Vicepresidente Ejecutivo. El Presidente o Presidente electo que tome posesión del cargo, completará el período constitucional faltante.

2) Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo asumirá la Presidencia de la República hasta completar el fin del mandato.

En caso de revocatoria del mandato de los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, la vacante sería llenada por el suplente respectivo por el resto del período, y en caso de revocatoria del mandato de los funcionarios estatales, metropolitanos y municipales se procedería a llenar las vacantes de conformidad con lo dispuesto en las leyes sobre la materia.

En atención a lo anterior, tomando en cuenta que los recurrentes plantean dudas con relación a la sustitución de los Gobernadores de Estado, en el supuesto de que sea revocado su mandato, observa la Sala que la falta absoluta en dicha jefatura es cubierta conforme a la normativa vigente, de la siguiente forma:

La Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado vigente, en el Capítulo IV, De la Forma de Suplir a los Gobernadores, establece en su artículo 16, lo siguiente:

“Artículo 16.- Las faltas absolutas y temporales de los Gobernadores serán suplidas por el funcionario que corresponda, de acuerdo con el procedimiento y con las formalidades previstas en la correspondiente Constitución del Estado”. (Subrayado de la Sala).

En efecto, la norma transcrita se refiere a las vacantes en el cargo de Gobernador de Estado, estableciendo dos tipos: las temporales y las absolutas. Asimismo, dicha disposición denota una remisión a otro cuerpo normativo, cuando encarga a las Constituciones de los respectivos Estados la determinación del funcionario que habrá de cubrir la vacante, así como del procedimiento y formalidades con arreglo a los cuales se hará efectiva la sustitución de este funcionario.

No obstante lo anterior, precisa esta Sala señalar que, ante la posibilidad de que algunas Constituciones de Estado no prevean la manera de cubrir la falta absoluta de los Gobernadores, la propia Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado, permite llenar este vacío legislativo, cuando regula el mecanismo de nombramiento y elección de un Gobernador en caso de vacantes absolutas. En tal sentido, el artículo 21 de la referida Ley, establece:

“Artículo 21.- Mientras las Constituciones de los Estados no regulen la forma de suplir la falta absoluta de los Gobernadores electos, conforme a lo previsto en esta Ley, se procederá de la siguiente manera:

(omissis)

Si la falta absoluta se produjere en la segunda mitad del período, la Asamblea Legislativa [hoy Consejo Legislativo], dentro de los treinta (30) días siguientes, procederá a designar por votación secreta, un nuevo Gobernador para el resto del período. Mientras se elige al nuevo Gobernador, se encargará de la Gobernación el Secretario General de Gobierno o el funcionario ejecutivo a cargo de los asuntos políticos. Esta interinaria deberá ser ratificada por la Asamblea Legislativa o la Comisión Delegada en su caso, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes”.

Considera la Sala debe entenderse, en consonancia con la disposición transitoria que el artículo transcrito contempla -cuya aplicación sólo será procedente en tanto en cuanto las Constituciones de los Estados no regulen la forma de suplir la falta absoluta de los Gobernadores electos-, que cuando la falta absoluta del Gobernador de Estado se produce en la segunda mitad del período, como sería el caso de la revocación del mandato por referéndum, se encargará de la Gobernación el Secretario General de Gobierno, cuyo interinato deberá ser ratificado por la Comisión Legislativa o la Comisión Delegada en su caso, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, mientras la Comisión Legislativa procede a designar por votación secreta, un nuevo Gobernador para el resto del período dentro de los treinta (30) días siguientes a la concurrencia de la falta absoluta.

Por tal razón, considera esta Sala que los argumentos esgrimidos por los recurrentes con relación a la convocatoria a elecciones “en un plazo no mayor de quince (15) días continuos”, con el objeto de llenar la falta absoluta del Gobernador de Estado, producida por la revocatoria de su mandato, no se corresponde con el sentido y alcance que debe darse al artículo 19 de la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado, pues, cuando se analiza dicha norma se infiere que su contenido está necesariamente vinculado a lo dispuesto en el artículo 18 eiusdem, toda vez que el llamado a nuevas elecciones de Gobernadores de Estado, en el lapso antes señalado, sólo se verificaría en caso de producirse una falta absoluta del Gobernador, antes de juramentarse o de cumplir la mitad del período que le corresponde. Así, concluye esta Sala que, el contenido de los artículos 18 y 19 de la referida Ley, no son aplicables al caso concreto que motiva la presente solicitud de interpretación constitucional, dado que, en atención a los requisitos exigidos por la Constitución de 1999, la revocación del mandato del funcionario electo, sólo procede cuando ha transcurrido, al menos, la mitad del período para el cual fue elegido.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional*

A. *Poder Legislativo: El procedimiento de formación de leyes (promulgación y veto presidencial)*

TSJ-SC (2817)

18-11-2002

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de varias disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

Los supuestos consagrados en el artículo 214 de la Constitución (facultad del Presidente de la República de devolver la ley a la Asamblea Nacional o enviarla a la Sala Constitucional, dentro de los diez días que tiene para promulgarla), son excluyentes el uno del otro, aunque tienen un mismo lapso para incoarse.

A los fines de la inteligencia correcta del artículo 214 constitucional, la Sala aclara que dicha norma contiene dos supuestos excluyentes el uno del otro.

El primero es que dentro de los diez días siguientes a aquél cuando el Presidente de la República recibió la ley de la Asamblea Nacional, con el fin de promulgarla, previo acuerdo del Consejo de Ministros, la devuelva a la Asamblea, a fin de que modifique alguna disposi-

ción de la ley, o levante la sanción a toda la ley o parte de ella. Tal petición será acompañada de una exposición motivada que contenga la razón de las modificaciones, las cuales pueden tener base constitucional o legal.

La Asamblea Nacional decidirá acerca de los aspectos planteados y remitirá la ley al Presidente para su promulgación, conforme a lo decidido.

El otro supuesto es que el Presidente considere que la ley recibida de la Asamblea, o alguno de sus artículos, sea inconstitucional, caso en que, en el mismo término de diez días a partir de la recepción de parte de la Asamblea Nacional, la enviará a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que decida sobre la inconstitucionalidad que fue invocada.

Si la decisión del Tribunal es la constitucionalidad de la ley o sus artículos, el Tribunal devolverá la ley a la Presidencia para su promulgación.

A juicio de esta Sala, se trata de dos procedimientos que, debido a que tienen un mismo lapso para incoarse y cuyo resultado puede ser en ambos la promulgación de la ley, resultan excluyentes.

Es claro, que si se acoge el primer supuesto, corrija o no la Asamblea Nacional los vicios que sean denunciados, la ley debe ser promulgada según la decisión de la Asamblea Nacional.

Si la decisión de la Asamblea Nacional sobre la ley objeto de este procedimiento resultara inconstitucional, el Ejecutivo, o cualquier interesado, puede incoar la acción de inconstitucionalidad ordinaria.

Si el Presidente opta por el otro control, cual es acudir a la Sala Constitucional para que examine la inconstitucionalidad de la ley o algunos de sus artículos, y la Sala decidiera en sentido positivo o negativo, el Ejecutivo obligatoriamente debe promulgar la ley, lo que significa que no puede acudir al primer supuesto, ya que la norma (artículo 214 constitucional) ordena -en este último supuesto- que la ley se promulgue dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal, sin excepción alguna, por lo que el Ejecutivo mal podría incumplir el mandato constitucional y enviar la Ley a la Asamblea Nacional.

Cumple así la Sala, con interpretar, con carácter vinculante, la aplicación del artículo 214 constitucional, por lo que se ordena la publicación de la presente decisión en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.

B. *El Poder Judicial*

a. *Principios de la Administración de Justicia: Ausencia de formalismos y re-posiciones inútiles*

TSJ-SC (389)

7-3-2002

Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta

Caso: Agencia Ferrer Palacios C.A. vs. Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

No todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe previamente analizar: la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad, constatar que esté legalmente establecida, que no exista posibilidad de convalidar y que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión.

Teniendo en cuenta los términos en que ha quedado trabada la litis, debe esta Sala, referirse al principio de no formalismos en el proceso, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, y a tal efecto expone:

La justicia constituye uno de los fines propios del Estado Venezolano, conforme lo estatuye el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fin que realiza a través del proceso, como un instrumento fundamental.

El propio Texto Constitucional se ha encargado de desarrollar las garantías y principios que deben imperar en todo proceso, dentro de las cuales se encuentran la garantía de una justicia “sin formalismos o reposiciones inútiles” o la del no sacrificio de la justicia por “la omisión de formalidades no esenciales”, previstas expresamente en sus artículos 26 y 257.

De allí que, por mandato constitucional, el principio de la informalidad del proceso se constituye en una de sus características esenciales.

El principio de la informalidad del proceso ha sido estudiado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, como un elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente al derecho de acceso a la justicia, pues debe garantizársele a todo ciudadano que desee someter un asunto a los órganos jurisdiccionales, que obtendrá una respuesta motivada, proporcionada y conforme al ordenamiento legal preexistente.

A la par del derecho del justiciable a obtener un pronunciamiento de fondo, el propio ordenamiento jurídico ha establecido una serie de formalidades que pueden concluir con la terminación anormal del proceso, ya que el juez puede constatar que la irregularidad formal se erige como un obstáculo para la prosecución del proceso.

Así, el juez puede constatar el incumplimiento de alguna formalidad y desestimar o inadmitir la pretensión de alguna de las partes, sin que ello se traduzca, en principio, en una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que esas formalidades han sido establecidas como una protección de la integridad objetiva del procedimiento.

Pero no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe previamente analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida, c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión.

Solamente cuando el juez haya verificado que no se cumplan con los elementos antes descritos es que debe contraponer el incumplimiento de la formalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente de acceso a la justicia, para desechar o inadmitir la pretensión del justiciable y en caso de dudas interpretarse a favor del accionante, ello en cumplimiento del principio del *pro actione*.

Resulta pertinente citar sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 90/1983 del 7 de noviembre de 1983, que precisó:

“Ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que pueden estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente”.

b. *Tribunal Supremo Justicia: Facultad de avocamiento*

TSJ-SPA (452)

12-3-2002

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Eduardo López P. vs. Fondo Venezolano de Reversión Industrial y Tecnología.

La Sala Político Administrativa considera que ella es la llamada a conocer de todos aquellos casos en que se solicite la aplicación de la figura excepcional del avocamiento.

Corresponde a esta Sala, pronunciarse en primer lugar acerca de la solicitud de avocamiento interpuesta, no obstante como punto previo procede de seguidas a determinar su competencia para conocer del mismo, y en tal sentido observa que:

Los artículos 42, ordinal 29 y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establecen lo que se transcribe de seguidas:

Artículo 42. Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:

(...)

29. Solicitar algún expediente que curse en otro Tribunal y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo juzgue pertinente.

(...).”

“Artículo 43. La Corte conocerá en Pleno de los asuntos a que se refiere el artículo anterior en sus ordinales 1º al 8º. En Sala de Casación Civil, hasta tanto el Congreso decida la creación de nuevas Salas, de los enumerados en los ordinales 33, 20 y 21, si estos últimos correspondieren a la jurisdicción civil, mercantil, del trabajo o de alguna otra especial; de igual manera conocerá de los asuntos a que se refiere el ordinal 34. En Sala de Casación Penal, de los señalados en los ordinales 30 al 32 y en los ordinales 20, 21 y 34, cuando estos últimos correspondan a la jurisdicción penal. *En Sala Político-Administrativa, de los mencionados en los restantes ordinales del mismo artículo y de cualquier otro que sea de la competencia de la Corte, si no está atribuido a alguna de las otras Salas*”. (resaltado de esta Sala).

Así las cosas, y de conformidad con los artículos *supra* transcritos se observa que la figura del avocamiento se ha concebido como el derecho atribuido a una jurisdicción superior para extraer un proceso tramitado o por tramitarse en un tribunal inferior. En nuestro ordenamiento jurídico, dicha facultad, sólo puede ejercerla este Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, por disposición expresa del artículo 42, ordinal 29º, en concordancia con el artículo 43 de la Ley comentada, siendo ello así, considera esta Sala, que ella es la llamada a conocer de todos aquellos casos en que se solicite la aplicación de la figura excepcional del avocamiento. Así se decide.

TSJ-SC (456)

15-3-2002

Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta

Caso: Arelys J. Rodríguez vs. Registrador Subalterno de Registro Público del Municipio Pedro Zaraza del Estado Guárico.

La Sala Constitucional es competente para conocer de solicitudes de avocamiento en jurisdicción constitucional.

Así las cosas, esta Sala entiende que la facultad de avocamiento permite sustraer de la competencia de un juzgado inferior, el conocimiento de un asunto y está contenida en el numeral 29 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, instrumento legal que rige las funciones del máximo Tribunal de la República y que, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, funge de soporte jurídico provisional a la actuación del Tribunal Supremo de Justicia, hasta tanto la Asamblea Nacional dicte la nueva Ley que rija sus funciones.

En este sentido, el mencionado numeral 29 del artículo 42 dispone textualmente que “*es de la competencia de la Corte como más Alto Tribunal de la República: (omissis) Solicitar algún expediente que curse ante otro Tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto, cuando lo juzgue pertinente*”.

En este orden de ideas, resulta lógico asentar que, dado que la referida facultad discrecional constituye una estrictísima excepción al principio de orden público relativo a la competencia de los tribunales y, en fin de cuentas, a la garantía constitucional del debido proceso contenida en el artículo 49 de la Carta Magna, en especial de la exigencia de ser juzgado por los jueces naturales, cualquier examen tendente a su empleo debe observar especial prudencia, y debe tomar en consideración las peculiares características y límites de funcionamiento de la excepción. De esta manera, la referida potestad fue objeto de profusa y contradictoria jurisprudencia por parte de la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, la cual sentó que la facultad de avocamiento consagrada en la referida Ley Orgánica le había sido concedida de modo exclusivo según se desprende del artículo 43 *eiusdem*, y que tal privilegio era, “*una especialísima potestad*” de su monopolio.

Ahora bien, la Sala cuestiona la vigencia de este planteamiento a la luz de las modificaciones introducidas en la configuración del alto Tribunal de la República, del reparto de competencias que le han sido atribuidas a cada una de las Salas que lo componen, y de la misión que ha sido asignada al Poder Judicial, de acuerdo a la reciente Carta Magna de 1999. En este sentido, debe comprenderse el fundamento o razón de ser de la institución del avocamiento en materia de amparo constitucional, y analizar su vigencia a la luz de los postulados constitucionales aplicables.

Dentro de los cambios que introdujo la vigente Constitución se encuentra en primer término la creación de otras Salas dentro del Tribunal Supremo de Justicia, distintas a las previstas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, encontrándose entre ellas la Sala Constitucional.

Respecto a su sentencia N° 1 del 1 de febrero de 2000, caso: Emery Mata Millán, esta Sala interpretó de manera vinculante el límite de sus competencias por razones de la materia, atribuyéndose el conocimiento de las acciones de amparo que de manera autónoma se encontraban en las distintas Salas de este máximo Tribunal, ordenándose la remisión de los expedientes que en ellas cursaban para su posterior decisión.

En dicho fallo se precisó:

“Al estar vigente el citado artículo 5°, surge una excepción a la doctrina sobre la competencia en materia de amparo, contenida en este fallo, y es que los tribunales, incluyendo las Salas de este Supremo Tribunal, que conozcan de procesos de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, o contra negativas o abstenciones de la Administración, mediante recursos contenciosos administrativos, podrán a su vez conocer de los amparos previstos en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, siempre que el recurso de nulidad o por abstención de la Administración, no se funde en una infracción directa e inmediata de la Constitución, y siempre que la acción de amparo no se encuentre caduca.

Resultado de la doctrina que se expone, es que las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia que conocen amparos que no se han ejercido conjuntamente con recursos contenciosos administrativos, remitirán a esta Sala las acciones de amparo que venían tramitando, mientras que la Sala Político-Administrativa y la Sala Electoral seguirán conociendo los amparos que se ejercieron o se ejerzan conjuntamente con el recurso contencioso administrativo o electoral de anulación de actos o contra las conductas omisivas.

Con relación a los amparos autónomos que cursan en la actualidad ante las otras Salas de este Tribunal Supremo, considera esta Sala Constitucional que la competencia por la materia se determina por la naturaleza de la cuestión que se discute, siendo tal competencia de orden público, por lo que respecto a dicha competencia racione materiae no se aplica el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la competencia se determina conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, sino que ella será determinada por la materia, la cual dentro de la jurisdicción constitucional, por los motivos aquí señalados, la ha asumido esta Sala en materia de amparo en la forma establecida en este fallo”.

La finalidad esencial de atribuir a la Sala Constitucional el conocimiento de las acciones de amparo constitucional que cursaban en otras Salas de este Alto Tribunal, se debió a la necesidad de uniformar la interpretación de la Constitución y así garantizar la supremacía de sus principios. El haberse interpretado que es competencia exclusiva y excluyente de la Sala Constitucional el conocimiento de las acciones de amparo constitucional que cursaban ante otras Salas de este alto Tribunal, constituye una ruptura de la facultad preconstitucional que el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia atribuía a la Sala Político Administrativa, ya que, como se precisó por razón de la materia, el tribunal competente lo es esta Sala y no el resto de las que componen el máximo tribunal.

En virtud de lo anterior, esta Sala se declara competente para conocer de solicitudes de avocamiento en jurisdicción constitucional, y así se decide.

TSJ-SC (806)

24-4-2002

Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando

Caso: Sindicato Profesional de Trabajadores al Servicio de la Industria Cementera, Empresas Filiales, Conexas, Inherentes, Afines, Similares y Subsidiarias del Estado Trujillo (Sintracemento).

La norma contenida en el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que reserva de modo exclusivo y excluyente a la Sala Político Administrativa la facultad de avocamiento, de acuerdo al artículo 42.29 de la misma ley, es incompatible con el principio de distribución de competencias por la materia a nivel del máximo tribunal de la República, sin que la propia Constitución lo autorice ni establezca una excepción al mismo en tal sentido.

1.- En este sentido, la Sala advierte que la potestad de avocamiento a nivel del máximo tribunal de la República, esto es, aquella conforme a la cual éste atrae para sí el conocimiento y decisión de un juicio que cursa ante otro tribunal de inferior jerarquía fue atribuida por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 42.29. en concordancia con el 43) exclusivamente a la Sala Político Administrativa.

El artículo 42.29. referido establece:

“Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:

(...)

29. Solicitar algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto, cuando lo juzgue pertinente;”

El artículo 43 *eiusdem* expresa a su vez:

“La Corte conocerá en Pleno de los asuntos a que se refiere el artículo anterior en sus ordinales 1° al 8°. En Sala de Casación Civil, hasta tanto el Congreso decida la creación de nuevas Salas, de los enumerados en los ordinales 33, 20 y 21, si estos últimos correspondieren a la jurisdicción civil, mercantil, del trabajo o de alguna otra especial; de igual manera conocerá de los asuntos a que se refiere el ordinal 34. En Sala de Casación Penal, de los señalados en los ordinales 30 al 32 y en los ordinales 20, 21 y 34, cuando estos últimos correspondan a la jurisdicción penal. En Sala Político-Administrativa, de los mencionados en los restantes ordinales del mismo artículo y de cualquier otro que sea de la competencia de la Corte, si no está atribuido a alguna de las otras Salas” (Subrayado de la Sala).

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

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

a) Esta postura resulta de lo dispuesto por el artículo 262 de la Constitución de 1999, conforme al cual el Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en las Salas Constitucional, Político Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, lo cual confirma una tradición respecto a los criterios atributivos de competencia a nivel del máximo tribunal del país. El primer criterio podría denominarse como *de competencia*: a su respecto las tareas son asignadas según la naturaleza del conflicto planteado. Así, cada Sala ejerce su función de juzgar en relación a una determinada materia, es decir, a un determinado complejo de relaciones, situaciones y estados jurídicos que presentan un denominador común. El segundo criterio se resuelve en la asignación de competencias excepcionales a alguna(s) Sala(s), en razón de circunstancias que atañen a la relevancia político-social del asunto de que se trate.

Dicha norma constitucional, tanto por su posición en la pirámide normativa (rango constitucional) cuanto por el criterio sustancial y excepcional que trasluce, tiene una incidencia en el orden jurídico normativo que puede observarse a la luz de los siguientes aspectos: i) jerárquico, lo que hace que prevalezca sobre las normas de menor rango, es decir, sobre las disposiciones que le desarrollen, pero que en todo caso no lo agotan, tales como las contenidas en los artículos 42 y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; ii) lógico-

deductivo, según el cual tiene aptitud para que a su respecto se deriven otras normas, tanto de origen legislativo como judicial; iii) teleológico, en cuanto fija los fines de las normas que lo instrumentan; y, por último, iv) axiológico, en tanto guarda relación con una serie de valores que la ética pública estima relevantes, como aquel en que se resuelve la garantía procesal de ser juzgado por un juez predeterminado por el ordenamiento jurídico.

De allí que a las normas de rango legal no les sea dado innovar en lo que tiene de esencial el aludido artículo 262, es decir, en lo relativo a los aludidos criterios sustancial y de conveniencia, en ese orden. Ello justifica, lógicamente, que las facultades excepcionales (en cuanto atribuidas con carácter exclusivo a alguna de las Salas, con fundamento en criterios de conveniencia), estén (y deban estar) expresamente señaladas en la Constitución; así, la facultad del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena de declarar si hay mérito o no para el enjuiciamiento del Presidente de la República o de quien haga sus veces y, en caso afirmativo, continuar conociendo previa autorización del órgano legislativo nacional, señalada en el artículo 266.2 de la Constitución vigente (asunto que *prima facie* podría corresponder a la Sala Constitucional o a la Sala de Casación Penal), atribuida, por razones también de conveniencia, en Italia, al Tribunal Constitucional –art. 134 Constitución–; en Alemania, al Tribunal Constitucional Federal –art. 61 Ley Fundamental–; en Francia, al Tribunal Supremo de Justicia (aun cuando existe un Consejo Constitucional) –art. 68 Ley Constitucional– y en la Federación Rusa atribuido conjunta y parcialmente al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional –art. 93.1 Constitución–, por dar algunos ejemplos con los que se intenta demostrar la inoperancia del criterio sustancial en estos casos y la consagración a nivel constitucional de las excepciones, en tanto derogan dicho criterio.

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

b) Por otra parte y a mayor abundamiento, conviene recordar la doctrina que en torno a este instituto formó la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia. En dicha jurisprudencia late una preocupación constante respecto al alcance de su facultad de avocamiento, que, en la práctica, se tradujo en serias limitaciones en su ejercicio.

Tal preocupación se palpa en el uso constante de dicha Sala hizo del argumento conforme al cual el avocamiento resultaba una grave restricción de ciertas garantías procesales constitucionales, tales como: el derecho a la defensa, al debido proceso y, fundamentalmente, al juez natural, y todo ello, a despecho de que tal norma no contenía excepción alguna.

Así, en la sentencia de 10-08-89, caso: *Wolmer Pinilla y otro*, dicha Sala, tras considerar que la materia subyacente tras el caso distaba de ser de aquéllas para las cuales tenía competencia natural contencioso administrativa, decidió que avocarse al mismo “...implicaría no sólo privación del debido proceso, sino aun –en esta forma– del juez natural que corresponda, aun cuenta habida del carácter extraordinario de la figura de la avocación; ambas garantías también de rango constitucional (artículos 68 y 69), y protectoras asimismo de los derechos humanos”. Esta decisión, aunque no lo manifestara expresamente, constituía en toda regla una desaplicación (control difuso) tácita de la norma contenida en el artículo 43 comentado, en atención a la superioridad de los derechos fundamentales.

Otro fallo que enfatizó este aspecto, fue el dictado el 30-07-92, según el cual el avocamiento, “...aunque no altera radicalmente la competencia *ratione materiae* de los tribunales, constituye sin duda una variación de la competencia por grado y, en este sentido, lo más

resaltante resulta ser, la inaplicabilidad del principio ‘bi-instancia’ con la cual se vulnera el derecho a revisión de las decisiones judiciales.” Otra afirmó que el ejercicio del avocamiento requería prudencia y cautela, “ya que la misma es derogatoria de un principio básico del derecho como lo es, la regla de la competencia inspirada en la noción del Juez natural y el debido proceso” (sent. del 10-07-96).

En segundo lugar, la anotada limitación que hiciera la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia de su facultad de avocamiento, –o, por decir lo menos, la adaptación constitucionalizante que en esa jurisprudencia sufriera dicho artículo en cuanto a la amplitud del mandato que contiene–, se evidencia también, pero esta vez desde un punto de vista orgánico, en el requisito de que la materia subyacente tras la solicitud de avocamiento se encontrara dentro del orden natural de competencias atribuido ordinariamente a los tribunales contencioso-administrativos. Ello, para esta Sala –se insiste– no fue más que un reconocimiento implícito de que la exclusividad de la facultad, no obstante ejercida, sólo podía abarcar conflictos asociados al ámbito competencial inherente a la Sala titulada con la misma.

Para dar fe de la comentada adaptación se transcribirán algunos paradigmáticos pasajes contenidos en varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa. Así, en sentencia del 13.08.85, caso: *Viuda de Barboza Montiel*, se estableció que “*De la lectura de la solicitud y de los recaudos anexos, se evidencia que el proceso a cuyo conocimiento se le pide a la Corte que se avoque, se refiere a una solicitud de inhabilitación, que es de la exclusiva y especial competencia de los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil, a tenor de lo establecido en el artículo 568 del Código de Procedimiento Civil y, en ningún caso, materia de la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa*”. En otra, refiriéndose al punto, se afirmó: “*Parece ello natural, (se refería a su doctrina respecto a conocer sólo de asuntos relacionados con su propia competencia) porque no podría asignarse competencia enteramente ajena a la que normalmente le corresponde –conforme a su carácter de tribunal contencioso- administrativo sensu stricto- o, por lo menos, a la que le ha venido siendo conferida de manera excepcional en función de explicables razones de política legislativa a esta jurisdicción*” por lo que “*...sería inconcebible en cambio (...) que la Sala Político Administrativa se avocara al conocimiento de causas enteramente ajenas a su cometido legal, como las de índole penal, justamente la que animó a solicitar la avocación en el presente caso; causas en las cuales se vería compelida a dictar decisiones que impusieran pertinentes penas restrictivas de la libertad (...). Y tanto más cuanto que finalmente la avocación versaría sobre materia sustraída de otra Sala de este Supremo Tribunal (la de Casación Penal), a la cual llegará en definitiva el conocimiento del asunto*” (sent. del 10-08-89, anteriormente reseñada).

En otra estableció, igualmente, que “*...sólo procede la figura procesal denominada ‘avocamiento’... (cuando, entre otros requisitos) ...el caso pueda ser subsumido dentro de la competencia natural asignada a esta Sala...*” (sent. del 01-02-90, caso: Luz Magaly Serna) (además, pueden consultarse las sentencias del 13-08-85, del 13-05-86, del 10-08-89, del 12-08-92, del 27-08-93 y del 14-08-96, así los comentarios y las prolijas referencias realizadas por la autora Roxana Orihuela Gonzatti, en su obra: *El avocamiento de la Corte Suprema de Justicia*, EJV-UCAB, 1998, p. 53 y ss.).

Tales declaraciones no son, propiamente, precedentes de la posición que mantiene esta Sala Constitucional respecto al tema, toda vez que en ellas se sostuvo, al mismo tiempo, que dicha facultad excepcional, no obstante las referidas limitaciones, resultaba de la *exclusiva* potestad de dicha Sala Político Administrativa (*Vid.* sobre el punto de la exclusividad: *ob. cit.* pp. 40 y 41). Criterio de exclusividad que ha sido expresamente abandonado por esta Sala desde su sentencia n° 456 del 15-03-02, caso: *Mariela Ramírez de Cabeza*.

Lo que sí comparte es lo relativo a que la Sala Político Administrativa no estaba constitucionalmente facultada para examinar solicitudes de avocamiento ni adentrarse a su conocimiento cuando de conflictos ajenos a su competencia natural se tratara.

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

2.- Ahora bien, visto que la declaratoria de competencia de la Sala para examinar la presente solicitud de avocamiento, pasa por declarar la constitucionalidad o no de la norma contenida en el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en lo que de ella hay relación con el artículo 42.29 *eiusdem*, cabe la pregunta de si tal declaratoria puede ser realizada en un caso donde no ha sido planteada.

Incidentes de este tipo se han solucionado de tres modos: i) a través de un juicio de constitucionalidad sin pronunciamiento expreso de nulidad de la ley inconstitucional; ii) por el ejercicio de un control autónomo de constitucionalidad a través de un proceso separado del que dio origen al incidente, y iii) merced a un control incidental de constitucionalidad que se realiza a través de un procedimiento de constitucionalidad pero dentro del proceso que ha dado lugar al incidente. La última modalidad reseñada ha sido la asumida por esta Sala, señaladamente desde su sentencia n° 2588 de 11-12-01, caso: *Yrene Martínez Rodríguez*. Allí se afirmó que si tal determinación es un incidente que, en cuanto tal, es prejudicial a la decisión de fondo, la misma debe declarar la correspondencia de la norma en cuestión con la Constitución, con efectos pro futuro y *erga omnes*, en virtud de la jurisdicción constitucional que le atribuyen los artículos 334, *in fine*, 335 y 336.1. de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dicha técnica fue consagrada por primera vez en el artículo 140 de la Constitución austriaca de 1920. Actualmente, la prescriben la Constitución del mencionado Estado (artículos 139.1 y 140); la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (artículos 67 y 95) –recurso indirecto o encubierto–; la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (artículos 55.2 y 67) –cuestión previa de carácter constitucional o incidente de constitucionalidad– y la ha desarrollado jurisprudencialmente la Corte Constitucional italiana a partir del auto n° 22, del 09-04-60 *Corte giudice a quo o autorimessione*.

La razón que apuntala esta facultad, particularmente cuando la misma deriva en la declaratoria pro futuro y con efectos *erga omnes* de la norma inconstitucional –y no en la mera desaplicación del precepto para el caso concreto–, se afina en la coherencia que existe entre una declaración de este tipo con la función de los tribunales constitucionales, en tanto ejecutores del denominado control concentrado de la constitucionalidad. Los términos en que se expresó la Corte Constitucional italiana a la hora de asumir esta competencia son suficientemente reveladores de la razón apuntada. Según dicho tribunal:

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

Siendo que a los tribunales constitucionales corresponde, como una de sus competencias esenciales, declarar la nulidad de leyes colindantes con la Constitución, luce entonces *congruente* con dicho cometido que, ante la presencia de normas inconstitucionales que resulten

prejudiciales al asunto que en definitiva vaya a decidirse (como es el presente caso), esta Sala resulte competente para declarar la nulidad de dicha norma por colidir con la Constitución, esto es, la invalide, no sólo a sus propios efectos, sino también para el resto de los tribunales, órganos del Estado y particulares. De este modo se mantiene la unidad del ordenamiento constitucional y se evita la contradicción que resulta de la coexistencia de una norma inconstitucional (declarada así para un caso concreto), pero vigente para el resto de los operadores judiciales a falta de una expresa declaratoria de nulidad. Así se establece nuevamente.

En cuanto al procedimiento aplicable, especialmente en lo que toca a la audiencia de los defensores de la ley y de los interesados, esta Sala reconoce la necesidad de que dicha audiencia se efectúe en los más casos mediante la notificación al órgano legislativo respectivo del procedimiento en que se suscite la incidencia. Ello viene apoyado por el respecto del derecho a la defensa y por la práctica unánime de los tribunales constitucionales anteriormente mencionados. Sin embargo, por tratarse de un asunto que está relacionado principalmente con las competencias de este Tribunal Supremo de Justicia; y en virtud de la jurisprudencia que sobre el particular construyó la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, la cual esta Sala comparte en lo esencial; y siendo un asunto de estricto derecho, que, en última instancia, conlleva a una mera definición de la competencia para el pronunciamiento de la decisión sobre la aludida solicitud, y que no resulta afectado ningún derecho sustancial del solicitante, pues, al contrario, a través del mismo, se le garantiza su derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente lo relacionado con el derecho al juez natural, la Sala prescindirá en este caso de dicho trámite.

4.- Por todo lo expuesto, la Sala estima:

Que la norma contenida en el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que reserva de modo exclusivo y excluyente a la Sala Político Administrativa la facultad de avocamiento contenida en el artículo 42.29. de la misma ley, es incompatible con el principio de distribución de competencias por la materia a nivel del máximo tribunal de la República, sin que la propia Constitución lo autorice ni establezca una excepción al mismo en tal sentido;

Que el artículo 336.1. de la Constitución le otorga la facultad de anular total o parcialmente las leyes nacionales que colidan con la Constitución;

Que, no obstante tratarse de un asunto prejudicial respecto al fondo de la solicitud planteada, tiene la potestad de anular dicha norma con efectos pro futuro y *erga omnes*;

Que dicha norma resulta inconstitucional y, por lo tanto nula, desde la publicación del presente fallo en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.

TSJ-SPA (539)

2-4-2002

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Instituto Nacional de Hipódromos vs. José del Carmen Rojas y otros.

La solicitud de avocamiento no depende del estado en el cual se encuentre la causa, pues aún después de sentencia definitivamente firme pudiera haber lugar al avocamiento. En todo caso lo que sí se requiere es que los solicitantes expresen en forma breve y lacónica, los hechos que justifican la pertinencia de esta medida excepcional, debiendo acompañar un medio de prueba que constituya presunción grave de haberse infringido el orden jurídico.

Planteada en los anteriores términos la solicitud de avocamiento, esta Sala estima necesario decidir con carácter previo a cualquier otro pronunciamiento, el alegato formulado por la representación judicial de los trabajadores, en el sentido de que esta Sala no podía conocer nuevamente de la presente solicitud, por cuanto en fecha 15 de julio de 1999, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, ya había declarado improcedente dicho avocamiento.

Sobre este particular, los apoderados judiciales del Instituto Nacional de Hipódromos sostuvieron, que no existía ningún tipo de relación entre la sentencia dictada en fecha 15 de julio de 1999, la cual declaró improcedente el avocamiento, y la presente solicitud, toda vez que la primera de ellas se refería a la tercera planteada por el Fondo de Inversiones de Venezuela, en el marco del proceso de privatización del Instituto demandado, mientras que en esta oportunidad el avocamiento era con relación a la causa principal en lugar de estar circunscrito a la mencionada tercera.

Ahora bien: En la citada sentencia del 15 de julio de 1999, dictada en el expediente N° 15.363 la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, decidió lo siguiente:

“...Del análisis realizado por este Alto Tribunal de las actas procesales remitidas por el Juzgado Octavo de Primera Instancia del Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, constata la Sala que, efectivamente, el juicio principal relacionado con el juicio de tercera cuyo avocamiento se ha pedido se encuentra en fase de ejecución de sentencia, ya que fue decidido por fallo del 10-08-95 (...), en forma definitivamente firme, por no haber habido apelación tempestiva, según determinó el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas mediante sentencia de fecha 30-04-96.

En este sentido, consta en autos que desde esa fecha se produjeron numerosas actuaciones relativas a la experticia complementaria al fallo cuya práctica ordenare el fallo en cuestión, la cual fue impugnada y quedó firme según fue declarado en auto del 13-11-98 dictado por el Juzgado Octavo de Primera Instancia del Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Por su parte, el juicio de tercera se encuentra, efectivamente, en estado de contestación de la demanda, siendo la última actuación al respecto cursante en el cuaderno separado (...), la contestación de la tercera por parte del Instituto Nacional de Hipódromos, realizado el 08-03-99.

Constando suficientemente en el expediente que la causa a que se refiere la solicitud que encabeza las presentes actuaciones, se encuentra definitivamente decidida y en pleno desarrollo su ejecución, conviene recordar la pacífica jurisprudencia de esta Sala –único tribunal del Poder Judicial venezolano al que se confiere esta extraordinaria facultad- en materia de avocamiento, y según la cual ésta no puede ser ejercida después de que sobre un asunto ha recaído sentencia definitivamente firme.

En este sentido, ha dicho la Corte:

‘Tampoco puede por tanto, esta Sala avocar el conocimiento de una incidencia definitivamente concluida por sentencia firme, porque ello iría contra la letra, espíritu y finalidad del ordinal 29 del artículo 42 de su Ley Orgánica, que en ningún caso podría convertirse en instrumento perturbador del orden procesal ni invalidar decisiones judiciales definitivas y legítimamente pronunciadas. (s. S.P.A. 18-10-83 caso: INOS)’

Igualmente, ha sido precisado que el avocamiento resulta inadmisiblesi lo que por su intermedio se pretende, es la ejecución del fallo, en atención a que, según las reglas procesales, el juez de la causa es quien debe decidir y ejecutar lo juzgado. (Vid. s. S.P.A. 30-07-92 caso: Emilio Berrizbeitia Aristiguieta).

Tampoco podría válidamente utilizarse el avocamiento como medio de impugnación de una decisión interlocutoria que cause gravamen, ya que existen medios procesales idóneos para satisfacer tal pretensión. (Vid. s. S.P.A. 18-07-96 caso: Inversiones Henríquez, C.A.).

(...*omissis*...)

Aplicando tales nociones al caso de autos, corresponde dilucidar si es posible que proceda el avocamiento sobre la tercería en forma independiente al juicio principal.

Sin embargo, observa la Sala que las razones que fundamentan la solicitud de avocamiento han perdido actualidad a causa de la ya citada sentencia de este Máximo Tribunal, en Sala de Casación Civil, la cual dejó sin efecto el fallo que, a decir de los solicitantes, al permitir a unos particulares lograr medidas asegurativas en contra de los privilegios del Fisco, habría sentado un peligrosísimo precedente que habría podido paralizar todo el proceso privatizador, ahuyentar a los inversionistas extranjeros por falta de seguridad jurídica, y, en fin, acabar con todo el Estado de Derecho.

En efecto, el fallo que había acordado la medida preventiva de prohibición de enajenar y gravar y que ocasionó la tercería del Fondo de Inversiones de Venezuela, ya no es jurídicamente capaz de causar los trastornos que le atribuye el solicitante del avocamiento, lo cual, por sí solo, priva de justificación una eventual avocación del asunto por parte de esta Sala, si es que ello fuere precedente..." (Subrayado de la Sala).

De manera que, como puede apreciarse de la cita antes transcrita en los términos en que fue decidida la primera solicitud de avocamiento, la misma abarcó tanto a la tercería como al juicio principal, por lo que resulta necesario establecer la posibilidad o no de que esta Sala revise nuevamente dicha solicitud.

Al respecto se aprecia, que los motivos por los cuales se declaró improcedente en esa oportunidad el referido avocamiento, se circunscribieron a que conforme a la "...pacífica jurisprudencia de esta Sala (...) esta extraordinaria facultad (...) de avocamiento (...) no puede ser ejercida después de (*sic*) que sobre un asunto ha recaído sentencia definitivamente firme...", aunado a que, según lo expuesto en dicha decisión, los motivos iniciales de la solicitud habían perdido actualidad "...a causa de la (...) sentencia de este Máximo Tribunal, en Sala de Casación Civil, la cual dejó sin efecto el fallo que, a decir de los solicitantes, al permitir a unos particulares lograr medidas asegurativas en contra de los privilegios del Fisco, habría sentado un peligrosísimo precedente que habría podido paralizar todo el proceso privatizador, ahuyentar a los inversionistas extranjeros por falta de seguridad jurídica, y, en fin, acabar con todo el Estado de Derecho...".

Sin embargo, conviene advertir que los motivos expresados por la decisión de esta Sala, de fecha 15 de julio de 1999, en materia de avocamiento, relativos a que esta extraordinaria facultad no puede ser ejercida después de dictada sentencia y en la fase de ejecución, no darían lugar, en la actualidad, a una declaratoria de improcedencia de dicha solicitud.

En efecto, a partir del año 2000, esta Sala ha abandonado el criterio jurisprudencial conforme al cual no era posible acordar el avocamiento a una causa luego de dictada sentencia definitiva. Ejemplo de ello lo constituye la decisión N° 105 de fecha 8 de febrero de 2000, donde por primera vez se estableció que el avocamiento procede "...no importa la fase o etapa en que se encuentre el proceso. Aun con la existencia de una sentencia firme, pasada en autoridad de la cosa juzgada..."

Tal proceder se justifica, en la medida en que el carácter excepcional de la competencia de la Sala para avocarse a una causa, sea entendido no en función de la fase en que se encuentre un proceso, sino de las especiales circunstancias que en éste ocurran y que hagan presumir la existencia de infracciones procesales, capaces de afectar gravemente el interés público, causar indefensión o injusticias flagrantes. De allí que el fin de la competencia avocatoria, deba ser apreciado en función del bien que se protege y no de la fase del procedimiento en que éste se efectúe.

Refuerza lo antes expuesto, el hecho que el legislador instituyó el avocamiento con un carácter excepcional y lo sujetó a la sola discrecionalidad de la Sala al establecer que “cuando lo juzgue pertinente”, esta podrá avocarse al conocimiento de un determinado caso, por lo que existiendo una nueva conformación de los magistrados que ahora integran este órgano jurisdiccional, esta solicitud queda sometida a la libre apreciación de los mismos, independientemente de que con anterioridad y en razón a un criterio jurisprudencial ya abandonado, dicha solicitud haya sido declarada improcedente. Así se decide.

c. *Administración de la administración de justicia*

a°. *Vacaciones judiciales*

TSJ-SC (1264)

11-6-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Impugnación del artículo 201 del Código de Procedimiento Civil y la Resolución n° 53 de fecha 6-2-1976 dictada por el Consejo de la Judicatura.

La paralización de los órganos de administración de justicia durante el período comprendido entre el 15 de agosto y el 15 de septiembre (vacaciones judiciales), constituye una trasgresión flagrante al derecho de acceso a la justicia que acogió el artículo 26 de la Constitución de 1999 y al derecho a la defensa establecido en el artículo 49 *iusdem*, y al mismo tiempo atenta contra el artículo 257 *ibidem*.

El accionante considera que la existencia de un régimen de vacaciones de los tribunales “produce en los ciudadanos un estado de indefensión”. En este sentido señaló que la norma, contenida en el artículo 68 de la Constitución de 1961 -hoy contenida en el artículo citado de la Constitución de 1999-, establece que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso, entendiéndose que el contenido de tal norma lleva implícito el derecho que tienen todos los ciudadanos de acceder a la justicia. Para el accionante, las vacaciones judiciales son una violación del derecho a “la defensa judicial”, y esta misma indefensión propicia arbitrariedades, constituidas, a su decir, por actos fraudulentos, señalando al respecto que, por ejemplo, a los deudores demandados se les facilita insolventarse. Indicó que las personas con suficientes medios económicos podrán tener acceso a la justicia, incluso en vacaciones judiciales, mediante el pago de la correspondiente “habilitación”, lo que pareciera indicar que “la justicia está inhabilitada” durante el período vacacional.

Los oponentes, el Ministerio Público y el entonces Congreso de la República rechazaron los anteriores argumentos, señalando el Ministerio Público que ni el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil, ni la Resolución N° 53 del Consejo de la Judicatura impiden la defensa de las partes en el proceso, porque no se trata de que el Juez prive o limite a las mismas en el ejercicio de los medios y recursos legalmente establecidos para la defensa de sus derechos e intereses, sino que tal situación deriva de la previsión jurídica y por tanto, está conforme al principio de legalidad (base del Estado de Derecho), según el cual, se establece un lapso declarado no hábil, en el cual ocurre la suspensión momentánea del curso de la causa, no imputable ni a las partes, ni al Juez, e indicando, la representación del entonces Congreso de la República, que “(...) el derecho a utilizar los órganos de la administración de justicia no es irrestricto [...], pues precisamente encuentra límites en los términos y condiciones en la Ley. Al interpretar ello concatenadamente con lo dispuesto en el artículo 207 constitucional

[...], así como lo previsto en el ordinal 24 del artículo 136 *eiusdem*, derivamos que el Legislador puede dictar normas relativas al funcionamiento de los Tribunales, así como condiciones y requisitos para tener derecho a utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares”. Además -señalaron- que el artículo 201 dispone que, durante las vacaciones, permanecerán en suspenso las causas y no correrán los lapsos procesales, por lo que no puede haber violación del derecho a la defensa cuando se suspende el proceso, más aún, cuando también se norma que, en los casos de urgencia se pueda habilitar al tribunal, lo cual facilita el ejercicio del derecho a la defensa.

Vistos los argumentos de las partes con relación a la presunta contradicción entre las “vacaciones judiciales” y el derecho constitucional a la defensa y de acceso a los órganos de administración de justicia, que hoy disponen los artículos 26 y 49 de la Constitución de 1999, esta Sala considera necesario señalar previamente, que el sustrato ideológico de nuestro ordenamiento jurídico lo encontramos contenido, entre otras normas, en el artículo 2 de la Carta Magna, conforme al cual se reconoce a la República como un “(...) Estado Democrático y social de Derecho y justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, [...] la justicia, (...)” (resaltado de la Sala). Ahora bien, para que exista un Estado Democrático, Social de Derecho y de justicia debe existir el libre juego de las fuerzas sociales y, dentro del Estado, la sujeción de la actividad de sus órganos al ordenamiento jurídico instaurado, desprendiéndose, pues, que es el ejercicio de las potestades públicas sobre los ciudadanos (y no a la inversa), lo que se encuentra limitado por los derechos y garantías que enuncia nuestra Constitución, hallándose entre esas potestades la de administrar justicia.

Así, en el artículo 253 constitucional encontramos que “[l]a potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley”, correspondiéndole a los órganos del Poder Judicial el conocimiento de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, señalándose, a su vez, que “[e]l proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia” (artículo 257 *eiusdem*).

De manera que, si el proceso es un instrumento fundamental para alcanzar la justicia, que, como se señaló, forma parte del sustrato ideológico de nuestro ordenamiento jurídico, y para que se materialice la potestad estatal de administrar justicia es necesario que, de manera previa, el ciudadano tenga acceso a los órganos encargados de administrarla, ergo, el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia es un derecho fundamental, ya que por sí mismo da fundamento jurídico a nuestro sistema político-jurídico, pues permite solicitar la protección de los derechos e intereses ciudadanos cuando cualquier acto pretenda alterar el libre juego de las fuerzas sociales, o controlar la actividad estatal cuando ésta desborde su competencia, lo cual implica que, por esencia, no requiere de ningún fundamento o justificación jurídica positiva para su ejercicio, como erradamente pretende indicarlo el órgano legislativo nacional, al señalar, en la presente causa, que tiene la potestad de limitar el acceso a los órganos jurisdiccionales con base en las potestades constitucionales que le son otorgadas, ello es así, porque si bien la norma contenida en el artículo 26 de la Constitución refiere dos bienes jurídicos relacionados entre sí como son: el acceso a la jurisdicción y el sistema de justicia, éstos merecen un tratamiento diferenciado, ya que dicha norma refiere a unas garantías procesales, por una parte, y por la otra, a una garantía previa al proceso.

Por tanto, establecido por esta Sala que el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, que acogió el artículo 26 de la Constitución, es un derecho fundamental -en lo que atañe a la garantía previa del proceso, es decir al derecho de acceder a la justicia-, se debe examinar el alegato sostenido por la representación del órgano legislativo nacional en atención a que las potestades que le otorga el artículo 207, numeral 24 y 136 de la Constitución de 1961, puede dictar las normas relativas al funcionamiento de los Tribunales, así como condiciones y requisitos para tener derecho a utilizar los órganos de administración de justicia.

Al respecto, se debe mencionar que si bien el legislador, representante histórico de la soberanía popular, está legitimado para incidir en la regulación de los derechos fundamentales, el alcance de dicha incidencia es, sin embargo, de carácter política -dado la naturaleza de su función-, la cual puede comportar amplitud pero también limitación en cuanto a la configuración y concepción de un derecho fundamental, restricciones que encuentran, como límites, el contenido esencial de tales derechos y que, en el caso específico de los derechos fundamentales, son rigurosos los estándares de restricción.

Así, el contenido o núcleo esencial de un derecho constitucional, resulta ser en principio, un concepto jurídico indeterminado que se erige como un límite para el legislador y que determina la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la actividad de éste, compuesto por todas aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocido como perteneciente al tipo descrito, lo que conlleva afirmar que se afecta el núcleo esencial de un derecho constitucional cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, es decir, que lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

En el caso de autos se ha dicho que la administración de justicia es una función soberana que busca el aseguramiento del ejercicio de los derechos de los ciudadanos, siendo el primero de ellos justamente el acceso a la jurisdicción, pues él permite la realización del resto de los derechos a través de su protección jurisdiccional. Por ello, la administración de justicia se traduce en un servicio público, pues justifica la existencia del Estado y, como servicio público, debe prestarse en una forma ininterrumpida, razón por la cual, el permanente acceso de los administrados a los órganos judiciales viene a formar parte del contenido esencial del referido derecho.

Siendo el acceso permanente a los órganos de administración de justicia, el núcleo esencial del mismo derecho, faltaría determinar si la restricción impuesta por el legislador al ejercicio de ese derecho durante los períodos comprendidos del 15 de agosto al 15 de septiembre y del 24 de diciembre al 6 de enero, que se distinguen como “vacaciones del tribunal”, transgrede la normativa constitucional. Para tal fin, debe señalarse que, en principio, no toda restricción a los derechos fundamentales configura una trasgresión constitucional, sino sólo aquellas que, como se ha señalado, los hacen impracticables, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección, dado que las libertades de los individuos pueden ser disminuidas cuando, llegado el caso y nada más que en la medida que resulte indispensable, sea necesario para el aseguramiento de la protección del interés público.

Con base en la afirmación anterior, el legislador para la restricción del derecho de acceso a la justicia debe acudir al principio de la proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que persigue, debiendo ser las medidas impuestas necesarias para fomentar o realizar el objetivo enunciado en ellas, esto es, que no sean posibles otras medidas que representen para el ciudadano una carga menor -principio de intervención mínima del Estado-, para garantizar bienes constitucionales en conflictos.

De manera que, atendiendo al caso concreto, establecido como ha quedado que dentro del contenido esencial del derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, se encuentra el acceso permanente a los mismos, el legislador no ha debido restringirlo en los períodos comprendidos entre el 15 de agosto al 15 de septiembre y del 24 de diciembre al 6 de enero -ya que dificultaría su ejercicio más allá de lo razonable-, sin haber probado, en atención a los principios antes indicados, que única y exclusivamente en dichos períodos, se justifica la restricción de acceso a los órganos de administración de justicia y la suspensión momentánea del proceso, para garantizar así la efectividad de éste, por una parte; y por la otra, la necesidad de tal suspensión.

Tal justificación puede devenir de factores culturales, socio-políticos o climáticos, que impidiesen el normal desarrollo del devenir procesal o, que de continuar desarrollándose perjudicarían a las partes o a algunas de ellas.

La concreción de este estándar obedece a que sólo a través del permanente acceso a los órganos judiciales y el permanente ejercicio de la función jurisdiccional se garantiza el Estado de Derecho, pues las interrupciones injustificadas de los procesos -incluyendo la llamada “justicia vacacional”- han contribuido a que se acentúe la injusticia y a que el Poder Judicial, “hoy por hoy”, no goce de la credibilidad necesaria en su papel de tercero imparcial (Estado), llamado a dirimir las controversias que se presenten en la sociedad.

Así lo ha entendido esta Sala en sentencia del 1° de febrero de 2001 (Caso: José Pedro Barnola y otros) donde se señaló, lo siguiente:

“(…) cuando el legislador concibió a la administración de justicia como un servicio público, lo hizo basándose en la realidad social flanqueada por una marcada y progresiva injusticia, donde la Constitución reconoció el derecho que posee todo ciudadano de acudir a la jurisdicción y obtener una justicia oportuna, por lo que mal podría concebirse que los tribunales vacaran, cuando lo preceptuado en la normativa constitucional implica el reconocimiento de la libertad de acceso de todos a los jueces y tribunales para obtener la tutela de ellos sin dilaciones indebidas -artículo 26 de la constitución de 1999- (...)”.

De allí que, con base en el presente estándar, observa esta Sala que la representación del órgano legislativo nacional, se limitó a señalar que sancionó la suspensión de las causas y la paralización de los lapsos procesales por vacación del tribunal, en los períodos comprendidos entre el 15 de agosto al 15 de septiembre y entre el 24 de diciembre al 6 de enero, en ejercicio de las atribuciones que le conferían las disposiciones constitucionales, sin indicar cuáles eran los objetivos de dicha restricción ni lo necesario y exclusivo de dicha medida, limitando con esto el ejercicio del derecho constitucional de acceso a los órganos de administración de justicia.

Por otro lado, se debe precisar que la suspensión de las causas en los períodos antes referidos, alegando la presunta vacación del tribunal obedece a una confusión que existe entre ésta y las vacaciones que como beneficio le corresponde a los abogados y funcionarios judiciales.

Tal confusión, determinada quizás por el mismo régimen jurídico que regula las vacaciones judiciales (contenido en los instrumentos normativos impugnados), amerita el estudio de nuestros elementos culturales, para determinar si éstos pudieran justificar la restricción de acceso a los órganos de administración de justicia en dichos períodos, y ello supone un análisis de los antecedentes de esta regulación y la determinación de la posible inconstitucionalidad de las normativas impugnadas.

Respecto a los orígenes de esta institución afirma Borjas (en su obra: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil del año 1916*), que las vacaciones de los Tribunales son una institución antiquísima dedicada al descanso de los jueces; ya en Roma, estaba arraigado su uso durante el mes de julio y las vendimias. En Francia, aún cuando no tenían carácter de uniformidad se utilizaron desde el establecimiento de los tribunales permanentes, fijando las suyas cada uno de éstos. Así se mantuvo durante los primeros tiempos de la Revolución, pero, por “Decreto de 26 Vendimario del año II”, se ordenó su supresión, estableciéndose, en su lugar, tres días de descanso en cada mes; no obstante, las vacaciones originales fueron restablecidas dos años más tarde, por la “Ley del Fructidor del año IV”, en cuyo preámbulo se disponía que “(…) después de haber consagrado diez meses del año a funciones arduas y laboriosas, los Jueces necesitan reposo, así para descansar de sus faenas, como para vacar en sus asuntos domésticos”.

En España, los Jueces de cada lugar señalaban dos meses “según la costumbre usada de la tierra a las sazones que el pan y el vino es de coger”. Tales vacaciones cayeron en desuso y ya para 1789 un Real Decreto, que reducía el número de días feriados, no hizo mención alguna de éstas. Según Borjas es esta situación lo que explica por qué en nuestro primer Código de Procedimiento (1836) no se adoptó esta institución, y fue hasta 1881 que el Código de Procedimiento Civil, sancionado el 10 de diciembre del mismo año, estableció una vacación legal que duraba -por imitación de las legislaciones europeas- desde el 15 de agosto hasta el 15 de septiembre.

Dicha disposición se encontraba en el artículo 103 del referido Código de la siguiente manera:

“Artículo 103: En los términos ó lapsos judiciales no se contarán los días feriados, si no se han habilitado, ni aquel en que empiecen á correr.

Sólo se tendrán por días feriados los domingos, año nuevo, jueves y viernes santos, y los declarados de fiesta nacional.

Del 15 de agosto al 15 de septiembre de cada año habrá una vacación general, pero ella no impedirá que sean atendidos durante ese período, los asuntos urgentes criminales ó civiles. A ese efecto, cada tribunal llamará previamente los correspondientes suplentes para que actúen respectivamente en toda diligencia criminal ó civil que fuera urgente para la averiguación de los delitos y de los delincuentes, o cuya evacuación tuviere el mismo carácter de urgencia en interés del encausado o de la vindicta pública, ó para asegurar los derechos de alguna parte”.

Continúa señalando Borjas que, posteriormente, como consecuencia de nuestras costumbres y tradiciones de pueblo cristiano, se impuso, para la época de Navidad, una segunda vacación que abarcaba los últimos días de diciembre y los primeros días de enero, costumbre recogida en el Código de Procedimiento Civil promulgado el 14 de mayo de 1897, cuando se estableció una vacación general del 24 de diciembre al 6 de enero. De modo que, en su artículo 162, se disponía que:

“Artículo 162: En los términos ó lapsos judiciales no se contarán los días feriados, si no se han habilitado, ni aquel en que empiecen á correr.

Sólo se tendrán por días feriados los domingos, jueves y viernes santos y los declarados de fiesta nacional.

Del quince de agosto al quince de septiembre inclusivos y del veinticuatro de diciembre al seis de enero, también inclusivos, habrá anualmente vacaciones de los tribunales, pero ellas no impedirán que sean atendidos durante ese período los asuntos urgentes ó indiferibles.

A ese efecto, cada tribunal llamará previamente los correspondientes suplentes para que actúen respectivamente en toda diligencia criminal ó civil que fuera urgente para la averiguación de los delitos y de los delincuentes, o cuya evacuación tuviere el mismo carácter de urgencia en interés del encausado o de la vindicta pública, ó para asegurar los derechos de alguna parte en lo civil.

Si el Juez encontrare justificada la urgencia acordará la habilitación y procederá de conformidad, pero si el asunto fuera criminal ó civil contencioso no podrá procederse sino con citación previa de la otra parte, y nunca para ninguna otra cosa sino para la diligencia ó acto declarado urgente, á menos que estando en la vista de una causa se hubieren comenzado los informes, en cuyo caso podrá el Tribunal continuarla hasta tanto dictar sentencia”.

Según Feo (en su obra: *Código de Procedimiento Civil*, 1904), al contrario de la paralización de los tribunales durante agosto y septiembre que imita lo que se hace en Europa en los meses más calurosos, esta “vacación de Navidades” “(...) es más cónsona con la costumbre universal, que destina en todos los pueblos esos días á regocijos del hogar, reuniéndose los miembros dispersos de las familias para reiterar el respeto y amor á los padres y el cariño á la niñez, á quien se dedican esas fiestas infantiles tan gratas y tan inocentes; y más cónsono

á la vez con las creencias católicas de nuestro pueblo, que guardan especiales regocijos para la época de Navidad. Bien se ha hecho con la agregación; porque en esos días, difícil es lograr que testigos, peritos y cuantos son llamados á intervenir en asuntos judiciales ajenos, cuando desatienden los propios para pasear y divertirse, se presten a ir á labores de Tribunales. Así se evita, que corran en esos días inútilmente los lapsos judiciales, en perjuicio de los interesados”.

El artículo 162 anteriormente transcrito mantuvo su contenido esencial -en lo que atañe a las vacaciones judiciales- en el Código de Procedimiento Civil del 4 de julio de 1916, en la forma siguiente:

“Artículo 150: En los términos o lapsos judiciales no se contarán los días feriados, si no se han habilitado, ni aquel en que se dicte la providencia o se verifique el acto que motive o acuerde el lapso.

Sólo se entenderán por días feriados los domingos, los jueves y viernes santos y los declarados de fiesta nacional.

Del quince de agosto al quince de septiembre, ambos inclusive, y del veinte y cuatro de diciembre al seis de enero, ambos también inclusive, habrá anualmente vacaciones de los tribunales; pero ellas no impedirán que se dé curso a las actuaciones en materia penal cuando fueran urgentes para la averiguación de los hechos punibles y de los delincuentes, o cuya evacuación tuviere el mismo carácter de urgente en interés del encausado o de la vindicta pública; o en materia civil para asegurar los derechos de alguna parte.

Para actuar a solicitud de parte, ésta justificará la urgencia, y si el Juez la encontrare comprobada, acordará la habilitación y procederá al despacho del asunto; pero si éste fuere civil o mercantil contencioso, o penal, no podrá procederse sino con citación previa de la otra parte”.

En este mismo sentido lo consagró el legislador en la Ley Orgánica del Poder Judicial del 5 de noviembre de 1948, cuando dispuso:

“Artículo 26: Los Tribunales vacarán desde el 15 de agosto hasta el 15 de setiembre, ambos inclusive, y desde el 24 de diciembre hasta el 6 de enero, ambos también inclusive, quedando a salvo las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil.

Las vacaciones son irrenunciables y durante ellas los funcionarios judiciales titulares devengarán sus sueldos”.

Ante esta realidad legislativa, el entonces Consejo de la Judicatura dispuso, mediante la Resolución N° 53, del 3 de febrero de 1976, el régimen siguiente:

“Artículo 1: Serán días no hábiles para los Tribunales Ordinarios y Especiales, exceptuando los Militares, los siguientes:

Primero.- Todos los domingos del año y los declarados de fiesta nacional.

Segundo:

Meses	Días	Motivo
Enero	1° al 6	Vacación del Tribunal
-----	-----	Jueves y Viernes Santo
Abril	19	Iniciación de la Independencia Nacional
Mayo	1°	Día del Trabajador
Junio	24	Aniversario de la Batalla de Carabobo
Julio	5	Aniversario de la Declaración de la Independencia Nacional
Julio	24	Aniversario del Natalicio del Libertador y de la Batalla del Lago de Maracaibo

Agosto	15 al 31	Vacación del Tribunal y de funcionarios Judiciales
Septiembre	1° al 15	Vacación del Tribunal y de funcionarios Judiciales
Octubre	12	Aniversario del Descubrimiento de América
Diciembre	24 al 31	Vacación del Tribunal

En la formación de los sumarios serán hábiles todos los días y horas.

En el plenario se acordará habilitación para el caso de urgencia, pero se avisará a las partes previamente”.

La única modificación legislativa -en sentido contrario- respecto de las vacaciones judiciales, desde su establecimiento en el Código de Procedimiento Civil de 1881 hasta la actualidad, fue la que dio lugar a la reforma total del Código de Procedimiento Civil de 1986 (aún vigente casi en su totalidad), en cuyo artículo 201, se disponía lo siguiente:

“Artículo 201: Los jueces tomarán anualmente sus vacaciones en la oportunidad y por el tiempo que corresponda conforme a la Ley, previa coordinación con el Consejo de la Judicatura, pero ellas no suspenderán el curso de las causas ni de los lapsos procesales.

Parágrafo Único: Los suplentes y los conjueces, llamados a suplir las faltas temporales de los jueces ocurridas por cualquier causa, continuarán la sustanciación de los asuntos en curso y de aquellos que se inicien durante la suplencia, pero no podrán oír los informes a que se refieren los artículos 511 y 517 de este Código, ni dictar las sentencias definitivas previstas en los artículos 515 y 521”.

Esta disposición en la que no se habla de “vacación general” ni de “vacaciones de los tribunales”, sino que se refiere al derecho de los jueces a tomar sus vacaciones, fue reformada el 13 de marzo 1987, en los siguientes términos:

“Artículo 201: La Ley Orgánica del Poder Judicial establecerá todo lo relativo al régimen de vacaciones judiciales”.

En sentido contrario a lo establecido en la reforma del Código de Procedimiento Civil, el 5 de agosto de 1987, la entonces Corte Suprema de Justicia firmó el Acuerdo relativo al régimen vacaciones de este Supremo Tribunal, en el cual estableció que:

“Artículo 1: La Corte Suprema de Justicia, en cada una de sus Salas y en sus respectivos Juzgados de Sustanciación, seguirá con su mismo régimen de vacaciones; o sea, que suspenderá sus actividades del 15 de agosto al 15 de septiembre, ambos inclusive y del 24 de diciembre al 6 de enero ambos inclusive”.

“Artículo 2: No habrá despacho en los días de vacaciones, y por tanto, éstos no serán computables a los efectos de la determinación de los términos o lapsos procesales”.

Por su parte, el legislador, al dictar la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1987, si fue coherente con el dispositivo del Código de Procedimiento Civil, así en el artículo 18 de la referida Ley estableció:

“Artículo 18: Los Jueces gozarán de vacaciones anuales en la fecha más próxima a aquellas en que hayan cumplido el año de servicio, de conformidad a lo establezca el Consejo de la Judicatura, caso en el cual devengarán además de su sueldo normal, un bono vacacional equivalente a un mes de sueldo. En todo caso, las vacaciones de los Jueces no suspenderán el curso de las causas ni los lapsos procesales.

Los suplentes que llenen las faltas de los Jueces se considerarán como Jueces temporales, y tendrán derecho a percibir una remuneración equivalente al sueldo asignado al titular”.

La disposición transcrita se corresponde con la reforma que en 1987 se hizo al artículo 201 del Código de Procedimiento Civil dictado en 1986, en el sentido de dar cumplimiento a la remisión que dicho dispositivo hacía a la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo que atañe a

las vacaciones judiciales. La justificación de esta disposición se encuentra en la Exposición de Motivos de la Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1987, que señalaba lo siguiente:

“La Reforma del Código de Procedimiento Civil de fecha 11 de marzo de 1987, modificó el texto del artículo 201 *eiusdem* así:

Artículo 201. La Ley Orgánica del Poder Judicial establecerá todo lo relativo al régimen de vacaciones judiciales.

En virtud de tal disposición, es a la Ley Orgánica del Poder Judicial a la cual compete establecer el régimen de vacaciones judiciales el cual está contenido en el artículo 18 (...).”

En el uso de tal atribución, más adelante, la misma Exposición de Motivos expresaba:

“Como se observa, la legislación actual ha circunscrito el lapso de vacaciones de los tribunales y funcionarios al período comprendido entre el 15 de agosto y el 15 de septiembre de cada año. Esta disposición no se compadece con la doctrina contemporánea en el sentido que quienes han de gozar de vacaciones son los jueces y no los tribunales, en virtud de ser la administración de justicia un servicio público ininterrumpido y mal pueden los tribunales vacar. Se impone pues una reforma. Igualmente para acoger lo establecido en la Ley de Carrera Judicial en su artículo 66 la reforma debe establecer que el funcionario judicial, obligado a tomar vacaciones, percibirá además del mes de remuneración, un bono vacacional equivalente a un mes de sueldo. Los funcionarios judiciales no deben renunciar a sus vacaciones, sino, disfrutarlas conforme a derecho, en la fecha más próxima en que haya cumplido el año de servicio, conforme a lo que establezca el Consejo de la Judicatura.

Se ha querido precisar aún más el sentido de la no interrupción de la administración de justicia por las vacaciones de los jueces y en tal virtud, se establece que las mismas no suspenderán el curso de las causas, ni lo lapsos procesales; con lo cual se evita la situación negativa para la administración denominada ‘Justicia vacacional’.

Con el nuevo texto del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se trata de adaptar un mejor dispositivo a la realidad judicial venezolana” (Subrayado de esta Sala).

En el mismo sentido, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, publicada en enero de 1988, continuó el hilo legislativo relativo a las vacaciones judiciales y la ininterrupción de la prestación de la administración de justicia, estableciendo, respecto a la acción de amparo, que “[t]odo el tiempo será hábil y el Tribunal dará preferencia al trámite de amparo sobre cualquier otro asunto” (Artículo 13).

Por su parte, el entonces Consejo de la Judicatura mediante Resolución del 16 de octubre de 1989, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 34.326, reglamentó el régimen de las vacaciones legales de los Magistrados, Jueces y Defensores Públicos de Presos, resolviendo lo siguiente:

“Artículo 2: Al efecto del goce de la respectiva vacación, se requiere un (1) año ininterrumpido de servicios”.

“Artículo 4: Los Magistrados, Jueces y Defensores Públicos de Presos, notificarán al Consejo de la Judicatura a través de la Dirección de Personal, la fecha en disfrutarán de sus vacaciones anuales. Esta notificación deberá hacerse por lo menos con dos (2) meses de anticipación”.

Así fueron reguladas las vacaciones de los jueces, mediante un sistema que evitaba la paralización del servicio de justicia. Sin embargo, después de haber consolidado un sistema de vacaciones coherente dentro del ordenamiento jurídico, el legislador, mediante la Ley de Reforma del Código de Procedimiento Civil del 1° de agosto de 1990, publicada en *Gaceta Oficial* N° 34.522 del 2 de agosto del mismo año, con la sola intención de reformar este artículo, retomó la costumbre de las vacaciones generales -salvo en lo referente a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales-, con la redacción que de seguidas se transcribe:

“Artículo 201. Los Tribunales vacarán del 15 de agosto al 15 de septiembre y del 24 de diciembre al 6 de enero, todos inclusive. Durante las vacaciones permanecerán en suspenso las causas y no correrán los lapsos procesales. Ello no impide que se practiquen las actividades que fueren necesarias para asegurar los derechos de alguna parte, la cual deberá justificar la urgencia y prestar caución o garantía suficientes, cuando la naturaleza del acto lo requiera para cubrir los daños y perjuicios que pudiere ocasionar. Al efecto, se acordará la habilitación para proceder al despacho del asunto; pero si este fuese contencioso, se requerirá para su validez la citación previa de la otra parte.

Los Tribunales no podrán practicar durante las vacaciones otras diligencias, sino las concernientes al acto declarado urgente. Los jueces suplentes y conjuces que suplan a éstos en los períodos de vacaciones judiciales no podrán dictar sentencia definitiva ni interlocutoria, salvo que las partes lo soliciten expresamente de común acuerdo.

PARÁGRAFO ÚNICO: En materia de amparo constitucional se considerarán habilitados todos los días de vacaciones. Los jueces, así sean temporales, están en la obligación de tramitarlo y sentenciarlo”.

La disposición antes transcrita se apartó notablemente de la disposición contenida en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a pesar del carácter orgánico de este texto legal. No obstante, así se ha mantenido el orden jurídico en esta materia, y la disposición legislativa contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial (Artículo 18), a que se hiciera referencia anteriormente, mantuvo su redacción hasta la reforma de septiembre de 1998, y, aún cuando cambió la redacción del artículo, no se modificó, sustancialmente, la intención del mismo, el cual se encuentra recogido en el artículo 19 *eiusdem* de la siguiente manera:

“Artículo 19: Los jueces gozarán de vacaciones en la fecha más próxima a aquella en que hayan cumplido el año de servicio, de conformidad con lo que establezca el Consejo de la Judicatura, caso en el cual devengarán, además de su sueldo normal, un bono vacacional equivalente a un mes de sueldo.

Los convocados para llenar las faltas de los jueces se consideraran jueces temporales, y tendrán derecho a percibir una remuneración equivalente al sueldo asignado al titular.

En los casos que las normas procesales correspondientes no lo impidan, las vacaciones de los jueces no suspenderán el curso de las causas ni los lapsos procesales”.

Por otra parte, la normativa relativa a la carrera judicial también ha regulado este tema, así la Ley de Carrera Judicial de 1980, disponía, lo siguiente:

“Artículo 66: Los Jueces tomarán sus vacaciones en la oportunidad que fija la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este derecho es irrenunciable. Tendrán derecho a un bono vacacional equivalente a un mes de sueldo, el cual será pagado antes de iniciarse éstas”.

El artículo transcrito fue eliminado en la Ley de Reforma de la Ley de Carrera Judicial publicada en *Gaceta Oficial* el 11 de septiembre de 1998, cuyo artículo 19 dispone:

“Artículo 19: Se modifican los artículos 65, 66 y 67 de la Ley vigente y se fusionan en el Artículo 47, el cual queda redactado de la manera siguiente:

Artículo 47. Se garantiza a los jueces la independencia económica mediante un sistema de remuneración que tenga en cuenta, entre otros criterios, la capacidad y eficacia en el trabajo, la categoría y el tiempo de prestación de servicio, así como las responsabilidades del cargo.

También se establecerá un sistema de previsión y seguridad social para los jueces y familiares durante todo el tiempo que duren en el ejercicio de sus funciones o en el disfrute de su jubilación.

El reglamento de esta Ley establecerá los beneficios, compensaciones, primas por antigüedad, por capacitación y eficiencia y cualesquiera otras remuneraciones especiales que se concedan a los jueces.

Los porcentajes que la ley respectiva destine para ser prorrateados entre todos los tribunales del país y entre los que generen arancel judicial serán distribuidos por igual entre magistrados, jueces, defensores públicos, secretarios y asistentes, según la categoría cada tribunal.

El Consejo de la Judicatura determinará el porcentaje que corresponderá a cada magistrado, a cada juez y a cada uno de los miembros del personal del respectivo tribunal, según su categoría independientemente de que genere o no arancel judicial, y según el rendimiento y eficacia”.

De forma que, las distintas regulaciones y reformas que se han dado a lo largo de las épocas cronológicamente indicadas, permiten a esta Sala reiterar que existe una confusión entre las vacaciones, como un derecho laboral, y la mal calificada “vacación del tribunal”. Se observa así que tanto el derogado Código de Procedimiento Civil (1916) como el vigente (1986 con la reforma de 1990) aluden a las “vacaciones judiciales”, haciendo referencia a las vacaciones del tribunal, supuesto éste que coloca a la administración de justicia en una situación análoga a la del juez -en su condición de funcionario judicial-, donde, efectivamente, es el Tribunal quien cesa en sus funciones, cuando las vacaciones del juez no podrían tener tal efecto; es decir, el descanso anual de un funcionario (de cualquiera de las ramas del Poder Público) no implica la cesación del órgano del cual es titular.

Ahora bien, según una definición propuesta por la Organización Internacional del Trabajo, el término “vacación” -obedece- a “un número previamente determinado de jornadas consecutivas, fuera de los días feriados, días de enfermedad o de convalecencia, durante los cuales, cada año, llenando el asalariado ciertas condiciones de servicio, interrumpe su trabajo continuando la percepción de su remuneración”. De tal concepción se evidencian varios elementos constitutivos, entre los cuales se deben destacar dos elementos fundamentales: el descanso y la remuneración.

Para alcanzar los objetivos del presente fallo, se debe señalar que el descanso tiene como características propias la periodicidad, la eficacia y la continuidad cuya finalidad es que el trabajador cambie de ambiente, realice actividades reparadoras de su energía física y mental y rompa la monotonía de la labor diaria. De manera que, la naturaleza jurídica del descanso, como derecho del trabajador, implica que es la salud física y mental de la persona natural el bien jurídico tutelado, por lo cual, dada la configuración de su naturaleza jurídica, jamás se puede concebir que se otorgue vacaciones a una persona jurídica o a un órgano público, pues el desarrollo de la actividad que desempeña no comporta desgaste físico o mental que suponga su reparación.

Empero, lo anterior no quiere decir que, porque el titular del órgano jurisdiccional deba hacer uso de su derecho constitucional al descanso anual, resulte inseparable de éste la unidad administrativa existente (el elemento objetivo y subjetivo del órgano), de forma tal que conlleve a afirmar que cuando el titular esté de vacaciones, el órgano también lo esté, pues, admitir esto, sería tanto como admitir que en caso de despido o muerte de dicho funcionario, desaparezca con él, el órgano del cual es titular.

De manera que, el concepto de “vacaciones” es propio de las relaciones laborales de las que forman parte los sujetos y, como tal, no cabe dudas de que dicho derecho, establecido constitucionalmente en el artículo 90, también corresponde al juez y demás funcionarios judiciales, por lo tanto, esa llamada “vacación del Tribunal” no obedece, ni puede serlo, a las mismas justificaciones jurídicas señaladas para los trabajadores.

El origen de la situación descrita, en el derecho procesal venezolano, proviene -tal como fuera narrado precedentemente- de los antepasados que imponían, en determinadas épocas del año, la interrupción de las labores de los órganos de administración de justicia, obediendo en unos casos a eventos que requerían de la participación de los diferentes miembros de la familia y las comunidades (como las vendimias, o las pascuas) los cuales fueron cayendo en desuso en las legislaciones que los establecieron, restringiéndose tal régimen para la

época más calurosa del año, es decir, el verano. De allí que, por ejemplo, en España actualmente se paralizan las actividades judiciales en el mes de agosto. No obstante, el legislador patrio mantuvo un criterio acorde con las legislaciones extranjeras las cuales sirvieron de inspiración a nuestro derecho adjetivo hasta épocas recientes, trayendo consigo un elemento distorsionador del sistema judicial venezolano, criterio éste que, dadas las exigencias del nuevo orden constitucional, debe ser superado.

En tal sentido, se ha pronunciado esta Sala en sentencia citada *supra* del 1º de febrero de 2001 (Caso: José Pedro Barnola y otros), donde se estableció:

“Así, la figura jurídica de “las vacaciones” como parte integrante del derecho al trabajo preceptuado en el artículo 87 de la Constitución de 1999, se refiere a las relaciones laborales de los sujetos, y no cabe la menor duda de que ese derecho comprende a los Jueces y demás funcionarios de la administración de justicia, sin embargo, la pretensión de los accionantes de que se declare nula la norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a fin de que se suspenda el lapso de las causas mientras el juez titular esté de vacaciones, se traduce a todas luces en la denominada “vacación de los Tribunales”, hecho que no resulta cónsono con la figura jurídica de la “vacación”, pues en el caso de los órganos jurisdiccionales, tal interrupción no obedece a las mismas justificaciones señaladas para los trabajadores dependientes. La consecuencia de la denominada “vacación del Tribunal” obedece a un origen histórico ligado a Europa, donde en determinadas épocas del año se hacía necesaria la interrupción de las labores de los órganos de administración de justicia por factores culturales y climáticos, entre otros, donde se aprovechaba para el descanso de los jueces, figura que en su momento sirvió de inspiración en la normativa adjetiva al legislador patrio, pero que trajo consigo un elemento distorsionador a nuestro sistema judicial por obedecer a una realidad social completamente distinta”.

Vale citar así, como un reflejo extremo de lo pernicioso de la paralización de los tribunales y por ende de los procesos judiciales, la justicia penal, tal como lo expuso el accionante. De acuerdo con el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, una vez declarado el sumario se iniciaba el plenario y si tal etapa procesal coincidía con las vacaciones judiciales se detenía el proceso, cercenándose el derecho a la defensa del sometido a juicio. De este modo es acertado el argumento de la parte actora conforme al cual “(...) lamentablemente, en este caso (sistema penal) no se puede hablar que las partes están en igualdad de condiciones, por cuanto al presunto indiciado o reo, se le está alargando el proceso en contra de su voluntad, lo que quiere decir, y no es otra cosa, que se le está violando el derecho a la defensa”, lo cual a su juicio podría ser más grave si las vacaciones judiciales coincidían “(...) con la etapa procesal cuando el juzgador debe sentenciar (...)”.

En tal sentido, el Código Orgánico Procesal Penal que derogó al Código de Enjuiciamiento Criminal, ha significado un reconocimiento de la necesidad de que el órgano jurisdiccional se encuentre siempre disponible, al consagrar que “[p]ara el conocimiento de los asuntos penales en la fase preparatoria todos los días serán hábiles. En las fases intermedia y del juicio oral no se computarán los sábados, domingos y días que sean feriados conforme a la ley...” (Artículo 172). En virtud, de que este derecho implica -se insiste- el reconocimiento a la libertad de acceso de todos los ciudadanos a los jueces y tribunales, a la obtención de tutela efectiva de ellos mediante un proceso sin dilaciones indebidas, a través de un fallo que debe cumplirse; y se concretiza mediante la institución jurídica denominada “proceso”, debe ser considerado como una “garantía constitucional”.

De allí que, si bien el Poder Legislativo tiene, de conformidad con lo que disponen los artículos 136, numeral 23, y 139 de la Constitución de 1961 -hoy establecida en los artículos 156, numeral 31, y 187, numeral 1, de la Constitución de 1999-, la atribución de legislar sobre materias de la competencia nacional, dentro de la cual está “la organización y administración nacional de la justicia”, debe hacerlo sin vaciar el contenido esencial del derecho constitucional de acceso a los órganos de administración de justicia, ya que, tal potestad debe

tender a establecer una estructura y organización judicial que garantice una correcta administración de justicia, lo cual implica asegurar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, desprendiéndose de autos, que la suspensión de los procesos durante los referidos períodos alegando la vacación del tribunal no obedece a tal finalidad.

Por otra parte, delimitado el alcance de la protección que presta el derecho fundamental de acceso a los órganos de justicia, corresponde dilucidar el posible conflicto de bienes jurídicos constitucionales planteado por el órgano legislativo nacional cuando indicó, que las vacaciones judiciales fueron establecidas entre otras intenciones, en aras de garantizar el derecho al descanso de los abogados litigantes, también acogido en la Constitución.

Al respecto, según el principio de concordancia de las normas constitucionales, que emerge como consecuencia de la interpretación sistemática de la normativa constitucional, los bienes constitucionalmente protegidos que resulten de la misma naturaleza deben ser coordinados y, al presentarse un posible conflicto en un caso concreto, el juez debe hacer una ponderación de los mismos.

Sin embargo, dicha ponderación no debe ser entendida como una jerarquización de las normas constitucionales, sino como una cuestión de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución donde se realiza un detallado análisis del contenido de cada norma, para precisar la delimitación que la propia Carta Magna ha realizado en la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho, situación ante la cual, cuanto más amplio sea el núcleo esencial de un derecho, su margen de aplicación se dilata respecto al resto de la normativa constitucional, por lo que se produce una exégesis de los preceptos constitucionales que se dicen en conflicto, ello lleva a concluir que los derechos están delimitados conforme a su articulación con otros derechos y en consecuencia, el contenido de la protección que éstos otorguen no emerge solamente de la norma que lo reconoce, sino que viene dada a su vez, por la articulación de esa norma con las restantes de la Constitución.

En el caso de autos se sostiene que los abogados litigantes también tienen derecho al descanso anual que constitucionalmente dispone el artículo 90, por lo que el régimen jurídico de las denominadas vacaciones judiciales obedeció, entre otras razones, a tal circunstancia. Al respecto, debe señalar la Sala que el régimen jurídico de las vacaciones judiciales nada tiene que ver con el derecho al descanso anual de los abogados litigantes, en virtud de que: “(...) ambas normas parten de hechos jurídicos distintos, aunque resulte evidente que los abogados como trabajadores tienen derecho a las vacaciones, pero ello es materia que corresponde ser regulada por leyes laborales, las cuales no son objeto de este examen, siendo además que, con la norma impugnada en ningún caso se están limitando derechos (...)” (Sentencia del 1° de febrero de 2001. Caso: José Pedro Barnola y otros).

Y, en el caso hipotético de que obedezca al mismo régimen jurídico o que sean de la misma índole o naturaleza, bajo tal supuesto el derecho al descanso anual de los abogados litigantes se encontraría delimitado por el alcance de la protección otorgada por el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, esto es, que el derecho al descanso anual de los abogados litigantes estaría delimitado por el núcleo esencial del derecho analizado *supra* y no en sentido inverso.

De allí que, siendo el derecho de acceso a los órganos de administración justicia un derecho fundamental, pues da fundamento jurídico a nuestro Estado Democrático y social de Derecho y justicia, no se puede permitir que se restrinja el derecho del justiciable de acceder a los órganos de administración de justicia cada vez que considere que se le ha transgredido un derecho, bajo un argumento tan falaz como es el de las vacaciones judiciales establecidas para garantizar el descanso de los abogados litigantes, ya que es propio de cada abogado escoger bajo que forma ejercerá su profesión y, en el supuesto de ejercerla libremente, siempre deberá tener en cuenta tal limitante, que no es, por demás, de carácter absoluta dado que

de él dependerá escoger la forma de trabajo mediante la cual podrá disfrutar de su derecho a las vacaciones anuales (de existir en él identidad de patrono y trabajador), razón por la cual está Sala debe desechar tal alegato. Así se decide.

De acuerdo con todas las consideraciones expuestas, estima esta Sala que un sistema coherente que garantice el derecho de los jueces y demás funcionarios al goce de las vacaciones y que, a su vez, permita a los usuarios del sistema judicial su derecho al libre acceso a la jurisdicción para el ejercicio de sus derechos, no tiene por qué paralizar las actividades del Tribunal. Por tanto, visto que el órgano legislativo nacional no demostró que las restricciones contenidas en el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil y en la Resolución N° 53, emanada del entonces Consejo de la Judicatura, el 3 de febrero de 1976, que fue dictada con fundamento en el equivalente normativo del artículo 201 del Código de Procedimiento Civil de 1987 en el Código de Procedimiento Civil de 1916, eran el único medio para alcanzar la eficacia del proceso judicial durante los períodos comprendidos entre el 15 de agosto y el 15 de septiembre y entre el 24 de diciembre y el 6 de enero, estima esta Sala, que el sistema actual de las llamadas “vacaciones judiciales”, al obedecer a los referidos períodos, es contrario al espíritu de la Constitución, la cual atiende al logro de un Estado de Derecho y de Justicia, informado, entre otros, por los valores de la igualdad, la justicia y preeminencia de los derechos humanos, al cual está obligado, por disposición del propio texto constitucional, garantizando así una justicia accesible, gratuita, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos y reposiciones inútiles.

Por ello, la paralización de las actividades de los órganos de administración de justicia durante los referidos períodos, por la sola razón de que se tratan de “vacaciones judiciales”, constituye una transgresión flagrante al derecho al acceso a la justicia que acogió el artículo 26 de la Constitución de 1999 y al derecho a la defensa establecido en su artículo 49 *eiusdem*, y al mismo tiempo atenta contra la norma que contiene su artículo 257 *ibidem*, por cuanto se suspende el proceso judicial, que, como lo establece el citado artículo, constituye el instrumento fundamental para la realización de la justicia.

No obstante lo anterior, debe observar esta Sala que la suspensión de los lapsos procesales durante el período comprendido entre el 24 de diciembre y el 6 de enero, sí encontraría justificación, no por la supuesta “vacación del tribunal”, sino porque en dicho lapso, se celebra en nuestra sociedad la festividad decembrina, que -siguiendo a Feo (*Vid.* Obra citada)-, es “(...) más cónsona con la costumbre universal, que destina en todos los pueblos esos días á regocijos del hogar, reuniéndose los miembros dispersos de las familias para reiterar el respeto y amor á los padres y el cariño á la niñez, á quien se dedican esas fiestas infantiles tan gratas y tan inocentes; y más cónsono á la vez con las creencias católicas de nuestro pueblo, que guardan especiales regocijos para la época de Navidad (...)” cumpliéndose así con el elemento cultural requerido en el estándar establecido por el presente fallo, y que justifica que en dicho período se suspendan los lapsos procesales “(...) porque en esos días, difícil es lograr que testigos, peritos y cuantos son llamados á intervenir en asuntos judiciales ajenos, cuando desatienden los propios para pasear y divertirse, se presten a ir á labores de Tribunales. Así se evita, que corran en esos días inútilmente los lapsos judiciales, en perjuicio de (las partes)” (Paréntesis de este fallo).

Por tanto, en atención a tal circunstancia, esta Sala declara la nulidad parcial de la norma contenida en el artículo 201 de la Ley de Reforma Parcial del Código de Procedimiento Civil, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 34.522 del 18 de septiembre de 1990, en lo que respecta a la frase “del 15 de Agosto al 15 de Septiembre y”, quedando en consecuencia la redacción de la referida norma de la siguiente manera:

“Artículo 201.- Los tribunales vacarán del 24 de diciembre al 6 de enero, todos inclusive. Durante las vacaciones permanecerán en suspenso las causas y no correrán los lapsos procesales. Ello no impide que se practiquen las actuaciones que fueren necesarias para asegurar los derechos de alguna parte, la cual deberá justificar la urgencia y prestar caución o garantía suficientes, cuando la naturaleza del acto lo requiera para cubrir los daños y perjuicios que pudiere ocasionar. Al efecto, se acordará la habilitación para proceder al despacho del asunto; pero si éste fuese contencioso, se requerirá para su validez la citación previa de la otra parte.

Los tribunales no podrán practicar durante las vacaciones otras diligencias, sino las concernientes al acto declarado urgente. Los jueces suplentes y conjuces que suplan a éstos en los períodos de vacaciones judiciales no podrán dictar sentencia definitiva ni interlocutoria, salvo que las partes lo soliciten expresamente de común acuerdo.

Parágrafo Único: En materia de Amparo Constitucional se considerarán habilitados todos los días de vacaciones. Los jueces, así sean temporales, están en la obligación de tramitarlo y sentenciarlo”.

Sin embargo, con fundamento en la argumentación sostenida en el texto de esta sentencia, la frase “Los Tribunales vacarán” debe ser interpretada no como una referencia a la vacación del órgano jurisdiccional, sino como la prohibición durante ese período de continuar con la tramitación de las causas y con el transcurrir de los lapsos procesales, ello, como se indicara *supra*, para garantizar la seguridad jurídica. Así se decide.

Como corolario de lo anterior, se declara, igualmente, la nulidad parcial de la Resolución n° 53 dictada por el entonces Consejo de la Judicatura el 3 de febrero de 1976, en lo que respecta a la declaratoria como días no hábiles para los Tribunales ordinarios y especiales los comprendidos entre el 15 de agosto al 15 de septiembre, por ser dictada con fundamento en el equivalente normativo del artículo 201 del Código de Procedimiento Civil de 1987 en el Código de Procedimiento Civil de 1916. Así se decide.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 119 y 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se deben fijar los efectos de esta decisión en el tiempo, en tal sentido, acuerda esta Sala darle efectos *ex nunc* (desde ahora) a la declaratoria contenida en el presente fallo. Por tal razón, el régimen jurídico de los jueces y demás empleados judiciales quedará regido por la Ley Orgánica del Poder Judicial y, para ello, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura establecerá el cronograma de vacaciones de estos funcionarios, con atención a sus necesidades y requerimientos. Así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

Quien suscribe, Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, disiente del contenido del fallo, y salva su voto, por las razones siguientes:

Inherente al derecho al trabajo, se encuentra el de gozar de vacaciones (artículo 90 constitucional), del cual no escapan los que ejercen profesiones liberales. Este derecho a las vacaciones se conjuga en otros derechos constitucionales, como lo es el de la recreación (artículo 111), como actividad que beneficia la calidad de la vida individual y colectiva, y los derechos de la familia (artículos 75 y 78 constitucionales).

Por ello, lo ideal es que quien toma vacaciones pueda hacerlo junto con su familia, y gozar de una recreación conjunta. Tal fin se logra cuando coinciden las vacaciones del trabajador con la de los otros miembros de la familia, lo que es difícil que ocurra, pero cuando ello sucede merece todo el apoyo, máxime si surge de una situación legal.

Los abogados en ejercicio tienen derecho a vacaciones, y el que los tribunales de la República, vaquen en un lapso predeterminado (de 15 de agosto a 15 de septiembre de cada año), les permite planificar sus vacaciones con su familia e hijos, ya que el plazo establecido en el Código de Procedimiento Civil, coincide con el de las vacaciones escolares a nivel

nacional, también legalmente establecidas. Así se fusionan dos derechos de raíz constitucional en beneficio de la calidad de la vida y de la relación familiar de los abogados en ejercicio y de los empleados tribunales y funcionarios judiciales; y piensa quien disiente, que estos derechos y los valores que representan, están por encima del servicio ininterrumpido de justicia, que es lo que efectivamente se pretende proteger con la eliminación de las vacaciones judiciales.

Por otra parte, el Derecho debe respetar la realidad social dentro de un Estado Social de Derecho. Esto significa que situaciones colectivas creadas por la ley y beneficiosas para un grupo de personas que han venido gozando de ellas, no deben ser ignoradas, y menos eliminarlas para tutelar un derecho de acceso a la justicia que es de igual rango que los derechos esenciales antes mencionados. El derecho de acceso se ejerce conforme a la ley (artículo 201 del Código de Procedimiento Civil), es decir en la forma que lo pauta dicho Código y nunca se ha considerado lesionado en el país que la existencia de las vacaciones judiciales, atente contra el acceso, ya que siempre podrán habilitarse los días inhábiles para ventilar lo urgente. Al menos, desde el Código de Procedimiento Civil de 1881, existen vacaciones judiciales, que conducen a una inactividad durante un lapso fijado por dicho Código, de los plazos procesales. Tales vacaciones de la administración de justicia, y que deberían coincidir con la época de vacaciones de los jueces, traen una suspensión de los procesos mientras ellas duren, y ello económicamente obra en beneficio del abogado y de su cliente, ya que al no continuar la marcha del proceso no se requiere de la contratación de otro abogado para que se ocupe de la conducción de las causas durante las vacaciones.

Tal situación, que garantiza la confianza entre poderdante y apoderado y que llevó a que el primero escogiera al segundo, se ve vulnerada al quedar anuladas las vacaciones judiciales, ya que los procesos no se suspenderán por esta causa y el abogado o su mandante, tienen que recurrir a otros profesionales -distintos a quien lleva el juicio- para que se ocupen del mismo. Ello obedece al libre desenvolvimiento de la personalidad.

A juicio de quien disiente, obligar al mandante, ante las vacaciones de su apoderado, a contratar a otro abogado quien no le merece la misma confianza, atenta contra la libertad de elección implícita en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad del ser humano (artículo 20 constitucional), y a esto se llega desde el momento en que como institución se pierden las vacaciones judiciales. Por otra parte, puede ser que el abogado actúa solo, y no tiene un término prefijado para tomar vacaciones (lo que también es parte del desenvolvimiento de su personalidad), y que al no existir vacaciones judiciales, se encuentra ante la alternativa de no poder tomarlas, o de hacerlo, obligar a su poderdante a contratar a otro abogado, que podría no ser de la confianza del mandante y que, además, o le crea más gastos al poderdante o disminuyen los honorarios del abogado que se ausente.

El abogado debe tener derecho –como tradicionalmente lo ha hecho- a tener un mes de vacaciones y no de 12 días (del 24 de diciembre al 6 de enero). Quien disiente considera la nulidad del artículo 201 del Código de Procedimiento Civil pernicioso para el gremio, y por lo mismo rechaza el argumento, de que la administración de justicia, como servicio, nunca debe detenerse, y que las vacaciones son una dilación indebida del proceso (artículo 26 constitucional), ya que en nuestro juicio es debida.

La Corte Internacional de Justicia, que presta un servicio público internacional, toma vacaciones colectivas, y suspende sus actividades (artículo 23 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), sin que nunca se haya pensado que con tales vacaciones de ese tribunal se dañe a la administración de justicia, al acceso a la misma o a la celeridad procesal.

Unas vacaciones judiciales que obran en beneficio de los jueces, de los abogados, de los empleados, de los funcionarios judiciales, por las razones que antes se apuntaron, no pueden atentar contra el acceso a la justicia, que siempre será posible, incluso en vacaciones; ni co-

ontra el derecho de defensa de las partes, que persiste pero está en suspenso; ni obra contra la eficacia de los trámites, ni contra la celeridad de la justicia, ya que los beneficios para el ser humano y para el gremio, de la suspensión de los juicios durante un mes, son mayores que los perjuicios que pueden surgir para los litigantes actuales o potenciales, por la suspensión de los términos y lapsos procesales durante treinta días.

Por otra parte, el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil tal como queda redactado en el fallo, no contempla las vacaciones de los jueces, y en este sentido se hace a su vez violatorio del artículo 90 constitucional.

Todas estas razones llevan a quien disiente a salvar su voto.

Voto Salvado del Magistrado José Manuel Delgado Ocando.

Quien suscribe, Magistrado doctor José Manuel Delgado Ocando, lamenta disentir de sus honorables colegas Magistrados de la Sala Constitucional en relación con la opinión sostenida por ellos en la decisión que antecede, en el expediente n° 00-1281, con base en las razones que siguen: De acuerdo con lo afirmado en el folio 40 de la sentencia resulta pertinente lo allí observado respecto a las vacaciones como derecho laboral y su diferencia con las vacaciones del tribunal, pues se trata de instituciones distintas. Ello no obsta, sin embargo, para que se admita la “vacación del Tribunal”, como receso de éste, a la manera de la suspensión temporal de actividades de los cuerpos legislativos.

Ello responde a la conciliación de los intereses públicos con la necesidad de acordar a los funcionarios judiciales un descanso anual, sin que ello signifique que no se tramiten los asuntos que tengan carácter de urgentes para asegurar los derechos de las partes, por ejemplo, en materia procesal penal, las actuaciones tendentes a la investigación y comprobación de los hechos punibles denunciados, donde están inmiscuidos los intereses del Estado por intermedio del Ministerio Público, del imputado y de la víctima.

De allí que las vacaciones judiciales no comportan en forma alguna la paralización absoluta de los asuntos judiciales sometidos a la consideración de los órganos jurisdiccionales competentes.

II

La argumentación de la sentencia al folio 48, respecto de la suspensión de los lapsos procesales durante el período comprendido entre el 24 de diciembre y el 6 de enero, es también válida para el período entre el 15 de agosto y el 15 de septiembre, toda vez que resulta claro que la *ratio legis* de dicho artículo apunta a esa dirección, dado que la citada norma incluye ambos períodos.

Por eso, la inconveniencia –en el presente asunto– de una interpretación apegada al texto normativo. No sólo debe interpretarse gramaticalmente sino también teleológicamente. Lo primero permite una visión superficial que atiende la mera letra de la ley. Lo segundo incide e indaga en el sentido de la norma y en el valor amparado por el texto a interpretar. El concepto de valor o alcance de la significación o importancia de algo, ya eleva *per se* el nivel de la interpretación y obliga al esencial concepto substancial de la disposición interpretada.

Luego, tal y como está redactado el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil, no puede interpretarse que el espíritu y propósito del legislador procesal, al concebir las vacaciones judiciales, fue su aplicación para uno u otro período sino para ambos.

III

Tomando en cuenta: el principio de técnica fundamental de la división del poder, del cual depende la vigencia de la seguridad jurídica como valor fundante del derecho y como proyecto regulador de la conducta social, “por eso, y sólo eso, la Asamblea Nacional, en el

sistema de distribución de competencias, es el único poder a quien corresponde reglamentar, de manera general y permanente, el ejercicio y protección de los derechos fundamentales”; el principio normativo conservacionista, que implica la presunción de adecuación constitucional de las normas por el solo hecho de proceder de un poder público; y, por último, considerando que el legislador confirmó una costumbre inveterada que forma parte de la tradición del foro venezolano, prácticamente desde el Código de Procedimiento Civil de 1881, no parece plausible declarar la inconstitucionalidad del artículo impugnado.

b'. *Sanciones correctivas y disciplinarias decretadas por los jueces*

TSJ-SC (21)

23-1-2002

Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta

Caso: Mirna Mas y Rubi Spósito vs. Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta.

Cuando los abogados, particulares, funcionarios y empleados judiciales irrespeten flagrantemente la majestad de los jueces, éstos 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.

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 bolívars 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 intervienen 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.

Al respecto esta Sala se ha pronunciado, en sentencia del 13 de febrero de 2001, caso: *Eulices Salomé Rivas Ramírez*, al señalar:

“...debe entenderse que el mandamiento de hábeas corpus resulta procedente cuando se trata de proteger al ciudadano frente a arbitrarias detenciones administrativas, sin embargo, el mismo también es ejercible en aquellos casos en los cuales exista de por medio una detención de carácter judicial, pero únicamente, cuando dichas decisiones no cuenten con un medio ordinario de impugnación o éste no sea acorde con la protección constitucional que se pretende”. De tal manera que, en el supuesto de privaciones ilegítimas por detenciones policiales o administrativas, incluidas las practicadas en acatamiento de sanciones disciplinarias decretadas por los jueces, debemos reiterar que corresponde la competencia en primera instancia, como regla general, a los jueces de control de primera instancia en lo penal. (subrayado de esta decisión).

En el presente caso, el acto cuestionado tuvo como finalidad la privación de la libertad del abogado José Vicente Santana Osuna, lo cual hizo que su representante judicial solicitara al tribunal de control “*se ordene la libertad inmediata*” de su defendido, durante el procedimiento de amparo, lo cual hace inferir, de acuerdo a lo expuesto anteriormente, que estando el accionante detenido, el procedimiento expedito para hacer efectiva la libertad del afectado, lo constituía el mandamiento de hábeas corpus. En razón de ello considera esta Sala, que tanto el Juzgado de Control como la referida Corte de Apelaciones actuaron en ejercicio de su competencia al conocer del hábeas corpus que había sido sometido a su consideración. En razón de ello se desestima la denuncia de la recurrente en el sentido de que tales Juzgados invadieron la esfera de competencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y así se declara.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala observa que los Juzgados penales que conocieron del presente mandamiento de *habeas corpus* desaplicaron por control difuso lo establecido en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señalando al efecto que no se siguió procedimiento alguno para decretar la privación de la libertad del ciudadano José Vicente Santana Osuna.

No comparte esta Sala tal argumento por cuanto el artículo *supra* transcrito de la Ley Orgánica del Poder Judicial 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*”.

d. *Procedimientos arbitrales: Árbitros arbitradores*

TSJ-SPA (716)

23-5-2002

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: CVG Industria Venezolana de Aluminio, C.A. (CVG VENALUM) vs. Productos Industriales Venezolanos, S.A. (PIVENSA)

Si bien es cierto que en el arbitraje de equidad, los árbitros no están obligados a seguir las normas de derecho que de ordinario serían aplicables, sino que pueden orientarse por lo que consideren más equitativo y más justo para el caso concreto, ello está referido a aquellas normas para la resolución de la controversia y del procedimiento; lo cual no implica que deban soslayarse las normas contentivas de las formas esenciales que rigen a esa institución del arbitraje, contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

El procedimiento arbitral es un mecanismo de resolución de conflicto de intereses, mediante el cual terceras personas ajenas al conflicto, imparciales, denominados árbitros, se pronuncian mediante un laudo respecto de ello.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contiene el favorecimiento de este medio alternativo de justicia, teniéndose como parte integrante del sistema de justicia.

Dicho medio alternativo, está consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 253 cuando expresa:

“Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio. (destacado de la Sala)

“Artículo 258.- La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos. (destacado de la Sala)

En el presente caso, lo árbitros se atribuyeron carácter de árbitros arbitradores, los cuales conforme al Parágrafo Primero del artículo 618 del Código de Procedimiento Civil, no deben aplicar u observar, en principio, el procedimiento legal.

En efecto, el artículo antes citado dispone:

“Artículo 618.- Los árbitros son de derecho, o arbitradores. Los primeros deben observar el procedimiento legal, y en las sentencias, las disposiciones del Derecho. Los segundos procederán con entera libertad, según les parezca más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad.

Parágrafo Primero: Las partes pueden indicar a los árbitros de derecho, las formas y reglas de procedimiento que deban seguir y someter a los arbitradores a algunas reglas de procedimiento. A falta de esta indicación los árbitros de derecho observarán el procedimiento legal correspondiente. (destacado de la Sala)

Ahora, si bien es cierto que en el arbitraje de equidad, los árbitros no están obligados a seguir las normas de derecho que de ordinario serían aplicables al caso bajo estudio, sino que pueden orientarse por lo que consideren más equitativo y más justo para el caso concreto, ello está referido a aquellas normas para la resolución de la controversia y del procedimiento; lo cual no implica que deban soslayarse las normas contentivas de las formas esenciales que rigen a esta institución del arbitraje, contenidas en el Código de Procedimiento Civil, circunstancia ésta que se materializó en el presente caso.

En efecto, de las actas del expediente se aprecia la constitución en forma irregular del Tribunal Arbitral; irregularidades procesales en cuanto al nombramiento y juramentación de los árbitros, así como la resolución de incidencias, como las de recusación decidida por ellos mismos, todo esto en franca violación directa de los valores, principios y normas constitucionales.

La finalidad del arbitraje es la obtención de una sentencia que resuelva la controversia, a través de un Tribunal Arbitral válidamente constituido e imparcial, que brinde a los ciudadanos las imprescindibles garantías para someterse a dicha institución, sustrayéndose de los órganos judiciales, con el fin de resolver sus conflictos; condiciones que no se cumplieron en el caso de autos.

En efecto, se aprecian las graves irregularidades cometidas en la constitución del Tribunal Arbitral, así como durante el procedimiento y en cuanto la parcialidad de los árbitros en la toma de sus decisiones; todo lo cual afecta las garantías constitucionales a las cuales todo justiciable tiene derecho, es decir, a un debido proceso y al derecho a la defensa.

e. *Aspectos procedimentales*

a°. *Declaratoria de mero derecho*

TSJ-SC (928)

15-5-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Impugnación de la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones dictada por el Concejo del Municipio José Antonio Páez del Estado Yaracuy.

Aún cuando la causa sea de “mero derecho” es necesario -salvo que la Sala estime que las circunstancias del caso no lo demuestran así- la celebración del acto de informes para asegurar la correcta defensa de los intereses de las partes y los terceros que decidan intervenir como coadyuvantes.

Según el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia -disposición que invoca el Fiscal General de la República en su escrito-, puede dictarse “sentencia definitiva, sin relación ni informes, cuando el asunto fuera de mero derecho”. Así, la ley permite simplificar el procedimiento en ciertas causas: en las que el asunto se limite a consideraciones puramente jurídicas. Por tanto, la declaratoria de mero derecho presupone que en la causa no existan hechos que probar y sobre los que pronunciarse. Precisamente esa naturaleza es la que ha permitido, en una constante jurisprudencia, afirmar que la declaratoria de mero derecho tendría dos consecuencias: la eliminación del período probatorio -si bien no está prevista en el referido artículo 135- y la posibilidad de supresión de la relación de la causa y del acto de informes.

En el caso de autos se observa que efectivamente la controversia se encuentra limitada a la confrontación de normas, a fin de determinar si el Concejo de un Municipio puede regular lo relativo a pensiones y jubilaciones. Por ello, no existen hechos que probar y se hace innecesaria la apertura de un lapso probatorio. Así se declara.

Ahora bien, aparte de la supresión del lapso probatorio, producto de la interpretación jurisprudencial del sentido de la declaratoria de mero derecho, el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia dispone que tal declaratoria trae como consecuencia la posibilidad de tramitar la causa sin relación ni informes. Al respecto la Sala observa, sin embargo, lo siguiente:

Es evidente que la circunstancia de que la causa sea de mero derecho no elimina el interés que algunas personas puedan tener en exponer su opinión sobre la validez o invalidez del acto impugnado, por lo que no es posible eliminar el acto de informes, el cual constituye la última actuación procedimental y, en consecuencia, el último momento en que las partes o los interesados pueden traer a los autos sus apreciaciones sobre el asunto debatido.

Para esta Sala, la declaratoria de mero derecho no puede implicar la eliminación de la oportunidad procesal para hacer valer cuanto se estime necesario para la mejor defensa de los derechos o intereses, pues esta defensa bien puede referirse a aspectos jurídicos.

Así, en una causa de mero derecho, aunque no haya hechos que probar, sí puede haber -y en efecto suele ocurrir- interés en exponer argumentos a favor o en contra del acto recurrido.

Por ello, aun en las causas de mero derecho es necesaria -salvo que la Sala estime que las circunstancias del caso no lo demuestran así- la celebración del acto de informes, para asegurar la correcta defensa de los intereses de las partes y los terceros que decidan intervenir como coadyuvantes. No puede olvidarse, además, que el procedimiento para la tramitación del recurso de nulidad previsto en la actual legislación venezolana, no prevé una contestación de la “demanda”, con lo que el autor del acto impugnado sólo participa en calidad de tercero, al igual que podría hacerlo cualquier otra persona. Esa circunstancia exige, pues, prestar especial atención al acto de informes.

Por lo expuesto, esta Sala desestima la solicitud del Fiscal General de la República, en el sentido de que la declaratoria de mero derecho apareje la eliminación del acto de informes. Así se declara.

No sucede igual con la relación de la causa, etapa que el artículo 94 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia divide en dos fases: una antes del acto de informes y otra a continuación de éste. La relación está prevista en dicha disposición a fin de permitir a los Magistrados hacer el estudio, individual o colectivo, del expediente. La división en dos fases, teniendo como intermedio el acto de informes, se realiza para que los Magistrados puedan conocer los términos de la controversia y se dediquen a su estudio, tanto una vez evacuadas las pruebas promovidas y admitidas, como cuando las partes y los terceros han expuesto sus conclusiones.

Ahora bien, en virtud de que en una causa de mero derecho se suprime el período probatorio, es obvio que se hace innecesaria la primera etapa de la relación. Sin embargo, sí conserva importancia la segunda fase, la cual debe mantenerse, a fin de permitir el análisis del expediente por los Magistrados antes de que el Juzgado de Sustanciación diga “vistos” y el Magistrado designado como ponente presente su proyecto de decisión.

b'. Aclaratorias y ampliaciones de sentencias

TSJ-SC (961)

24-5-2002

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) vs. Banco Central de Venezuela y otros.

La Sala Constitucional establece que en las causas donde se ventilan derechos e intereses difusos o colectivos no se aplica el lapso preclusivo contemplado en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil para solicitar aclaraciones o ampliaciones de sentencias. En estos supuestos, y casuísticamente, conforme a lo que aprecie el Tribunal como necesidad de las partes y los afectados por la sentencia, las aclaratorias y ampliaciones podrán interponerse antes que se ejecute efectivamente la sentencia.

En los procesos surgidos de acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, las sentencias que se dicten surten efectos a favor o en contra de todo el mundo y no sólo a favor o en contra de los que efectivamente se constituyen en partes dentro del proceso.

La situación especial que nace de estos fallos, con sus efectos directos e indirectos hacia personas que pueden no haber participado en las causas donde ellos se dictaron, y que pueden verse perjudicadas a pesar de no haber sido formalmente partes, obliga a una interpretación amplia del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, aplicable como norma general a los juicios que se instruyen conforme a las reglas de dicho Código.

Para los ajenos al proceso donde se emitió el fallo, quienes se encuentran en una concreta situación que por falta de alegatos no fue tomada en cuenta al juzgarse la pretensión, pueden surgir puntos dudosos en la sentencia referidos a su particular situación, y debido a esa posición pueden requerir de ampliaciones del fallo, ya que -repite la Sala- la especial situación de los afectados, que no se dio a conocer en autos, puede no haber sido considerada en el fallo, y por tanto no ser precisa con relación a quienes no concurrieron al juicio. Siendo ello así, considera la Sala que el lapso preclusivo para pedir las aclaraciones y ampliaciones contemplado en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, no puede aplicarse estrictamente en las causas donde se ventilan derechos e intereses difusos o colectivos, evitando así la Sala que la preclusión se convierta en un atentado a la justicia eficaz, responsable y equitativa que con relación a esos terceros les garantiza el artículo 26 constitucional.

Por ello, considera la Sala que, en estos casos, no se aplica el término del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, ni para solicitar la aclaración o ampliación, ni para que el Tribunal la provea.

En estos supuestos, y casuísticamente, conforme a lo que aprecie el Tribunal como necesidad de las partes y los afectados por la sentencia, las aclaratorias y ampliaciones podrán interponerse antes que se ejecute efectivamente la sentencia. Se trata de una peculiaridad de esta clase de procesos que incluye ampliaciones dirigidas a partes o a terceros que no asistieron al juicio, pero cuya colaboración puede, incluso, ser necesaria para que la sentencia dictada sea idónea y equitativa, y la tutela efectiva de los derechos e intereses difusos o colectivos se adapte al Estado Social de Derecho y de Justicia que impera en la República (artículo 2 constitucional).

Ahora bien, el derecho que reconoce la Sala no es un derecho que pueda ser utilizado por las personas en forma excesiva, ya que, así como la teleología del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil fue limitar el derecho a pedir la aclaratoria o la ampliación, dentro de un lapso reducido, esta necesidad de restricción de la oportunidad rige en la institución y de allí que la Sala considere que una vez efectuada la petición, ella agota el derecho, y así se declara.

C. *La Administración Pública*

a. *Potestad sancionatoria*

TSJ-SC (1260)

11-6-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Impugnación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

La Sala Constitucional analiza la potestad sancionatoria de la Administración, con especial referencia a la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Sobre la base de ello señala, que el artículo 52 de dicha Ley contempla una norma en blanco, esto es, facultativa en forma total y completa a la Superin-

tendencia para Promover y Proteger la Libre Competencia para crear el supuesto de hecho constitutivo del acto ilícito, violatoria por tanto, del principio de tipicidad, lo cual implica su nulidad por inconstitucionalidad.

De la lectura del escrito que da inicio a las actuaciones contenidas en el presente expediente, se observa que uno de los alegatos fundamentales de los accionantes versa sobre el modelo utilizado por el legislador para articular la potestad sancionatoria en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, razón por la cual entra esta Sala a delimitar el sentido y alcance de la potestad sancionatoria de la Administración, tomando como punto de partida los elementos que han ido conformando la jurisprudencia en esta materia proveniente de la entonces Corte Suprema de Justicia, la cual se adhiere a los principios más modernos que rigen en este campo.

La naturaleza del derecho sancionatorio ha sido uno de los puntos más controvertidos a través de la evolución de la doctrina *ius publicista*. La discusión planteada en torno a la autonomía del derecho sancionador o, por el contrario, a su ubicación dentro de otras ramas del derecho, es uno de los asuntos en los que las posiciones doctrinales han encontrado los mayores distanciamientos. Sin embargo, un elemento de coincidencia es el relativo al origen de esta particular manifestación del derecho: el ejercicio del *ius puniendi* o potestad punitiva del Estado, que en el campo administrativo es ejercida dentro de la propia Administración mediante sus propias reglas que están sometidas al Derecho Administrativo.

En efecto, si bien el Derecho Sancionatorio se nutre de los principios básicos del Derecho Penal que regula el *ius puniendi* del Estado contra las infracciones al orden jurídico cuyo ejercicio implica la imposición de penas corporales y que se efectúa a través de la jurisdicción penal; sin embargo, tales principios no tienen la misma rigidez que presentan en su fuente originaria, por cuanto están adaptados a las actividades de la Administración. Así, el principio de tipicidad de los delitos y las penas que se consustancia con el principio general de la legalidad, admite en el Derecho Sancionatorio la delegación que haga el legislador en normas de rango sublegal, de algunos de los elementos que configuran el ilícito administrativo y, asimismo, éste, puede configurarse con contornos menos rígidos que los que rigen en el campo del Derecho Penal. Sin embargo, existe una gran dificultad para delimitar las diferencias sustentadas por gran parte de la doctrina, entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

Hay quienes han pretendido establecer como diferencia el hecho de que entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal no existen diferencias de tipo material, sino que la gran diferencia es relativa al ámbito normativo que genera las disposiciones en las cuales se sustentan, quiere decir, que será el legislador a través de la creación de las normas que se desarrollarán tanto por la Administración como por la jurisdicción penal quien clasificará la potestad como penal o administrativa.

En consecuencia, será Derecho administrativo sancionador o Derecho penal, aquello que el legislador establezca como tal, independientemente del contenido normativo de las sanciones o penas que se establezcan.

Considera esta Sala que poco provecho se obtendría al pretender generar la discusión con base al órgano que ejecuta el *ius puniendi* (judicial o administrativo), ya que las diferencias existentes entre el derecho penal y el derecho sancionador son sólo relevantes en cuanto se refieren a su ámbito de aplicación, siendo en consecuencia necesario entrar a analizar la finalidad de las mismas, pues las diferencias que pudiesen existir en ese orden, serán las que permitan establecer los parámetros de interpretación de tales ramas del derecho.

Este ha sido el criterio sostenido por la jurisprudencia patria, la cual asume la tesis de la dualidad del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, fijando como característica diferenciadora el fin último perseguido por una u otra manifestación de la potestad punitiva (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno del 9 de agosto de 1990 (caso *Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo*)).

En consecuencia, el objeto de estudio y aplicación del derecho administrativo sancionador, es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad administrativa.

Esto es así, debido a la necesidad de la Administración de hacer cumplir sus fines, ya que de lo contrario, la actividad administrativa quedaría vacía de contenido ante la imposibilidad de ejercer el *ius puniendi* del Estado frente a la inobservancia de los particulares en cumplir con las obligaciones que les han sido impuestas por ley, de contribuir a las cargas públicas y las necesidades de la colectividad.

En este orden de ideas, la discrecionalidad de la Administración sólo es admitida en la esfera del ejercicio de la potestad sancionatoria para determinar la gravedad de los hechos a los fines de la sanción, y siempre sometido a las reglas de la racionalidad y proporcionalidad. No abarca la discrecionalidad, en consecuencia, la posibilidad de tipificar el hecho ilícito, ni de desprender de una circunstancia determinados efectos en relación con los sujetos sometidos a un ordenamiento en el cual no exista una relación fija de *supremacía especial*. En consecuencia, importa destacar que la facultad genérica otorgada a la administración mediante una norma que la autoriza a establecer caso por caso los elementos constitutivos de un ilícito sancionable, configura lo que se denomina *norma en blanco*, situación ésta, que ha sido objeto del total rechazo por parte de la jurisprudencia.

Luego de todas estas consideraciones que han sido fijadas por nuestra jurisprudencia así como por la doctrina patria y comparada, pasa esta Sala a analizar la norma objeto de impugnación y al efecto observa que el artículo 52 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, establece lo siguiente:

“Artículo 52. Toda infracción a esta ley y a sus reglamentos no castigado expresamente será castigado con multa de hasta tres millones de bolívares según la gravedad de la falta a juicio de la Superintendencia”.

Se ubica la norma impugnada en el Título V “De las Sanciones” específicamente en el Capítulo II “De las sanciones en particular”. Este Capítulo II se inicia con el artículo 49 que sanciona las prácticas y conductas prohibidas señaladas en las Secciones I, II y III del Capítulo II del Título II con una multa que se fija en un porcentaje del valor de las ventas del infractor cuya cuantía puede ser duplicada e incluso cuadruplicada en caso de reincidencia.

El artículo 50 fija los criterios a los cuales ha de atenderse para fijar la cuantía de la sanción, señalando al efecto como tales: la modalidad de la restricción de la libre competencia, la dimensión del mercado relevante, etc. Es decir, si bien el artículo 49 no determina específicamente la cuantía de la sanción, el artículo siguiente precisa los criterios que han de utilizarse para tal determinación (artículo 50) y, de inmediato, el artículo 51 establece la facultad de la Superintendencia para establecer, independientemente de las multas hasta ahora examinadas, nuevas multas por el incumplimiento de las órdenes que dicte.

Estas multas especiales pueden elevarse hasta la cifra de un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00) y ser aumentada sucesivamente en un 50% del original si no son pagados dentro del lapso.

El artículo 52, objeto de impugnación, cierra el Capítulo de las sanciones con una disposición manifiestamente residual, porque la misma establece tal que: a.- Las infracciones a la ley y a su reglamento no castigadas expresamente serán sancionadas; b.- La sanción consiste en multa que puede llegar a los tres millones de bolívares y; c.- El monto de la multa será determinado por la gravedad de la falta a juicio de la Superintendencia.

Pasa en consecuencia esta Sala, a analizar cada uno de los elementos señalados precedentemente:

a) Las infracciones a la ley y a su reglamento no castigadas expresamente serán sancionadas.

El primer elemento es la determinación del supuesto de la conducta ilícita que tiene un contenido residual, por cuanto está formulado en el sentido de que todo aquello que no esté previsto como ilícito expresamente en la ley, sería sancionable por la propia administración (núcleo del hecho sancionable). Este enunciado presenta una previsión totalmente en blanco, porque no sería posible determinar aquellas situaciones que no están contempladas como ilícitas por la ley, además de dejar en manos de la Administración la posibilidad de calificar como ilícitos supuestos que no han adquirido dicho carácter por disposición de la ley. La situación descrita en las líneas anteriores pareciera *prima facie* contrario al principio de legalidad que erige el esquema de actuación administrativa y que además es siempre más rígido cuando dicha actuación se realiza en virtud de una potestad sancionatoria.

b) y c) La sanción consiste en multa que puede llegar a los tres millones de bolívares. Dicho monto será determinado de conformidad con la gravedad de la falta a juicio de la Superintendencia.

El segundo elemento está constituido por la consecuencia jurídica, que ha sido dejada en blanco por el legislador en favor de la Administración, lo cual no es grave en sí mismo si el núcleo del ilícito ha sido predeterminado; pero, que no puede llevar a ninguna consecuencia lógica en un caso como el presente, en el cual no existe tal determinación, lo cual puede configurarse como un abanico tan amplio de discrecionalidad que pudiera limitar las herramientas de defensa del particular frente a la actuación administrativa.

En consecuencia, se observa que el artículo impugnado por inconstitucionalidad nos remite al contexto de la ley bajo una modalidad residual, en la cual la propia ley actúa como el parámetro o regla objetiva que la administración ha de confrontar con la conducta de los sujetos.

En efecto, en algunos casos el legislador opta por recoger en la norma sancionatoria tanto el supuesto de hecho como la sanción; en otros, para no repetir los supuestos de hecho ya previstos en otros artículos del mismo texto legal opta por hacer remisiones a dichos artículos, inclusive la misma puede estar referida a Títulos, Capítulos; o a toda la Ley.

La modalidad de remisión adoptada por el legislador en el artículo 52 de la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, el cual ha sido impugnado en autos, excede de los métodos de técnica legislativa mencionadas *supra*, pues la identificación de los supuestos de hecho sancionables no se hacen mencionando a ninguno de los artículos, secciones o capítulos en los que están contenidos, sino utilizando una fórmula residual.

Además, ni siquiera está restringido por la materia a supuestos de infracciones que afecten el libre desenvolvimiento del mercado, sino que alude a cualquier infracción a la Ley o sus reglamentos.

La situación anteriormente descrita pudiera dar lugar a actuaciones absurdas como pretender aplicar las sanciones contenidas en el artículo 52 actuaciones de los propios funcionarios de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia por no

haberse inhibido en un caso concreto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, o por errores en la sustanciación de los procedimientos administrativos que se ventilan ante dicha agencia regulatoria.

Analizado lo anterior, observa esta Sala que el sistema de remisión residual otorga una potestad sancionatoria tan amplia que el administrado podría quedar sometido a la multa contemplada en el artículo por cualquier conducta que se juzgue como “infracción” a la Ley, esto es, como violatoria de una exigencia contenida en la Ley. Esta conclusión es avalada por el contenido del artículo 49 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia que establece expresamente lo siguiente:

“Artículo 49. Quienes incurran en las prácticas y conductas prohibidas señaladas en las *Secciones Primera, Segunda y Tercera del Capítulo II del Título II de esta Ley*, podrán ser sancionados por la Superintendencia con multa hasta del diez por ciento (10%) del valor de las ventas del infractor, cuantía que podrá ser incrementada hasta el veinte por ciento (20%). En caso de reincidencia, la multa se aumentará a cuarenta por ciento (40%). El cálculo del monto de las ventas a las que se refiere este artículo, será el correspondiente al ejercicio económico anterior a la Resolución de la multa” (Subrayado de la Sala).

De una simple lectura del artículo transcrito en concatenación con el resto del articulado de la ley, se evidencia de manera clara que las Secciones Primera, Segunda y Tercera del Capítulo II del Título II de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, establecen justamente las prohibiciones generales y particulares de conductas restrictivas de la libre competencia.

A las consideraciones que anteceden ha de agregarse la relativa a la amplitud de la facultad que el artículo le otorga a la Administración, al incluir como sancionables no sólo a las infracciones de la ley, sino a las infracciones del reglamento, lo cual permite una apertura indefinida de los supuestos ilícitos administrativos, ya que cualquier conducta exigida por vía reglamentaria que es incumplida por el administrado daría lugar a la sanción que la norma prevé.

Analizada la situación en la forma que antecede, no puede menos que estimarse que el artículo 52 contempla una norma en blanco, esto es, facultativa en forma total y completa a la Superintendencia para crear el supuesto de hecho constitutivo del acto ilícito y por ello violatoria del principio de tipicidad, lo cual implica su nulidad por inconstitucionalidad. Así se declara.

b. *Organización Administrativa*

a'. *Administración Central: Procuraduría General de la República*
(participación en juicio)

TSJ-SPA (171)

5-2-2002

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Luis Rondón vs. Compañía Anónima Electricidad de Occidente (ELEOCCIDENTE).

La Sala Político Administrativa modifica su criterio respecto a la suspensión del proceso cuando es notificado el Procurador General de la República, ya que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de fecha 13 de noviembre de 2001, no distingue entre aquellos casos en los que se intenten demandas que puedan afectar los intereses de la República de manera directa y en los que se puedan afectar de manera indirecta.

El abogado Alexis José Crespo Daza, actuando en su carácter de Director General Sectorial de Personería Judicial (E) de la Procuraduría General de la República, fundamentó la solicitud de suspensión de la presente causa en la decisión signada bajo el N° 1240, dictada por la Sala Constitucional de este Alto Tribunal el 24 de octubre de 2000, la cual se transcribe, parcialmente, a continuación:

“El artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República dispone lo siguiente:

...omissis...

La norma transcrita establece la obligación de los funcionarios judiciales de notificar al Procurador General de la República de cualquier demanda interpuesta que afecte directa o indirectamente los intereses patrimoniales de la República. Dicha norma es expresión de las prerrogativas jurisdiccionales que posee la República en lo que respecta a los juicios en los que se afectan sus intereses patrimoniales. Sin embargo, la norma citada no sólo se refiere a los intereses patrimoniales directos de la República en sí misma. Es decir, dicha norma no sólo se relaciona con aquellas demandas, oposiciones, excepciones, providencias, sentencias o solicitudes de cualquier naturaleza contra la personalidad jurídica de la República, sino que igualmente la norma está referida a los organismos descentralizados funcionalmente.

...omissis...

Ahora bien, tal como se mencionó con anterioridad, el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece un término de noventa (90) días continuos para que el Procurador General de la República se haga parte en el proceso si así lo considera conveniente. Es pues necesario para esta Sala, el determinar cuál debe ser el criterio que aplique el Juez en cuanto al término de noventa días continuos establecido en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en los casos de demandas, oposiciones, excepciones, providencias, sentencias o solicitudes de cualquier naturaleza donde la República no sea parte, pero sus intereses patrimoniales se puedan ver afectados. En este sentido, tomando en consideración la norma en discusión, en concordancia con la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, deben analizarse las siguientes interrogantes ¿Debe el Juez que conozca de una demanda donde los intereses patrimoniales de la República pudieren resultar afectados en forma indirecta dejar transcurrir íntegramente el término de noventa (90) días, suspendiendo así el juicio por ese tiempo?; o más bien, ¿debiera el Juez no considerar el término de noventa (90) días como suspensivo de la causa hasta que la Procuraduría General de la República decida o no actuar, permitiendo así la continuación del proceso?.

Es importante destacar que resulta claro, y no es objeto de discusión, que la notificación del Procurador General de la República es una de las prerrogativas procesales de la República, por lo que se requiere que tal notificación se realice previo al inicio de la sustanciación de cualquier juicio que directa o indirectamente obre contra los intereses de la República, estando condicionada la validez y eficacia de cualquier acto procesal que se lleve a cabo en estos juicios, al requisito previo de la notificación al Procurador. Tampoco es objeto de discusión la suspensión del juicio por noventa (90) días continuos en los casos donde la República participa en forma directa como persona jurídica.

El análisis se centra entonces en el carácter suspensivo o no del juicio donde tiene lugar la notificación, por un término de noventa (90) días establecido en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y si el término de noventa (90) días debe

dejarse correr en su totalidad a pesar de que la Procuraduría intervenga antes de su finalización, en aquellos casos en que la acción judicial se relaciona con un organismo con personalidad jurídica diferente a la de la República y donde esta última posee intereses patrimoniales indirectos.

Ahora bien, el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República no establece expresamente la necesidad de suspender el juicio por el término de noventa (90) días, lo que allí se regula es la obligación de notificar al Procurador General de República para que éste intervenga en el proceso dentro de ese término. Por su parte, el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la garantía a la tutela judicial efectiva lo que implica el principio de celeridad procesal. En este sentido, es necesario determinar si puede considerarse como una dilación indebida la paralización del juicio por el término de noventa (90) días en aquellos casos donde la República no es parte principal en el juicio.

Con el objeto de dilucidar la situación anterior es necesario establecer una confrontación entre el derecho fundamental a una justicia expedita y sin dilaciones indebidas, y el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, todos consagrados en nuestro texto fundamental. En este sentido, es de notar, que a pesar de que se contraponen con la celeridad procesal de la justicia la suspensión del juicio por noventa (90) días, para que la República decida hacerse parte o no en el proceso, esto, de cualquier forma, representa por su parte una protección al derecho a la defensa y al debido proceso de la propia República, lo que comprende además una expresión del interés general. Es por ello, que en este caso la suspensión del juicio, que en otro caso implicaría una violación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en estos casos donde la República es parte directa o indirectamente, el derecho fundamental a la celeridad procesal y sin dilaciones indebidas, se encuentra limitado por el interés general representado en la necesidad de proteger los intereses patrimoniales de la República.

...omissis...

En cuanto al derecho a la defensa privilegiado de la República y consagrado en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, es evidente que si acaso el término de noventa (90) días no suspendiera el proceso, entonces la República, en caso de considerar su intervención a través del Procurador General, perdería su oportunidad procesal para intervenir apropiadamente, por lo que el juicio pudiera encontrarse, por ejemplo, en estado de sentencia impidiendo, por lo tanto, la intervención de la República en el proceso de una manera adecuada, e impidiendo así la protección de sus intereses patrimoniales, lo cual es el objeto principal de la norma. Es por ello que esta Sala considera que el término de noventa (90) días establecido en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República para la notificación e intervención del Procurador General de la República debe respetarse a cabalidad, lo que implica a su vez la suspensión del proceso por el término señalado, el cual se computará por días continuos, para que intervenga o no la República en la persona del Procurador, y así se decide.”

En este sentido, resulta necesario señalar que la norma prevista en el artículo 38 de la anterior Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, objeto de la interpretación que hiciera la Sala Constitucional en la decisión citada, e invocado como sustento de la petición formulada a esta Sala por la Procuraduría General de la República, preveía 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 contestarlas en un término de noventa (90) días, vencido 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 se 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 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 aplicarán preferentemente las normas que establezca la Ley respectiva.

La falta de notificación será causal de reposición a instancia del Procurador General de la República”.

De la norma transcrita, se podían extraer claramente dos supuestos distintos. En efecto, el encabezado de la norma aludía a aquellos juicios en los cuales la República no es parte formal del proceso y el párrafo primero hace referencia a los juicios en los que la República es sujeto activo o pasivo de la relación procesal. En el asunto bajo examen se está en presencia de una demanda intentada contra la sociedad mercantil Compañía Anónima Electricidad de Occidente (ELEOCCIDENTE), es decir, que la República no es parte formal en este proceso, siendo este supuesto el que será examinado en esta decisión.

Ahora bien, esta Sala mediante decisión publicada en fecha 3 de julio de 2001, en sentencia signada bajo el N° 1288 (Caso: *Freddy Antonio Perdomo vs. Banco Central de Venezuela*), con ocasión de la solicitud planteada por la Procuraduría General de la República de suspensión de la causa de conformidad con la norma prevista en el artículo 38 de la anterior Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, luego de realizar un análisis exhaustivo de los antecedentes de la norma antes señalada, concluyó en lo siguiente:

“...Constata la Sala que la intención del legislador al incluir normas que contienen condiciones extraordinarias para regular la actuación en juicio de la Procuraduría General de la República, en representación de esta última, fue, sin duda alguna, la de proteger el interés colectivo que al Estado corresponde tutelar y que en los procesos que involucran directa o indirectamente a su patrimonio, pudiera resultar lesionado si no se observan esas medidas, previstas en los artículos 38 y siguientes de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Sin embargo, la consagración expresa de estos privilegios, que atienden a la naturaleza y entidad de los intereses defendidos, no podía llegar al extremo de suprimir la satisfacción del propio interés de los particulares. Es por ello que el legislador optó por eliminar los privilegios que calificó de excesivos y establecer unos más acordes con los derechos de los particulares.

Así, en lo que atañe a los juicios en que la República es originariamente un tercero respecto de la relación procesal, como es el caso de autos, regulados por el encabezado del artículo 38, considera esta Sala que la sola exigencia de notificar a la Procuraduría, cumpliendo con las exigencias formales y sustanciales legalmente establecidas para ello, constituye una garantía suficiente para salvaguardar los intereses de aquélla, que a su vez, se reitera, comprenden a los del colectivo. En efecto, la finalidad práctica que persigue la notificación del Procurador es, precisamente, la de ponerlo en conocimiento del acto o hecho de que se trate, otorgándosele a la vez un amplio lapso para que, si el Ejecutivo Nacional estima involucrados los intereses patrimoniales de la República, se incorpore al proceso, constituyéndose así en parte de la relación procesal.

(*omissis*)

En este orden de ideas, resulta oportuno traer a colación el criterio sostenido por autorizada doctrina nacional, conforme al cual, por una parte, debe tenerse en cuenta que las causas de suspensión son taxativas; y por la otra, que existe una diferencia fundamental entre la suspensión del procedimiento y la suspensión de los lapsos para la realización de determinados actos procesales. Se ha establecido al respecto, que aquélla conduce a la paralización total del juicio, mientras que ésta tiene un efecto restringido y limitado al acto que debe realizarse, dejando en actividad el resto del proceso. Ejemplo de lo anterior es el artículo 41 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, según el cual mientras los representantes de la República que allí se mencionan no estén notificados de las providencias recurribles, el lapso para intentar los recursos no comenzará a correr hasta tanto no se practique la notifica-

ción prevista en el artículo 38. También se ha señalado que el acto practicado sin notificación o sin dejarse transcurrir el lapso de 90 días para que se tenga por consumada la notificación, está afectado de nulidad relativa y que esta ineficacia del acto en cuestión garantiza suficientemente los derechos e intereses de la República. (Loreto, Luis, *Veinte años de Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Tomo V, p. 61).

(*omissis*)

En este orden de ideas, entiende la Sala que una vez notificado el Procurador General de la existencia de un proceso que involucra los intereses patrimoniales de la República, resulta innecesario efectuar ulteriores notificaciones de actos procesales especialmente establecidos en leyes y códigos, a menos que así lo exijan circunstancias muy especiales.

Por último, se observa que los únicos supuestos en los cuales puede ser suspendido el juicio, una vez notificado el Procurador, son los expresamente previstos en el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República...”

Así pues, con fundamento en el criterio antes señalado por esta Sala en la sentencia *supra* transcrita, se podía concluir que la solicitud realizada con base en el fallo invocado por la Procuraduría General de la República se apartaba de la verdadera intención del legislador, debido a que suponía como inadmisibles consecuencias la interrupción continua del curso normal de los procesos por sucesivas notificaciones y subsiguientes suspensiones, en detrimento de los derechos de los particulares.

No obstante lo anterior, esta Sala observa que la vigente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.554 de fecha 13 de noviembre de 2001, establece en la normativa contenida en los artículos 94, 95 y 96 lo siguiente:

“Artículo 94. Los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República. Las notificaciones deben ser hechas por oficio y estar acompañadas de copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto.

El proceso se suspenderá por un lapso de noventa (90) días continuos, el cual comienza a transcurrir a partir de la fecha de la consignación de la notificación, practicada en el respectivo expediente. Vencido este lapso, el Procurador o Procuradora se tendrá por notificado. Esta suspensión es aplicable únicamente a las demandas cuya cuantía es superior a Mil Unidades Tributarias (1000 U.T.).

El Procurador o Procuradora General de la República o quien actúe en su nombre, debe contestar dichas notificaciones durante este lapso, manifestando la ratificación de la suspensión, o su renuncia a lo que quede del referido lapso, en cuyo caso se tendrá igualmente por notificado”.

“Artículo 95. Los funcionarios judiciales están igualmente obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de toda oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República. Estas notificaciones deben ser hechas por oficio y estar acompañadas de copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto. En tales casos, el proceso se suspenderá por un lapso de treinta (30) días continuos, contados a partir de la fecha de consignación de la notificación practicada en el respectivo expediente. El Procurador o Procuradora General de la República, o quien actúe en su nombre, debe contestar dichas notificaciones durante este lapso, manifestando la ratificación de la suspensión o su renuncia a lo que quede del lapso, en cuyo caso se tendrá igualmente por notificado”.

“Artículo 96. La falta de notificación al Procurador o Procuradora General de la República, así como las notificaciones defectuosas, son causal de reposición en cualquier estado y grado de la causa, la cual podrá ser declarada de oficio por el tribunal o a instancia del Procurador o Procuradora General de la República”.

Del contenido de la norma prevista en el artículo 94 antes transcrito, esta Sala observa que el legislador no distingue entre aquellos casos en los que se intenten demandas que puedan afectar los intereses de la República de manera directa y en los que se puedan afectar de manera indirecta, tal como se encontraba dispuesto en la norma prevista en el artículo 38 de la derogada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965.

Con fundamento en lo anterior y al prever la norma vigente dispuesta en el comentado artículo 94, la suspensión del proceso por un lapso de noventa (90) días continuos, se hace forzoso el cumplimiento de tal prerrogativa legal, dado que, en casos como el de autos, pueden verse afectados intereses patrimoniales de la República, cumpliéndose además en el presente caso con el límite cuantitativo previsto en la referida norma, ya que la demanda incoada contra la sociedad mercantil Compañía Anónima Electricidad de Occidente (ELEOCCIDENTE) fue estimada en la cantidad de cinco mil seiscientos sesenta y cinco millones de bolívares (Bs. 5.665.000.000,00). En razón de lo expuesto, considera oportuno esta Sala modificar el criterio asumido reiteradamente con anterioridad al presente fallo, en sentencia dictada el 3 de julio de 2001, signada con el N° 1288 (Caso: *Freddy Antonio Perdomo vs. Banco Central de Venezuela*). Así se decide.

b'. *Administración Descentralizada: Empresas del Estado*

TSJ-SC (464)

18-3-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Interpretación del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de fecha 30 de enero de 2000, mediante el cual se suspende por 180 días la negociación de la Convención Colectiva del Trabajo.

Petróleos de Venezuela y sus empresas filiales, son empresas del Estado, pero, con un régimen de empresa privada en su administración salarial y en las condiciones laborales de sus trabajadores.

Comenzando por el primero de los aspectos señalados, precisa esta Sala que, de acuerdo con la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, promulgada el 29 de agosto de 1975 y conocida en el léxico corriente como Ley de Nacionalización, el Estado debía ejercer “las actividades reservadas, directamente por el Ejecutivo Nacional o por medio de entes de su propiedad”. Sin embargo, a pesar de esta aparente libertad, en realidad el legislador dio directamente la pauta al Ejecutivo Nacional de atender la industria nacionalizada a través de formas descentralizadas, entes o personas estatales con forma de sociedad mercantil y, por tanto, con un régimen mixto de derecho privado y de derecho público.

A tal efecto, conforme a la orientación señalada, al día siguiente de la promulgación de la citada Ley, el Presidente de la República dictó el Decreto N° 1.123 del 30 de agosto de 1975, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 1.770 Extraordinaria de la misma fecha, mediante el cual creó a Petróleos de Venezuela, como “una empresa estatal, bajo la figura de Sociedad Anónima”, para servir de casa matriz a lo que sería la industria petrolera nacional a partir del 1° de enero de 1976. El Decreto de creación de la empresa se inscribió en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda bajo el N° 23, tomo 99-A, el 15 de septiembre de 1975.

Así, considera esta Sala que, evidentemente, la naturaleza jurídica de Petróleos de Venezuela, S.A. es la de una sociedad anónima que, como tal y por la flexibilidad e independencia de su administración, está sometida a todo el régimen de derecho privado de las socieda-

des anónimas. Sin embargo, fue la propia Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, la que establecería, posteriormente, el régimen excepcional, al expresar que las empresas del Estado que se constituyeran conforme a ella, entre las cuales está Petróleos de Venezuela S.A., se regirían por dicha Ley y sus reglamentos, así como por sus propios estatutos, las disposiciones que dictare el Ejecutivo Nacional y por las del derecho común que le fueren aplicables.

En efecto, observa la Sala que aunque Petróleos de Venezuela S.A. es una compañía constituida y organizada en forma de sociedad anónima, está fuera de dudas, y así lo reafirma la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que la misma se encuentra enmarcada en la estructura general de la Administración Pública Nacional, no sólo por el principio inquebrantable de que el Estado venezolano se reserva la exclusividad de la actividad petrolera, sino porque en razón de la soberanía económica, política y estratégica nacional, el Estado venezolano conservará la totalidad de sus acciones (*Vid.* artículos 302 y 303 de la Constitución).

En cuanto a las empresas operadoras iniciales, estima la Sala que la intención del legislador era crearlas con forma de sociedades anónimas, motivo por el cual se constituyeron en el ordenamiento jurídico venezolano como personas estatales con forma de derecho privado. En la actualidad, PDVSA Petróleo y Gas S.A. y las demás compañías filiales de Petróleos de Venezuela S.A. tienen igual naturaleza jurídica.

En definitiva, se observa que Petróleos de Venezuela S.A. y sus compañías filiales tienen un régimen legal que permite diferenciarlas claramente, no sólo de la Administración Pública centralizada y de los institutos autónomos, sino también de otras empresas del Estado. Por tanto, esta Sala debe concluir que la identificación de la naturaleza jurídica de dichas compañías como personas estatales con forma jurídica de derecho privado, plantea, sin duda, como consecuencia, que el régimen jurídico aplicable a las mismas sea un régimen mixto, tanto de derecho público como de derecho privado, aun cuando sea preponderantemente de derecho privado, debido a su forma, pero no exclusivamente, dado que su íntima relación con el Estado, las somete a las reglas obligatorias de derecho público dictadas para la mejor organización, funcionamiento y control de ejecución de la Administración Pública, por parte de los órganos que se integran a ésta o coadyuvan al logro de sus cometidos.

No obstante lo anterior, observa esta Sala que, mediante la Ley que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, el Estado había dejado para su sola potestad, todo lo relativo a las condiciones laborales de quienes prestaran servicio en Petróleos de Venezuela S.A. De esta manera, en protección de la propia industria petrolera, la referida ley, vigente para el momento en que fueron dictadas las normas objeto del presente recurso de interpretación, estableció que los directivos, administradores, empleados y obreros no serían considerados funcionarios o empleados públicos, esto es, que dichos trabajadores no estarían sometidos a la Ley de Carrera Administrativa, ni al sistema de administración de personal vigente en el sector público centralizado y descentralizado. En este sentido, se advierte que no tratándose de funcionarios públicos, los cargos que ocupan tales trabajadores no podrían considerarse como destinos públicos remunerados, ya que Petróleos de Venezuela S.A., como se ha señalado, es una persona jurídica estatal que tiene forma de derecho privado. Fue así como la mencionada Ley consagró, de una manera clara y expresa, el sistema de empleo, remuneración, ascensos, terminación de la relación laboral, jubilación y, en general, todo lo concerniente con la relación laboral.

Ahora bien, a los fines de despejar alguna duda con respecto al régimen laboral aplicable a los trabajadores que prestan servicio para las compañías contratistas privadas de Petróleos de Venezuela S.A. y de sus empresas filiales, como PDVSA Petróleo y Gas S.A., esta Sala advierte que, partiendo del hecho palmario de que dichas contratistas son personas jurídicas con forma de derecho privado (sociedades anónimas) que, como tales, se rigen por el

Código de Comercio y demás normas de derecho común que les resulten aplicables, es un principio legal sin discusión en nuestra legislación, que las empresas petroleras se harán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones que impone la ley, y que los trabajadores de las empresas contratistas, si trabajan en obras inherentes y conexas con la actividad a que se dedica Petróleos de Venezuela S.A., tendrán derecho a disfrutar de las mismas condiciones de trabajo y beneficios que corresponden a los trabajadores directos de esa Casa Matriz y de sus compañías filiales.

Así, observa la Sala que en la contratación colectiva petrolera, desde sus propios inicios, se consagró con respecto a las contratistas a que se refiere la legislación laboral, que dichas compañías están obligadas a pagar a sus trabajadores, los mismos salarios y beneficios, legales y contractuales, que Petróleos de Venezuela y sus filiales, conceden a sus trabajadores directos, de conformidad con la Ley Orgánica del Trabajo, su Reglamento y la Convención colectiva.

En tal sentido, considera esta Sala que si las relaciones laborales existentes entre las empresas del Estado que conforman la industria petrolera y sus trabajadores, se rigen por la Ley Orgánica del Trabajo, su Reglamento y la Convención Colectiva, tal afirmación deja claro que el incremento salarial que estableció el Decreto N° 892 del 3 de julio de 2000, no les resulta aplicable a los mismos, dado que la intención del Ejecutivo Nacional no ha sido la de darle cobertura, con el mencionado Decreto, a los trabajadores de las compañías mencionadas, y a pesar de no haber sido excluidas expresamente de su ámbito de aplicación, por error u omisión involuntaria, es bien conocido por todos que este grupo de trabajadores están en un rango económico distinto al que el decreto quiso proteger.

En efecto, estima esta Sala que el sector del ámbito privado que se quiso amparar con el incremento salarial decretado por el Ejecutivo Nacional, era aquel que labora bajo condiciones generales y salariales, diametralmente distintas a las que disfrutaban los trabajadores directos de la industria petrolera, quienes se encuentran cubiertos por la contratación colectiva, así como los de las contratistas y compañías de servicios que, por mandato legal, reciben similares beneficios, los cuales los colocan por encima del grupo privado que se quiso beneficiar a través del Decreto N° 892 del 3 de julio de 2000. La anterior aseveración se ve ratificada con la motivación del Acuerdo de la Asamblea Nacional del 7 de julio de 2001, mediante el cual se ratifica el Decreto N° 892, cuando fundamenta su contenido en la aplicación del artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra el derecho del trabajador de tener un salario suficiente para vivir con dignidad él y su familia.

Por tal motivo, esta Sala concluye que Petróleos de Venezuela y sus empresas filiales, son empresas del Estado, pero, con un régimen de empresa privada en su administración salarial y en las condiciones laborales de sus trabajadores. Asimismo, se aprecia que los trabajadores al servicio de la industria petrolera, trátense de trabajadores directos de Petróleos de Venezuela S.A. y de sus filiales, así como de los trabajadores de sus contratistas privadas que realizan actividades inherentes o conexas con el sector petrolero, perciben los mismos salarios y demás remuneraciones, y se encuentran amparados por la Convención colectiva petrolera, dado que a dichos trabajadores se les aplica el tabulador salarial y la evaluación a su preparación y rendimiento. En otras palabras, los beneficios de los trabajadores de Petróleos de Venezuela S.A. y sus empresas filiales, se extienden a los de sus contratistas privadas, siendo estas últimas solidariamente responsables en la garantía de tal cumplimiento, de tal forma que, cualquier aumento salarial que derive de la contratación colectiva o de otra fuente normativa que expresamente lo contemple, debe aplicarse por igual a los trabajadores de Petróleos de Venezuela S.A., de sus compañías filiales y de las contratistas privadas que prestan servicios inherentes y conexas con la industria petrolera.

Aunado a lo anterior, esta Sala estima pertinente destacar, que los trabajadores de PDVSA Petróleo y Gas S.A. y los de sus contratistas privadas, recibieron un aumento, por efecto de la firma de la Convención Colectiva del 21 de octubre de 2000, superior al cincuenta por ciento (50%) de incremento, lo cual, sin tomar en cuenta el efecto piramidal de tales aumentos, inciden no sólo en el salario básico de estos trabajadores, sino en todas las primas que existen en la industria petrolera, en las vacaciones, utilidades y, por supuesto, en las prestaciones sociales con efecto retroactivo a la fecha de empleo. Todo esto hace más evidente, que los salarios mensuales de los trabajadores petroleros y de los trabajadores de las contratistas, estaban por encima de los rangos de cobertura a que se refiere el Decreto N° 892.

Por otra parte, observa la Sala que tradicionalmente han sido incluidas en la contratación colectiva petrolera, provisiones relacionadas con la prohibición de acumulación de beneficios, en el sentido de que cuando, a través de una reforma legal, se concedieren a los trabajadores y a las organizaciones sindicales, mayores o iguales beneficios que los estipulados en la Convención Colectiva, dicha reforma al ser aplicada, sustituiría a la Convención en lo que a los beneficios respectivos se refiere, quedando, entonces, la Convención sin efecto alguno en lo que respecta a la cláusula o cláusulas que concedieran el beneficio, y sin que pudiese jamás sumarse el beneficio legal, al beneficio estipulado por la Convención. Asimismo, cuando la reforma legal no fuese superior a los beneficios concedidos por la Convención Colectiva, ésta seguiría aplicándose y, en este supuesto, también se ha entendido que no podría en ningún caso adicionarse el beneficio legal al beneficio acordado por la Convención Colectiva.

Siendo ello así, considera esta Sala que de admitirse que a los trabajadores de las contratistas privadas de Petróleos de Venezuela S.A. y de sus empresas filiales, como PDVSA Petróleo y Gas S.A., les es aplicable el aumento salarial a que se refiere el Decreto N° 892, conllevaría a crear la absurda diferencia, por demás injusta y discriminatoria, entre estos trabajadores del sector petrolero, con los trabajadores directos de la industria petrolera al servicio de Petróleos de Venezuela S.A. y de sus compañías filiales, como PDVSA Petróleo y Gas S.A., y, además, ampliaría aun más la diferencia salarial con respecto a otros trabajadores que sí se encuentran dentro del ámbito de aplicación del referido Decreto N° 892. Por consiguiente, resulta inteligible la improcedencia de cualquier pretensión por parte de los representantes sindicales de los trabajadores de la industria petrolera, de que se aplique el incremento salarial decretado, a los trabajadores de las compañías contratistas privadas, quienes además de los incrementos salariales y demás beneficios que reciben en virtud de las respectiva Contratación Colectiva -que por lo demás son idénticos a los que perciben los trabajadores directos de PDVSA y sus empresas filiales-, también reciban un incremento adicional del 15%, tal como fue previsto en el Decreto N° 892.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, esta Sala estima que el aumento salarial a que se refiere el Decreto N° 892, no solamente es inaplicable a Petróleos de Venezuela, S.A. y sus compañías filiales, sino que, por extensión de lo ya indicado, resulta igualmente evidente la inaplicación del mismo a las contratistas privadas que prestan servicios inherentes o conexos en la industria petrolera, dado que la interpretación que debe darse al Decreto N° 892, para determinar su aplicabilidad o no a estas últimas, debe ser tipo eminentemente lógico y extensivo, ya que interpretarlo en forma meramente literal, conduciría a crear una situación jurídica no querida por el legislador.

En consonancia con lo anterior, a juicio de esta Sala, una vez que ha arribado a las conclusiones precedentemente expuestas, considera irrelevante que se pase a determinar la posible incidencia del Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, que ordenó suspender, por ciento ochenta (180) días, la negociación de la Convención Colectiva de Petróleos de Venezuela S.A., en el contenido del Decreto N° 892, permitiendo considerar si los tres meses previos y posteriores al 1° de mayo de 2000 a que se refiere este último, deben contarse a partir del momento en que cesara la suspensión aludida. Así se declara.

c. *Órganos de seguridad ciudadana: Coordinación***TSJ-SC (3343)****19-12-2002**

Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando

Caso: Controversia Constitucional entre el Distrito Metropolitano de Caracas y el Poder Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Interior y Justicia.

1.- La solicitud planteada a la Sala en esta ocasión, tiene que ver con el conflicto suscitado a raíz de la asunción por parte del Ministerio del Interior y Justicia de la dirección, coordinación y manejo de la Policía Metropolitana, lo cual consta en la Resolución n° 567 de dicho Ministerio, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela n° 37.572 de 18-11-02, y del nombramiento del Director General de dicho cuerpo armado (Resoluciones núms. 568 y 569, publicadas en la misma fecha y *Gaceta Oficial*).

La competencia para dictar un acto con este contenido, según la propia Resolución, vendría dada por lo que prescriben los artículos 76.2. y 76.18. de la Ley Orgánica de la Administración Pública, 2.3. del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central, 16 y 22 de la Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana y 26.1. del Reglamento Orgánico del Ministerio del Interior y Justicia.

El referido artículo 76, en los dos numerales mencionados, establece que son atribuciones comunes de los ministros o ministras con despacho, las que siguen:

“2. Orientar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades del ministerio, sin perjuicio de las atribuciones que, sobre el control externo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes confieren a los órganos de la función contralora.

(...)

18. Suscribir los actos y correspondencias del despacho a su cargo”.

En el Decreto sobre organización y funcionamiento de la Administración Pública Central, cuya última reforma fue realizada el 22-11-02, no existe la norma invocada, toda vez que el artículo 2 no contiene numerales. En todo caso, dicho precepto establece que:

“Los órganos que integran la Administración Pública Central estarán regulados internamente por lo que establezca un Reglamento Orgánico, el cual deberá ser decretado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros”.

En cuanto a la Ley de Coordinación Ciudadana, las normas invocadas son del siguiente tenor:

“Artículo 16. Cuando surja una situación cuya atención corresponda a los órganos de seguridad ciudadana, y la misma no se encuentre prevista en el presente Decreto Ley, la coordinación y el manejo de la misma será responsabilidad del Coordinador Nacional o el Coordinador Regional, según sea el caso”.

“Art. 22. El Ministerio del Interior y Justicia, ejercerá la coordinación de los órganos de Seguridad Ciudadana mediante la Coordinación Nacional de Seguridad Ciudadana y de las Coordinaciones Regionales de Seguridad Ciudadana en las diferentes entidades federales”.

Por su parte, el artículo 26.1. del Reglamento Orgánico del Ministerio del Interior y Justicia, es como sigue:

“Corresponde al Despacho del Vice Ministro de Seguridad Ciudadana:

1. La Organización, coordinación y supervisión de los cuerpos de policía nacional”.

2. El artículo 1° de la Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana establece que el objeto de dicho cuerpo normativo es la regulación de la coordinación entre los órganos de seguridad ciudadana. La coordinación a que tiende, ha sido definida en dicha ley, como el mecanismo mediante el cual el Ejecutivo Nacional, los estados y los municipios “*unen esfuerzos para la ejecución de acciones tendentes a desarrollar los principios de comunicación, reciprocidad y cooperación que permitan garantizar la Seguridad Ciudadana*”. A tal fin crea un Consejo de Seguridad Ciudadana, el cual tiene por objeto el estudio, formulación y evaluación de las políticas nacionales en materia de seguridad ciudadana (art. 18). A su vez se crean las Coordinaciones Nacional y Regionales de Seguridad Ciudadana, cuyo función es, también, coordinar, seguir y evaluar los planes y directrices que en la materia dicte el Consejo de Seguridad Ciudadana. En general, de lo que se trata en dicha ley es de desarrollar, en torno a la competencia de seguridad, el principio de coordinación que debe inspirar las relaciones entre los diversos niveles en que se distribuye territorialmente el Poder Público, contenido en el artículo 165 constitucional, según el cual “*Las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados. Esta legislación estará orientada por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad*” (Destacado de la Sala).

En cuanto a la coordinación establecida en la ley, se trata por una parte del cumplimiento de lo que se ha denominado la *coordinación formal*, que opera entre los sujetos titulares de la competencia de que se trate y que se funda en la información recíproca y en la búsqueda de acuerdos consentidos o *auto coordinación*. Ello se evidencia del hecho de que el Consejo de Seguridad Ciudadana esté formado por representantes del Ejecutivo Nacional, de los estados, municipios y de otros entes cuyas atribuciones guarden relación directa con la actividad policial. En dicho Consejo, naturalmente, y aunque no se exprese claramente, se gestan acuerdos relativos a las políticas y acciones a seguir, fundados en una evaluación previa de las situaciones y un pronóstico de su evolución. Por otra parte, tenemos que también en la ley bajo examen se evidencia otro tipo de coordinación denominado *material*, que según “*Karl Huber (consiste en) una coordinación del ‘contenido de los asuntos’ (...) que supone un cierto poder directivo de operaciones globales por parte de la unidad superior*” (García de Enterría y T-R. Fernández). Es decir, los acuerdos preestablecidos luego son a su vez coordinados, y su seguimiento y examen se lleva a cabo por las denominadas Coordinación Nacional o Regionales, en cabeza del Ministerio del Interior y Justicia. Por lo tanto, la integración en la diversidad de las partes del conjunto, previamente acordada, exige la adopción de medidas necesarias y suficientes para asegurar tal integración.

La manera en que se realizan de ordinario tal seguimiento y cumplimiento de los acuerdos previos, es la emisión de directrices, directrices en cuya discusión y aprobación han estado presentes o representados los órganos a quienes tocará cumplirlas, y así es que debe entenderse lo dispuesto en el artículo 3°.1. de la referida ley, cuando expresa que a los órganos de seguridad corresponderá “*Acatar y ejecutar sin demoras las instrucciones de coordinación que en materia de seguridad ciudadana sean emitidas por el Consejo de Seguridad Ciudadana*”, pues tales acatamiento inmediato y ejecución sin demoras amerita el concurso de dichos entes en el seno del Consejo de Seguridad Ciudadana (recuérdese que la coordinación no anula la voluntad del coordinado, conservando éste amplia discrecionalidad en cuanto al modo y los medios que destine al logro de las directrices); no se trata, pues, de una orden dictada en el ejercicio de un poder jerárquico.

Desde el panorama planteado, es que el artículo 16 de la Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana adquiere todo su sentido. El precepto en cuestión prevé que “*Cuando surja una situación cuya atención corresponda a los órganos de seguridad ciudadana, y la misma no se encuentre prevista en el presente Decreto Ley, la coordinación y el manejo de la misma*

será responsabilidad del Coordinador Nacional o el Coordinador Regional, según sea el caso". Dicho artículo se inserta en el Título II, que va del art. 8° al 17, denominado "Competencias concurrentes y actuación compartida", y se refiere a la actuación de los órganos de seguridad ante sucesos en que los mismos deban operar conjuntamente: cuando coincida la presencia de representantes de los órganos de seguridad ciudadana en un mismo evento (art. 8°); cuando resulte inminente el desbordamiento de la capacidad de respuesta de un órgano actuante para controlar una situación de orden público (art. 9°); prestación de auxilio y colaboración ante alteraciones del orden público o manifestaciones colectivas (art. 10); notificación de la comisión de hechos punibles a las autoridades competentes (art. 11); persecución de individuos presuntamente implicados en delitos o infracciones (art. 12); situaciones delictivas en curso, emergencias bomberiles, administración de desastres (arts. 13, 14 y 15). La norma contenida en el artículo 16 es en definitiva lo que se llama una cláusula de cierre, que pretende señalar a quién compete la facultad de coordinación en casos distintos a los señalados, pero que, fácilmente es distinguirlo, se tratará de situaciones análogas, pero no previstas en la normativa referida.

Sin embargo, la competencia conferida en el artículo 16 a los Coordinadores Nacional y Regionales, debe cumplirse conforme a los planes y acciones que tome el Consejo de Seguridad Ciudadana, según lo establece el artículo 5° de la Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana, ya que a dicho Consejo le corresponde, en atención a la competencia que le atribuye el artículo 18 *eiusdem*, "*el estudio, formulación y evaluación de las políticas nacionales en materia de Seguridad Ciudadana*". Por lo tanto, la interpretación que realiza el Ministerio del Interior y Justicia de dicho precepto, en el sentido de que puede atender por sí mismo cualquier asunto que involucre una situación en que esté implicada la seguridad distinta a las contempladas en el Título II de dicha Ley, sin recurrir a la previa convocatoria del Consejo en cuestión y sin que se haya producido una directriz por parte del mismo, no se acomoda a la intención que se desprende de una lectura sistemática de la Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana.

Sin embargo, en atención a las razones dadas por dicho Ministerio a la hora de dictar la Resolución 567, las cuales guardaban relación, según los considerandos de dicho acto, con la paralización de las actividades de la Policía Metropolitana, a raíz de una huelga declarada el 01.10.02, lo cual habría provocado una irregular prestación del servicio de seguridad en el Área del Distrito Metropolitano de Caracas, esta Sala ordena al Ministerio del Interior y Justicia convocar a una reunión del Consejo de Seguridad Ciudadana, con el fin de evaluar tal situación (de seguir la misma), así como los planes y políticas destinadas a subsanarla; en dicho Consejo participarán, conforme lo establece el artículo 19 en concordancia con el 23, ambos de la mencionada Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana, el Ministro del Interior y Justicia, el Viceministro de Seguridad Ciudadana, el Gobernador del Estado Miranda, en representación de los Gobernadores de las entidades federales, el Alcalde Metropolitano, en representación de los Alcaldes, el Coordinador Nacional de Policía, el Coordinador Nacional del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas; el Coordinador Nacional de Bomberos y el Coordinador Nacional de la Organización de Protección Civil y Administración de Desastres. El plazo para que se lleve a cabo y se produzca el acuerdo respectivo será de quince (15) días hábiles a contarse a partir de la publicación de la presente decisión. Así se decide.

Por otra parte, la garantía institucional consagrada en la Constitución a favor de los municipios, particularmente en su artículo 168, según el cual los mismos "*constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía*", por medio de la cual asumen potestades políticas superiores, como lo son la de legislar sobre los asuntos respecto de los cuales sean competentes, así como gestionarlos bajo la coordinación a que hace referencia el artículo 165 de la Constitución, sólo autoriza la actuación coordinada de las competencias concurrentes.

Así lo refiere jurisprudencia comparada, cuando, aun partiendo de supuestos normativos similares a los expuestos anteriormente (art. 16 citado), rechaza la posibilidad, por ejemplo, de que por medio de la coordinación se pueda legitimar un control sustitutivo por parte del Estado respecto de la actividad de los entes regionales, señalando que en ninguna circunstancia la coordinación podrá suponer “una sustracción de las competencias de las entidades sometidas a la misma” (Tribunal Constitucional español); y ni siquiera, según la doctrina, en el ejercicio de una facultad tan grave como la que la Constitución Española prevé en su artículo 155, según el cual, y con la aprobación previa del Senado y en caso de no ser atendido, el Gobierno central podrá obligar a una Comunidad Autónoma al cumplimiento forzoso de las obligaciones que la Constitución o las leyes les impongan, “cabrá la disolución de órganos autonómicos, o la revocación de sus cargos” y “la necesidad de las medidas las obliga a cesar en cuanto el fin de la ejecución esté cumplido, o cuando las autoridades autonómicas se muestren dispuestas a la autocorrección...” (García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas). Desde esta misma óptica, otro autor opina que, si bien “la autonomía local no excluye la constitucionalidad de ciertos mecanismos de control administrativo, sí es refractaria al mantenimiento de los Cuerpos de Policía Local en situación de subordinación al mando de las autoridades gubernativas y sometidos al principio de primacía y superior dirección de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado” (J. Barcelona Llop, *Policía y Constitución*, Tecnos, 1997).

Como puntos previos la Sala debe acotar:

1) Afectado por esta controversia constitucional entre órganos del Poder Público, se encuentran otros procesos en estado de litis pendencia, los cuales, por ello, quedan sin efecto. De allí que la orden emanada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el caso incoado por la Alcaldía Mayor contra el General Jorge García Carneiro, de quien no emanó Resolución alguna de coordinación o intervención, no produce efecto alguno.

2) Por notoriedad judicial y haber sido admitido por la accionante se conoce que ella desistió de la acción de nulidad contra los decretos 567, 568 y 569 emanados del Ministerio del Interior y Justicia, por consiguiente la presunción de la legalidad de las mismas continúa.

3) Oída las partes, la Sala encuentra que se está ante una discusión de mero derecho y, en consecuencia, no admite ninguna de las pruebas producidas en la audiencia.

4) Establecido lo anterior, la Sala apunta:

4.1) Que, la dirección de la Policía Metropolitana corresponde inequívocamente al Alcalde Metropolitano, tal como lo asentó esta Sala en el fallo del 13-12-00.

4.2) Que, como Director de dicha policía, es él quien puede nombrar a los directivos y jefes de ella, y así se declara.

5) Que, como consecuencia de lo anterior, queda sin efecto la Resolución N° 569, en la cual se nombró al ciudadano Gonzalo Sánchez Delgado Director General de la Policía Metropolitana.

6) La Sala hace el anterior pronunciamiento en relación a la Resolución n° 569, por razones de orden público constitucional.

En efecto, debe ella dirimir un supuesto conflicto constitucional entre autoridades, pero en la resolución de dicho conflicto, e independientemente de lo que resuelva, la Sala constata una violación de carácter constitucional que atenta contra el orden público, al existir una indebida designación en un cuerpo, como la Policía Metropolitana, que es garante del orden público en el Distrito Metropolitano.

7) Establecido lo anterior, la Sala entra a decidir si existe o no un conflicto constitucional de autoridades y, para ello, debe previamente declarar que son hechos aceptados por los litigantes y conocidos por notoriedad comunicacional, los siguientes: que, antes de que se dictaran las Resoluciones núms. 567, 568 y 569, existía un estado de enfrentamiento dentro de la Policía Metropolitana, entre un grupo de agentes y el Alcalde Metropolitano, que dicho conflicto conllevó a la toma del Control de Comunicaciones situado en Cotiza y que, aparentemente, motivado a dicha toma, dejó de funcionar el Centro de Comunicaciones. Que posterior a la emisión de las Resoluciones señaladas, las Fuerzas Armadas con varios de sus componentes tomaron posesión de algunos centros policiales de la ciudad, y que aún se mantienen en ellos, cumpliendo funciones desconocidas por esta Sala; asimismo, que existen versiones divididas sobre la calidad y número de armas correspondientes a la Policía Metropolitana.

8) Visto, pues, que la coordinación no implica más que la fijación consentida de metas con el consecuente seguimiento de sus resultados y que la direccionalidad que se otorga al Ministerio del Interior y Justicia sólo se explica en la debida supervisión de los referidos acuerdos, es que la resolución 569 (la cual dejó implícitamente sin efecto la n° 568), mediante la cual, y producto de una interpretación errada del artículo 16 de la Ley de Seguridad Ciudadana, se designó como Director General Encargado de la Policía Metropolitana de Caracas al ciudadano Gonzalo Sánchez Delgado, se deja sin efecto a partir de la presente fecha. Las autoridades nombradas por el Alcalde Metropolitano de Caracas en la dirección de la Policía Metropolitana asumirán nuevamente el ejercicio de sus competencias en las actividades ordinarias, y dentro del marco de directrices y planes que fije el Consejo de Seguridad Ciudadana, y que gestionen, en función de aquellos, los Coordinadores Nacional y Regional, quedando así restablecidas las competencias de la Policía Metropolitana en la forma indicada en el presente fallo. Así se decide.

Por último, se establece que cualquiera de los componentes de la Fuerza Armada Nacional y en especial la Guardia Nacional pueden efectuar funciones de seguridad ciudadana en caso de necesidad, bajo la coordinación previa del Consejo de Seguridad Ciudadana y de las Coordinaciones Nacional o Regionales respectivas, conforme lo establece el artículo 27 de la Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana, en concordancia con los artículos 3.1. de la misma Ley; 5 literal d) de la normativa que rige a la Guardia Nacional, que le autoriza para actuar en resguardo del orden público y evitar o reprimir la delincuencia, cuando los órganos policiales de la Nación, los Estados y las Municipalidades resulten insuficientes y 12, literal f) de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, donde se autoriza a la Fuerza Armada de Cooperación a participar en las operaciones requeridas al objeto de mantener el orden público, y así también se decide.

D. *El Poder Electoral: Atribuciones*

TSJ-SE (149)

24-9-2002

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Ángel García y otros vs. Superintendencia de Cajas de Ahorro.

De conformidad con el artículo 293, numeral 6, de la Constitución, no se establece una competencia exclusiva del Consejo Nacional Electoral en cuanto a la organización de procesos electorales de las organizaciones de la sociedad civil, sino que tiene competencia para organizarlos a solicitud de éstas o por orden de la Sala Electoral.

En ese sentido, la Superintendencia de Cajas de Ahorro, mediante la Providencia Administrativa impugnada convocó a una Asamblea Extraordinaria de Delegados de la Caja de Ahorro del Sector de Empleados Públicos, basándose en lo establecido en los artículos 112, 118 y 308 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y lo contenido en el artículo 19 del Decreto n° 1.523 con fuerza de Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro y en el artículo 4, numeral 8 del Decreto n° 1.475 sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central.

La nombrada Providencia Administrativa se dictó por cuanto, según lo considerado por el Superintendente de Cajas de Ahorro, la Caja de Ahorros del Sector de Empleados Públicos incumplió con las previsiones establecidas en los artículos 10, 11 y 33 del mencionado Decreto Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro.

Alegan los accionantes que la Superintendencia de Cajas de Ahorro no tenía competencia para dictar dicha providencia administrativa, por cuanto ésta, al ser referente a materia electoral, estaría atribuida al Consejo Nacional Electoral. En este sentido observa esta Sala que en el numeral 6 del artículo 293 de la Constitución de la República se establece como función del Consejo Nacional Electoral “*Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos eleccionarios*”.

De modo que no se establece una competencia exclusiva del Consejo Nacional Electoral en cuanto a la organización de procesos electorales de las organizaciones de la sociedad civil, sino que tiene competencia para organizarlos a solicitud de éstas o por orden de esta Sala, de manera pues que no es a nivel constitucional que estaría declarada esta supuesta competencia exclusiva del Consejo Nacional Electoral en cuanto a los procesos electorales a celebrarse en las Cajas de Ahorro. En consecuencia se trata de un asunto que debe dilucidarse a la luz del marco legal correspondiente.

En ese sentido, el órgano administrativo competente para el control estatal de las Cajas de Ahorro es la Superintendencia de Cajas de Ahorro adscrita al Ministerio de Finanzas, siendo que el Decreto Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, que rige a esa Superintendencia, le otorga competencias para convocar Asambleas de Asociados de las Cajas de Ahorro cuando, entre otros supuestos, determine la existencia de actos u omisiones que contravengan dicho Decreto Ley y su Reglamento.

Igualmente el citado Decreto Ley establece en su artículo 32 que los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia serán electos por votación directa, personal, secreta y uninominal por un período de 2 años y el artículo 33 *eiusdem* establece que la Comisión Electoral es el órgano encargado de realizar los procesos electorales en las cajas de ahorro y fondos de ahorro y que deben notificar de éstos a la Superintendencia de Cajas de Ahorro dentro de los 5 días siguientes a la juramentación de los miembros de la Comisión Electoral, a los fines de que ejerza la supervisión de dichos procesos cuando lo considere pertinente.

De modo pues, que la Superintendencia de Cajas de Ahorro sí es competente para controlar lo concerniente a los procesos electorales de las Cajas de Ahorro, así como para, bajo ciertas condiciones, convocar Asambleas generales de Asociados de las distintas Cajas de Ahorro, debiéndose por tanto desechar este argumento de los recurrentes.

2. *El Poder Estatal: Procuraduría General de los Estados*

TJSJ-SPA (317)

20-2-2002

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Conflicto entre el Gobernador y el Consejo Legislativo del Estado Amazonas.

De conformidad con la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, a éstos les corresponde autorizar al Gobernador para nombrar al Procurador General del Estado. La atribución del Consejo Legislativo, en estos casos, se limita a la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución del Estado para ser Procurador General, tales como ser venezolano por nacimiento, de profesión abogado y con más de cinco años de ejercicio de la abogacía.

Así, resulta imprescindible precisar la normativa vigente, a los efectos de determinar cuál de la dos autoridades en conflicto es la competente para designar al Procurador General del Estado Amazonas.

En tal sentido, la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, la cual tiene por objeto establecer las bases y principios del régimen de organización y funcionamiento de tales Consejos Legislativos, así como establecer los principios generales para el ejercicio de la función legislativa, establece en sus artículos 45 y 46 lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 45: A todo lo no previsto en esta Ley, será aplicable la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Reglamento Interior y de Debates de cada uno de los Consejos Legislativos, así como la legislación nacional y estatal, cuando le sea aplicable”.

“Artículo 46: Quedan derogadas todas las normas que contraríen la presente Ley”

Las normas antes transcritas evidencian con bastante claridad que la intención del legislador, al derogar expresamente todas las normas que contraríen la Ley que se comenta, fue establecer su primacía, en atención a su rango y especialidad, respecto a las ya existentes, derogando así todas aquellas disposiciones contrarias a su contenido.

De manera que, de existir en la normativa estatal vigente normas contrarias al contenido de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, éstas quedarán sin efecto alguno al ser dicho ordenamiento de rango superior: ley orgánica frente al rango de ley estatal que tienen las Constituciones estatales; además de ser posterior y de carácter especial en cuanto a la regulación del ámbito de las competencias atribuidas a dichos cuerpos legisladores.

Ahora bien, el numeral 10 del artículo 40 de la Constitución del Estado Amazonas, cuya última reforma fue publicada en la *Gaceta Oficial* del Estado Amazonas, Año 1, n° 1, mayo de 1993, Número Extraordinario, establece:

“Artículo 40: El ejercicio de la función Legislativa y de Control de la Administración Pública del Estado corresponde a la Asamblea Legislativa y sus atribuciones son:

...omissis...

10. Designar y remover al Procurador y Contralor del Estado y tomarles el juramento de Ley”

Por su parte la nueva Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, dispone en su artículo 15, numeral 13, lo siguiente:

“Artículo 15: Corresponde a los Consejos Legislativos de los Estados:

...*omissis*...

13. Autorizar al Gobernador del estado el nombramiento del Procurador o Procuradora General del Estado de acuerdo a los parámetros establecidos en la Constitución del respectivo estado”

De la comparación de las normas antes transcritas, encuentra la Sala que concatenadas las mismas con el contenido del artículo 45 *eiusdem*, se evidencia que existe una derogatoria parcial de la Constitución del Estado Amazonas; ello en virtud de que se elimina, en la nueva Ley, la facultad que tenía el Consejo Legislativo del Estado Amazonas para nombrar al Procurador General del Estado, pero remite a ella a los efectos de cumplir con los parámetros que establezca la Constitución del Estado para tal nombramiento. A la vez consagra que corresponde al referido Consejo Legislativo, “autorizar” al Gobernador para el nombramiento del Procurador o Procuradora General del Estado.

Estima la Sala que la atribución del Consejo Legislativo, en estos casos, se limita a la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución del Estado para ser Procurador General, tales como ser venezolano por nacimiento, de profesión abogado y con más de cinco años de ejercicio de la abogacía.

Conforme a lo expuesto, concluye esta Sala que el ciudadano Liborio Guarulla, en su condición de Gobernador del Estado Amazonas es la autoridad legítima para designar al Procurador General de ese Estado. En consecuencia, visto que en la Resolución n° 1123 de fecha 10 de octubre de 2001, el referido Gobernador designó al abogado Jairo Enrique Añez Oropeza, como Procurador del Estado Amazonas, corresponde al Consejo Legislativo de ese Estado, autorizar tal nombramiento, una vez haya verificado el cumplimiento de los requisitos de Ley para optar al referido cargo. Así se declara.

3. *El Poder Municipal*

A. *Distrito Metropolitano de Caracas: Régimen de transición*

TSJ-SC (164)

5-2-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Varios vs. Ministerio de Finanzas y Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

Por otra parte, estima esta Sala preciso señalar que al sancionarse la vigente Constitución desapareció el antiguo Distrito Federal, cuyo gobierno y dirección correspondía a la extinta Gobernación del Distrito Federal y se creó, en sustitución de aquel al Distrito Capital, erigiéndose una nueva unidad político territorial, denominada Distrito Metropolitano de Caracas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Carta Fundamental, lo que exigía que se dictara una regulación que propendiera a la transición administrativa, orgánica y de gobierno entre la persona jurídica que se extinguía y la nueva que había sido creada. En acatamiento entonces, a la citada disposición normativa y a la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitana de Caracas, se promulgó la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas, que contiene el régimen especial a ser aplicado a, entre otros asuntos, el relativo a la transición en materia laboral y de gestión administrativa, que es el que incide en el caso planteado en autos.

Ahora bien, planteada la controversia en los términos expuestos, es preciso realizar una interpretación armónica de los preceptos aplicables al presente caso con la finalidad de determinar cuál de los organismos señalados como presuntos agraviantes debe imputárseles, de ser procedente, las violaciones denunciadas. Al respecto, considera esta Sala que, de acuerdo con la normativa legal aplicable al régimen de transición que operó entre la antigua Gobernación del Distrito Federal y el Distrito Metropolitano de Caracas, los pasivos laborales causados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, oportunidad en la cual, de acuerdo con la mencionada Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas, culminó la referida transición, correspondió al Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Finanzas, el cual debía honrar los respectivos pagos. Igualmente, cabe destacar que, el artículo 2 de dicha Ley establece: “A los efectos de la presente Ley la transición es un régimen especial y provisional en materia fiscal, laboral y de gestión administrativa, y está comprendida desde la instalación del Cabildo Metropolitano de Caracas hasta el 31 de diciembre de 2000. Asimismo, el numeral 4 del artículo 8 *eiusdem* dispone: “Los pasivos laborales que se deriven de la Ley Orgánica del Trabajo, de la Ley de Carrera Administrativa, de las convenciones colectivas de trabajo o de los laudos arbitrales, anteriores al proceso de transición y los que se generen por efecto de dicho proceso, serán cancelados por la República por órgano del Ministerio de Finanzas ...”

Dispone, igualmente, el artículo 9 de la mencionada Ley:

Artículo 9.- La administración de personal durante el Régimen de Transición se hará de acuerdo con los siguientes parámetros:

- 1. el personal al servicio de la Gobernación del Distrito Federal y sus entes adscritos, continuará en el desempeño de sus cargos, mientras dure el período de transición, de conformidad con las normas contenidas en la Constitución y en las Leyes.*
- 2. el pago de las pensiones que correspondan al personal jubilado e incapacitado, incluyendo aquellos que en la actualidad se encuentran en proceso de jubilación o incapacidad, los asumirá el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Finanzas.*

Ello implicaría que, los empleados regulares pasarían a formar parte de la nueva persona; sin embargo, en cuanto al personal jubilado e incapacitado, en virtud de la especial situación que lo caracteriza, sólo se dispuso que los pagos, debían ser asumidos por el Ejecutivo Nacional y los mismos debían realizarse a través del Ministerio de Finanzas.

Ahora bien, el régimen de transición debía concluir, de acuerdo con lo dispuesto en esa misma ley (artículo 2), el 31 de diciembre de 2000, sin que sea posible inferir de ello que los pagos que debía realizar el Ministerio de Finanzas sólo deban realizarse hasta el 31 de diciembre de 2000, día en el cual culminó la transición.

Por el contrario, la indicación de la fecha tenía por finalidad indicar hasta que oportunidad permanecía la transición, no quería hacerse referencia con ello a la extinción de la obligación a cargo del Ejecutivo Nacional. De lo que se colige que el pago periódico de los jubilados y demás personal cesante, tenía y tiene que seguirlos honrando el Ministerio de Finanzas, lo que no excluye que los funcionarios jubilados deban considerarse personal jubilado del Distrito Metropolitano de Caracas y en tal virtud presentar ante este órgano sus reivindicaciones y reclamaciones.

Considera necesario esta Sala señalar que la Exposición de Motivos de la comentada Ley, contiene una referencia en relación con esta situación, que evidencia la solución, que con los pasivos reclamados se quiso establecer, en efecto, dispone dicho texto:

“En tal sentido se plantea que el Ejecutivo Nacional asumirá directamente y se obliga a cancelar las obligaciones y pasivos laborales que se deriven de ley, convenios colectivos, laudos arbitrales o cualquier otro instrumento relacionados con negociaciones colectivas o particu-

lares, anteriores al proceso de transición por concepto de indemnizaciones laborales o por decretos de aumentos generales de sueldos y salarios emanados del Ejecutivo Nacional, las cuales serán liquidadas por el Ejecutivo Nacional de acuerdo con las previsiones Legales y reglamentarias que se dicten en efecto.

En el artículo 9 se establece el régimen de administración de personal en el período de transición. En los casos en que sea procedente, la transferencia de personal estará libre de pasivos y bajo ningún supuesto podrá transferirse el personal jubilado, en proceso de jubilación, incapacitado, en comisión de servicios o en cualquier situación en que no exista una prestación efectiva de servicios en el Distrito Capital”.

Ciertamente, de la interpretación que se haga de lo dispuesto en la Exposición de Motivos parcialmente transcrita, debe colegirse que, efectivamente, tal como lo sostiene la representación del Distrito Metropolitano de Caracas, se quiso librar al recién fundado organismo de cualquier pasivo, pero ello obsérvese está referido única y exclusivamente a la cuestión económica, sin que pueda pensarse que este eximente pueda extenderse a los demás requerimientos formulados por los accionantes.

De tal manera que, de los antes señalados dispositivos normativos, interpretados conjunta y armónicamente, se desprende, en primer lugar, que la fecha a que se hace referencia en el texto, esto es, el 31 de diciembre de 2000, sólo tiene por efecto determinar la extinción del régimen transitorio; en segundo lugar, el acaecimiento de tal acontecimiento, no puede dar lugar a que cese la obligación a cargo del Ministerio de Finanzas para cumplir con los pagos del personal jubilado pues, efectivamente, se quiso librar -y ello se evidencia de la Exposición de Motivos de la Ley-, de cualquier pasivo laboral que se hubiese generado con anterioridad o durante ese período al Distrito recién creado.

Ciertamente, la fijación de una específica oportunidad pretende ser indicativa de una separación entre los distintos compromisos asumidos, de allí que los pasivos generados con posterioridad a dicha fecha, -quiere hacer énfasis la Sala al respecto- deben corresponder, por ser evidente del contenido de la Ley, al Distrito Metropolitano.

Por otra parte, quiere la Sala destacar que la remisión que contiene la norma está referida única y exclusivamente a los recursos, de tal manera que, las condiciones y la situación del personal jubilado o incapacitado deba continuar siendo una responsabilidad de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, órgano de cuya política depende dicho personal, debiendo los pagos periódicos continuar a cargo del Ejecutivo Nacional, como se indica en el numeral 2 del artículo 9, sin que pueda realizarse una interpretación literal de la norma, para concluir que la obligación de pago al que el mismo se refiere deba extinguirse una vez cumplido el régimen transitorio.

Estima la Sala que la precedentemente explanada interpretación es la que debe privar, pues de lo contrario existiría, efectivamente, tal como lo plantean los accionantes, una amenaza de violación a los derechos y garantías invocadas, es decir, la posibilidad de que se desconozca el derecho que poseen los accionantes de disfrutar de una atención integral y de los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren la calidad de vida de todo el personal jubilado e incapacitado que dependía de la extinta Gobernación del Distrito Federal y el que así resultó luego del régimen de transición, consagrados expresamente en los artículos 80 y 86 del Texto Fundamental.

En consecuencia, es forzoso para esta Sala, con la finalidad de tutelar a los solicitantes en el disfrute de las garantías y derechos contenidos en la Constitución, denunciados como amenazados de violación, y hacer efectivo el respeto a la dignidad humana que pretende ser vulnerada por la situación a la que pudieran ser expuestos los accionantes del presente amparo, declarar:

Primero: Todos los pasivos laborales causados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8, numeral 4 de la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas, corresponden al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Finanzas, obligación que subsistirá hasta la extinción de dicho beneficio y sólo por los montos establecidos en la actualidad;

Segundo: la citada fecha no determina el momento en que cesa la obligación para dicho órgano del Ejecutivo Nacional, sino que separa el momento en que debe concluir su obligación en relación con los pasivos que se generen a partir de la citada fecha;

Tercero: La remisión de la obligación que realiza la norma al Ejecutivo Nacional (artículo 9, numeral 2) está referida sólo a los recursos, por tanto, el personal jubilado e incapacitado que estaba adscrito a la antigua Gobernación del Distrito Federal y al que le fuera otorgada tal condición durante el período de transición, de acuerdo con lo dispuesto en la mencionada Ley, deberá continuar en el disfrute de las condiciones existentes para los jubilados del Distrito Metropolitano de Caracas y, en consecuencia, es de dicho ente del cual dependerán sus reivindicaciones, su seguridad social, así como cualquier otra cuestión derivada de tal condición, de acuerdo con la política que en tal materia despliegue dicho órgano en relación con su personal, a cuyo cargo correrán los incrementos que éstos generen, es decir, corresponde el pago de dichos incrementos al Distrito Metropolitano;

Cuarto: Todas las obligaciones y pasivos, en este sentido, causados a partir del 31 de diciembre de 2000 deberán ser asumidos por el Distrito Metropolitano de Caracas.

B. *Municipios: Referéndum municipal para la revocatoria del mandato del Alcalde*

TSJ-SPA (73)

23-1-2002

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paoloni

Caso: Conflicto de autoridades en el Municipio Antolín del Campo del Estado Nueva Esparta.

La norma contenida en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que contempla la suspensión del cargo de Alcalde hasta tanto se realice el referéndum respectivo, en virtud de la improbación de la memoria y cuenta por la Cámara Municipal, es diferente a la norma contemplada en el artículo 72 de la Constitución, la cual se refiere a la revocatoria de los cargos de elección popular, es decir, que la Carta Magna hace alusión al poder que tiene el soberano de revocar el mandato de las autoridades que han elegido si su gestión ha sido contraria a los principios constitucionales y legales respectivos, supuesto distinto a la evaluación que debe efectuar la Cámara Municipal en torno a la gestión administrativa realizada por el Alcalde a través de la memoria y cuenta.

Ahora bien, debe esta Sala analizar el alegato expuesto por el ciudadano Rafael Salazar Serrano, según el cual la Cámara Municipal del Municipio Antolín del Campo del Estado Nueva Esparta al improbar la Memoria y Cuenta por él presentada, y acordar su suspensión del cargo de Alcalde en la sesión del 18 de Mayo de 2001, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, contravino lo establecido en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que la referida norma constitucional establece que los cargos y magistraturas de elección popular son revocables por referéndum.

Sobre el anterior particular observa la Sala que el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece:

“El Alcalde quedará suspendido en el ejercicio del cargo cuando el Concejo o Cabildo, por decisión expresa y motivada y con el voto de las tres cuartas (3/4) partes de sus integrantes, impruebe la Memoria y Cuenta de su Gestión anual. En este mismo acto, el Concejo o Cabildo convocará a un referéndum que se realizará en un plazo mínimo de treinta (30) días para que el cuerpo electoral local se pronuncie sobre la revocatoria o no del Mandato del Alcalde. Durante la suspensión, las funciones atribuidas al Alcalde serán ejercidas por el Concejo que designe la Cámara. Si el electorado se pronuncia por la Revocatoria del Mandato, se aplicará lo previsto en el artículo 54 de esta Ley sobre falta absoluta; caso contrario, el Alcalde reasumirá sus funciones.”

La norma transcrita *supra*, es la única en todo el cuerpo de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que prevé la suspensión de los Alcaldes, especificando que dicha medida procede exclusivamente en los casos de improbación de la Memoria y Cuenta anual por las tres cuartas (3/4) partes de los miembros del respectivo Concejo Municipal, sólo mediante decisión expresa y motivada. Además, la suspensión del Alcalde únicamente podrá durar hasta tanto se efectúe en la localidad el referéndum revocatorio.

En este sentido, observa la Sala que el ciudadano Rafael Salazar Serrano denunció que la norma constitucional que supuestamente resulta vulnerada con la aplicación del artículo antes señalado, es la contenida en la disposición del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece:

“Artículo 72. Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y la ley. La revocatoria del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley. Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato”.

Así las cosas, constata la Sala que contrariamente a lo alegado por el ciudadano Rafael Salazar Serrano, la norma contenida en el artículo 69 está referida a una suspensión del ejercicio del cargo de Alcalde hasta tanto se realice el referéndum respectivo, supuesto distinto al contemplado en la norma constitucional, la cual se refiere a la revocatoria de los cargos de elección popular, es decir, que la Carta Magna hace alusión al poder que tiene el soberano de revocar el mandato de las autoridades que han elegido, si su gestión ha sido contraria a los principios constitucionales y legales respectivos, supuesto distinto a la evaluación que debe efectuar la Cámara Municipal en torno a la gestión administrativa realizada por el Alcalde a través de la Memoria y Cuenta.

En el presente caso, la Cámara Municipal del Municipio Antolín del Campo del Estado Nueva Esparta, en su mayoría calificada, es decir, con las tres cuartas (3/4) partes de sus integrantes, improbo la Memoria y Cuenta presentada por el Alcalde Rafael Salazar Serrano, con fundamento en un análisis motivado efectuado a la gestión realizada por dicho Alcalde, por lo que, tal y como se acordó en la Sesión Ordinaria del 18 de mayo de 2001, era procedente la suspensión del referido ciudadano del cargo de Alcalde, así como la respectiva designación como Alcalde Interino del ciudadano José Rodríguez Díaz y la convocatoria a un referéndum que se realizaría el 17 de junio del año 2001.

TSJ-SC (579)

22-3-2002

Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando

Caso: Recurso de Revisión de la sentencia n° 73 de fecha 23 de enero de 2002 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Al Concejo Municipal sólo incumbe la iniciativa para el referendo consultivo en “materias de especial trascendencia municipal y parroquial”, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 de la Constitución. Por tanto, la iniciativa consagrada en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (iniciativa del Concejo para convocar un referendo revocatorio en caso de no aprobación de la memoria y cuenta del Alcalde) colide con la iniciativa popular prevista en el artículo 72 de la Constitución (anula sentencia N° 73 de 23-1-2002 de la Sala Político-Administrativa).

En cuanto al alegado conflicto entre el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala observa que la iniciativa para el referendo revocatorio no es competencia del Concejo Municipal, a quien sólo incumbe la iniciativa para el referendo consultivo en “materias de especial trascendencia municipal y parroquial”, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 *eiusdem*. Tratándose, por tanto, de un referendo revocatorio, cuya iniciativa corresponde a un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras según el artículo 72 de la misma Constitución, es claro que la iniciativa consagrada en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (iniciativa del Concejo en caso de no aprobación de la Memoria y Cuenta del Alcalde) colide con la iniciativa popular prevista en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara.

Por los fundamentos expuestos, la Sala Constitucional, a los fines de garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo ordena el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara que ha lugar a la revisión solicitada y, en consecuencia, anula la sentencia N° 73 dictada el 23 de enero de 2001 por la Sala Político Administrativa, por ser incompatible con lo dispuesto por el artículo 72, segundo acápite, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y por haber sido dictada en contravención de la competencia prescrita por el artículo 336.9 *eiusdem*. La Sala, por tanto, desaplica el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal en lo que respecta a la iniciativa del Concejo Municipal para convocar un referendo revocatorio por ser opuesto a lo previsto en el artículo 72 ya mencionado.

Sin embargo, la Sala considera, por lo demás, que el control político previsto por el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal debe cumplirse, cuando se considere la aprobación o no de la Memoria y Cuenta del Alcalde, en los términos exigidos por la ley, a fin de hacer efectiva su responsabilidad civil, administrativa o penal si a ello hubiere lugar.

La Sala considera, también, que la desaplicación del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, respecto de la convocatoria al referendo revocatorio, implica la nulidad de la suspensión del Alcalde accionante, en vista de que no es posible tal convocatoria conforme al referido artículo, y de que dicha suspensión está prevista, en el artículo desaplicado, como consecuencia de la convocatoria en cuestión.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Libertad económica*

CPCA (3682)

19-12-2002

Magistrado Ponente: Perkins Rocha Contreras

Caso: Varios vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia).

El artículo 5 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, según el cual “...se prohíben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia”, es una norma residual, por cuanto entrarán en sus supuestos toda práctica o acuerdo tendiente a falsear la libre competencia, pero no encuadrable dentro de la amplia gama de prohibiciones particulares que establece la propia Ley en referencia. En virtud de ello, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se aparta expresamente del criterio según el cual la verificación de una conducta prohibida por el artículo 5 *in comento*, requiere la verificación simultánea de conductas que infrinjan algunos de los artículos sucesivos contentivos de prohibiciones específicas (artículos 6 al 17), es decir que la prohibición general no depende de la ocurrencia de la prohibición particular.

Los instrumentos jurídicos a través de los cuales se establece y regula el régimen de la libre competencia en el mercado, se insertan dentro del denominado Derecho Económico, es decir, la rama jurídica cuya finalidad –entre otras- es la de regir las restricciones y controles impuestos al desarrollo de las actividades axiológicamente comprendidas dentro del ciclo económico nacional. A través de tales normas se concreta la intervención del Estado en lo relativo a la libertad de entrar y salir del mercado de cualquier sujeto económico, sin que persona alguna que esté dentro de él, pueda en forma individual o grupal imponer alguna condición en las relaciones de intercambio.

Si bien es cierto que la intervención y control en materia de los mercados comerciales e industriales privados por parte del Estado surgió originalmente bajo la concepción de la necesaria reacción frente a situaciones que pudieran afectar la libre economía, no es menos cierto que esa intervención estatal constituye una finalidad propia de la estructura del Estado moderno. Es por ello, que estas medidas de intervención estatal, más que soluciones de carácter temporal, son un instrumento de política económica.

La intervención del Estado en la economía y, concretamente, en la defensa del libre mercado, se justifica porque, en estos casos, lo que básicamente está en juego es la defensa de los superiores intereses de la colectividad.

El Estado moderno está llamado a intervenir en la economía con el firme propósito de lograr el equilibrio en las relaciones económicas y para ello cuenta con un medio jurídico preciso: la policía económica.

En efecto, el conjunto de normas que regulan el desarrollo de actividades económicas por parte de los particulares constituyen una clara manifestación de esa específica función del Estado.

Entre las características propias de las normas que regulan la materia económica, específicamente la materia relativa a los mercados y su defensa, cabe destacar su extrema mutabilidad. Ciertamente, la razón fundamental que justifica la agilidad y variación de la normativa económica es la naturaleza misma de los hechos económicos que constituyen su objeto, de ahí su corta vigencia en el tiempo y su utilidad coyuntural. En este sentido, los instrumentos jurídicos de los que se sirve el Estado para intervenir en la materia económica deben ser, sobre todo, idóneos para adaptarse al ritmo impuesto por las variaciones económicas.

La normativa que regule el campo económico debe contar entonces con los mecanismos necesarios para responder de manera inmediata y eficiente ante las variaciones coyunturales que se producen en esta materia. Así, el régimen jurídico de la economía debe ser, esencialmente, modificable, adaptable a las circunstancias que en un momento dado se presenten.

La defensa de la competencia constituye actualmente, una forma de acción fundamental de la Administración en el mercado. Mediante ésta el Estado controla, supervisa y dirige los comportamientos de las empresas en el mercado, para mantener un régimen de competencias adecuado.

Pero no sólo en Venezuela, se le ha dado especial importancia al régimen de defensa de la competencia, ya que si analizamos el derecho comparado, observaremos que en la Comunidad Económica Europea, y en los Estados Unidos de Norteamérica también existen regímenes específicos y cónsonos con la necesidad de tutelar el buen funcionamiento de los mercados. Así, el artículo 2° del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea dispone: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran”. En este orden de ideas para el logro de los anteriores objetivos, dispone como necesario el artículo 3.f *eiusdem* “(...) el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común”.

Igualmente el caso Norteamericano, es realmente ejemplificante. En este país surgen los orígenes del derecho antitrust o de defensa de la competencia, con la Ley Sherman de 1890 y las leyes Clayton y de la Comisión Federal de Competencia –FTC- de 1914, aunque no debe olvidarse que ya innumerables Estados de la Federación contaban antes de la entrada en vigor de la Ley Sherman, con legislaciones muy completas contentivas de prohibiciones antitrust, o prácticas anticompetitivas.

Por su parte, el régimen español también cuenta con una desarrollada legislación de defensa de la competencia, e incluso el Tribunal Constitucional Español, ha indicado que la defensa de la competencia es una forma de intervención del Estado en la regulación del mercado, constituyéndose como una función pública de ineludible cumplimiento. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 1° de julio de 1986, N° 88, dispuso:

“El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta –art. 38 inciso segundo- por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que puede resultar necesaria es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo de la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”.

En otro orden de ideas, en Venezuela, actualmente el régimen jurídico de defensa de la competencia, parte del artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone:

“Artículo 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tenga por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía (...)”.

Pero no sólo la Constitución reconoce la necesidad del Estado de tutelar el buen funcionamiento de los mercados, ya que en el siguiente escalafón del ordenamiento jurídico encargado de tutelar la libre competencia, se encuentra la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, que establece un completo sistema orgánico y funcional para cumplir con el deber del Estado de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos económicos de los particulares (propiedad privada, libertad de empresa y libertad de competencia), entendidos como derechos subjetivos no absolutos que han de desarrollarse dentro de una economía de mercado y que, en virtud de los postulados centrales del Estado Social de Derecho, deberán perseguir no sólo los intereses individuales, sino también el interés general.

Esta Ley de Procompetencia, establece un conjunto de prohibiciones de ciertas conductas que despliegan las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, con o sin fines de lucro, realicen actividades económicas en el territorio nacional o agrupen a quienes realicen dichas actividades.

Las prácticas prohibidas dentro de la ley, ya sea bajo las prohibiciones particulares o las que residualmente se pudiesen presentar bajo la prohibición general, pueden asumir varios caracteres. Así, dependiendo del número de elementos subjetivos incorporados, las prácticas podrán ser unilaterales o multilaterales; serán horizontales o verticales, dependiendo de si el concurso de voluntades se produce entre sujetos dentro de un mismo nivel de la cadena de producción, distribución o comercialización, es decir, entre agentes económicos competidores (horizontales), o si se produce dentro de niveles diferentes del ciclo económico, es decir, entre productores y distribuidores, por mencionar sólo un ejemplo (verticales).

Ahora bien, al organizar la tipología de estas prohibiciones, la Ley establece una cláusula de prohibición general, según la cual “...se prohíben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia” (artículo 5).

Las prohibiciones formuladas en este sentido, buscan abarcar todas las formas posibles en las cuales se pudiese manifestar la conducta anticompetitiva. Es una norma residual, por cuanto entrarán en sus supuestos toda práctica o acuerdo tendiente a falsear la libre competencia, pero no encuadrable dentro de la amplia gama de prohibiciones particulares que establece la propia Ley en referencia. Así mismo, es conveniente señalar, que debido al carácter indeterminado de la prohibición general, resulta imprescindible que el órgano administrativo demuestre los efectos anticompetitivos de la actividad encuadrada dentro del supuesto de la prohibición general.

Los antecedentes de la norma contentiva de la prohibición general (artículo 5), pueden ubicarse en el artículo 85.1 del Tratado que estableció la Comunidad Económica Europea, comúnmente conocido como el Tratado de Roma de 1957, y en la Ley Española de Defensa de la Competencia de 1989 (artículo 1.1), siendo que la operatividad de la misma radica, insistimos, en el carácter residual que comporta, en el sentido de que se aplica a las prácticas no contempladas en alguna prohibición particular. En esta oportunidad y para casos futuros, ésta Corte se aparta expresamente del criterio según el cual la verificación de una conducta prohibida por el artículo 5 *in comento*, requiere la verificación simultánea de conductas que infrinjan algunos de los artículos sucesivos contentivos de prohibiciones específicas (artículos 6 al 17), es decir que la prohibición general no depende de la ocurrencia de la prohibición particular.

En efecto, tal criterio –que expresamente se abandona- no es cónsono con el sistema de economía social de mercado previsto en el ordenamiento constitucional venezolano, en el cual la libertad económica y la competencia deben existir, pero dentro de los límites previstos en el sistema jurídico, con el objeto de prevenir la colisión destructiva de los derechos y posibilitar su ejercicio a la colectividad en igualdad de condiciones. Así, limitar el campo de acción de Procompetencia, con interpretaciones alejadas del espíritu, propósito y razón de la norma, atenta contra los intereses colectivos envueltos en el libre desarrollo del ciclo económico de la Nación.

Por supuesto que la residualidad del artículo 5, no debe entenderse como un supuesto indefinido, cuyo concepto se establece después de un procedimiento probatorio ulterior, ya que ello supondría interpretar que dicho dispositivo consagra una norma sancionatoria en blanco, lo cual atenta contra el Principio de Tipicidad de las Penas consagrado en la Carta Magna, así como contra los elementos configuradores del Estado Social, de Derecho y Justicia que define la Constitución.

Nadie puede ser sancionado por una norma en blanco, por ello la aplicación de sanciones por el acaecimiento de las conductas prohibidas en el artículo 5, debe pasar por la indicación expresa, específica y clara de los elementos que permiten considerar que la conducta se encuadra en los supuestos del artículo 5. Una vez indicados expresamente los elementos antes mencionados, debe la Administración comprobar fehacientemente el acaecimiento de tales elementos, su encuadración en los supuestos del artículo 5, así como los efectos negativos en el mercado de las conductas a sancionar. En todo este procedimiento, tendrá la carga de la prueba la Administración, por incidir mediante un acto ablatorio, en el derecho constitucional a la presunción de inocencia de los particulares.

Es así como la posibilidad del órgano administrativo encargado de la defensa de la competencia, de supervisar, fiscalizar y sancionar las prácticas o acuerdos que afecten las condiciones efectivas de competencia, no puede limitarse de forma alguna, ya que ello sería contrario a los principios constitucionales de protección de las características idóneas de la competencia. En efecto, el concepto de libre competencia no depende de la completa libertad de entrada y salida del mercado, sino de la aptitud de los agentes económicos que actúan en el mercado (como oferentes o demandantes), de fijar libremente las condiciones de los intercambios comerciales que se realicen. Por lo tanto, es indudable la mutabilidad de estos elementos definidores del mercado, por lo que se hace indispensable la posibilidad del órgano fiscalizador de contar con parámetros estocásticos de supervisión del sector, y esa es la finalidad que cumple el artículo 5 de la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia. En tal virtud, concluye esta Corte que el artículo contentivo de las prohibiciones generales es plenamente aplicable de manera independiente, siempre y cuando se cumplan con los parámetros especificados anteriormente (indicación expresa de los supuestos generadores de la sanción, encuadración en los supuestos de la norma, demostración fehaciente de los dos anteriores elementos, y comprobación de los efectos negativos en el mercado, todo dentro de un procedimiento donde se garanticen los derechos fundamentales de los indiciados).

En otro sentido, las llamadas prohibiciones particulares, están consagradas en los artículos 6 al 17 de la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, y constituyen prohibiciones que son consideradas ilegales *per se*, es decir en sí mismas, de modo tal que no es necesario verificar que tuvieron un efecto negativo en el mercado para su sanción.

Entre los dispositivos específicos de conductas que la Ley califica como prohibiciones particulares, encontramos la obstaculización de entrada al mercado de terceros –artículo 6-, la incitación a terceros a la realización de prácticas restrictivas de la libre competencia –artículo 7- la manipulación de los factores de producción –artículo 8-, los acuerdos entre miembros de entes colectivos –artículo 9-, los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas a través de las cuales se restrinja, falsee o limite la libre competencia – artículo 10-, las fusiones o concentraciones económicas –artículo 11- la fijación de precios de reventa a terceros –artículo 12- y el abuso de la posición de dominio –artículo 13-, así como la prohibición de competencia desleal –artículo 17-.

Es fundamental aclarar que una cosa es la no necesidad de comprobar los efectos restrictivos del mercado, y otra muy distinta es no comprobar los supuestos generadores de la sanción.

En efecto, derivado del derecho a la presunción de inocencia, la Administración, en el ejercicio de la potestad sancionatoria, no podrá prejuzgar o determinar anticipadamente la culpabilidad del sujeto investigado. Igualmente, en virtud de la presunción de inocencia, la Administración tendrá la carga de la prueba respecto de la culpabilidad del investigado. Se transgrediría ese derecho cuando la Administración omita tramitar el procedimiento correspondiente y concluya en forma directa en la culpabilidad del indiciado sin permitirle a éste el ejercicio de su derecho a la defensa, es decir la posibilidad de desvirtuar los hechos que se le imputan, y cuando el particular tiene por primera vez la oportunidad de intervenir en el procedimiento, en la oportunidad de impugnar un acto ya firme que creó una situación desfavorable para el administrado.

En consecuencia, deben garantizarse los derechos constitucionales de los indiciados, de igual forma, en los procedimientos dirigidos a comprobar la existencia o no, de las prohibiciones particulares. Lo que excluye la Ley, es la comprobación de los efectos anticompetitivos, por cuanto los mismos ya vienen predeterminados en la Ley; es decir, la propia Ley acude al principio de la llamada “Sanción Objetiva”, según el cual, el elemento “daño” como presupuesto fundamental de la aplicación de una sanción, recae sobre la sociedad por el simple hecho de que la conducta se haya desplegado. Por lo tanto deberá Procompetencia comprobar el acaecimiento de la conducta, la subsunción en la norma, así como la necesidad de sancionar tal conducta en base a las reglas de la Razón (artículo 7 del Reglamento n° 1 de la Ley), más no los efectos anticompetitivos o restrictivos de la conducta en el mercado.

Con respecto a las prohibiciones particulares, el Reglamento n° 1 de la Ley, establece específicamente que las conductas y prácticas descritas en las prohibiciones particulares, deben ser examinadas en base a la Regla de la Razón, para determinar si constituyen violaciones a la Ley. Esta regla lo que implica es que una conducta restrictiva o anticompetitiva pudiese ser exceptuada debido a la capacidad en contraprestación que pudiese otorgar al consumidor tanto a corto como a largo plazo.

Por lo tanto, para que una práctica o conducta pueda encuadrarse en las prohibiciones particulares, es necesaria la ocurrencia de tres extremos, íntimamente vinculados a la Regla de la Razón:

1- Que exista la posibilidad actual o potencial de las partes de causar daños al mercado relevante, independientemente de los resultados reales de la práctica.

2- Que la conducta pueda efectivamente excluir a competidores del mercado o reducir sus expectativas legítimas en el mercado, y,

3- La falta de justificación económica de la conducta o práctica respectiva.

Los anteriores elementos se justifican directamente por la razonabilidad en la imposición de las sanciones que consagra el Reglamento n° 1 de la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, en virtud la cual, si bien es cierto que los efectos anticompetitivos de las prohibiciones particulares no deben ser demostrados, también es cierto que al menos el órgano administrativo deberá examinar la posibilidad de no sancionar ciertas prácticas o acuerdos que no tengan efectos negativos potenciales en el mercado, sino más bien efectos positivos para los consumidores, situación en la cual dicha práctica deberá ser beneficiada con una excepción particular. Ello deriva del mínimo de proporcionalidad y adecuación a la finalidad de la norma, que debe existir en la actuación administrativa, ya que si el ordenamiento jurídico propende a la defensa de las condiciones más óptimas del mercado, sería contrario a la lógica, sancionar una conducta que favorezca dichas condiciones en vez de empeorarlas.

Por lo tanto, si bien no es necesaria la comprobación de los efectos antimerca de ciertas conductas, si es indispensable el análisis de las mismas de acuerdo a las reglas de la razón, con el propósito de determinar si constituyen un bien actual o un mal potencial al mercado. Igualmente será necesaria la tramitación de un procedimiento garantístico de los derechos constitucionales de los indiciados, así como la comprobación por parte de la Administración, del efectivo acaecimiento de los hechos generadores de la sanción.

2. Régimen cambiario

TSJ-SPA (28)

22-1-2002

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Siderúrgica del Caroní C.A. (SIDE CAR) vs. Ministerio de Hacienda.

La Sala reitera que siendo el Estado rector en el ámbito monetario, en el cual puede variar libremente la paridad cambiaria, por ser dicha materia perteneciente al Derecho Público atinente a la soberanía del Estado, no pueden hacerse valer derechos adquiridos sobre tal actuar administrativo.

Sobre el referido particular, debe este Tribunal pronunciarse tal y como lo ha hecho en anteriores oportunidades, respecto a la facultad que tiene el Estado de modificar la paridad cambiaria y desmontar, como en el caso de autos, el sistema de restricciones a la libre convertibilidad de la moneda.

En efecto, la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en diversos fallos se pronunció sobre el particular; así, en fecha 16 de noviembre de 1965, caso Automóvil de Francia, C.A., se sostuvo lo siguiente:

“Es conveniente advertir, y así lo ha admitido en términos generales la doctrina y la jurisprudencia, que la legislación monetaria que pertenece a la rama del Derecho Público, atinente a la soberanía del Estado, puede ser alterada y de hecho lo es, cuando determinadas circunstancias de orden económico así lo aconsejan, pero frente a esa modificación no es posible hacer valer derechos adquiridos, pues ello involucraría desconocimiento del poder soberano del Estado y a la vez el entramamiento del desarrollo de esa política, con grave perjuicio para la economía nacional y la colectividad.

En el sentido expuesto, el Estado, en el desempeño de sus gestión, altera la política existente de cambio y sus disposiciones tomadas en el radio de sus atribuciones legales, no implican efectos retroactivos.”

Posteriormente, en sentencia n° 514 de fecha 07 de octubre de 1993, en el caso Laboratorios Sánalo C.A., esta Sala Político Administrativa, dejó sentada su posición sobre el particular, bajo las consideraciones siguientes:

“...el criterio que ha venido manteniendo reiteradamente esta Corte Suprema, y que aquí se ratifica, de que 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 pueden invocar, en razón de normas derogadas, un derecho adquirido a comprar divisas al tipo de cambio aplicable antes de cada modificación de la paridad cambiaria”.

En igual sentido, sostuvo esta Sala en la citada decisión, respecto a la Conformidad de Importación y del Certificado de Disponibilidad de Divisas, lo siguiente:

“Si las conformidades de importación otorgadas por el Ministerio de Hacienda y los certificados de disponibilidad de divisas emanados del Banco Central de Venezuela tuviesen por objeto, como lo pretende la demandante, otorgar a sus destinatarios un derecho adquirido de obtener divisas a un determinado tipo de cambio, que no se puede ver afectado por los ajustes a que haya lugar en las tasas fijadas por el Estado para la compra y venta de moneda extranjera, entonces dichos actos administrativos serían nulos, pues, como ha quedado dicho, este es un asunto de Derecho Público, atinente a la soberanía del Estado, que implica que este último puede modificar la paridad cambiaria cuando lo desee, si estima que determinadas circunstancias de orden económico así lo aconsejan en beneficio de la colectividad, no pudiendo ningún órgano oficial limitar esta facultad, congelando -si se quiere- el tipo de cambio para favorecer a ciertas personas, ni tampoco los particulares hacer valer un derecho adquirido a beneficiarse del tipo de cambio derogado.

En las operaciones mercantiles en general, el riesgo de cambio lo asume una cualquiera de las partes, según ellas acuerden, y dependiendo del negocio de que se trate; y ésta es una función que no corresponde al Estado, que no debe ni puede garantizar una determinada tasa fija para la compra y venta de divisas.

De modo que las conformidades de importación otorgadas por el Ministerio de Hacienda y los certificados de disponibilidad de divisas emanados del Banco Central de Venezuela, no dan ni pueden dar lugar a un derecho adquirido de obtener divisas a un determinado tipo de cambio; 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.”

Finalmente, en sentencia n° 5 de fecha 20 de enero de 1998, esta Sala tuvo nuevamente la oportunidad de pronunciarse sobre el tema en referencia en el caso de Cartonajes Florida C.A., ratificando, una vez más el criterio jurisprudencial antes transcrito y dejando sentada su posición sobre las solicitudes de divisas que se encontraran en trámite para la fecha de eliminación del control de cambios, cuando señaló:

“Al respecto, se observa que según lo dispuesto en el artículo 4° de la referida Resolución n° 87.07-01 del 07 de julio de 1987, el Banco Central de Venezuela debía verificar los recaudos exigidos en el artículo 3° de dicha Resolución -ya indicados en el texto de este fallo (página 36)- luego de lo cual debía proceder a conformar en el mismo texto del Certificado de Disponibilidad de Divisas el monto que resultase de la importación respectiva, y a transferir las correspondientes divisas, previo el pago del correspondiente contravalor en bolívares, a la cuenta que indicase el banco tramitador, en la medida que las obligaciones derivadas de la carta de crédito se hiciesen exigibles.

Dicho artículo 4° señalaba además que la transferencia debía efectuarse dentro del plazo de veinticinco (25) días hábiles bancarios, a contar del momento del vencimiento del plazo de ciento veinte (120) días continuos contados a partir de la fecha del conocimiento de embarque, guía aérea, conocimiento de embarque terrestre o guía de encomienda, según el caso, cuando los recaudos indicados en el referido artículo 3° fuesen consignados al Instituto emisor antes de dicho vencimiento, o dentro del lapso de veinticinco (25) días hábiles bancarios contados a partir de la fecha de la respectiva consignación si los recaudos fueron presentados luego de vencidos (sic) el lapso de 120 días continuos... (*omissis*)

Ahora bien, los conocimientos de embarque que se corresponden con las operaciones efectuadas (cuyas traducciones corren insertas a los folios 278 l 281, 291 al 293 y 307 al 309 son de fechas 22 de noviembre y 16 de diciembre de 1988, lo que significa que para el 14 de marzo de 1989, fecha en que entra en vigor el Decreto n° 76 mediante el cual el Ejecutivo Nacional ordena al Banco Central de Venezuela abstenerse de suministrar divisas conforme al régimen cambiario eliminado por dicho Decreto, no estaba vencido el lapso de 120 días contados a partir de la fecha del conocimiento de embarque, por lo que ni siquiera habían empezado a correr los 25 días hábiles bancarios de los que disponía el ente emisor para la revisión de la documentación necesaria a los efectos de manifestar su conformidad mediante el cargo en la cuenta correspondiente del contravalor en bolívares y la transferencia de las divisas a la cuenta indicada por el banco tramitador (*omissis*).

Distinto hubiese sido si todos los lapsos previstos en la normativa -establecidos a favor de la administración- estuviesen vencidos: en tal supuesto, vigente como se encontraba la manifestación de voluntad de la República, si una empresa solicitante de divisas hubiere consignado todos los recaudos necesarios, el Banco Central de Venezuela debía constatar dentro del lapso previsto en la Resolución n° 87-07-01 tal circunstancia, dar su conformidad con la venta de divisas solicitada y concluir la operación, de manera que su mora no podría servir de excusa para justificar el incumplimiento de una actividad reglada. Así se declara.”

Ahora bien, de conformidad con el artículo 4° de la Resolución n° 88-05-01, aplicable en razón de su vigencia temporal al caso de autos, el Banco Central de Venezuela, conforme a la verificación de la documentación respectiva, debía transferir el monto de las divisas requeridas que resultaran de la importación dentro de los treinta y cinco (35) días hábiles bancarios, contados a partir de la fecha del vencimiento del plazo de ciento veinte (120) días continuos contados a partir de la fecha del conocimiento de embarque, guía aérea, conocimiento de embarque terrestre o guía de encomienda, según correspondiera, cuando los recaudos indicados en el artículo 3° sean consignados al Instituto emisor antes de dicho vencimiento y, si los recaudos fueron consignados después de la señalada fecha de vencimiento, la transferencia de las divisas se haría dentro del lapso de treinta y cinco (35) días hábiles bancarios, contados a partir de la fecha de la respectiva consignación. Así, en el presente caso se constata que las fechas de los conocimientos de embarque de las mercancías son del 29 de noviembre, 19, y 21 de diciembre de 1988 y 04 de enero de 1989, por lo que concluye este Tribunal que no se encontraba vencido el lapso de ciento veinte (120) días contados a partir del conocimiento de embarque ni mucho menos el lapso de treinta y cinco (35) días hábiles bancarios de los que disponía el Banco Central de Venezuela para revisar la documentación respectiva y manifestar su conformidad a los fines de hacer la respectiva transferencia de divisas preferenciales, por lo que a todas luces resulta evidente que el ente administrador de las divisas no se encontraba en mora respecto de tal transferencia.

En efecto, siendo el Estado rector en el ámbito monetario, en el cual puede variar libremente la paridad cambiaria, por ser dicha materia perteneciente al Derecho Público atinente a la soberanía del Estado, y visto que ha sido criterio pacífico y reiterado de esta Sala que no pueden hacerse valer derechos adquiridos sobre el actuar administrativo y que, tanto la conformidad de importación como el certificado de disponibilidad de divisas, lo único que acreditan es el cumplimiento por parte del solicitante de los requisitos exigidos para su obtención, pero que dicho otorgamiento está sujeto a la conveniencia de determinada política monetaria del Estado en un momento dado; es por lo que este Supremo Tribunal considera improceden-

te el alegato sustentado por la parte recurrente, en el sentido de que le sean reconocidos sus derechos a obtener divisas preferenciales, ello por cuanto implicaría una contradicción a la naturaleza misma del régimen de control de cambios diferenciales. Por lo tanto, la recurrente no podría hacer valer derechos adquiridos con fundamento en las solicitudes que se encontraban en trámite para el momento en que fue derogado el régimen de restricciones y en el cual el lapso de verificación de la documentación respectiva por parte del Ministerio de Hacienda y el Banco Central de Venezuela, no se encontrase vencido para la fecha en que fue desmontado el régimen de control de cambio. Razón por la cual considera este Supremo Tribunal improcedentes tales derechos sobre las divisas cuya tramitación se encontraba pendiente de decisión por parte de las autoridades ya señaladas. Así se declara.

3. *Propiedad: Régimen de la política habitacional*

TSJ-SC (85)

24-1-2002

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y otros.

La Sala analiza las modalidades de crédito existentes para la adquisición y ampliación de viviendas, distinguiendo entre los otorgados dentro del sistema general de política habitacional y los otorgados fuera del sistema de ahorro habitacional.

Establecidos en el capítulo precedente de este fallo, las implicaciones que con relación a los particulares tiene el Estado Social de Derecho, corresponde a la Sala, conforme a la pretensión deducida, examinar la situación de los Bancos y las Instituciones Financieras Especializadas, cuando actúan en áreas de interés social; así como la de las Entidades de Ahorro y Préstamo, que dada la letra del artículo 2 de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, tienen un objeto (solución del problema de vivienda familiar) de total interés social. Por mandato de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, promulgada en 1993 que estaba vigente para la fecha en que se otorgaron los préstamos, y que es la ley a la cual se referirá este fallo, ya que la vigente Ley es el Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras que entró en vigencia el 1° de enero de 2002, la Banca debe estar administrada por personas con experiencia en materia económica, financiera y bancaria (artículos 8.2 y 16 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras), además sus administradores deben ser personas honorables (artículo 9.5 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras), por lo que se trata de técnicos que actúan de buena fe; lo que se convierte en una garantía adicional cuando la Banca y otras Instituciones Financieras actúan en áreas de interés social, como puede suceder con los programas de financiamiento para sectores económicos específicos (artículo 40.1 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras).

Además, se trata de sociedades nacionales o extranjeras no sólo autorizadas por el Estado para funcionar en el país (artículos 7 y 109 *eiusdem*), sino sujetas a la inspección, supervisión, regulación y control de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, la cual se extiende a las Entidades de Ahorro y Préstamo (artículo 141 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras), supervisión que persigue resguardar los intereses del público y del sistema financiero en general.

Cónsono con el artículo 73 de la Constitución de 1961 surgió la Ley de Política Habitacional de 1989, reformada luego en 1993, la cual (la de 1993) la Sala comenta en este Capítulo. Según su artículo 1° mediante la acción concurrente de los sectores público y privado, dicha ley persigue “satisfacer la necesidad de vivienda existente en el país”. Luego, se trata de una ley especial dictada para aplicar derechos sociales, ya que la política habitacional adelantada a través de la acción de los sectores público y privado, viene a satisfacer a las familias a ser asistidas por ambos sectores (artículo 3 de la Ley de Política Habitacional).

Según el citado artículo 3, se reconoce que existen familias sujetas a protección especial, cuales son aquellas cuyo ingreso familiar mensual está por debajo de tres (3) salarios mínimos mensuales, y la creación de tres áreas de asistencia diferentes, divididas con base al valor de venta de las soluciones habitacionales, calculados en razón a una escala de salarios mínimos, lo cual apuntala la naturaleza de interés social de dicha ley.

Igualmente, la Ley de Política Habitacional, manteniendo el criterio de que los particulares que actúan dentro de la esfera del Estado, no pueden obtener ganancias exorbitantes en detrimento de los administrados o de los particulares, en su artículo 19, señaló que las instituciones hipotecarias que conforme a los programas de dicha ley, concedieran créditos habitacionales, obtendrían por ello una utilidad razonable. Estas instituciones hipotecarias eran bancos, instituciones financieras o entidades de ahorro y préstamo.

Sin embargo, en esta Ley de Política Habitacional de 1993, de claro corte social, se estableció el antecedente de los créditos indexados, ya que en su artículo 25 relativo a los créditos provenientes del ahorro habitacional que se otorgarían por intermedio de las instituciones hipotecarias que participen en el programa de ahorro habitacional, se especificó que los créditos concedidos con esos recursos serían recuperados del prestatario en un plazo máximo de veinte (20) años, pagaderos mediante cuotas mensuales y consecutivas que no podrán exceder del veinticinco por ciento (25%) del ingreso del o de los prestatarios; y que para acortar el plazo de cancelación se podrían acordar cuotas anuales de acuerdo con el monto de los ingresos del prestatario, correspondiendo al Consejo Nacional de la Vivienda la fijación del monto de la cuota; e igualmente, el citado artículo 25 señaló: “En caso que la cuota mensual resultante no sea suficiente para cancelar la totalidad de los intereses del mes, la diferencia se refinanciará, sumándose al saldo deudor al final de cada mes. Si la cuota de pago supera a los intereses del mes, el saldo deudor se disminuirá en una cantidad igual a la diferencia entre dicha cuota y los intereses del mes. Así mismo, cuando el prestatario efectúe amortizaciones extraordinarias, se reducirá el plazo de cancelación si fuere procedente”. Esta norma existía porque los intereses que debía pagar el deudor mensualmente, eran variables y, por lo tanto, ajustables mensualmente. Es más, la norma en comentario permitía un incremento anual de las cuotas mensuales en función de la evolución de los ingresos de los prestatarios conforme a los estratos sociales a que pertenecían.

La tasa de interés de los créditos otorgados con recursos públicos o provenientes del ahorro habitacional, la determinaría el Consejo Nacional de la Vivienda, la cual se ajustaría periódicamente en forma gradual, teniendo en consideración la evolución de las condiciones socio-económicas prevalecientes en el país, el Índice de Precios al Consumidor y la remuneración de la Institución Hipotecaria, la cual sería -como antes lo apuntó la Sala- una utilidad razonable.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 26 de la citada Ley de Política Habitacional rezaba: “Las cuotas mensuales a pagar serán modificadas anualmente de acuerdo al ajuste de las tasas de interés aplicadas y a la evolución de los ingresos por estrato socio-económico. En ningún caso la cuota mensual resultante podrá ser inferior al monto de la cuota mensual cancelada durante el año anterior. Cuando, el cálculo de dicha cuota supere el veinte y cinco por ciento (25%) del ingreso del o de los prestatarios, éstos podrán solicitar una disminución en el monto de las mismas”.

El financiamiento de viviendas en la forma prevenida en la Ley de Política Habitacional, por parte de los Institutos Financieros, utilizando para ello dinero proveniente de fuentes diversas al aporte del sector público o el ahorro habitacional, y que por tanto constituía otro tipo de créditos, fue expresamente previsto en el Capítulo IV del Título II de la Ley, y conforme al artículo 36 *eiusdem*, el cual disponía que:

“Los recursos a que se refiere este Capítulo podrán ser destinados al financiamiento de las Áreas de Asistencia I, II y III, por las Instituciones regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo y la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, siempre que los préstamos respectivos estén amparados por el Fondo de Garantía previsto en el Título IV de esta Ley. Igualmente podrán participar las personas jurídicas que se sometan a las normas de control y vigilancia que determinen las Normas de Operación y cumplan los requisitos y condiciones que estas señalen.

La tasa máxima de interés aplicable a los préstamos con estos recursos será la que rija para las instituciones a que se contrae el encabezamiento del presente artículo.

Los préstamos concedidos con estos recursos se otorgarán utilizando un mecanismo de pago que garantice la recuperación del crédito y la posibilidad de su pago dentro de un plazo máximo de veinte (20) años. En todo caso, los créditos se cancelarán mediante cuotas mensuales y consecutivas que al inicio del crédito no excedan un monto máximo equivalente al 30 % del ingreso del o de los prestatarios.

A partir del mes de enero del año siguiente a la fecha de otorgamiento del crédito, las cuotas mensuales se ajustarán anualmente en función de la evolución de los ingresos por estrato socio-económico, mediante indicadores publicados por resolución del Consejo Nacional de la Vivienda. En todo caso, la cuota mensual resultante, deberá ser superior al monto de la cuota mensual pagada en el año inmediato anterior.

La cuota a cancelar en el mes de diciembre será de hasta cuatro (4) veces la cuota correspondiente al mes de noviembre inmediato anterior y, en todo caso, dicha cuota podrá ser modificada por convenio entre las partes.

En caso de que la cuota mensual resultante no sea suficiente para cancelar la totalidad de los intereses del mes, la diferencia se refinanciará, sumándose al saldo deudor final de cada mes. Si la cuota de pago supera a los intereses del mes, el saldo deudor se disminuirá en una cantidad igual a la diferencia entre dicha cuota y los intereses del mes. Asimismo, cuando el prestatario efectúe amortizaciones extraordinarias, el monto de la cuota mensual a pagar se reducirá proporcionalmente al saldo deudor que resulte después de efectuada dicha amortización o a la reducción del plazo de cancelación del préstamo, según su determinación.

Parágrafo Único:

Las Normas de Operaciones determinarán la forma de financiamiento, el parámetro que establece la cuota mensual del primer año, los indicadores para la determinación de incremento de las cuotas y demás condiciones que deban aplicarse al otorgamiento y la recuperación del crédito y establecerán los mecanismos para facilitar créditos complementarios que las empresas, u otras instituciones o personas puedan conceder para contribuir con el adquirente de la solución habitacional”.

Conforme a las Normas de Operación de la Ley de Política Habitacional, dictadas por el Ministerio de Desarrollo Urbano, publicadas en la *Gaceta Oficial* n° 4.861 Extraordinario de 1° de marzo de 1995, las otras fuentes de recursos, serían los aportados por los Bancos y otras instituciones financieras, las entidades de ahorro y préstamo y las empresas de seguros y reaseguros, así como otras personas jurídicas sometidas a las normas, con fondos distintos a los que aporta al sistema el sector público o el ahorro habitacional.

Estos préstamos debían estar amparados por el fondo de garantía definido en el Título IV de la Ley de Política Habitacional de 1993, y en ningún caso el préstamo podría ser mayor del setenta por ciento del precio de venta de la vivienda o del monto del avalúo practicado por la institución hipotecaria.

Los préstamos provenientes de esas otras fuentes, necesariamente estaban destinados a satisfacer las necesidades de financiamiento de personas participantes del sistema de ahorro habitacional (artículos 124 y 125 de las Normas de Operación citadas), por lo que esa condición de ahorristas resultaba necesaria para calificar al préstamo, y por ello el artículo 4.3 de las Normas bajo comentario, exigía como requisito para ser beneficiario de los créditos, ser contribuyente activo del ahorro, estar al día con las cotizaciones y tener como acumulado un período superior a seis (6) meses como ahorrista, además de declarar bajo juramento no ser propietario de una vivienda, si el crédito era con fines de adquirir una.

En los contratos de préstamos las Normas exigieron no solo que se especificare la tasa de interés, sino el método de formulación y periodicidad para su revisión y posterior ajuste.

El artículo 128 de las Normas de Operación de la Ley de Política Habitacional, al regular los préstamos a largo plazo otorgados por los prestamistas con recursos de las otras fuentes, rezaba:

“Los préstamos concedidos con estos recursos se otorgarán utilizando un mecanismo de cobro de cuotas financieras mensuales y consecutivas que garantice la recuperación del crédito y la posibilidad de su pago dentro de un plazo máximo de veinte (20) años. En todo caso, los créditos se cancelarán mediante pagos mensuales y consecutivos que al inicio del crédito no excedan de un monto máximo equivalente al treinta por ciento (30%) del ingreso del o de los prestatarios, ni será menor de la mitad de la cuota financiera calculada al préstamo solicitado, a tasa de interés de mercado y por un plazo máximo de veinte (20) años. A partir del mes de enero del año siguiente a la fecha de otorgamiento del crédito, los pagos mensuales se aumentarán anualmente tomando en cuenta la evolución de los ingresos por estrato socio-económico, mediante indicadores publicados por Resolución del Consejo Nacional de la Vivienda. La cuota mensual resultante, deberá ser superior al monto del pago mensual cancelado en el año anterior.

El pago a cancelar en el mes de diciembre será hasta cuatro (4) veces el correspondiente al mes de noviembre inmediatamente anterior. Dicho pago podrá ser modificado a conveniencia entre el solicitante del crédito y la institución hipotecaria, teniendo en cuenta, entre otros factores, los ingresos adicionales que por concepto de utilidades, bonos y otros, obtenga el solicitante a fin de año, o en otra oportunidad, según cada caso.

Cuando el pago mensual resultante, una vez deducida la amortización, no sea suficiente para cancelar la totalidad de los intereses de la cuota financiera del mes, la diferencia se refinanciará automáticamente, sumándose al saldo deudor final de cada mes. Si el pago supera los intereses del mes, el saldo deudor se disminuirá en una cantidad igual a la diferencia entre dicha cuota y los intereses del mes. Asimismo, cuando el prestatario efectúe amortizaciones extraordinarias, el monto de la cuota mensual a pagar se reducirá proporcionalmente al saldo deudor que resulte después de efectuada dicha amortización o se reducirá el plazo de cancelación del préstamo, según su determinación.”

Se instauró así legalmente, el llamado crédito refinanciado o indexado.

En todo caso de financiamiento de viviendas, sin importar la fuente de los fondos, el prestatario tenía que contribuir, mediante el pago de primas, con el fondo de garantía previsto en el Título IV de la Ley de Política Habitacional, y con el fondo de rescate contemplado también en dicha ley, y que garantizaba la recuperación del préstamo en los supuestos contemplados, o el pago total del préstamo a favor del deudor, en los casos que funcionaren las normas sobre rescate.

De esta manera, y debido a previsiones contenidas en la Ley citada, quien recibía un préstamo, se obligaba a pagar el capital recibido, los intereses, un porcentaje por costos operativos de la institución financiera que otorga el crédito; una remuneración a la institución financiera que administra el crédito; una prima para el fondo de garantía; una prima para el fondo de rescate (artículo 44 de la Ley de Política Habitacional) y las primas de unas pólizas

de seguro que cubran al bien adquirido; y como si fuere poco el beneficiario del crédito en la oportunidad del otorgamiento del mismo se veía compelido a pagar una contribución especial, destinada al funcionamiento y demás operaciones del Consejo Nacional de la Vivienda (artículo 57 de la Ley de Política Habitacional).

En consecuencia, durante la vigencia de la Constitución de 1961, quien recibía un préstamo para solucionar su problema habitacional, quedaba obligado a pagar no sólo el capital, sino los intereses de las cuotas financieras a la rata que fijare el Consejo Nacional de la Vivienda, y las contribuciones para que dicho Consejo funcionare, así como primas para el administrador del ahorro habitacional, que según la ley serían las Instituciones Hipotecarias (principalmente Bancos y Entidades de Ahorro y Préstamo), que son ajenas al prestatario y al ahorro público habitacional, pero a quienes tendrían que pagarles porcentajes por gastos operacionales y utilidades por su intermediación, además de las primas de seguros que cubren el inmueble.

Quedó así establecido un sistema de exención del prestatario, y de cero o poco riesgo para el prestamista, quien quedaba garantizado con la hipoteca de primer grado sobre el inmueble a adquirirse o negociarse con el préstamo, y con la indemnización proveniente de los contratos de seguro si el bien perecía, situación que, a juicio de esta Sala, chocaba con la protección que al débil jurídico (prestatario) constitucionalmente se debía y se le debe en materia de interés social (como era el derecho a la vivienda, reconocido expresamente en el artículo 65-C de la Ley de Política Habitacional), pero que atendía a un fin social general que permitía tal situación, como luego lo señala este FALLO

El sistema impuesto por la comentada ley, además legalizó en el campo de la política habitacional el anatocismo, desde el momento que previó que la diferencia de intereses mensuales entre los calculados en la cuota fija a pagar por el prestatario y los reales del mes, se refinanciaran sumándose al saldo deudor al fin de cada mes (artículos 25 y 36 de la Ley de Política Habitacional de 1993), gozando de este régimen el prestamista privado que utilizaba fuentes de recursos distintos al aporte del sector público y del ahorro habitacional.

Durante la vigencia de la Ley de Política Habitacional, el Consejo Nacional de la Vivienda anualmente, ordenaba que las tasas de interés de los préstamos que se otorguen con recursos de otras fuentes, sería la que fijaran las instituciones hipotecarias de acuerdo al régimen establecido por el Banco Central de Venezuela, o que correspondieran al origen de la fuente del financiamiento. Ello ocurrió así, y el Consejo Nacional de la Vivienda mediante Resoluciones fijaba las tasas de interés aplicables a los préstamos o créditos otorgados o por otorgarse para la asistencia habitacional, obrando de conformidad con el artículo 56, literal F, de la Ley de Política Habitacional, en concordancia con los artículos 25 y 26 de la misma Ley.

Todavía durante la vigencia de la Constitución de 1961 se promulgó el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional (*Gaceta Oficial* de 5 de noviembre de 1998).

Dicha ley, enmarcada dentro del Sistema de Seguridad Social Integral, mantuvo el esquema de la derogada Ley de Política Habitacional de 1993, y previno que el financiamiento y administración del subsistema de vivienda y política habitacional fuera de carácter público, privado o mixto (artículo 18); que los fondos provinieran del ahorro habitacional, de los aportes del sector público o de recursos de otras fuentes (particulares) (artículo 35), repitiéndose en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley citado las modalidades del financiamiento a los prestatarios en el Capítulo II del Título II, los cuales son sustancialmente las mismas de la Ley de Política Habitacional, incluyendo el pago de primas para formar el Fondo de Garantía (artículo 53) y de Rescate (artículo 54).

En las Normas de Operación sobre las Condiciones de Funcionamiento Aplicables a los Préstamos que se otorguen con los Recursos Previstos en el Decreto Ley del Subsistema de Vivienda y Política Habitacional (publicadas en la *Gaceta Oficial* n° 36.639 de 9 de febrero de 1999), se estableció en el artículo 3 que las tasas de interés aplicables a los préstamos que se otorguen bajo el Régimen del Decreto con Rango y Fuerza de Ley mencionado, sería variable de acuerdo a las condiciones del mercado y que las Instituciones Financieras quedaban obligadas a informar al Consejo Nacional de la Vivienda la tasa de interés aplicable a dichos préstamos.

Estando en vigencia la Constitución de 1999, la Asamblea Nacional dictó la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional. Dicha ley también se enmarca dentro del Sistema de Seguridad Social Integral, siendo un derecho social el relativo a la seguridad social (artículo 2 de la Ley Orgánica de Seguridad Social Integral), lo que la convierte en una ley de interés social, destinada a desarrollar derechos sociales, y que en su artículo 1° considera posible la intervención privada (agentes que puedan intervenir) para satisfacer las necesidades de vivienda del país. El artículo 5 *eiusdem* declaró -además- de interés social las actividades inherentes a la asistencia habitacional, y esta última ley mantiene los lineamientos generales de las Leyes de Política Habitacional.

A juicio de esta Sala, cualquier actividad sistemática pública o privada, dirigida, en cualquier forma a proveer de vivienda a quien carece de ella, permitiendo que se cumpla el derecho que concede a toda persona el artículo 82 constitucional, y debido a la obligación compartida que dicha norma establece entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado, para que se satisfaga ese derecho social, convierte a los préstamos para adquirir viviendas, seguras, cómodas, higiénicas, con los servicios básicos esenciales, en materia de interés social, atinentes al desarrollo del Estado Social de Derecho y de Justicia.

Ahora bien, una cosa es pertenecer al subsistema de vivienda y política habitacional, y otra es ejercer el derecho a la vivienda fuera del sistema, pero esto último no quita la connotación de derecho social al que pretende obtener una vivienda de la cual carece, ni el carácter de interés social de las operaciones destinadas a la adquisición de la vivienda que reúna las condiciones del artículo 82 Constitucional, lo que implica no destruir o minimizar al débil jurídico (quien carece de vivienda o quiere mejorarla y ante esa necesidad se encuentra compelido a obtener préstamos).

Con mayor razón, quienes tienen derecho a la asistencia habitacional contemplada en los artículos 8 y 9 de la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, y que a esos fines se convierten en prestatarios, lo hacen en razón de derechos sociales propios del desarrollo del Estado Social de Derecho.

Según la última ley bajo análisis, los recursos destinados a la asistencia habitacional podrán ser reproductivos, cuando exigen una prestación económica por parte del beneficiario de la asistencia; o mixtos, cuando están destinados a la rehabilitación de urbanizaciones populares donde se puede exigir una contraprestación económica (artículo 16 de la última ley citada); y dichos recursos pueden prestarse a largo plazo con la modalidad de crédito lineal, o de créditos con refinanciamiento de intereses desde la primera cuota, a la cual pueden optar determinados beneficiarios del sistema de asistencia habitacional.

Conforme al artículo 21 de la vigente Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, el interés aplicable a los créditos, será el del mercado.

De acuerdo a la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, los préstamos hipotecarios se otorgan en función de los ingresos de los beneficiarios, estableciéndose como rango mensual a pagar un porcentaje que no puede exceder del treinta por ciento (30%) del ingreso del grupo familiar, y que constituye la llamada cuota financiera

conformada por las alícuotas de capital e intereses, calculados bajo el esquema de préstamo de amortización lineal, entendiéndose por éste último aquel préstamo que se calcula a una tasa y plazo determinado, con cuotas mensuales iguales y consecutivas, tal como lo define el artículo 121 de las vigentes Normas de Operación del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional (*Gaceta Oficial* n° 36.977 del 21 de junio de 2000).

Además, conforme a las mismas Normas de Operación (artículo 121), el prestatario pagará una cuota mensual (distinta a la financiera) que contiene las primas correspondientes a los Fondos de Garantía y Rescate y la que efectivamente por intereses debería cancelar mensualmente, si es que éstos superan la tasa utilizada para el cálculo de la cuota financiera.

Los pagos correspondientes a la cuota mensual, se ajustarán periódicamente, al menos anualmente, también en función de la variación de los ingresos y con relación a la última Resolución emanada del Consejo Nacional de la Vivienda publicada en la *Gaceta Oficial*. Esto podría conllevar a un aumento en el pago de la cuota mensual si la variación del ingreso fuere superior a la que existía para el momento del otorgamiento del crédito, pero el prestatario podrá solicitar se ajuste el pago mensual a las condiciones convenidas (artículo 22 *eiusdem*), con lo que se protege al deudor.

Los parámetros de variación de las cantidades a pagar, los fija el Consejo Nacional de la Vivienda, utilizando los índices que publique la Oficina Central de Estadística e Informática, el Banco Central de Venezuela o cualquier otro organismo nacional con competencia en el área, pero la variación no podrá ser inferior al ochenta y cinco por ciento (85%) del índice de precios al consumidor, correspondiente al período anterior, con lo que también por la vía de la fijación realizada por un instituto oficial, se protege al prestatario, a quien además las Normas de Operación le otorgan el derecho de pedir ajuste de dicho porcentaje.

Los préstamos serán por un período de treinta (30) años, cancelables mediante cuotas mensuales y consecutivas, pero podrán acordarse pagos anuales de acuerdo al monto de los ingresos de los beneficiarios.

No señala expresamente la ley vigente, que cubren las cuotas mensuales, pero las financieras deben contener una porción por interés, que se calcularán con base a los del mercado (artículo 21 *eiusdem*), para la fecha del préstamo, tal como lo expresa el artículo 118 de las vigentes Normas de Operación. Como ellos se calculan a la tasa del mercado, si ellas varían, la ley prevé que si la cuota mensual no es suficiente para pagar la totalidad de los intereses del mes, la diferencia se refinanciará, sumándose al saldo deudor al final de cada mes (modalidad propia de esta clase de créditos refinanciados), saldo que a su vez genera intereses.

Si la cuota mensual supera los intereses del mes, el saldo deudor se disminuirá en una cantidad igual a la diferencia entre dicho pago y los intereses del mes.

Para estos refinanciamientos, corresponde al Consejo Nacional de la Vivienda fijar los parámetros, según Resolución que se publicará en la *Gaceta Oficial* (artículo 23 *eiusdem*).

En los créditos con refinanciamiento, las Normas de Operación vigentes, ordenan que se establezca el pago de una cuota anual, cuyo monto deberá ser no menor de tres cuotas mensuales a cargo del prestatario; y que podrá ser fraccionada para ser pagada durante el respectivo año.

Las Normas de Operación vigentes, previnieron la situación ya contemplada en la ley y en las derogadas leyes de política habitacional, de que el crédito con refinanciamiento se otorgará con recursos de las instituciones financieras calificadas por el Consejo Nacional de la Vivienda para otorgar préstamos hipotecarios con recursos del Fondo Mutual Habitacional, o con recursos de otras fuentes, y que estos últimos se otorgarán con las siguientes condiciones:

a) El monto máximo a refinanciar no debe superar la alícuota de intereses de la cuota mensual financiera.

b) La cuota mensual a cargo del prestatario no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%), de la cuota mensual financiera.

c) La cuota mensual a cargo del prestatario no podrá ser inferior al uno punto cincuenta por ciento (1.50%) del monto del préstamo. (Recuérdese que cuota financiera y mensual son diferentes).

Por otra parte, los préstamos lineales pueden convertirse en préstamos refinanciados, conforme al artículo 122 de las citadas Normas de Operación.

Debe la Sala puntualizar, que el refinanciamiento de intereses y su convertibilidad en capital, prevista en el artículo 23 de la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, y que ya aparecía en las Leyes de Política Habitacional a partir de 1993, tiene su razón de ser en que los fondos que permitirán el desarrollo de programas de política habitacional a favor de los necesitados de vivienda, se forman, entre otras fuentes distintas a los aportes de empleadores y ahorristas, con los intereses generados por los préstamos otorgados (artículo 40.4 *eiusdem*), por lo que se trata -como lo señala la vigente ley que rige la materia- de un fondo mutual habitacional y, por lo tanto, todos los mutualistas contribuyen al acrecentamiento del fondo que tiene un fin social, destinado a incorporar más beneficiarios a la asistencia habitacional.

A juicio de esta Sala, es importante resaltar que la aceptación del anatocismo se justifica en esta materia, a pesar que los ajustes por intereses puedan ser superiores a los pactados por el deudor originalmente, debido a que el fin social que persigue el Fondo es de utilidad pública e interés social, como lo es todo lo relativo a la asistencia habitacional (artículo 5 de la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional), y que mientras más dinero le entre al fondo, se expandirán los préstamos y la asistencia habitacional.

En consecuencia, las especiales características de estos préstamos, contemplados en las leyes, en general, sobre política habitacional, son excepcionales, debido a su finalidad social, y sólo tienen lugar en esos ámbitos y con la finalidad señalada, y de ello no escapan las instituciones hipotecarias que otorgan préstamos con sus propios fondos.

Dentro de la misma finalidad, del bienestar colectivo, existen los fondos de garantías y de rescate a los cuales contribuye el prestatario que paga primas para engrosarlos (artículos 43 y 53 *eiusdem*). La ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, a diferencia de las leyes de política habitacional derogadas no contempla utilidades para la institución que realizó el préstamo, aunque sí el pago de los gastos directamente vinculados con la operación de crédito.

En razón de lo expuesto, es forzoso para la Sala concluir que el ajuste y capitalización de intereses en los préstamos previstos en la Ley de Política Habitacional y luego por las leyes que regulan el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, no incurren en anatocismo, y así se declara.

Pero los créditos para viviendas, ajenos a los planes de asistencia habitacional, no gozan de los caracteres de éstos, y es necesario para la Sala analizarlos, así ellos persigan dotar de vivienda a quienes no la tienen, y se guíen por algunas de las modalidades comentadas y previstas en las leyes aludidas.

De las normas citadas en este capítulo del presente fallo, la Sala observa, que durante la vigencia de la Ley de Política Habitacional, y posteriormente, en el actual Régimen del Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, que dio continuación a las instituciones creadas en la Ley de Política Habitacional, surgió un sistema de interés social, destinado a dotar de

vivienda a los integrantes de ese sistema (miembros del ahorro habitacional). Dentro de él, y de sus peculiaridades, el legislador permitió que, a los ahorristas del sistema de ahorro habitacional que recibieron préstamos para adquirir o mejorar sus viviendas, se les capitalizaran los intereses mensuales cuando éstos excedieron los previstos para la cuota mensual pactada en el contrato de préstamo, contentiva de capital e intereses; y que ese capital formado por los intereses excesivos productos del mercado, el cual se cargaba a las cuotas mensuales distintas a las financieras, engrosará los ingresos del fondo de ahorro habitacional, actualmente mutual de ahorro habitacional, de manera que dicho fondo tuviera capital suficiente para seguir expandiendo entre los afiliados la política habitacional; o aumentará los recursos destinados a los programas tipos de soluciones habitacionales y modalidades de financiamiento.

Así la prohibición de anatocismo señalada en el artículo 530 del Código de Comercio, quedó en suspenso en esta materia, debido al fin social que se persigue con el fondo receptor de la capitalización de los intereses y sus réditos, cual es el aumento de los recursos para los programas de vivienda, que puede atender al mayor número de afiliados posible.

En razón de la finalidad social perseguida, se permitió, por mandato legal, a los prestatarios (integrantes del sistema de ahorro) que pagaran una cuota fija (financiera), y se capitalizarán los cargos por intereses que excedieran de esa cuota mensual o anual según los casos y que, además, en beneficio del sistema y sus afiliados, cancelarán primas para el Fondo de Garantía y de Rescate de los Créditos, cuando ello estuviese previsto en la Ley.

La causa de estos últimos pagos nació de la necesidad de que los prestatarios mantuvieran el Fondo para que otros pudieran utilizarlo, no estando presente el lucro ni en la formación, ni en el manejo del Fondo, salvo el aporte de una cuota para los gastos operacionales. Durante la primera fase regida por la Ley de Política Habitacional, se exigió legalmente al prestatario otros pagos, que luego fueron considerados innecesarios por las leyes subsiguientes.

Igualmente, el sistema creado partió de la existencia de intereses variables (los del mercado), pero dicha variación no podía exceder los parámetros para su cálculo que señalaron las leyes. Con esto se limitó el interés convencional en materia mercantil.

Todo el sistema fue creado basado en instituciones que garantizarán que el dinero no se desviaría a otros fines, ni sería malversado u originaría lucro no razonable a favor de los operadores del mismo, autorizados para cobrar.

A ese fin, las diversas leyes crearon los siguientes organismos: la Oficina de Inspección de la Ley de Política Habitacional, la Junta de Vigilancia del Consejo Nacional de la Vivienda, el propio Consejo Nacional de la Vivienda, o el Servicio Autónomo de Fondos Integrados de la Vivienda.

Apunta la Sala, que se trata de un sistema excepcional, que reguló la autonomía de la voluntad uniformando las condiciones de los préstamos, y que debido a los ajustes y a la prestación con fines colectivos que hacen los prestatarios, no puede considerarse que los pagos que ellos hagan sean ganancias usurarias para los prestamistas, ni que exista anatocismo ya que la propia ley permite la capitalización de los intereses y, por lo tanto, el cobro de los intereses por ese capital, formado por los intereses insolutos.

Tomando en cuenta que los préstamos para la adquisición y mejoramiento de viviendas, otorgadas a afiliados al ahorro habitacional, podía venir de fondos distintos a los públicos, o del ahorro habitacional, la Sala considera que las modalidades de los préstamos indexados era aplicable a favor de estos prestamistas que actuaban dentro del sistema, siempre que ellos reinvirtieran los ingresos en planes de política habitacional, atendiendo las tres áreas de asistencia habitacional.

Pero fuera del ámbito del sistema de ahorro y asistencia habitacional, ¿pueden existir financiamientos que gocen de las características de los créditos hipotecarios del sistema? A juicio de esta Sala no, ya que las excepcionales condiciones de los préstamos a los beneficiarios del sistema, surgen porque en él no existen fines de lucro, y porque una serie de órganos especializados tratan de evitar el desvío de los fondos hacia metas diferentes a las del propio sistema, así como la sobre explotación del deudor (de allí -por ejemplo- la fijación de tasas por organismos oficiales que deben seguir parámetros legales para ello).

Cuando el prestamista busca fines de lucro y no tiene establecidas obligaciones de reinversión concreta de los capitales prestados o de los intereses capitalizados, destinados a créditos para la dotación de vivienda para los miembros del sistema de ahorro habitacional, permitirles el anatocismo o ganancias desproporcionadas por un préstamo sin riesgo (ya que como garantías existen las hipotecas), resulta contrario al interés social, sobre todo si tales préstamos inciden sobre la necesidad habitacional de las personas que carecen de vivienda y que por la necesidad de la misma son débiles jurídicos. De esto no escapan las Entidades de Ahorro y Préstamo, cuando sus préstamos no están dirigidos a los miembros del sistema de ahorro habitacional y a las áreas de asistencia habitacional.

Es cierto que este tipo de préstamo efectuado fuera del sistema de la política o asistencia habitacional, beneficia a personas que no pertenecen al sistema, o que siendo parte de él no han tenido acceso aún al crédito habitacional, pero no es menos cierto que a los prestatarios se les pueden aplicar tasas de interés mensuales superiores a la que fija el Consejo Nacional de la Vivienda, y que se les crea un pasivo a largo plazo que realmente beneficia al prestamista, y que el esfuerzo y empobrecimiento que hace el prestatario no es necesariamente para favorecer a otras personas carentes de vivienda, sino únicamente para el lucro del prestamista, quien puede obtener por esta vía fondos para sus propios fines e intereses, y que de acuerdo a las condiciones del crédito, puede obtener una suma final que excede al precio de la vivienda de quien contrajo el crédito, lo que atenta contra el ahorro familiar, como producto de la ausencia de tutela de órganos especializados como el Consejo Nacional de la Vivienda. La diferencia entre la tasa activa y pasiva de intereses incide en las ganancias de estas instituciones prestamistas.

De allí, que la Sala debe examinar los distintos tipos de créditos denunciados por los accionantes, otorgados fuera del marco de la política habitacional, aunque con similitud con los prevenidos en las leyes citadas en este capítulo, para determinar si son o no usurarios, si con ello se efectúa el anatocismo, y si en una materia de interés social, que responde a Derechos Sociales estrictos, como es el derecho a la vivienda, el prestamista -aún sin llegar a la usura- puede obtener ganancias no razonables, resultado de las condiciones en que se contrate el préstamo, o condiciones empobrecedoras del débil jurídico. En fin, si operaciones legalmente sustentadas han devenido en inconstitucionales.

La Sala apunta, que de las Circulares Nros. 9187 y 1728 de 24 de diciembre de 1998 y 1° de marzo de 1999, que cursan en autos, emanadas de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y tituladas “Circular enviada a: Bancos Universales, Bancos Hipotecarios y Entidades de Ahorro y Préstamo”, se evidencia que los llamados créditos indexados o ajustados al ingreso familiar fueron permitidos por el Estado enmarcados o no en las leyes que regulan el subsistema de Vivienda y Política Habitacional y en general a la política habitacional.

En consecuencia, con la modalidad de la indexación se otorgaron créditos para viviendas fuera del ámbito de la política habitacional y sus áreas, controles y dirección del Estado, mediante el Consejo Nacional de la Vivienda.

Por otra parte, los otros préstamos bancarios, no aplicables a la adquisición o mejoramiento de viviendas, como los llamados “*cuota balon*” por los accionantes, nada tienen que ver con las modalidades del sistema de asistencia habitacional, y así se declara.

4.- Anatocismo

El que una persona sea capaz no significa que su consentimiento siempre pueda ser manifestado libremente, sin sufrir presiones o influencias que lo menoscaben. Por ello, independientemente de los vicios clásicos del consentimiento (error, dolo o violencia), algunas leyes tienen recomendaciones, normas y otras disposiciones que persiguen que las personas expresen su voluntad con pleno conocimiento de causa o alertados sobre aspectos del negocio. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario es de esa categoría de leyes, en su articulado referente a las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios, contratos de adhesión y a la información sobre precios, pesos y medidas.

Con este tipo de leyes, el legislador ha tratado que el derecho se adapte a la realidad social, ya que un derecho divorciado de la realidad antro-po-sociológica, es un derecho necesariamente lesivo a los seres humanos.

Hace la Sala estas anotaciones, porque la autonomía de la voluntad de las contratantes en la realidad no es tan libre, ni exenta de influencias, que pueden sostenerse que ella actúa plenamente en cada persona por ser ella capaz.

Quien se encuentra en situación de necesidad es mucho más vulnerable que quien no lo está, en el negocio que repercute sobre esa situación, y ello que lo ha tenido en cuenta el legislador, también lo debe tener en cuenta el juzgador, por lo que fuera de la calificación de usuraria de algunas cláusulas contractuales, a otras podría considerarlas como contrarias a las buenas costumbres, cuando ellos inciden en desequilibrar la convivencia humana.

Así como la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, señala una serie de normas para salvaguardar al consumidor (*latu sensu*), las cuales a veces regulan hasta las menciones de los contratos (artículos 19, 20 y 21); igualmente, normas que establecen con claridad la manera de actuar, pueden ser entendidas como protectivas de los seres humanos, de la convivencia, y ellas atienden más a la protección de las buenas costumbres que a la del orden público.

Las buenas costumbres, atienden a un concepto jurídico indeterminado ligado a la realidad social, y por ello el concepto varía en el tiempo y en el espacio, y con relación a determinados tipos de negocios o actos públicos.

La Sala hace estas consideraciones porque el artículo 530 del Código de Comercio establece: “No se deben intereses sobre intereses, mientras que, hecha liquidación de éstos, no fueren incluidos en un nuevo contrato como aumento de capital. También se deben cuando de común acuerdo, o por condenación judicial, se fija el saldo de cuentas incluyendo en él los intereses devengados”.

Los supuestos de la norma transcrita exigen que los intereses se liquiden y que luego de tal determinación, que involucra una aceptación del deudor, se incluyan en un nuevo contrato donde se capitalizan; o se arreglan cuentas aceptando en el saldo los intereses, lo que también supone que los montos por intereses fueron liquidados previamente a su inclusión como capital.

A juicio de esta Sala, el artículo 530 aludido, no permite que previa a la liquidación de los intereses, a su existencia real, surjan compromisos entre acreedor y deudor tendientes a capitalizarlos.

Tal vez, la razón de esta prohibición es que antes de liquidar los intereses (tanto compensatorios como indemnizatorios) y determinar su monto, no hay equivalente en la prestación del acreedor para de una vez tener derecho a capitalizar los intereses, no siendo para el acreedor el equivalente para tal ventaja el que haya prestado un dinero, ya que los daños resultantes del retardo en el cumplimiento por parte del deudor, son el pago del interés legal, que en materia mercantil es el del mercado, salvo disposiciones especiales.

En los préstamos de dinero para los planes de política habitacional y la asistencia habitacional, por mandato de la ley, el anatocismo prohibido por el artículo 530 del Código de Comercio es legal. Los fines perseguidos por dicha ley, con la formación del fondo de ahorro compensa la obligación de pagar intereses sobre intereses, pero fuera de dicho ámbito, la capitalización de intereses convenida cuando ni siquiera se han causado ni se han determinado, a juicio de esta Sala, constituye una obligación contraria a las buenas costumbres, ya que nadie puede racionalmente aceptar que sobre los intereses que debe, calculados a ratas de interés variable y que no puede conocer ni prever como los ha de pagar, se generen nuevos intereses a tasas desconocidas. La aceptación de tan lesiva situación, al igual que la aceptación a priori de la frecuencia de las capitalizaciones, no puede ser sino el producto de una actitud desesperada del deudor o de una ignorancia total sobre el negocio, además de resultar desproporcionada con la prestación del acreedor.

Tal vez, esta fue la razón que tuvo el legislador, cuando la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (de 1993), la cual ha regido la mayoría de los créditos indexados, dispuso en su artículo 50: “En caso de atraso en los pagos de créditos destinados a la adquisición de viviendas, los bancos hipotecarios solo tendrán derecho a cobrar intereses moratorios sobre la parte de capital a que se contrae la cuota o las cuotas de amortización no pagadas a su vencimiento, de conformidad con lo estipulado en el respectivo contrato”. Tal disposición, recogida en el artículo 99 del Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, destinada a los préstamos que pudieren otorgar los bancos hipotecarios, a juicio de esta Sala priva sobre los préstamos hipotecarios de los prestamistas que se dedican a financiar las viviendas, a menos que la ley, como la que regula la asistencia habitacional, expresamente digan lo contrario.

El artículo 528 del Código de Comercio, trae un caso de capitalización de intereses, en el contrato de cuenta corriente, pero ello se hará de acuerdo a los balances parciales, lo que significa que se trate de intereses liquidados y aceptados que se van a capitalizar. Algo igual prevé el artículo 524 del mismo Código. También en materia de depósitos de ahorro las diversas leyes que han regido el sistema financiero han permitido que se capitalicen los intereses que producen los depósitos, por lo que se trata de una previsión legal.

La falta de causa, la causa ilícita y los vicios del consentimiento son razones de nulidad de los contratos (artículo 1.157 del Código Civil), los cuales responden a demandas particulares de quienes pretenden hacer valer sus derechos subjetivos en ese sentido, y por ello, no puede ventilarse su nulidad dentro de una acción por derechos e intereses difusos o colectivos.

Pero dentro de estas acciones sí se puede pedir un efecto general que beneficie a toda la colectividad o a grupos indeterminados de ésta, que están en igual situación jurídica, como sería la prohibición de cierto tipo de cláusulas con relación a contratos tipos de aplicación masiva para quienes se hallan en una determinada situación, y en ese sentido, la Sala podría determinar el futuro de los contratos que impongan previamente el anatocismo, si la forma como se implementa es por vías contrarias a las buenas costumbres, que en materia de intereses social, se concretiza mediante el agravamiento de la situación del débil jurídico sin una real equivalencia en la prestación de su contraparte que sustente la ventaja que obtiene. La entrega al acreedor que hace a ciegas el necesitado, tendente a un endeudamiento que le impide el ahorro y que no responde a una situación precaria del acreedor, se convierte en una obligación contraria a las buenas costumbres.

A juicio de esta Sala, en materia de derechos o intereses difusos o colectivos, para que se cumpla a cabalidad la prestación solidariamente debida ante un derecho social concreto, como es el de la vivienda, las ilicitudes generales sobrevenidas que contienen los contratos tipos, pueden ser declaradas a fin que tal clase de contratos o sus cláusulas se prohíban, si es que eran legales cuando nacieron pero que luego devienen en inconstitucionales.

La previsión del artículo 530 citado, de que se capitalicen los intereses liquidados, plantea el interrogante de sí antes de su liquidación pueden las partes pactar la capitalización.

A juicio de esta Sala, en teoría ello podría ser posible como parte de la autonomía de la voluntad, pero la realidad es que quien pide un préstamo, decide endeudarse y pagar intereses compensatorios y moratorios, lo hace por necesitar lo que pide, y tal necesidad, sobre todo si es para resolver problemas sociales como vivienda, educación, etc, lo lleva a aceptar condiciones que favorecen abiertamente al prestamista, muchas de los cuales lindan con la violencia sobre el necesitado, ya que solo comprometiéndose a cumplirlas se tiene acceso al crédito. Tal situación fomentada por instituciones que prestan un servicio crediticio, y destinado a solucionar masivamente problemas sociales, como el de la vivienda, a juicio de esta Sala es contraria a las buenas costumbres, ya que al deudor no solo se le cobran los intereses compensatorios, sino los de mora, que representan la indemnización por daños y perjuicios (artículo 1.277 del Código Civil), y tal indemnización se la capitalizan y, sobre lo capitalizado, se vuelve a cobrar intereses, por lo que el deudor acepta un "doble castigo", a juicio de esta Sala violatorio del artículo 1.274 del Código Civil, ya que el convenio de capitalización previo de los intereses no atiende a los daños y perjuicios previstos o que hayan podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, ya que ello no se estipula en el mismo. Por otra parte, la falta de pago de las cuotas en su oportunidad, tampoco responde a lo pautado en el artículo 1.275 del Código Civil, que establece que los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor (los intereses), y así como la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación.

La falta de pago de una o varias cuotas, o de intereses, generan la mora como daños y perjuicios, y ante el hecho real de no poder pagarlos, es posible que se acuerde que dichos saldos aumenten el capital, pero convenir en ello antes que surja la liquidación de los intereses, es crear una especie y encubierta cláusula penal (artículo 1.276 del Código Civil), la cual siempre debe referirse a una cantidad determinada y no fluctuante como la que emerge de la indexación.

Considera esta Sala que cuando el artículo 530 del Código de Comercio permitió se cobraran intereses sobre intereses, hecha la liquidación de éstos, el legislador fue preciso, porque sólo sobre los liquidados podría el deudor -con pleno conocimiento de su situación- acordar su capitalización, sin tener encima para aceptar tal capitalización, la presión de que sólo recibirá el préstamo si se allana a las condiciones que más favorezcan al prestamista; y porque sólo así las disposiciones de los artículos 1.273 a 1.276 del Código Civil pueden tener aplicación.

Además, no escapa a esta Sala una tendencia legislativa contemporánea, que deja a los particulares la fijación de los intereses, sin intervención directa en ese sentido de algún organismo oficial, como lo es el Banco Central de Venezuela, creando en un sector de la población una situación que le impide normalmente precisar cuáles son los intereses.

Ello se evidencia en el artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, el cual para el cálculo de la tasa de intereses que debe pagar el arrendador al arrendatario, ordena que se calculen a la tasa pasiva promedio de los seis principales entes financieros durante la vigencia de la relación arrendaticia, conforme a la información que suministre el Banco Central de Venezuela.

En consecuencia los arrendadores, y por ende los arrendatarios a cuyo favor surge el derecho de cobrar intereses, se ven en la necesidad de investigar cuáles son los seis principales entes financieros, y realizar las operaciones que le permitan conocer cuál fue la tasa pasiva promedio de esos seis entes, teniendo en cuenta para tales determinaciones, la información que les dé el Banco Central de Venezuela, sobre cuáles eran esos seis principales y, siendo un punto discutible, dado la letra del citado artículo 24, si el Banco Central se limita a indicar cuáles son los seis principales entes, y además señalar las tasas pasivas de cada uno, o si es dicho Banco quien aporta a los particulares el promedio, a fin que sean ellos quienes hagan los cálculos.

Esta misma fórmula la utiliza la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (artículo 27) para el cálculo de los intereses de mora causados por el atraso en el pago de los cánones de arrendamiento, por lo que el débil jurídico: arrendatario, se ve compelido, de acuerdo a la interpretación que se dé a los artículos, a solicitar información en el Banco Central de Venezuela, a verificar las tasas pasivas promedio, etc.

Aceptar que en materias de interés social, como todas las relacionadas con la vivienda, la tuición del Estado se hace laxa en contra de los débiles jurídicos, y que se les obliga a realizar operaciones para lo cual se aumentan sus gastos, ya que requieren de personas con conocimientos técnicos para que los realicen, resulta a juicio de esta Sala, un desmejoramiento en el derecho de obtener información adecuada, que es un beneficio que se proyecta más allá del artículo 117 constitucional, y que agrava aún más la situación de a quién le capitalizan los intereses.

X

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

De acuerdo a lo expuesto en este fallo, existen varias modalidades de crédito para la adquisición y ampliación de viviendas, unos otorgados dentro del sistema general de política y asistencia habitacional, sistema que comenzó en 1989 y aún rige con variaciones legales; otros otorgados para la adquisición, remodelación y mejora de viviendas fuera del sistema de ahorro habitacional, y un tercer tipo de crédito para la adquisición de muebles (vehículos).

Con relación a los créditos otorgados para la adquisición, ampliación y mejora de viviendas en general, la Sala decide:

1.- A juicio de esta Sala dentro de un Estado Social de Derecho, la fijación de los intereses en materia de derechos e interés social, como el de la adquisición y mejora de la vivienda (artículo 82 constitucional), no puede quedar unilateralmente en cabeza del acreedor, mediante parámetros establecidos por éste, máxime cuando por mandato de la ley - y no de la convención- los intereses que regirán las operaciones de préstamo para la adquisición de viviendas, son los del mercado, motivo por el cual un ente técnico e imparcial debe fijarlos, como lo es el Banco Central de Venezuela, de acuerdo al artículo 21.12 de la Ley que lo rige.

Los intereses del mercado deben ser determinados por un tercero y nunca por la parte poderosa dentro del contrato, como lo es el prestamista, y no pueden surgir de las propias operaciones de los prestamistas, ya que de ser así hasta podrían ser el resultado de negocios cartelizados, o de señalamientos parcializados sobre lo que deben ser los intereses del mercado.

Este es el principio que a juicio de la Sala rige en esta materia. Igualmente, considera la Sala que existen distintas fórmulas de matemáticas financieras para calcular los intereses, y siendo la expectativa de ganancias para el prestamista en la materia, una razonable por mandato de la ley, la fórmula de cálculo debe ser la menos perjudicial para el deudor, ya que en ello consistiría la racionalidad.

Durante la vigencia de la Ley del Banco Central de Venezuela de 1992, el artículo 46 de dicha ley facultaba únicamente al Banco Central de Venezuela para regular las tasas de interés, incluyendo la fijación de las tasas máximas y mínimas que los Bancos y demás instituciones financieras, privadas o públicas, regidas por la Ley de Bancos y otras Instituciones de Crédito (luego la Ley cambiaría el nombre), y por otras leyes, podían cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realizaran. Esta fijación realizada por un tercero ajeno a las partes, en teoría garantizaba su justeza, dado a que el tercero hacía las veces de un decisor, tomando en cuenta las realidades económicas que legalmente manejaba.

A esos fines el citado artículo 46 rezaba: “El Banco Central de Venezuela deberá analizar trimestralmente el diferencial de intereses que exista entre las tasas activas y pasivas ajustándolo a un límite que pueda generar una rentabilidad razonable al sistema financiero nacional”.

Este régimen duró hasta que entró en vigencia en octubre de 2001 la nueva Ley del Banco Central de Venezuela.

En consecuencia, desde 1993 hasta el 2001 surgía una contradicción entre las normas de la Ley de Política Habitacional como la del artículo 36 de la Ley de 1993 y el citado artículo 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela; y tal contradicción continuó durante la vigencia del primer Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, publicado el 5 de noviembre de 1998 (artículo 3 de esta última Ley).

Considera la Sala que dejar la fijación de los intereses a los acreedores, como ocurre en los contratos analizados en este fallo en el capítulo de las pruebas, a pesar de que las leyes especiales dedicadas a las políticas habitacionales así lo permitieran, resultaba, tanto durante la vigencia de la Constitución de 1961 y con más razón en la actualidad, donde rige el Estado Social de Derecho, un atentado al derecho que, según el vigente artículo 82 constitucional, tiene toda persona a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales, así como al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de dicha vivienda, el cual siendo un crédito con fines de interés social no puede provenir de un sistema desproporcionado donde el acreedor es quien fija los intereses de esos créditos, unilateralmente, o mediante una tasa de mercado que controlan y calculan los prestamistas.

Por lo expuesto, la Sala en atención a su poder de control difuso de la Constitución, desaplica en cuanto a que se contradicen con el vigente artículo 82 constitucional, concordado con el artículo 2 *eiusdem*, el parágrafo único del artículo 21 de la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, en cuanto a su aplicación literal, ya que los intereses del mercado por él contemplados tienen que ser fijados por un ente ajeno a los contratantes, que sea quien los determine. Igualmente y por la misma razón se desaplica el parágrafo único del artículo 22 de la misma ley en lo que atañe a la tasa del mercado, la cual debe entenderse será fijada por un ente especializado, y consecuencia de tal desaplicación es que las Normas de Operación vigentes que tienen conexión con los artículos desaplicados, también deberán dejar de aplicarse.

También en razón del control difuso se desaplican los artículos 3, 4 y 23 de la Norma de Operación sobre las Condiciones de Financiamiento Aplicables a los Préstamos que se otorgan con los Recursos Previstos en el Decreto Ley del Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, en cuanto a que ordenan que los intereses del mercado serán fijados por las instituciones financieras.

Ahora bien, como durante la vigencia del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, publicado en la *Gaceta Oficial* de 5 de noviembre de 1998, hoy derogado, así como durante la vigencia de la Ley de Política Habitacional de 1993, nacieron contratos con refinanciamiento de intereses para la adquisi-

ción, mejora o construcción de viviendas, que se adaptaban a las previsiones de esas leyes, los cuales tienen el mismo defecto de que los intereses del mercado lo fijan los prestamistas, por lo que las leyes que rigen dichos contratos chocan en la actualidad con el artículo 82 Constitucional en la forma señalada, la Sala por control difuso de la Constitución desaplica parcialmente los artículos 12 y 35 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, publicado en la *Gaceta Oficial* de 5 de noviembre de 1998, en el sentido, que la amortización en condiciones del mercado a que se refiere dicho artículo, debe entenderse en cuanto a intereses que ellos son los que fije el Banco Central de Venezuela. Igualmente, se desaplica parcialmente el artículo 35 de la misma Ley referida, en lo referente en su texto a las tasas del mercado, lo cual debe entenderse que es la tasa del mercado, en cuanto a intereses, es la que fije el Banco Central de Venezuela.

También desaplica parcialmente el artículo 36 de la Ley de Política Habitacional de 1993. El artículo 36 se desaplica en lo referente a las tasas máximas de interés que según dicha norma será la que rija para las instituciones a que se contrae el encabezamiento del artículo, ya que dichas tasas que impondrán los prestamistas, deberán ser fijadas por el Banco Central de Venezuela.

Por iguales razones se desaplica parcialmente el artículo 128 de las Normas de Operación de la Ley de Política Habitacional, en cuanto a que las tasas de interés aplicable será la del mercado, sin señalar que ellas las fija el Banco Central de Venezuela.

Además, la Sala desaplica la Resolución n° 97-07-02 del Banco Central de Venezuela del 31 de julio de 1997, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 36.264 del 7 de agosto de 1997, actualmente vigente, en lo que se refiere a las tasas de interés aplicables a los créditos para la adquisición, mejora o construcción de viviendas, con la modalidad de refinanciamiento.

Por lo tanto, los intereses a pagarse hacia el futuro en los créditos indexados otorgados conforme a la política y asistencia habitacional, independientemente de las fechas en que se otorgaron los créditos, y a partir de la fecha de este fallo, deberán ser reajustados por el Banco Central de Venezuela, conforme a lo que señala a dicho Instituto el artículo 49 de la vigente Ley del Banco Central de Venezuela, aplicando para los cálculos de la tasa de interés del mercado, el sistema técnico que más favorezca al prestatario, ya que como lo expuso el perito testigo Domingo Fontiveros en su exposición en la audiencia del 17 de enero de 2002, existen diversas fórmulas técnicas para calcular intereses, considerando el Banco Central de Venezuela los parámetros que luego se señalan.

Con relación a los intereses devengados con anterioridad a esta sentencia, el Banco Central de Venezuela, con el mismo esquema de matemáticas financieras, fijará las tasas máximas de interés trimestrales que a partir de enero de 1993 constituían las tasas del mercado, y a ella se ajustará el cálculo de los intereses cobrables a los préstamos indexados, tanto aplicables al exceso de intereses de la cuota financiera, como a los intereses refinanciados. Si la tasa resultare menor a la utilizada para calcular los intereses, las sumas pagadas por ese concepto se ajustarán en función de la nueva tasa y el pago de intereses que resultare en exceso de lo que arroje la nueva tasa, se reducirán de la deuda de capital refinanciado existente para esta fecha. Si resultaran tasas mayores o iguales a las utilizadas para calcular los intereses, lo cancelado por ese concepto antes de la fecha de este fallo, estaría correctamente cancelado.

En consecuencia, no pueden los prestamistas aplicar la tasa de interés que ellos unilateralmente fijan como tasa de interés del mercado financiero, para los préstamos hipotecarios. Si conforme al artículo 32 del Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, los entes financieros están sometidos a las disposiciones que en materia de tasas de interés establezca el Banco Central de Venezuela, la propia fijación de las tasas - que es lo menos- podrá hacerlo el Banco Central de Venezuela.

Observa la Sala que, la conformación de la tasa de interés del mercado, y tal como lo señaló en la audiencia el perito testigo Domingo Fontiveros, los hacen los Bancos tomando en cuenta: 1) la remuneración que da el prestamista al público de quien capta el dinero que usará en la intermediación. 2) Los gastos de operación y de transformación, los cuales son parte del negocio del prestamista y cuyo traslado a los prestatarios -ajenos al negocio del financista- deben tener un límite razonable. 3) La ganancia que corresponde a los prestamistas, la cual en esta materia de interés social no puede ser excesiva, como lo señalan las leyes citadas en este fallo. 4) Una prima por riesgo por el precio del dinero. 5) Los intereses de los bonos y títulos de la deuda pública que los bancos deben obligatoriamente recibir conforme a las leyes. El Banco Central de Venezuela debe calcular las tasas mensuales, utilizando los parámetros que considere que equilibren la necesidad de recursos para el sector hipotecario con la capacidad de pago de los deudores del área habitacional III, sincerando los costos de operación del negocio bancario, evitando la duplicidad del cobro de estos costos bajo el rubro de comisiones que no obedecen a contraprestación alguna, o que se cobran por operaciones propias del negocio que necesariamente tienen que realizarse para que la función bancaria o financiera se preste por lo que mal pueden trasladarse a los usuarios del sistema financiero, fijando una ganancia razonable referida al mercado hipotecario.

Dichos parámetros se tomarán en cuenta en la fórmula para calcular las tasas de interés, que deberá ser la que favorezca más a los prestatarios.

Considera la Sala que el mercado hipotecario es disímil a otros mercados, como el de financiamiento de vehículos, tarjetas de crédito, etc, y que las tasas a regir en dicho mercado, tiene caracteres propios que deben ser tomados en cuenta para la determinación, como lo son las tasas que rigen en áreas de interés social, como la agrícola o la relativa a los pasivos laborales. Las tasas de interés varían conforme a los diversos mercados: agrícola, pagarés, corporativos, compra de vehículos, hipotecas, etc., por lo que mal puede considerarse tasa del mercado un promedio de la totalidad de las tasas aplicadas.

2.- La Sala considera violatoria de los artículos 114 y 117 de la vigente Constitución, las cláusulas de los contratos de préstamos de cualquier tipo que obligan a los prestatarios: a informarse mensualmente de las variaciones de la tasa de interés fijadas por los prestamistas, o de los montos de las cuotas ajustadas o modificadas. En consecuencia tales cláusulas son nulas y así se declara. A partir de este fallo carecen de cualquier efecto.

3.- En cuanto a los tipos de créditos para la adquisición o mejora de viviendas, encuadrados o no dentro de la política de asistencia habitacional general, que como producto de las experticias del Economista Rafael Derett, se consideran "impagables", la Sala observa que en principio, el pago, así sea de sumas exageradas, depende de la capacidad de pago del deudor, por lo que no puede designarse como teóricamente impagable ninguna deuda. Pero en los contratos onerosos opera la regla del artículo 1.135 del Código Civil, ya que entre la ventaja del prestamista y la que trata de procurar el prestatario debe existir equivalencia, y ella no existe desde el momento que el prestatario no puede, dentro de las condiciones pactadas, con sus variables, redimir normalmente su deuda y extinguir la hipoteca. El cumplimiento del contrato se hace imposible dentro de los plazos para ello, ya que la fórmula financiera utilizada produce un aumento del capital (refinanciado) que rebasa la capacidad de pago del deudor, a pesar que tal capacidad fue decisiva para el otorgamiento del crédito.

La Corte Constitucional de la República de Colombia, en sentencia de 6 de octubre de 1999, (C-747/99) consideró inconstitucional el préstamo que "desborda la capacidad de pago de los adquirentes de vivienda, lo cual resulta, además, contrario a la equidad y a la justicia como fines supremos del derecho; es decir, opuestos a la vigencia de un orden justo". Agrega esta Sala, que siendo de naturaleza constitucional el derecho a la adquisición de la vivienda, y al crédito para ello, la existencia de créditos de este tipo, que estructuralmente perjudican al

deudor, debido a que los cambios convenidos son de tal magnitud que el deudor para afrontarlos tendría que sufrir graves perjuicios tanto en lo personal como en lo familiar, se convierten en violatorios del artículo 82 constitucional. El perito testigo Manuel Gutiérrez al deponer en la audiencia, calificó la situación en que nacieron los préstamos, como de economía volátil, con una fluctuación -a veces desmesurada- de los intereses. Según dicho perito, el sistema fue creado para que las personas que no podían acceder al crédito para vivienda dentro del sistema lineal de cálculo de intereses, pudieran hacerlo. Este perito merece fe a la Sala, y ella considera que lo depuesto es cierto en cuanto a la intención por la cual se legisló sobre los créditos, motivo por el cual el legislador los acogió, pero que su efecto en una “economía volátil” puede llegar a ser altamente pernicioso para el deudor, en el caso que los intereses no bajen o que no guarden una relación armónica con el ingreso promedio de la población.

La Sala considera que ésta es la situación venezolana, y ante ella debe resolver: ¿quién debe correr con la mayor carga del riesgo, dentro de un Estado Social de Derecho, si el prestamista o el prestatario? Los préstamos con refinanciamiento se han otorgado para que una masa de personas que por sus ingresos no tendrían en condiciones normales acceso al crédito, pudieran satisfacer su necesidad de vivienda. En esto fueron contestes los peritos testigos promovidos por la Asociación Bancaria de Venezuela, Domingo Fontiveros, José Alberto Yanes, Manuel Gutiérrez y Carlos Jaramillo.

Se trata de personas cuya situación socio económica no es óptima, y que pagando cuotas mensuales que no exceden del 30% del ingreso familiar, puedan acceder a la vivienda y además con el remanente de los ingresos cubrir los rubros alimentación, salud, educación y otras necesidades básicas.

Esta situación la conoce el prestamista y es definitiva para el otorgamiento de esta clase de préstamos, como lo señalaron los peritos inmediatamente nombrados.

Por máximas de experiencia, la Sala conoce que quien solo puede pagar como cuota mensual el 30% de su ingreso familiar, se vería en grandes apuros, en detrimento de sus otras necesidades básicas, si tuviere que pagar para cancelar el préstamo para la vivienda sumas superiores a lo pactado, y que prácticamente perdería la vivienda o haría un esfuerzo tremendo en detrimento de sus otras necesidades básicas, si tuviere que afrontar el pago de unos capitales paralelos (los refinanciados) que se forman por la suma de los intereses no pagados, que excedan de la cuota financiera, y que a su vez, -con aplicación de tasas fluctuantes- generan nuevos intereses. Esto también lo conoce el prestamista y se proyecta en la formación de un capital paralelo que resulta difícil de cancelar en el mismo plazo convenido para pagar el préstamo original. Teniendo el prestatario -además- que pagar en la cuota no financiera, un recargo por la inflación del año anterior, que no debe exceder del 85% de la tasa de inflación.

El prestamista tiene derecho a obtener una ganancia y a recuperar su dinero, pero en materia de interés social, tal ganancia y recuperación no puede ser a expensas de las necesidades básicas del prestatario (salud, educación, alimentación, etc), hasta el punto de hacerle perder la vivienda y además engrosar sus caudales con el producto de un esfuerzo extra del deudor.

De allí que la Sala considera que el riesgo del deudor previsto en los contratos, de que le sea muy oneroso honrar su compromiso, desproporcionado con lo que recibió originalmente, también lo debe correr el prestamista, en cuanto no exista equivalencia entre su ventaja y la del prestatario. Máxime cuando en el país surgió una antinomia entre diversas normas, ya que mientras el sistema de las leyes de política y asistencia habitacional, prevea fluctuaciones mensuales de interés, la Resolución 97-07-02 del Banco Central de Venezuela (*Gaceta Oficial* n° 36.266 del 7 de agosto de 1997), se refería a la tasa anual (no mensual) de interés que podían cobrar los bancos y entidades de ahorro y préstamo, la cual sería la que ellos decidieran, teniendo en cuenta las condiciones del mercado financiero (sin especificar cuál mercado, si el global o el hipotecario).

De existir un desequilibrio en las equivalencias, él puede constituir una lesión (artículos 1.010, 1.120, 1.123, 1.132 y 1.350 del Código Civil), y la Sala reputa que cuando en materia de interés social el contrato se hizo lesivo para el deudor, el mismo debe ser reestructurado a fin que las prestaciones equivalentes se equilibren, o pueda darse por cumplido el contrato en un término superior al pactado, quedando lo pagado en exceso a favor del acreedor.

La Sala considera lesivo que un deudor del sistema de ahorro o asistencia habitacional se encuentre solvente en las cuotas financieras mensuales y en las anuales, pero que el capital debido -como resultado del refinanciamiento- exceda en una parte sustancial al capital realmente recibido.

En materia de lesión -entre herederos (artículos 1.120 y 1.132 del Código Civil)- el exceso en una cuarta parte de la estimación del valor de los objetos da lugar a la lesión. Se trata de una norma específica del derecho hereditario, pero la lesión puede también tener lugar en materia contractual (artículo 1.350 del Código Civil), sin que el legislador haya señalado un parámetro para el cálculo de la misma.

La lesión, como institución, origina la rescisión del contrato, en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en la ley, lo que amerita una acción en ese sentido. Ahora bien, lo anterior no exime a que pueda existir una situación lesiva y que la misma pueda ser reconocida, se trataría de una lesión objetiva, que a pesar de existir, no origina la rescisión del contrato, ya que el lesionado no la solicita.

En materia de interés social, y de derechos o intereses difusos o colectivos, pueden existir situaciones lesivas para las comunidades, grupos o colectividades que acceden a determinados tipos de contratos. Si los contratos se refieren a la adquisición de bienes y servicios, ellos se ven regulados por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la cual mediante varias figuras jurídicas evita la desproporción que pueda surgir en el contrato; pero fuera de dicha ley, la cual tomó en cuenta a los usuarios del sistema financiero, pueden ocurrir ofertas masivas dirigidas a grupos de personas, a colectividades, etc., que generan contratos que por desproporcionados a favor de una parte se hacen objetivamente lesivos.

Cuando en una acción por intereses difusos o colectivos se exige que se satisfaga una prestación general a las personas, como sería, el acceso al crédito para adquirir viviendas, y así dar cumplimiento al derecho a la vivienda (artículo 82 constitucional), el Juez detecta circunstancias que impiden, desmejoran o limitan dicho derecho al crédito y a la vivienda, puede declararlas a los fines que pueda cumplirse el derecho general prestacional, que atañe a todo el mundo, y tomar los correctivos en ese sentido, sin ordenar rescindir contratos por lesión, ya que eso no es lo solicitado.

Tal situación lleva a la Sala a considerar que en casos como el de la presente acción, y con relación a los préstamos vigentes, se puede señalar un parámetro para calificar la lesión, en los créditos que corresponden al área III conforme a las leyes que rigen la vivienda y política habitacional, o los otorgados fuera de dichas leyes, pero con el esquema en ellas señalado, y tal parámetro debe tomar en cuenta que mientras mayor plazo de pago exista, mayor monto por intereses se capitalizan, por lo que la deuda del prestatario sube, haciéndose más onerosa su situación en relación con la suma que realmente recibió; aunado a que en una economía volátil, la tendencia es que las tasas de interés siempre suben en relación con la tasa que se utilizó cuando se efectuó el contrato.

A juicio de la Sala, dentro de los esquemas de préstamos con refinanciamiento, la lesión vendría dada por el cobro de intereses que se capitalizan, que generan mas intereses a tasas fluctuantes, a veces desmesurados con relación a la tasa de interés original que se utilizó cuando se formalizó el negocio, y que convierte al capital refinanciado en una desproporción con relación al capital efectivamente recibido por una persona a quien de antemano se reco-

noce que tiene limitaciones para cumplir, hasta el punto que las propias leyes que rigen o han regido el sistema crearon un Fondo de Rescate, en beneficio del acreedor, previendo que el deudor no pudiese cumplir. Tal condición de peligro en el deudor incluso originó la Ley de Protección al Deudor Hipotecario.

Para determinar cuando existe la lesión, cuando se produce realmente el desequilibrio que obra en detrimento del deudor, la Sala considera que ello ocurre cuando los intereses capitalizados, en base a la tasa fluctuante del mercado que hasta ahora se ha venido aplicando, se han alejado también desproporcionadamente de los intereses que el deudor debería ganar por los pasivos laborales que le corresponden, no sujetos a fideicomiso, y por ello para poder conjurar la lesión, debe existir una tasa promedio entre la de los intereses del mercado que han sido cobrados a los prestatarios desde 1996 y la tasa de los intereses que a partir de 1996 viene fijando el Banco Central de Venezuela para las prestaciones sociales y que lo hace respondiendo a la situación laboral del país y a la de los ingresos de los venezolanos. Esta tasa se utilizará, de ser menor en cinco puntos a la del mercado, calculada según el número 1 de este capítulo, y de no serlo, a los efectos de evitar la lesión a la tasa del mercado fijada por el Banco Central de Venezuela se le restarán cinco puntos.

Para que no exista la lesión, a todo préstamo otorgado conforme a la política o asistencia habitacional, después de cierto tiempo, se calcularán los intereses que excedan a los pactados en la cuota financiera, utilizando el sistema señalado en este número del presente capítulo de este fallo, y por ello a partir del quinto año, a fin de evitar la corrida ascendente y explosiva de los intereses, se aplicará la tasa ponderada aquí indicada para calcular los intereses del préstamo cuya suma podrá refinanciarse.

La tasa ponderada que resulte se aplicará a los capitales del préstamo original y en base a ella se calcularán los intereses en exceso de los originales que sirvieron para calcular la cuota financiera, de los préstamos vigentes que tengan más de cinco años de otorgados. La cantidad que resulte de esta operación, a partir del quinto año del préstamo, constituirá el capital indexado que debe ser pagado, y ese mismo interés, en los préstamos correspondientes al sistema de política o asistencia habitacional, será el que se aplique como intereses del capital paralelo. Corresponderá al Banco Central de Venezuela determinar esa tasa ponderada. De esta manera se equilibra la situación de los prestatarios que la inflación los ha llevado o los llevará a pagar intereses que drenan su liquidez para atender otras necesidades esenciales, y la de los prestamistas que tienen derecho a una ganancia, y que además tienen que pagar intereses por las sumas que captan.

Se trata de una solución para los préstamos vigentes en esta fecha, distintos a los del área habitacional I y II, los cuales se seguirán rigiendo hacia el futuro, por las tasas de intereses establecidas en el n° 1 de este capítulo, o por los parámetros que fije el Consejo Nacional de la Vivienda.

Los esquemas de este número y del n° 1 de este capítulo, se aplicarán a su vez a los créditos que dentro de la asistencia habitacional se otorguen hacia el futuro, mientras la Ley no establezca lo contrario.

4.- Se declara nulo, por ser violatorio de los artículos 114 y 115 constitucionales, cualquier tipo de aumento o cambio de condiciones que permita al prestamista fijar unilateralmente el monto de las cuotas a pagar como resultado del incremento de los ingresos, calculados solo por el prestamista sin intervención de los órganos estatales. Tal desproporción atenta contra el derecho a la obtención del crédito para la vivienda. Se trata de normas que afectan las buenas costumbres.

De haber ocurrido estas variaciones por decisión unilateral del prestamista, los créditos que las sufrieron deben ser reestructurados en cuanto a ese aumento, según los parámetros que fije el Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI).

5.- La Sala anula, por considerarlas una estipulación desproporcionada dentro del contrato, violatorias del artículo 114 constitucional, las cláusulas que permiten al prestamista modificar unilateralmente los términos, condiciones y coberturas de los montos asegurados y para contratar a su arbitrio, sin autorización puntual del prestatario, las pólizas de seguro que éste debe tomar a favor directo o indirecto del prestamista.

6.- Se anula, por carecer de equivalencia con las obligaciones entre los contratantes, la tasa de interés moratoria adicional de cualquier porcentaje, que se suma a las tasas para el cálculo de los intereses moratorios del mercado. Se trata de cláusulas usurarias, contrarias a las buenas costumbres.

7.- Con relación a los préstamos otorgados fuera de las Leyes de Política Habitacional o del Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, la Sala considera una forma de anatocismo, el que previo a la liquidación de los intereses, el prestatario se comprometa a que se le capitalicen los intereses que sobrepasen los calculados para la cuota financiera.

El autor español Santiago Rivero Alemán (Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor, p. 291) señala que los pactos sobre intereses se refieren a las cuotas de intereses vencidos y liquidados, criterio que acoge la Sala al interpretar el artículo 530 del Código de Comercio.

El artículo 530 citado al permitir el anatocismo en los supuestos que él contempla, lo hace bajo el espíritu que el prestatario va a recibir con ello un beneficio adicional, el cual la Sala en estos casos no lo reconoce.

Ello es posible en el sistema de asistencia habitacional debido al fin de formación del Fondo Mutual Habitacional, pero no fuera del tal sistema.

En consecuencia, a partir de esta fecha cesa tal práctica para este tipo de contratos, y los devengados no se deben y se compensarán con el capital adeudado.

8.- Con relación a la posibilidad que se fijen tasas de interés día a día, prevenida en algunos contratos, lo que implica en el sistema indexado una capitalización diaria, nacida de intereses sobre saldos diarios. Esta modalidad conduce a pagos mucho mayores.

Ahora bien, en materia de préstamos enmarcados dentro de las leyes (en general) de política y asistencia habitacional, tal sistema de cálculo está prohibido por el artículo 16 de las Normas de Operación promulgadas en febrero de 1999, el cual requería capitalizaciones mensuales, y por el artículo 121 de las Normas de Operación del 21 de junio de 2000, que también se refieren a la capitalización mensual, en consecuencia se declara nula por contraria a la Ley, tal sistema.

9.- En lo referente a los créditos para la adquisición de vehículos, mediante ventas con reserva de dominio u operaciones equivalentes, la Sala observa:

Se trata de un sistema donde el deudor paga una cuota mensual que está formada por amortización de capital, comisión por cobranza y tasa de interés variable. Los pagos mensuales monto de las cuotas no varían, pero sí la tasa de interés se modifica y ella es mayor a la que sirvió de base de cálculo de los intereses de la primera cuota, dicha tasa se aplica al saldo del precio o base de cálculo y el resultante se abona (imputa) a la cuota por concepto de intereses, por lo que la amortización de capital que ella contiene es inferior a la que originalmente le correspondía.

Esos intereses a cobrarse en cada cuota resultan de multiplicar la base de cálculo (precio del bien) por la tasa aplicable vigente cada día; por lo que se trata de una tasa de interés diario, que con relación a la segunda y subsiguientes cuotas, los intereses que ellas contendrán son lo que resulten de sumar los intereses correspondientes a cada día que hubiere transcurrido entre la fecha de vencimiento de la cuota de que se trate y la fecha de vencimiento de la inmediata anterior.

Resulta usurario, por desproporcionado, que la cuota mensual esté formada por una alícuota por concepto de comisión de cobranza, y que dicha alícuota permanezca fija en detrimento del deudor, que no logra al pagar la cuota, amortizar el capital, ya que al pago del monto de ella, primero se imputan los intereses calculados a la tasa variable, luego la comisión por cobranza, y luego lo que resta -si es que resta- se abona al capital. Este sistema genera una última cuota que es igual a todo el capital insoluto. Capital que a su vez produce intereses de mora si no se cancelaren a tiempo las cuotas más un añadido de tres puntos porcentuales anuales a la tasa aplicable vigente para el primer día de la mora. ¿Cuál es la razón que existan esos puntos porcentuales añadidos a los intereses de mora?. No encuentra la Sala ninguna justificación, ya que si el prestamista corre un riesgo, el prestatario igualmente lo corre si por motivo de la inflación sus ingresos se ven realmente disminuidos y no puede honrar a tiempo la deuda. Además, tal puntaje añadido al interés corriente, en las ventas con reserva de dominio, viola el artículo 13 de la Ley sobre Ventas con Reserva de Dominio, que establece que los intereses de mora se calculan a la rata corriente del mercado, por lo que el puntaje resulta ilegal, y así se declara.

El interés convencional, se rige por el artículo 1.746 del Código Civil, sin embargo en materia de financiamiento, los intereses, comisiones y recargos de servicio, deben ser fijados en sus tasas máximas respectivas por el Banco Central de Venezuela, por mandato del artículo 108 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. No con tasas “marcadoras”, sino con tasas expresamente fijadas.

Es mas, en lo que a las comisiones respecta, ellas deben corresponder a un servicio debidamente prestado, es decir que tenga una real razón de ser, a fin que no resulta desproporcionado o inequivalente. No encuentra la Sala justificación alguna para que exista una comisión por cobranza, siendo algo inherente al vendedor de muebles o a los prestamistas mantener un servicio o departamento de cobranza como inherente al negocio. Servicios de cobranza que, necesariamente, tienen que ser distintos los del vendedor que los del financista, lo que hace aún más arbitraria la fijación de una comisión única.

Tales gastos de cobranza, como gastos de operación pueden formar parte de los componentes para calcular la tasa de interés y por lo tanto existe una duplicidad en el uso de dichos gastos para calcular la cuota a pagar.

Los vendedores de vehículos, para calcular la tasa de intereses del mercado, no pueden utilizar para su cálculo los mismos elementos que la Banca, ya que ni captan dinero del público al cual haya que pagar intereses, ni tienen gastos de operación, ni ganancias de igual entidad que la Banca. En consecuencia, los vendedores de vehículos al imponer en sus contratos una tasa de interés que le es extraña, no están sino actuando como intermediarios del financista, como si fuera un brazo de este, por lo que se trata de una forma de intermediación financiera, que resulta contraria a las normas del artículo 10 de la derogada Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

En consecuencia, las cuotas de estos contratos deben ser reestructuradas, eliminando de ellas los gastos de cobranza; correspondiendo al Banco Central de Venezuela, de acuerdo al artículo 108 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, fijar la tasa máxima de interés mensual que, a partir de 1996, correspondía al mercado de compras con reserva de dominio, intereses que no pueden cobrarse día a día.

XI
DECISIÓN

Por los razonamientos expuestos, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda por derechos e intereses difusos o colectivos ejercida por los ciudadanos César Antonio Balzarini Speranza, Presidente de la Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA), Igor García y Juvenal Rodríguez Da Silva, asistidos por los abogados Gastón Miguel Saldivia Dáger, Abraham José Saldivia Paredes y José Manuel Romano, en contra de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU); y, el Consejo Bancario Nacional y la Asociación Bancaria Venezolana, y en consecuencia:

1.- Se **EXONERA** de toda responsabilidad al Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor, ya que la Sala considera que ha sido diligente en la atención de las denuncias que recibió de los prestatarios de los llamados préstamos refinanciados, indexados o mexicanos, así como de los de la modalidad cuota balón.

La Sala **EXHORTA** al Indecu a investigar el cumplimiento por parte de los Bancos y de las Entidades de Ahorro y Préstamo de la Resolución n° 97-12-01 del 4 de diciembre de 1997, emanada del Banco Central de Venezuela en beneficio de los usuarios del sistema bancario. Igualmente, a investigar el sistema de financiamiento de vehículos.

2.- Con relación a la responsabilidad que atribuyen los demandantes a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (Sudeban), la Sala considera que ella no ha sido diligente al permitir que, fuera del Sistema de Política y Asistencia Habitacional, se otorgarán los préstamos indexados o mexicanos con el refinanciamiento de interés.

Se **EXHORTA** a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, conforme al artículo 235.9 de la vigente ley que la rige, a dictar la normativa prudencial necesaria para el “devengo de intereses” y para la “protección de los usuarios de los servicios bancarios”.

Dada la situación en que se encuentran los créditos, debe la referida Superintendencia, previa las recomendaciones del Consejo Bancario Nacional, de acuerdo al artículo 212 *eiusdem*, dictar la normativa prudencial que prohíba hacia el futuro los créditos indexados fuera del Sistema de Ahorro Habitacional, y que permita la reestructuración de los existentes, bajo los parámetros de este fallo.

3.- La Sala en atención a su poder de control difuso de la Constitución, **DESAPLICA** en cuanto a que se contradicen con el vigente artículo 82 constitucional, concordado con el artículo 2 *eiusdem*, el párrafo único del artículo 21 de la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, en cuanto a su aplicación literal, ya que los intereses del mercado por él contemplados tienen que ser fijados por un ente ajeno a los contratantes, que sea quien los determine. Igualmente, y por la misma razón, se **DESAPLICA** el párrafo único del artículo 22 de la misma ley en lo que atañe a la tasa del mercado, la cual debe entenderse será fijada por un ente especializado, el Banco Central de Venezuela.

En consecuencia, los artículos 102 y 118 de las Normas de Operación del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 36.977 del 21 de junio de 2000, deberán entenderse en el sentido que será el Banco Central de Venezuela quien utilizará los parámetros establecidos en dichos artículos para el cálculo de las tasas de interés.

También, por el mismo control difuso se DESAPLICAN los artículos 3, 4 y 23 de las Normas de Operación sobre las Condiciones de Financiamiento Aplicables a los Préstamos que se otorguen con los Recursos Previstos en el Decreto Ley del Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, en cuanto a que ordenan que los intereses del mercado serán fijados por las instituciones financieras. Dichas normas fueron publicadas en la *Gaceta Oficial* n° 36.639 del 9 de febrero de 1999.

Ahora bien, como durante la vigencia del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, publicado en la *Gaceta Oficial* de 5 de noviembre de 1998, hoy derogado, así como durante la vigencia de la Ley de Política Habitacional de 1993, nacieron contratos con refinanciamiento de intereses para la adquisición, mejora o construcción de viviendas, que se adaptaban a las previsiones de esas leyes, los cuales tienen el mismo defecto de que los intereses del mercado lo fijan los prestamistas, por lo que las leyes que rigen dichos contratos chocan en la actualidad con el artículo 82 Constitucional en la forma señalada; la Sala, por control difuso de la Constitución, DESAPLICA PARCIALMENTE los artículos 12 y 35 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, publicado en la *Gaceta Oficial* de 5 de noviembre de 1998, en el sentido de que la amortización en condiciones del mercado a la que se refiere dicho artículo, debe entenderse en cuanto a los intereses que ellos son los que fije el Banco Central de Venezuela.

Igualmente, se DESAPLICA PARCIALMENTE el artículo 35 de la misma Ley, en lo referente a las tasas del mercado, lo cual debe entenderse que la tasa del mercado, en cuanto a intereses, es la que fije el Banco Central de Venezuela.

También DESAPLICA PARCIALMENTE el artículo 36 de la Ley de Política Habitacional de 1993. El artículo 36 se desaplica en lo referente a las tasas máximas de interés que según dicha norma serán las que rijan para las instituciones a que se contrae el encabezamiento del artículo, ya que dichas tasas que impondrían los prestamistas, deberán ser fijadas por el Banco Central de Venezuela.

Por iguales razones se DESAPLICA PARCIALMENTE el artículo 128 de las Normas de Operación de la Ley de Política Habitacional, en cuanto a que las tasas de interés aplicables serán la del mercado, sin señalar que ellas las fija el Banco Central de Venezuela.

Además, la Sala DESAPLICA la Resolución n° 97-07-02 del Banco Central de Venezuela del 31 de julio de 1997, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 36.264 del 7 de agosto de 1997, actualmente vigente, en lo que se refiere a las tasas de interés aplicables a los créditos para la adquisición, mejora o construcción de viviendas, con la modalidad de refinanciamiento.

4.- En consecuencia, se ORDENA al Banco Central de Venezuela que establezca a partir de 1996 la tasa de interés máxima aplicable al mercado hipotecario, utilizando en el establecimiento de las tasas, fórmulas en beneficio del deudor, que equilibren la necesidad de recursos para el sector hipotecario con la capacidad de pago de los deudores, utilizando las recomendaciones de este fallo. El Banco Central de Venezuela debe calcular las tasas mensuales, aplicando los parámetros que considere que equilibren la necesidad de recursos para el sector hipotecario con la capacidad de pago de los deudores del Área de Asistencia Habitacional III, teniendo en cuenta para dicha determinación la situación de los costos de operación o de transformación del negocio bancario, evitando la duplicidad del cobro de estos costos bajo el rubro de comisiones que no obedecen a contraprestación alguna, o que se cobran por operaciones propias del negocio que, necesariamente, tienen que realizarse para que la función bancaria o financiera se preste por lo que mal pueden trasladarse a los usuarios del sistema financiero, y fijando una ganancia razonable referida al mercado hipotecario.

Dichos parámetros se tomarán en cuenta en la fórmula para calcular las tasas de interés, que deberá ser la que favorezca más a los prestatarios.

Considera la Sala que el mercado hipotecario es disímil de otros mercados, como el de financiamiento de vehículos, tarjetas de crédito, etc, y que las tasas a regir en dicho mercado, tiene componentes propios que deben ser tomados en cuenta para su determinación, utilizando métodos análogos a los de las fórmulas para fijar las tasas que rigen en áreas de interés social, como la agrícola o la relativa a los pasivos laborales.

5.- Con relación a los créditos indexados del Área de Asistencia Habitacional III, o de los otorgados para la adquisición o remodelación de viviendas fuera del sistema de política habitacional, pero en base al ingreso familiar y con la modalidad de refinanciamiento, que actualmente se encuentran vigentes, la Sala ORDENA que los intereses fluctuantes de los primeros cinco (5) años que se toman en cuenta para el refinanciamiento, se ajusten conforme a la tasa de interés que determine el Banco Central de Venezuela, a partir de 1996, conforme al número anterior, y con base en ello se calculen los intereses a pagar en cada cuota financiera, las cuales deban ser refinanciadas.

Sobre los capitales refinanciados que así se formen se aplicará la misma tasa de interés mensual que determine el Banco Central de Venezuela.

Si, como resultado del ajuste, el deudor ha pagado una suma mayor a la que le corresponde, la misma se imputará al capital debido.

Si lo que resultare produjere una suma mayor o igual que la capitalizada, la obligación se mantendrá igual sin que su deuda sea mayor.

6.- Se ORDENA al Banco Central de Venezuela que establezca una tasa ponderada a partir de 1996, hasta la presente fecha, y hacia el futuro entre los intereses promedios del mercado, calculados conforme al N° 5 y la tasa correspondiente a los mismos años y a los venideros por concepto de prestaciones sociales.

7.- Se ORDENA que en todo crédito vigente refinanciado para viviendas, correspondiente al Área de Asistencia Habitacional III que tenga más de cinco (5) años de duración o que llegue a dicho término, a partir del presente fallo la tasa de interés a ser aplicada será la referida en el número anterior, conforme al capítulo X de esta sentencia..

8.- Mientras el Banco Central de Venezuela no efectúe las fijaciones a que se refiere este fallo, los pagos de lo debido por concepto de intereses refinanciados, quedan en suspenso, al menos, durante dos (2) meses. Debe el fallo puntualizar que conforme al artículo 128 de las vigentes Normas de Operación, la posibilidad de pago debe garantizarse dentro de un plazo máximo de veinte (20) años de la fecha del préstamo, por lo que la reestructuración deberá hacerse a partir de la fecha del préstamo, previniendo veinte (20) años y quedando dicho préstamo sujeto a las otras consideraciones de este fallo que serán parte de los ajustes a los mismos.

9.- Se declara NULO e INAPLICABLE, por ser violatorio de los artículos 114 y 115 constitucionales, cualquier tipo de aumento o cambio de condiciones que permita al prestamista fijar unilateralmente el monto de las cuotas a pagar como resultado del incremento de los ingresos, calculados sólo por el prestamista sin intervención de los órganos estatales. Tal desproporción atenta contra el derecho a la obtención del crédito para la vivienda.

De haber ocurrido estas variaciones por decisión unilateral del prestamista, los créditos que las sufrieron deben ser reestructurados, en cuanto a ese aumento, según los parámetros que fije el Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI).

10.- Se ANULAN, por considerarlas una estipulación desproporcionada dentro del contrato, violatorias del artículo 114 constitucional, las cláusulas que permiten al prestamista modificar unilateralmente los términos, condiciones y coberturas de los montos asegurados y para contratar a su arbitrio, sin autorización explícita del prestatario, las pólizas de seguro que éste debe tomar a favor directo o indirecto del prestamista.

11.- Se ANULA, por carecer de equivalencia con las obligaciones entre los contratantes, la tasa de interés moratoria adicional de cualquier porcentaje, que se suma a las tasas para el cálculo de los intereses moratorios del mercado. Se trata de cláusulas usurarias, contrarias a las buenas costumbres.

12.- Con relación a los préstamos vigentes refinanciados para la adquisición o remodelación de viviendas otorgados fuera del marco de las leyes de Política Habitacional o que regulan el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional, pero siguiendo sus pautas, la Sala DECLARA que la llamada refinanciación de intereses, es decir, el pago de intereses de los intereses vencidos y no satisfechos, constituye anatocismo, y no un nuevo préstamo, por tanto; no se deben los intereses sobre intereses no liquidados previamente.

Ahora bien, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SUDEBAN) ha permitido, al no prohibirlos, tal modalidad, extendiendo un sistema propio de la política o asistencia habitacional a otros ámbitos crediticios, sin que ello tenga asidero en las leyes que rigen el sector bancario, por lo que a partir de este fallo se PROHÍBE tal práctica para este tipo de contratos, y se ORDENA que se reestructuren a partir de esta fecha, de común acuerdo entre las partes, los créditos concedidos y actualmente vigentes.

Los intereses no debidos, que se cobraron sobre intereses, se imputarán al pago de capital.

13.- Se declara NULO por violatorio de los artículos 16 de las Normas de Operación sobre las Condiciones de Financiamiento aplicables a los Préstamos que se otorguen con los recursos previstos en el Decreto Ley del Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, y del artículo 121 de las Normas de Operación del 21 de junio de 2000, las convenciones que pacten el pago de intereses (por el deudor), calculados sobre saldos (de capital e intereses), día a día.

14.- Se declaran NULAS las estipulaciones de los contratos de financiamiento de vehículos que violan el artículo 13 de la Ley sobre Ventas con Reserva de Dominio, y que establecen como intereses de mora, puntajes sobre el interés del mercado.

15.- Se ORDENA al INDECU, reestructurar los contratos de compra venta de vehículos a quienes reclamen ante él, restando de la cuota mensual la alícuota correspondiente a gastos de cobranza.

16.- Se ORDENA al Banco Central de Venezuela fijar la tasa máxima de interés para el mercado de venta con reserva de dominio de vehículos, a partir de 1998, a fin que las partes de los contratos vigentes puedan, judicial o extrajudicialmente, reestructurar sus contratos con base en dicha tasa. Lo excesivo sobre la tasa fijada por esta vía, que se haya cancelado, se imputará al capital debido.

17.- En el fallo dictado en la audiencia del 22 de enero de 2002, se ordenó a la Secretaría pasar copia de este fallo al Ministerio Público, a fin que califique si los funcionarios del Banco Central de Venezuela que no respondieron al requerimiento de informar cometieron algún delito con su negativa al servicio solicitado. Ahora bien, pronunciado el fallo, se encontró en una dependencia de este Tribunal Supremo, diversa a la Secretaría del mismo, la comunicación del Banco Central de Venezuela con la información requerida, la que -además- aporta para la motivación de esta sentencia, razón por la cual se deja sin efecto la orden a que se refirió el número 17 del dispositivo del fallo publicado en la audiencia.

18.- Se ORDENA a la Secretaría pasar copia de este fallo al Ministerio Público, a fin que califique si existe el delito de usura, en los hechos a que se refiere este fallo.

Voto concurrente del Magistrado José M. Delgado Ocando.

Quien suscribe, Magistrado José M. Delgado Ocando, se adhiere a la motivación y disposición del presente fallo, pero hace constar sus observaciones concurrentes, en los términos que siguen:

1. Esta causa es un amparo normativo; y no se han debatido, derechos colectivos o difusos (los primeros son subjetivamente indeterminados, aunque puedan atribuirse a personas colectivas o a grupos de personas, los cuales obran por representación) (N. López Calera, *¿Hay derechos colectivos?*, Ariel, Barcelona 2000, pp. 121 y sgtes.), sino de derechos positivos (en el caso concreto, derecho a la vivienda “o la adquisición de un vehículo”), que se han visto afectados por la aplicación de un régimen jurídico especial (créditos indexados o créditos mexicanos) respecto del régimen ordinario del préstamo hipotecario.

La indeterminación subjetiva de los derechos colectivos radica en que los derechos colectivos son derechos cuyo titular no es un individuo, un sujeto individual, sino un grupo o conjunto de individuos.

Esto significa que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los partidos políticos, los sindicatos, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una “estructura organizacional, social o cultural”, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo. La indeterminación de los derechos difusos es objetiva porque el objeto jurídico de tales derechos es una prestación indeterminada, como ocurre en el caso de los derechos positivos, a saber, el derecho a la salud, a la educación o a la vivienda (J.M. Delgado Ocando, *Algunas consideraciones sobre el problema de los derechos positivos*, texto inédito).

Un derecho o interés individual puede ser difuso cuando es indeterminado por su carácter más o menos general o por su relación con los valores o fines que lo informan. En la privación de la patria potestad o en el procedimiento de adopción los derechos del niño y del adolescente pueden ser difusos en la medida en que la tutela de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente depende de que el interés tutelable sea concretado por el juez en cada caso. En suma, difuso no se opone a individual, ni se identifica con lo colectivo. Difuso se opone a concreto, claro o limitado; mientras que individual y colectivo se contrarían de manera patente.

Un caso paradigmático, a este respecto, es el de las implicaciones morales y políticas del niño Elián González, cuya repatriación suscitó en los Tribunales de EE UU un agudo conflicto ideológico sobre el interés del niño a ser educado en libertad y en democracia, o ser devuelto a su país de origen. El interés del niño era difuso, aunque individual, pues la decisión del juez debía ser determinado *ex auctoritate*, pese a la carga política o ideológica que perturbó la valoración del fallo definitivo. Por supuesto que la determinación objetiva del interés individual difuso tiene que ser individualizada, a diferencia del colectivo cuya determinación opera a través de normas generales, como las leyes sociales que implementan los derechos positivos.

2. En las audiencias se ha hablado de una teoría del riesgo destinada a hacer valer, especialmente de parte de los prestamistas, la racionalidad del régimen, pero no creo que se trate de una teoría del riesgo sino más bien de la teoría de la imprevisión (cláusula *rebus sic stantibus*) con la particularidad de que la indexación y el anatocismo son modalidades de la contratación, de modo que ellas son estipulaciones de la relación convencional discutida. Rezzónico observa, por ejemplo, que la fuerza mayor significa un impedimento o imposibilidad

material de cumplir la prestación, mientras que la imprevisión significa simplemente excesiva onerosidad, “*dificultas praestandi*”, lo que constituye imposibilidad relativa “(L.M. Rezzónico, *La Fuerza obligatoria del contrato y la tesis de la imprevisión* (Reseña de la cláusula “*rebus sic stantibus*”), Perrot, Buenos Aires 1954, p. 44). Si se llegara a hablar de riesgo habría que decir que el cumplimiento de cualquier obligación puede ser eventual, aparte que no se comprendería, técnicamente, como la indexación es, al mismo tiempo, riesgo y disposición convencional.

3. La procedencia del amparo normativo depende de una injuria constitucional y ésta ha sido debatida, en el caso de autos, por el hecho de que los créditos concedidos por los bancos, fuera del régimen de política habitacional son anatocistas, lo que significa dos cosas: una que violan el principio de no pagar intereses de los intereses vencidos y no satisfechos; y dos que, al hacerlo, los prestamistas han utilizado un sistema especial injustamente (falta de causa o enriquecimiento sin causa) [el de la política habitacional], en detrimento de los intereses de los prestatarios, y que el procedimiento de satisfacción del objeto jurídico del derecho a la vivienda (o a la adquisición de un vehículo) ha creado una modalidad crediticia excepcional que no tiene contraprestación razonable, siendo que los beneficios del crédito solo son justificables crematísticamente y no conforme a un régimen cuya *ratio legis* es la implementación de un derecho positivo.

4. Tal situación distorsiona el mecanismo institucional que instrumentó el cumplimiento de dicho derecho positivo, ya que el régimen que tolera el anatocismo sólo puede justificarse como parte de una política habitacional compatible con los fines sociales que dicha política busca cumplir.

TSJ-SC (313)

21-2-2002

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILIRA) vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y otros.

Observa la Sala que, en el presente caso, la solicitud de aclaratoria de la sentencia de 24 de enero de 2002, fue interpuesta en forma oportuna, ya que la solicitud se formuló el día siguiente a la publicación del fallo, estos es, el 25 de ese mismo mes y año, por tanto, pasa esta Sala a pronunciarse sobre la aclaratoria solicitada, y al respecto, se observa:

Los numerales 4, 5, 6 y 7 del dispositivo del fallo que se solicita la aclaratoria, son del tenor siguiente:

“4.- En consecuencia, se **ORDENA** al Banco Central de Venezuela que establezca a partir de 1996 la tasa de interés máxima aplicable al mercado hipotecario, utilizando en el establecimiento de las tasas, fórmulas en beneficio del deudor, que equilibren la necesidad de recursos para el sector hipotecario con la capacidad de pago de los deudores, utilizando las recomendaciones de este fallo. El Banco Central de Venezuela debe calcular las tasas mensuales, aplicando los parámetros que considere que equilibren la necesidad de recursos para el sector hipotecario con la capacidad de pago de los deudores del Área de Asistencia Habitacional III, teniendo en cuenta para dicha determinación la situación de los costos de operación o de transformación del negocio bancario, evitando la duplicidad del cobro de estos costos bajo el rubro de comisiones que no obedecen a contraprestación alguna, o que se cobran por operaciones propias del negocio que, necesariamente, tienen que realizarse para que la función bancaria o financiera se preste por lo que mal pueden trasladarse a los usuarios del sistema financiero, y fijando una ganancia razonable referida al mercado hipotecario.

Dichos parámetros se tomarán en cuenta en la fórmula para calcular las tasas de interés, que deberá ser la que favorezca más a los prestatarios.

Considera la Sala que el mercado hipotecario es disímil de otros mercados, como el de financiamiento de vehículos, tarjetas de crédito, etc, y que las tasas a regir en dicho mercado, tiene componentes propios que deben ser tomados en cuenta para su determinación, utilizando métodos análogos a los de las fórmulas para fijar las tasas que rigen en áreas de interés social, como la agrícola o la relativa a los pasivos laborales.

5.- Con relación a los créditos indexados del Área de Asistencia Habitacional III, o de los otorgados para la adquisición o remodelación de viviendas fuera del sistema de política habitacional, pero en base al ingreso familiar y con la modalidad de refinanciamiento, que actualmente se encuentran vigentes, la Sala ORDENA que los intereses fluctuantes de los primeros cinco (5) años que se toman en cuenta para el refinanciamiento, se ajusten conforme a la tasa de interés que determine el Banco Central de Venezuela, a partir de 1996, conforme al número anterior, y con base en ello se calculen los intereses a pagar en cada cuota financiera, las cuales deban ser refinanciadas. Sobre los capitales refinanciados que así se formen se aplicará la misma tasa de interés mensual que determine el Banco Central de Venezuela.

Si, como resultado del ajuste, el deudor ha pagado una suma mayor a la que le corresponde, la misma se imputará al capital debido.

Si lo que resultare produjere una suma mayor o igual que la capitalizada, la obligación se mantendrá igual sin que su deuda sea mayor.

6.- Se ORDENA al Banco Central de Venezuela que establezca una tasa ponderada a partir de 1996, hasta la presente fecha, y hacia el futuro entre los intereses promedios del mercado, calculados conforme al n° 5 retro, y la tasa correspondiente a los mismos años y a los venideros por concepto de prestaciones sociales.

7.- Se ORDENA que en todo crédito vigente refinanciado para viviendas, correspondiente al Área de Asistencia Habitacional III que tenga más de cinco (5) años de duración o que llegue a dicho término, a partir del presente fallo la tasa de interés a ser aplicada será la referida en el número anterior, conforme al capítulo X de esta sentencia”.

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Considera la Sala que con excepción al punto 8 y respecto a los numerales 6 y 7 del dispositivo del fallo de la petición del Banco Central de Venezuela, la sentencia se basta a sí misma, y no requiere de aclaratoria alguna, en consecuencia, se reitera su contenido, y con relación a las preguntas del Banco Central de Venezuela, la Sala reitera lo expresado en el capítulo del fallo destinado a las “*Considera para Decidir*”, así:

1) En cuanto al primero, la Sala se reitera que cuando se ordena al Banco Central de Venezuela que establezca la tasa de interés máxima aplicable al mercado hipotecario, se refiere únicamente a la tasa activa de interés de dicho mercado, para lo cual utilizará las recomendaciones del fallo, contenidos en el capítulo “*Consideraciones para Decidir*”.

2) Con relación al segundo punto de la aclaratoria solicitada, la Sala igualmente reitera que la tasa de interés activa fijada por el Banco Central de Venezuela conforme al fallo, regirá para los créditos indexados del sistema general de Política y Asistencia Habitacional del Área III, así como para los créditos indexados otorgados para la adquisición, remodelación y mejora de viviendas, fuera del sistema de política habitacional, siempre que se trata de créditos con la modalidad de refinanciamiento de intereses, como se señala expresamente en la sentencia.

3) En cuanto al punto tres de los pedimentos del Banco Central de Venezuela, el cual se descompone en 5 preguntas (a, b, c, c.1, y c.2), la Sala reitera:

a) Que, la necesidad de recursos del sector hipotecario que debe tomarse en cuenta por el Banco Central de Venezuela, debe incluir sólo el costo de fondos promedio de obtención de fondos propios de las actividades de captación del sector hipotecario, tal como lo señala el fallo, es decir, no debe incluir la remuneración de fondos de actividades de captación no inherentes al sector hipotecario, ya que éstos no tienen relación con el objeto de la sentencia y su dispositivo.

b) Por otra parte, el numeral 4 del dispositivo de la sentencia reza: “...*El Banco Central de Venezuela debe calcular las tasas mensuales, aplicando los parámetros que considere que equilibren la necesidad de recursos para el sector hipotecario con la capacidad de pago de los deudores del Área de Asistencia Habitacional III, teniendo en cuenta para dicha determinación la situación de los costos de operación o de transformación del negocio bancario...*”.

El fallo no parte de conceptos contables que distingan costos de operación de los de transformación, se alude a ellos como un solo rubro y se refiere a los costos necesarios para utilizar el dinero que se capta en créditos. Esto incluye gastos operativos, más gastos de personal, más los aportes de los entes reguladores y supervisores del sistema financiero, como Fogade, por ejemplo. No deben incluirse otros gastos no asociados al proceso de intermediación, y por ello se ordenó sincerar los costos de operación y transformación, lo que significa no incluir en ellos los gastos provenientes de operaciones propias del negocio bancario, que necesariamente tienen que realizarse para que la función bancaria o financiera se preste.

Estos costos, que son del riesgo del que explota un negocio, al igual que el monto de comisiones que no obedecen a contraprestación alguna, mal pueden trasladarse a los usuarios del sistema financiero directa o indirectamente, tal como expresamente lo señala la sentencia.

En cuanto a la determinación de la capacidad de pago de los deudores hipotecarios del Área de Asistencia Habitacional III, al Banco Central de Venezuela le surgieron las siguientes interrogantes:

c.1) Si para el cálculo de la tasa máxima del mercado hipotecario había que tomar en cuenta la tasa para constructores.

El numeral 4 del dispositivo del fallo, antes transcrito, señala:

“...*El Banco Central de Venezuela debe calcular las tasas mensuales, aplicando los parámetros que considere que equilibren la necesidad de recursos para el sector hipotecario con la capacidad de pago de los deudores del Área de Asistencia Habitacional III...*”.

La tasa máxima de interés se refiere a la activa máxima aplicable al mercado hipotecario de deudores hipotecarios, pertenecientes a los créditos indexados del Sistema General de Política y Asistencia Habitacional III, o de los otorgados para la adquisición, remodelación y mejora de viviendas fuera del sistema de política habitacional, pero mediante la modalidad del refinanciamiento de intereses y de la de variación de las cuotas provenientes de aumento del ingreso familiar, tal como se señaló expresamente en el fallo.

c.2) Con relación a esta pregunta, la Sala reitera que el parámetro sólo regirá para los créditos indexados otorgados dentro del Sistema de Política y Asistencia Habitacional III, o de los créditos indexados otorgados fuera del sistema de política y asistencia habitacional, para la adquisición, remodelación y mejora de viviendas.

4) Con relación a la pregunta aclarativa n° 4, de ¿si es posible tomar en cuenta los costos de la banca especializada para obtener un parámetro a ser aplicable a la banca universal?. La Sala, una vez más reitera conforme al fallo, que los costos del negocio bancario (de operación o de transformación), son los atinentes a la banca especializada hipotecaria para obtener así un parámetro aplicable a la banca universal, ya que los costos de transformación de la banca universal, como se desprende de la prueba de informes prestada por el Banco Central

de Venezuela, incluye costos asociados a otros sectores (como el comercial, corporativo, etc.), lo que incluye costos de mercado disímiles a los del mercado hipotecario, los cuales -de utilizarse- distorsionarían el parámetro.

5) Sobre el significado de rentabilidad razonable cuya aclaratoria solicita el Banco Central de Venezuela, la Sala reitera que el alcance de este término se refiere a que el prestamista tiene el derecho a obtener una ganancia y recuperar su dinero, pero en materia de interés social, tal ganancia y recuperación no pueden ser a expensas de las necesidades básicas del prestatario, hasta el punto de hacerle perder la vivienda. Ello se indica expresamente en el fallo. Esta realidad debe tenerla en cuenta el Banco Central de Venezuela al determinar la rentabilidad razonable. La misma no puede ser tal que arruine o ponga en peligro, la calidad de la vida del prestatario.

Como la pregunta aclarativa n° 5 trae dos supuestos, de los cuales se respondió el primero (el anterior), con respecto al segundo, la Sala reitera que el mercado de la construcción no se ha incluido como ente aparte del mercado hipotecario y que los cálculos y fórmulas financieras incluyen sólo el mercado hipotecario de deudores hipotecarios de los créditos indexados del Sistema de Política y Asistencia Habitacional III, o de los créditos otorgados fuera de dicho sistema, pero con la modalidad llamada mexicana, ampliamente descrita en el fallo.

6) Con relación a esta pregunta, la Sala observa, cuando la sentencia reza “*El Banco Central de Venezuela debe calcular las tasas mensuales, aplicando los parámetros que considere que equilibren la necesidad de recursos para el sector hipotecario con la capacidad de pago de los deudores...*”, se refiere -como lo dice el fallo- a que debe existir un equilibrio justo, a ser determinado técnicamente por el Banco Central de Venezuela, entre la tasa activa a cobrar y la capacidad de pago de los deudores, que le asigne una rentabilidad razonable (no leonina) al prestamista. Es decir, que el parámetro a calcularse para fijar la tasa activa no debe ser fijado, como sucedía, unilateralmente por el intermediario financiero (acreedor), tomando como tasa activa para el sector hipotecario la tasa de interés del mercado financiero, sin considerar las condiciones generales (no las individuales) de pago del deudor, que forma parte de una banda o estamento determinado, conforme a sus ingresos. En todo caso, debe buscarse la mayor estabilidad posible frente a la volatilidad del parámetro que determine la tasa activa a aplicar. En consecuencia, el Banco Central de Venezuela debe dar preferencia a la estabilidad.

7) Con relación a la pregunta aclarativa n° 7, la Sala señaló en el fallo como parámetros a ser tomados en cuenta en la fórmula para el cálculo de las tasas de interés, aquellas que favorezcan más a los prestatarios, y como lo expresó la sentencia “*existen distintas fórmulas de matemáticas financieras para calcular los intereses, y siendo la expectativa de ganancias para el prestamista en la materia, una razonable para la Ley, la fórmula de cálculo debe ser la menos perjudicial para el deudor, ya que en ello consistiría la racionalidad*”. Por lo tanto, no hay punto que aclarar al respecto, y así se declara.

8) Con relación a la pregunta 8 de la petición del Banco Central de Venezuela, ella se refiere a préstamos refinanciados, indexados, así como a los de la modalidad denominada cuota balón, en consecuencia, la sentencia no se aplica a los créditos hipotecarios no indexados, lo que está claramente determinado en el fallo.

Respecto a la aclaratoria del numeral 5 del dispositivo del fallo, las disposiciones de la sentencia se refieren a los créditos hipotecarios indexados que se otorgaron a los prestatarios del Área de Asistencia Habitacional III, así como a los créditos hipotecarios indexados otorgados fuera del sistema de política y asistencia habitacional, como se evidencia del texto de la decisión.

Las otras partes del dispositivo del fallo se refieren al cálculo de las tasas en los préstamos llamados cuota balón, y sobre ellos no se pidió aclaratoria.

9) En lo relativo a la aclaratoria de los numerales 6 y 7, sobre ¿cuál es la tasa de las prestaciones sociales aplicables?. Conforme a lo previsto en el artículo 108 literales b) y c), y el 668 de la Ley Orgánica del Trabajo, la Sala procede a aclarar la situación, y señala que la tasa a tomarse en cuenta es la promedio entre la activa y la pasiva, estipulada por los seis bancos universales y comerciales con mayor volumen de depósitos.

TSJ-SC (961)

24-5-2002

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y otros

Expuesto lo anterior, la Sala procede a analizar las siguientes aclaratorias solicitadas: 1) La interpuesta el 20 de marzo de 2002 por Provivienda Entidad de Ahorro y Préstamo, C. A., en lo futuro Provivienda, quien no fue parte efectiva en el juicio. Dicha sociedad interpuso en fecha posterior al 20 de marzo de 2002, otra petición de aclaratoria, la cual se declara inadmisibles por haberle precluido la oportunidad por la razón antedicha; 2) La efectuada por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, quien sí fue parte, presentada el 2 de abril de 2002; 3) La solicitada por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios de Venezuela (ASUSERBANC) el 2 de abril de 2002; 4) La solicitada por Ford Motors Company de Venezuela y otros, el 29 de abril de 2002; 5) La interpuesta por Mayra Elena Guillermo Izquierdo el 30 de abril de 2002. Además, ASODEVIPRILARA solicitó la nulidad de lo resuelto por el Banco Central de Venezuela. A estas peticiones se les da curso, ya que en ejercicio del mandato que en el fallo cuya aclaratoria y ampliación se pide, le dio esta Sala al Banco Central de Venezuela, éste dictó la resolución 02-03-01 de 21 de marzo de 2002, la cual quedó diferida en su aplicación hasta el 2 de mayo de 2002 (artículo 7 de dicha Resolución), siendo en esta fecha cuando opera a plenitud la ejecución del fallo, por lo que, para el momento de la petición de las aclaratorias y ampliaciones mencionadas, aún no ha precluido la oportunidad de pedir las, y así se declara.

Establecido lo anterior, la Sala considera cada una de las peticiones que cursan en el expediente; y 1º) con relación a la petición de Provivienda, es necesario aclarar lo siguiente:

Durante la vida de los préstamos actualmente vigentes, correspondientes al área de asistencia habitacional III, así como los otorgados fuera de la política o asistencia habitacional, pero con la modalidad de refinanciamiento, el fallo estableció que el Banco Central de Venezuela calcularía la tasa de interés aplicable a ellos, conforme los parámetros que señala el n° 1 del Capítulo X del mismo.

Si la tasa que determine el Banco Central de Venezuela resultare menor a la que fue utilizada para calcular los intereses, éstos se ajustarán conforme a dicha tasa en los préstamos correspondientes al Área de Asistencia Habitacional III, así como en los otros préstamos para viviendas refinanciados, y lo ya pagado en exceso, con relación a esas nuevas tasas que establezca el Banco Central de Venezuela, se imputaría al capital insoluto.

A estas tasas tienen derecho los prestatarios antes señalados con créditos vigentes –es decir, no pagados para esta fecha- a partir de 1993, y el Banco Central de Venezuela deberá hacer los ajustes por intereses desde 1993.

Si las tasas que fije el Banco Central de Venezuela resultaren –a pesar de acoger los parámetros señalados en la sentencia- iguales o mayores a las utilizadas para el cálculo de intereses de los préstamos en esos años, lo ya pagado por esos conceptos queda en beneficio del acreedor, sin que el deudor nada adeude.

Ahora bien, a partir de 1996, el Banco Central de Venezuela debe señalar una tasa promedio entre la usada para el cálculo de los intereses de mercado que se cobraron a los prestatarios a que se refiere el fallo a partir de dicho año, que sería la tasa histórica, y la tasa de interés utilizada a partir de 1996 para el cálculo de las prestaciones sociales no sujetas a fideicomiso.

Si la tasa ponderada, por la vía inmediatamente señalada, es inferior en cinco (5) puntos a la calculada por el Banco Central de Venezuela como tasa de mercado aplicable a los préstamos conforme a este fallo, tomando en cuenta los lineamientos del n° 1 del Capítulo X y n° 4 del dispositivo de la sentencia del 24 de enero de 2002, ella sería la tasa definitiva a utilizarse para reestructurar las deudas -repite la Sala- a partir de 1996, siempre que no exceda cinco puntos por debajo de la tasa calculada por el Banco Central de Venezuela, conforme al n° 1 del Capítulo X del fallo aclarado. Es decir, si la tasa resultante es de un punto, o dos puntos o más por debajo a la del mercado fijada por el Banco Central de Venezuela, esta será la tasa aplicable siempre que no supere los cinco puntos. Si la tasa sobrepasara los cinco puntos con relación a la del mercado fijada por el Banco Central de Venezuela, ésta se rebajará solo en cinco puntos, y en ello consiste la aclaratoria que considera la Sala precedente ante la petición de Provivienda, y así se declara.

Este régimen, y mientras la Ley no disponga lo contrario, para eliminar la lesión que nace de la tasa impuesta unilateralmente por el acreedor, seguirá vigente para los préstamos del Área de Asistencia Habitacional III nacidos antes del fallo aclarado y que continúen vigentes después de él (ya que las modalidades crediticias para esa área, conforme a las leyes que los rigen, continúan vigentes), mas no con relación a los otros préstamos indexados de que trata la sentencia, ya que la modalidad de la indexación queda proscrita fuera de la asistencia habitacional a partir de la fecha de la sentencia (24 de enero de 2002), a menos que una ley expresamente los autorice. Con relación a dichos préstamos hipotecarios ellos se reestructuraron linealmente o en la forma que las partes convengan, aplicándose, a partir del quinto año de vigencia la tasa de interés aquí señaladas, mientras que para los primeros cinco años se aplicará las tasa del dispositivo n° 4 del fallo de 24 de enero de 2002.

El sistema de tasa ponderada aquí indicado se aplica a créditos con más de cinco años de vigencia a partir del quinto año.

2) Con relación a la solicitud de ampliación y aclaratoria del fallo de 24 de enero de 2002 dictado por esta Sala, interpuesta por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, en lo adelante SUDEBAN, la Sala observa:

La decisión cuya aclaratoria y ampliación se pide fue precisa en el sentido de que se respetara, en lo posible, las ganancias de las instituciones financieras, ya que la inconstitucionalidad de la norma declarada en el fallo no es un hecho atribuible a ellas, y dichas instituciones –con motivo de la mencionada inconstitucionalidad- también se convierten en personas que pueden ser perjudicadas por la declaratoria. Por ello, en el Capítulo X del fallo se dispuso que en el cálculo de las tasas se tenga en cuenta que los prestamistas tienen derecho a una ganancia (página 83 de la sentencia) y que tuvieron que pagar intereses por los capitales captados.

La justicia del fallo, con su reparto de riesgos, no persigue a los prestamistas hasta el punto que se afecte su capital y patrimonio, dañando -por ende- a los depositantes de esas instituciones.

Por ello, en beneficio de esos depositantes y de las propias instituciones, la Sala en cuanto a la ampliación pedida, procede a ampliar el fallo de 24 de enero de 2002 señalando a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras que, conforme al Decreto con Fuerza y Rango de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, dicte normas prudenciales en materia de patrimonio, capital e indicadores financieros, que regulen un tratamiento diferenciado para los Bancos y Entidades de Ahorro y Préstamo, que se ven afectados por la sentencia de 24 de enero de 2002, y su anexo la Resolución del Banco Central de Venezuela N° 02-03-01 de 21 de marzo de 2002 antes señalada.

Con la normativa prudencial ordenada, SUDEBAN debe dictar normas que establezcan la reversión de los asientos contables de los resultados acumulados por los Bancos y Entidades de Ahorro y Préstamo desde el año 1996; la republicación de los estados financieros; así como los planes de ajuste específico y otras medidas administrativas especiales para los bancos y entidades de ahorro y préstamo a cuyas acreencias se aplica el fallo de 24 de enero de 2002. Queda SUDEBAN facultada, para aplicar una situación contable especial a los bancos y entidades de ahorro y préstamo que hayan sido afectados por el fallo de 24 de enero de 2002.

Igualmente, se faculta a SUDEBAN para que dicte la normativa prudencial que regirá la reestructuración de los créditos, regulando formas y plazos, y para que lo informe al público, ya que ello es de su competencia.

La normativa prudencial sería dictada previa opinión del Consejo Bancario Nacional, tal como lo define el artículo 212 del Decreto con Rango y Fuerza de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

La Sala niega la ampliación solicitada en el sentido que esta Sala ordene la utilización de los recursos provenientes de los Fondos Integrados de Vivienda y del Fondo de Garantías Hipotecarias a fin de compensar a los Bancos y Entidades de Ahorro y Préstamo afectados por el fallo de 24 de enero de 2002. A juicio de esta Sala, corresponde a los organismos que tengan competencia sobre esos fondos y al Ejecutivo Nacional, conforme a las leyes vigentes, el diseño de las políticas sobre ellos, apegados a las leyes que rigen dichos fondos, y así se declara.

Como parte de la ampliación, la petición de SUDEBAN se refirió a la exoneración de tributos de cualquier clase para la documentación que genere la reestructuración de los créditos.

A este respecto la Sala observa:

El Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado, en su artículo 15 ordenó al Presidente de la República en Consejo de Ministros, previa solicitud del Ministro del Interior y Justicia, la fijación de los aranceles que cancelarán los usuarios por concepto de registros y notarías.

Para esta fecha tal fijación no ha tenido lugar y la Ley de Registro Público de 5 de octubre de 1999, que señalaba derechos registrales, quedó derogada conforme a la Disposición Derogatoria Primera de la vigente Ley, por lo que los derechos registrales previstos en la Ley de Registro derogada no se encuentran vigentes, y así se declara.

En cuanto a los aranceles notariales, se encuentra vigente lo que dispone el Decreto Ley de Arancel Judicial de 5 de octubre de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria n° 5.391 de 23 de octubre de 1999, y así se declara.

No existiendo derechos registrales que pagar, considera la Sala que no hay razón, ni puede la Sala exonerar a los prestatarios en lo concerniente a los derechos notariales, y así se declara.

Con relación a las aclaratorias solicitadas por SUDEBAN, la Sala señala:

a) Crédito vigente es aquel que no se ha extinguido en cualquier forma, o que no ha sido reestructurado por convenio de las partes dando cumplimiento a este fallo.

b) La reestructuración de los créditos, sus plazos y modalidades serán objeto –como ya se señaló– de normas prudenciales dictadas por SUDEBAN, las cuales tomarán en cuenta un plazo máximo de veinte (20) años para la vida del crédito, sin perjuicio de plazos mayores siempre que sean en beneficio del deudor, conforme al artículo 80.3 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

c) La Sala niega las exhortaciones solicitadas, ya que la sentencia es clara sobre la forma cómo se reestructurarán los créditos, los cuales, conforme al N° 8 del dispositivo, deberán comenzarse a cancelar (pagar) a partir de fin del plazo indicado en dicho número; bien, mediante convenio entre las partes, o como lo señalen las Normas sobre Reestructuración que, perentoriamente, debe dictar SUDEBAN.

3.- Con respecto a la aclaratoria solicitada por ASUSERBANC, esta Sala la rechaza ya que ella, como Sala, no califica el desacato a los fines del arresto pedido. Sobre el punto número 2 de sus peticiones, al resolver las de Ford Motors y otros, y la de SUDEBAN, la Sala se pronunciará. Con relación al supuesto error material denunciado, la Sala niega que él exista. El dispositivo es claro en que, a partir de 1998, es cuando el Banco Central de Venezuela fijará las tasas para el mercado de venta de vehículos con reserva de dominio, conforme al fallo.

4.- Con relación a la petición de Ford Motors Company de Venezuela S.A., DaimlerChrysler Financial Service Venezuela LLC., y General Motors Acceptance Corporation de Venezuela C.A., la Sala acota:

El llamado crédito con cuota balón fue objeto de examen por la Sala, debido a que ella considera de interés social la adquisición de vehículos automotores para que sirvan como instrumento de trabajo por los adquirentes (taxis, busetas, etc), motivo por el cual el fallo se refirió a esa modalidad crediticia (cuotas balón) y sólo a ella. La sentencia de esta Sala de 24 de enero de 2002, no se refiere a ninguna otra modalidad de crédito para la adquisición de vehículos (con o sin reserva de dominio) ya que ello no es parte del tema *decidendum* de la causa que dio origen al fallo.

Tampoco se refiere la sentencia a créditos otorgados por personas naturales o jurídicas para adquirir vehículos, que se encuentren fuera del sistema financiero, entendiendo dentro de éste los otorgados por las instituciones regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, y su vigente reforma.

A juicio de esta Sala, el número 9 del dispositivo del fallo es claro.

Una cosa es el financiamiento proveniente de instituciones financieras, bien porque se obtenga de ellas directamente, o bien porque se obtenga indirectamente, mediante la cesión del vendedor del vehículo de los contratos de venta a crédito, a los entes del sistema financiero, y otro es el financiamiento de vehículos provenientes de entes que no captan dinero del público y que no están sujetos a la regulación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

Resulta necesario, ante la aclaratoria pedida, determinar si a estos últimos entes les es aplicable el dispositivo del fallo de 24 de enero de 2002, y para decidir es importante señalar el alcance del artículo 108 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

Dicho artículo 108 en su último aparte expresa, para calificar la usura, que las operaciones serán usurarias si los prestamistas obtienen, a título de interés, comisiones o recargos de servicios, cantidades por encima de las tasas máximas respectivas fijadas por el Banco Central de Venezuela.

Estas tasas las fijan el Banco Central de Venezuela, conforme a la Ley que lo rige, para el sistema financiero, ya que no es lógico pensar que el Banco Central de Venezuela para cada operación de crédito o de financiamiento deba crear “una gaveta de intereses”.

El artículo 108 citado no discrimina sobre los créditos, lo que haría pensar que se trata de todos, pero se remite a las tasas que determine el Banco Central de Venezuela en la materia, y esas tasas son aquellas que la ley permite a dicho ente fijar. Según la Ley del Banco Central de Venezuela (artículos 7.3, 21.12 y 49) el Banco regulará las tasas de interés que aplique el sistema financiero. Por lo que a los prestamistas fuera del sistema financiero no se les aplica dicha norma, y ellos se rigen, en cuanto a los intereses convencionales, en principio, por el artículo 1.746 del Código Civil, y no por el artículo 108 del Código de Comercio, que se refiere al interés legal no convencional.

No escapa a esta Sala que hay prestamistas que no captan dinero del público y que prestan en forma habitual con recursos propios. Este tipo de prestamistas puede hacer préstamos a masas de población a fin de que consuman bienes o servicios, y en este sentido el Instituto para la Protección al Consumidor y al Usuario (Indecu) puede investigar si este tipo de prestamistas viola la primera parte del artículo 108 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, al otorgar los préstamos; o si los intereses exceden a los señalados en el artículo 1.746 del Código Civil.

Ahora bien, el problema al aplicar esta última norma es determinar cuál es el interés corriente a que ésta se refiere, el cual como interés máximo a cobrar no puede exceder en una mitad al interés corriente al tiempo de la convención, y que a juicio de esta Sala no puede ser impuesto unilateralmente por una de las partes del convenio, ya que, de ser así, dejaría de ser el corriente. Ese interés corriente es el del mercado particular a que se refiere el convenio, en el caso presente, el del financiamiento para la adquisición de vehículos del mercado automotor, el cual puede ser promediado por el Indecu, según el numeral 4 del artículo 85 de la Ley que lo rige, y tomar las previsiones que la ley contempla. Este tipo de créditos otorgados por estos prestamistas particulares se encuentran fuera de las previsiones del fallo de 24 de enero de 2002, y así se declara.

Igualmente, la Sala reconoce que legalmente existe un vacío sobre cómo se calcula la justicia de la tasa que imponen estos comerciantes que dan financiamiento y cuya estructura de costos es distinta a la de los entes financieros. Es deber del INDECU establecer la estructura de costos que permita que los jueces o entes especializados puedan calcular tal tasa, y que ella sea la adecuada para el financiamiento de vehículos por estas financiadoras no regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. Estas recomendaciones son a futuro, a partir de la fecha de esta aclaratoria.

Según Decreto n° 292 de 26 de junio de 1989, la Presidencia de la República, actuando conforme al artículo 6 de la para la fecha vigente Ley de Protección al Consumidor, estableció normas para quienes vendían a crédito vehículos automotores.

Según la letra a) del artículo 1° del Decreto, los vendedores a crédito no podrían exceder en la tasa de interés a cobrar, el máximo de la tasa de interés activa que fijará el Banco Central de Venezuela para las operaciones de crédito que realicen las instituciones financieras regidas por la entonces Ley General de Bancos y otras Instituciones de Crédito.

Esto significa que el Estado sí puede regular en esta materia las tasas máximas de interés a cobrar, lo que es aplicable a quienes financien las compras a crédito de vehículos automotores. Pero, al no existir Resolución en ese sentido, la misma debe ceñirse a la vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, y corresponde al INDECU realizar lo necesario, si lo cree conveniente, a fin que se regule este rubro.

Asimismo, corresponderá a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia) evitar que estos prestamistas puedan concertarse para violar el artículo 10 u otros de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Sobre las exhortaciones que solicitan los peticionarios, las mismas se niegan ya que ellas nada tienen que ver con el fallo.

5.- Con relación a la aclaratoria que solicitó Mayra Elena Guillermo Izquierdo, la Sala considera que al motivar y disponer el número anterior resolvió el pedimento de dicha persona.

6.- Con respecto a la petición de nulidad solicitada por ASODEVIPRILARA, la Sala observa:

En varias decisiones ella ha sostenido que las sentencias que dicten los órganos jurisdiccionales en materia constitucional o de derechos o intereses difusos o colectivos, no se rigen en plenitud por lo señalado en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, el cual es el Derecho Común Procesal.

En materia constitucional, la cosa u objeto sobre la que recae la decisión puede no ser de fácil determinación, como sí sucede generalmente en el proceso civil, ya que, para el Juez Constitucional, a veces el mantenimiento de la primacía constitucional, o el enervamiento de la amenaza, o el restablecimiento de la situación jurídica infringida, depende del desarrollo de situaciones de carácter sucesivo y expansivo; y por ello pueden dictarse sentencias con dispositivos alternativos y hasta fallos condicionados.

Idéntica situación con relación a la flexibilidad sobre los requisitos del fallo que exige el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, ocurre en los procesos sobre derechos o intereses difusos o colectivos, donde, además, la pretensión –debido a los bienes jurídicos tutelados– a veces obliga al juez a requerir de conocimientos técnicos par poder dictar un dispositivo adecuado. El juez –que no es un diletante que puede opinar y resolver sobre todo– en estos casos necesita el asesoramiento o la ayuda de los técnicos o de los científicos, y antes del fallo no puede ocurrir a ellos, ya que, de hacerlo, estaría emitiendo indirectamente opinión sobre lo que decidirá en el fondo; mientras que por otra parte, si fuere a realizar consultas privadas, podría estar perjudicando a una o ambas partes, si es que el consultado tiene intereses contrarios a ellas el cual no puede ser cuestionado.

Ante esta realidad, el legislador, al menos en materia de daños, ha previsto varias instituciones que coadyuvan con el dispositivo del fallo, sobre aspectos de la cosa u objeto sobre las cuales recae la decisión, y así, surge la experticia complementaria del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, con el objeto de que unos peritos, en acto posterior a la sentencia, determinen la cantidad de los frutos, intereses o daños que el juez no puede estimar según las pruebas; mientras que el artículo 1.419 del Código Civil, indudablemente para que tenga lugar después del fallo que condena el pago de daños, previene el juramento estimatorio, que el juez defiere de oficio al accionante para que se determine el valor de las cosas demandadas o el importe de los daños y perjuicios.

En ambos casos se dispone en la sentencia una condena, siendo éste el dispositivo, pero ella no se consolida hasta cuando surja el acto posterior, el cual puede ser impugnabile, como en el supuesto del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, o inexpugnabile, como el del artículo 1.419 del Código Civil, cuya moderación con respecto al monto jurado por el demandante queda al arbitrio del juez.

Sobre los ejemplos señalados, existen discusiones doctrinales si tales determinaciones forman o no parte del fallo, o integran la liquidación necesaria para la ejecución (*ver* Leoncio Cuenca Espinosa, “La Experticia Complementaria del Fallo Ejecutoriado”, en *Revista de Derecho Probatorio* n° 12).

Pero el Código Civil trae normas que, para aplicarse, el juez necesariamente debe ordenar una operación donde se auxilia a la justicia después del fallo, como ocurre si aplicara el artículo 701 del Código Civil, donde una vez ordenado en el dispositivo del fallo la aplicación del artículo 701 (al igual que en el caso del artículo 693 *eiusdem*) tiene que acudir al juicio de peritos. Estos peritajes, efectuados por personas ajenas al juez, complementan el fallo, sin ser idénticos a los prevenidos en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, y que, a juicio de la Sala, demuestran con claridad que hay fallos complejos formados por diversas declaraciones, de las que no puede dudarse -como ocurre con el supuesto del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil- que emane de persona distinta al juez conforme la sentencia, ya que dicho aditamento no tiene relación alguna con la determinación de un monto que hace posible ejecutar una sentencia de condena, que es lo que se argumenta para negar a la experticia complementaria, del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, su condición de parte del fallo.

En el Código de Comercio, los artículos 778 y 850 previenen decisiones que se complementan con experticias. A pesar de encontrarse derogadas ambas normas por la Ley de Comercio Marítimo, la existencia de fallos de este tipo quedó así reconocida, y por ello, el artículo 778 preveía que unos expertos determinen las reparaciones que fueren necesarias, las cuales sólo pueden ser señalados después que el juez sentenció la responsabilidad de quien las va a pagar; mientras en el artículo 850, la sentencia de condena debe complementarse con el juicio de peritos que señalen cuánto pierden (merman) de ordinario las mercancías de una especie a los fines de fijar posteriormente el monto de la condena.

El artículo 655 del Código Civil, por ejemplo, también da origen a esta clase de fallos. Él señala que los tribunales deben conciliar el interés de la agricultura y el de la industria con el debido respeto a la propiedad en las controversias que se suscitan sobre el uso de las aguas; pero para llegar a esta conciliación, que puede involucrar opiniones técnicas o científicas atinentes a la agricultura y a la industria, el juez, después del fallo, consultará a los expertos a fin de que lo orienten sobre el dispositivo final, ya que antes no podría hacerlo sin adelantar opinión sobre el fondo de la causa.

La existencia de sentencias que se forman con dos o más actividades concurrentes, es también patente cuando la norma establece una fórmula matemática o química, que el juez desconoce y que al ordenar su aplicación, requiere del auxilio de un perito para que determine, en cuanto a la fórmula, el contenido de la sentencia.

Además, fallos con capítulos diferidos en relación con la fecha de su emisión no son extraños en nuestro derecho procesal y, para ello, basta leer el artículo 442.11 del Código de Procedimiento Civil.

La Sala hace estos apuntamientos porque, ante la realidad de que el cálculo de las tasas de interés ordenadas requiere un dictamen de especiales expertos, como lo son aquellos que tengan acceso a todo el material que se ha generado en el tiempo y que permita una determinación del promedio mensual en ese tiempo, con base en la colaboración de poderes prevenida en el artículo 136 constitucional, en el fallo se ha requerido, del órgano competente por excelencia para estos fines: el Banco Central de Venezuela, conforme a la ley que lo rige, el cálculo de las tasas de interés que ordenó la decisión.

Tal cálculo es un complemento del fallo que no obra como un acto administrativo, ya que su naturaleza es igual a la de los juicios de peritos antes comentados, pero que entraña discusiones sobre su inexpugnabilidad, por no ser de igual naturaleza que la experticia complementaria del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil y por producirse como integrante de un fallo que se dicta en dos etapas; es decir, dentro de una sentencia compleja.

La sentencia compleja es el resultado jurídico de varios juicios lógicos realizados por órganos diversos, quienes así conforman el silogismo sentencial (*ver* Piero Calamandrei, *Estudios Sobre El Proceso Civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945). Es decir, se trata de la cooperación de varios sujetos para formar el fallo. Éste puede ser subjetivamente complejo, cuando el poder de decisión se encuentra repartido entre varios jueces o miembros del Poder Judicial, con atribuciones y competencias propias, correspondiendo a cada uno un distinto cargo jurisdiccional; o puede ser objetivamente complejo, el cual se forma por dos actos que se integran, uno jurisdiccional y otro administrativo o legislativo, o procesal, pero que corresponde a una parte (el artículo 1419 del Código Civil, es de esta clase) quienes hacen el aporte sin ser órganos jurisdiccionales.

Del primer grupo (subjetivamente compleja) son las sentencias de los Tribunales de Reenvío, cuando la premisa mayor la señala la casación y la conclusión el juez de reenvío, o cuando existe un peritaje obligatorio proveniente de funcionarios judiciales que el juez debe aceptar o incorporar al fallo. En las objetivamente complejas, sujetos que no son órganos jurisdiccionales, ni funcionarios judiciales, aportan elementos que complementan el fallo y que son de obligatoria aceptación por el juez, tal como sucede con algunas sentencias penales de condena, prevenidas en algunas legislaciones, donde la fijación de la pena tiene que ser establecida por órganos especializados del Estado.

El denominador común de ambas clases de sentencias es que las diversas partes del fallo no derivan de particulares, sino de órganos del Estado, o del Tribunal conformado por funcionarios judiciales, así sean ocasionales.

Este tipo de sentencias tiene dos pasos, uno donde el órgano jurisdiccional declara (emite un juicio y dispone algo), y otro en que lo dispuesto se complementa con otro acto fuera y aparte del texto de la decisión.

Los materiales lógicos necesarios para formar la sentencia, con el silogismo sentencial completo, es el resultado de varios sujetos que cooperan entre ellos para que pueda surgir un fallo ejecutable.

Sentencia compleja típica es la que surge del ya mencionado artículo 701 del Código Civil, donde el juez, en caso de declarar con lugar la demanda, debe ordenar que las obras a construirse se adapten a lo que pauten los reglamentos, cuyas disposiciones debe citar en el fallo; pero, a falta de Reglamentos, el juez, para poder disponer, debe ocurrir, por mandato de la norma, al juicio de peritos. Esta fórmula para determinar la construcción de unas obras tiene que ser parte de la sentencia, ya que ella no tiene que ver con montos para una ejecución, sino con lo que se ordena (dispone) en el fallo, y por ello -aunque luzca extraño- en estos casos en que el juicio de peritos es el que determina lo que ha de cumplirse (artículo 693 del Código Civil, también por ejemplo), éste debe realizarse a raíz del fallo y tal vez antes que éste se ejecutorie, por lo que la apelación envolverá el fallo y el peritaje, realizado por estos órganos auxiliares de la jurisdicción.

Mientras la determinación de los montos de la ejecución –por ejemplo- obedece a cuestiones de hecho sujetas a pruebas, lo que hace impugnabile a estas fijaciones, excepto en el caso del artículo 1.419 del Código Civil, los juicios de peritos que vienen a sustituir el derecho inexistente, o aportar criterios técnicos, los cuales devienen en obligatorios para el sentenciador ya que la ley se remite a ellos, constituyen peritajes de naturaleza diferente a los probatorios.

Tal juicio de peritos, necesariamente –como a todos estos juicios a los cuales se remite la ley- deben ser ordenados por el juez en el fallo, ya que ellos complementan el dispositivo del mismo, al completar lo que en él se ordena.

Estas remisiones a los peritos se basan en el reconocimiento, que hace la ley, de que el juez no es un sabio que conoce de todo y puede juzgar cualquier materia. El juez diletante que sabe de todo, incluso ha tratado de ser eliminado por la vía de la política judicial, al establecerse jueces especializados en determinadas materias, y lo proscribió la ley cuando contempla sentencias en cuyo dispositivo colaboren peritos.

Estas experticias, de naturaleza distinta a la probatoria, no están sujetas a impugnaciones particulares por errores o falsos supuestos fácticos, y de ellas no puede apartarse el juez -por lo que les resultan vinculantes- ya que con ellas no se trata de colaborar en la fijación de los hechos, para lo cual el juez al aplicar la sana crítica, puede llegar a conclusiones diferentes a la de los expertos y ser convencido en contra del peritaje por los otros medios que se aprecian por la sana crítica, quedando igualmente obligado a desechar la pericia probatoria, si ella es contraria a los hechos asentados por medios valorables conforme a tarifas legales, tales como lo son los documentos, la confesión o el juramento decisorio.

Luego, estas pericias que conforman las sentencias complejas, no pueden -en principio- ser objeto de impugnación, ya que de ellas no puede apartarse el juez, así no crea en su resultado; o éste le resulte ilógico. No puede el juez estar cambiando el fallo por su propia iniciativa, ya que a él le está prohibido transformarlo (artículo 252 del Código de Procedimiento Civil), y por tanto la pericia como componente de la decisión compleja sólo se ataca por la vía recursiva, cuando ello fuere posible. La falta de regulación expresa en el Código de Procedimiento Civil de este tipo de sentencias ha llevado a que la apelación se interponga separadamente contra las distintas partes del fallo, lo que no resulta sistemáticamente correcto, o que se pretenda impugnar la pericia, como si se tratara de una experticia complementaria del fallo de la naturaleza de la del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, norma que contempla una especial impugnación, a pesar que estos juicios de peritos no son estrictamente de su misma naturaleza, y se deben emitir antes que la sentencia quede ejecutoriada. Lo sistemático es que el juez que escoge unos peritos, porque ignora la materia, y les encomienda un juicio que completa la sentencia, acate dicho juicio, sin que sea posible aceptar cuestionamientos. Máxime cuando el perito escogido es el único que puede realizar el peritaje.

Sin embargo, ¿qué ocurre si existe contradicción entre los diversos elementos del fallo, o la opinión de los peritos desacata los parámetros contenidos en la orden jurisdiccional?. En el primer supuesto, la sentencia se hace inaplicable o inejecutable, mientras en el segundo, ante un flagrante y objetivo desacato, que resalta la incongruencia, el complemento debe anularse, pero si se trata de un asunto sólo cuestionable o discutible, donde la labor del ente luce objetivamente correcta, el complemento debe mantenerse.

Tratándose de peritajes vinculantes, que han sido emitidos por personas u organismos competentes en quienes el Tribunal confía y les confiere el poder de formar el fallo, no parece posible que las partes -a quienes la ley no les otorga una impugnación especial y precisada- puedan cuestionar el peritaje o lo encomendado por la decisión a las otras personas.

El Tribunal ha designado estos “auxiliares” en la formación del fallo para que actúen como si fuera el mismo Tribunal, quedando sujeto a lo que estos peritos o terceros aporten, máxime en materias técnicas o científicas que desconoce el juez o no puede precisar.

Permitir impugnaciones sería abrir una fuente indefinida de ataques a la cosa juzgada, ya que un lapso para ellas no aparece en los Códigos Procesales, y el cuestionamiento a cada pericia -por una supuesta protección del derecho de defensa de los impugnantes- impediría que se consolide la cosa juzgada. Por estas razones, ya la Sala tienen argumentos para negar la nulidad pedida pero, a pesar de ello, someramente va a analizar lo solicitado.

Debe resaltar la Sala que la sentencia compleja, por excepcional, debe surgir de la ley, pero que en acciones constitucionales y en acciones por derechos o intereses difusos y colec-

tivos, dada la naturaleza de lo que ellas persiguen, el juez para lograr la satisfacción de las víctimas de las infracciones constitucionales o del desmejoramiento o privación de la calidad de la vida, puede dictar un fallo complejo, del cual sea parte la actividad de un tercero, distinto al órgano jurisdiccional. El fin que se persigue en estos casos justifica fallos complejos.

Establecido lo anterior, pasa la Sala a resolver la petición de ASODEVIPRILARA, sobre nulidad de la parte del fallo encomendada al Banco Central de Venezuela.

La petición de nulidad de ASODEVIPRILARA se funda en que la Resolución del Banco Central de Venezuela es contraria al espíritu, propósito, razón y mandato del fallo de la cual es parte, sin indicar el primer escrito, donde pide la nulidad, las razones de hecho y derecho en que fundan tal pedimento, limitándose, en ese sentido, a remitirse a un informe del Licenciado Luis Lizardi McCallums, que acompañan marcado "B" a su petición. El escrito con la petición de nulidad en cuestión, debe contener los hechos en que se funda la nulidad, lo que no ocurre en este caso. No se trata del incumplimiento de formas no esenciales, sino de la falta de la razón de pedir que debe contener cada solicitud en su texto, y para la Sala es inadmisibles la remisión que en él se hace a un estudio de un particular cuyas conclusiones y razones (nulidad y sus causas) no se afirman en el pedimento.

El Juez Constitucional, e igualmente el que conoce de acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, puede cambiar calificaciones jurídicas, puede tratar los pedimentos con amplitud, haciendo prevalecer a la Constitución o evitando daños a la población o a la colectividad. Pero, a pesar de ello, no puede suplir razones de pedir a las partes. No puede sustituir a los accionantes en los hechos en que fundan sus pretensiones, y en el caso de autos no encuentra la Sala en el escrito dónde se alegó la nulidad, en cuáles hechos ella se basa, sino que se remite a un documento no auténtico ajeno a ella, del que, en la petición se dice emanó de una persona distinta a los peticionantes, siendo ese estudio el que contiene las supuestas causas del cuestionamiento.

Además, en el escrito de ampliación de la solicitud de nulidad, presentado el 30 de abril de 2002, la nulidad se funda en que el Banco Central de Venezuela al fijar las tasas de interés social para la vivienda se limitó a transcribir las tasas de intereses para el pago de fideicomiso sobre las prestaciones sociales durante 39 meses, y que en otros meses aumentó las tasas de interés social en relación con las tasas para el pago del fideicomiso de prestaciones sociales.

Esta Sala no encuentra en los escritos de ASODEVIPRILARA donde pide la nulidad, razones de hecho que sustenten su aserto: que el Banco Central de Venezuela no realizó labor alguna para cumplir con lo ordenado por este Tribunal.

El que unas tasas –según los peticionantes- se asemejen a otras posteriores a las aplicadas por los acreedores, no significa que el Banco Central de Venezuela no se haya ajustado a los parámetros señalados por esta Sala, sin que haya incumplido con su labor. Esas son sus conclusiones, y así se declara.

Se trata de una determinación realizada por un ente técnico, al cual el Tribunal Supremo de Justicia le encomendó una fijación, que la ley se la permite, y que es el único ente con acceso a toda la información útil para poder estudiar el mercado, establecer las distintas tasas por materias y hacer las fijaciones que le encomendó la Sala.

Por estos motivos, se declara inadmisibles la petición de nulidad interpuesta.

De todas maneras, la Sala –de oficio- ha verificado en sentido amplio, si los parámetros establecidos en el fallo se cumplieron en la Resolución n° 02-03-01 del Banco Central de Venezuela publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela n° 5.579 Extraordinario de 22 de marzo de 2002, y considera que ella se ajusta a lo señalado en el fallo, ya que sí encuentra que, en la Resolución indicada existen variaciones hasta el 29% que

obran a favor de los deudores, en la tasa de interés fijada mes a mes por el Banco Central de Venezuela, con respecto a la tasa promedio que aplicaron los acreedores a los deudores hipotecarios por concepto de interés, así como las referentes a los préstamos para la adquisición de vehículos.

A juicio de esta Sala, no hay pruebas concluyentes en autos de que el Banco Central de Venezuela, organismo competente para ello, en el cual, por su competencia y su deber de asesorar a los Poderes Públicos (artículo 7.9 de la Ley del Banco Central de Venezuela), ella confía, no haya hecho los ajustes de las tasas ceñidos a los parámetros que señaló esta Sala en el fallo de 24-01-02, por lo que los ajustes realizados por el Banco Central de Venezuela son, a juicio de esta Sala, los correctos ya que fueron hechos por el órgano técnico competente, conforme al artículo 7.3; 21.12 y 49 de la Ley del Banco Central de Venezuela, sin que nada haga presumir que los ajustes no siguieron la metodología indicada en el fallo.

Con relación a la petición de ASUSERBANC relativa al cálculo de la tasa de interés para los préstamos para adquisición de vehículos automotores, la Sala considera que no hay expertos financieros distintos al Banco Central de Venezuela, quien cuenta con la base de datos y la tecnología suficiente, para determinar dichas tasas.

Además, los datos que posee dicho ente no puede ponerlos al servicio de expertos extraños a sus funcionarios, para que puedan realizar la fijación pedida. Tal apertura a extraños infringiría los artículos 38, 39 y 40 de la Ley del Banco Central de Venezuela, en cuanto a la información clasificada y, por ello, se decide sin lugar.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Impuestos Municipales*

A. *Autonomía tributaria*

TSJ-SC (406)

8-3-2002

Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta

Caso: Constructora Pedeca C.A. vs. Alcaldía del Municipio Caroní del Estado Bolívar.

Los Municipios se encuentran facultados para dictar, en relación con los ingresos que la Constitución les asigna, la normativa que regule lo concerniente a la creación, modificación y supresión de sus tributos, la definición del hecho imponible, la determinación de la materia o acto gravado, la cuantía del tributo, el modo, término y oportunidad en que éste se cause y se haga exigible, las obligaciones de los contribuyentes, los procedimientos constitutivos, los recursos administrativos de impugnación y las sanciones correspondientes.

Para analizar los fundamentos antes expuestos, estima esta Sala que debe, en primer término, precisar la aplicabilidad del Código Orgánico Tributario a los tributos municipales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 de la Constitución, los Municipios “gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y la

ley”, y señala, al respecto, que la autonomía comprende -entre otros aspectos- “la creación, recaudación e inversión de sus recursos”.

Por su parte, el primer aparte del artículo 169 del Texto Fundamental dispone al respecto que “La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, establecerá diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos ...”.

En consonancia con lo antes expuesto, el artículo 1 del Código Orgánico Tributario dispone textualmente lo siguiente:

“Las disposiciones de este Código Orgánico son aplicables a los *tributos nacionales* y a las relaciones jurídicas derivadas de esos tributos.

Para los tributos aduaneros el Código Orgánico Tributario se aplicará en lo atinente a los medios de extinción de las obligaciones, a los recursos administrativos y judiciales, a la determinación de intereses y en lo relativo a las normas para la administración de tales tributos que se indican en este Código; para los demás efectos se aplicará con carácter supletorio.

Las normas de este Código se aplicarán en forma supletoria a los tributos de los estados, municipios y demás entes de la división político territorial. El poder tributario de los estados y municipios para la creación, modificación, supresión o recaudación de los tributos que la Constitución y las leyes le atribuyan, incluyendo el establecimiento de exenciones, exoneraciones, beneficios y demás incentivos fiscales, será ejercido por dichos entes dentro del marco de la competencia y autonomías que le son otorgadas, de conformidad con la Constitución y las leyes dictadas en su ejecución. (subrayado de la Sala).

Por su parte, el artículo 114 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone en esta materia lo siguiente:

“No podrá exigirse el pago de impuestos, tasas o contribuciones especiales municipales que no hubieren sido establecidos por el Concejo o Cabildo mediante la promulgación de una Ordenanza. La Ordenanza que lo establezca o modifique deberá determinar la materia o acto gravado, la cuantía del tributo, el modo, término y la oportunidad en que éste se cause y se haga exigible, las demás obligaciones a cargo de los contribuyentes, los recursos administrativos a favor de éstos y las penas y sanciones pertinentes.

La ordenanza a que se refiere este artículo entrará en vigencia en un plazo no menor de sesenta (60) días continuos a partir de su publicación.

(En) *lo no previsto en esta Ley ni en las Ordenanzas, regirán las disposiciones del Código Orgánico Tributario que le sean aplicables*”. (subrayado de la Sala).

Así, de las disposiciones transcritas se evidencia que los Municipios tienen, dentro de su competencia material y espacial, un poder tributario originario que les permite regular lo relativo a la materia tributaria municipal, siendo las disposiciones que dicte de aplicación preferente frente a la normativa del Código Orgánico Tributario.

Así, los Municipios se encuentran facultados para dictar, en relación con los ingresos que la Constitución les asigna, la normativa que regule lo concerniente a la creación, modificación y supresión de sus tributos, la definición del hecho imponible, la determinación de la materia o acto gravado, la cuantía del tributo, el modo, término y oportunidad en que éste se cause y se haga exigible, las obligaciones de los contribuyentes, los procedimientos constitutivos, los recursos administrativos de impugnación y las sanciones correspondientes.

Visto lo antes expuesto, estima la Sala que las afirmaciones hechas en la sentencia apelada, en torno a la aplicabilidad del Código Orgánico Tributario a los impuestos municipales, resultan incorrectas, ya que, tal y como se expuso, en esta materia son de aplicación preferen-

te las Ordenanzas Municipales, razón por la cual se revoca en este aspecto la sentencia apelada.

B. *Patente de Industria y Comercio*

TSJ-SC (406)

8-3-2002

Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta

Caso: Constructora Pedeca C.A. vs. Alcaldía del Municipio Caroní del Estado Bolívar.

Si se realiza una actividad económica dentro del ámbito de un Municipio, éste podrá realizar el cobro de la patente de industria y comercio, siendo el fundamento de este impuesto la propia existencia de la actividad comercial, con independencia del tipo de actividad desplegada.

No obstante lo antes expuesto, en el caso de autos la accionante alegó la violación de su derecho a la propiedad y a la libertad económica por cuanto -a su juicio- incurrió la municipalidad en usurpación de funciones, al imponerle la obligación de pagar el impuesto de patente de industria y comercio sobre una actividad -administración de peajes- que no puede ser gravada por la municipalidad. Al respecto, pasamos a realizar las siguientes consideraciones:

En relación con la existencia del impuesto a las patentes de industria y comercio, tanto el artículo 31 de la derogada Constitución de 1961 como el 179 de la Constitución vigente se refieren al mismo, y disponen lo siguiente:

Artículo 31 de la Constitución de 1961:

“Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

- 1º. El producto de sus ejidos y bienes propios.
- 2º. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios.
- 3º. *Las patentes sobre industria, comercio* y vehículos, y los impuestos sobre inmuebles sobre urbanos y espectáculos públicos;
- 4º. Las multas que impongan las autoridades municipales, y las demás que legalmente les sean atribuidas;
- 5º. Las subvenciones estatales o nacionales y los donativos; y
- 6º. Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que crearen de conformidad con la ley”.(subrayado de la Sala).

Artículo 179 de la Constitución de 1999:

“Los Municipios tendrán los siguientes ingresos:

1. Los procedentes de su patrimonio, incluso el producto de sus ejidos y bienes.
2. Las tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los *impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar, con las limitaciones establecidas en esta Constitución*; los impuestos sobre inmuebles urbanos, vehículos, espectáculos públicos, juegos y apuestas lícitas, propaganda y publicidad comercial; y la contribución especial sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística.

3. El impuesto territorial rural o sobre predios rurales, la participación en la contribución por mejoras y otros ramos tributarios nacionales o estatales, conforme a las leyes de creación de dichos tributos.
4. Los derivados del situados constitucional y otras transferencias o subvenciones nacionales o estatales.
5. El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias y las demás que le sean atribuidas.
6. Los demás que determine la Ley” (subrayados de la Sala).

En este contexto, puede apreciar la Sala que la Patente de Industria y Comercio tiene como finalidad gravar la actividad lucrativa de los contribuyentes durante el correspondiente período impositivo, siempre y cuando -claro está- tal actividad se realice dentro del ámbito del Municipio que pretenda gravarla.

Al respecto, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en la sentencia recaída en el caso Radio Industrial 1160, C.A., de fecha 11 de noviembre de 1999 (sentencia N° 1.502), dispuso lo siguiente:

“...Ha sido pacífica la jurisprudencia de este Alto Tribunal en describir (...) *El (...) impuesto de patente, grava la actividad lucrativa propiamente dicha, que realiza el contribuyente durante el período impositivo en jurisdicción del municipio de que se trate y se dimensiona económicamente sobre el resultado o producto bruto de la actividad comercial o industrial generada en o desde la localidad municipal en cuestión.* (...) el Constituyente reconoce el poder del municipio para establecer impuestos y no simples tasas sobre detalles de comercio, que no es otro que el comentado Impuesto sobre Patente de Industria y Comercio, razón por la cual, este Alto Tribunal ha señalado que la intención que preside la norma del artículo 34 de la Constitución de la República, no es otra cosa que la de prevenir erróneas interpretaciones de la ley que tiendan a reducir el ámbito de aplicación de la patente de industria y comercio. (...)

En este contexto, resulta evidente para la Sala, que si la accionante realiza una actividad económica dentro del ámbito de un Municipio -como el presente caso- éste podrá realizar el cobro de la patente de industria y comercio, siendo el fundamento de este impuesto la propia existencia de la actividad comercial, con independencia del tipo de actividad desplegada, que en el caso de autos se refiere al cobro de los peajes por el uso de carreteras.

En este contexto, quiere enfatizar la Sala que el referido impuesto municipal no es causado por el pago que hagan los contribuyentes de los peajes correspondientes, lo cual es un ingreso de carácter estatal tal y como lo disponen los numerales 9 y 10 del artículo 164 de la Constitución, sino que por el contrario tiene como finalidad pechar los ingresos que devengue la accionante en la administración de sus peajes, montos estos que tienen distinta naturaleza.

Por otra parte, en torno a las inmunidades de las concesionarias de la Administración Nacional o Estatal, el artículo 180 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone textualmente lo siguiente:

“Artículo 180. La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades.

Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los Municipios, a favor de los demás entes político territoriales, se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos, pero no a concesiones ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los Estados”. (Subrayado del presente fallo).

Ahora bien, en el caso de autos la accionante administra los sistemas viales en referencia, en virtud de un contrato de concesión que le otorgó la Gobernación del Estado Bolívar, de lo cual puede colegirse que sí le es aplicable el impuesto de patente de industria y comer-

cio, por cuanto, tal y como expresamente lo dispone la disposición en referencia, a los concesionarios de los Estados no le son aplicables las inmunidades que, en torno a la potestad tributaria municipal, corresponde a los Estados.

TSJ-SPA (726)

23-5-2002

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV) vs. Municipio San Cristóbal del Estado Táchira.

Los Municipios gozan de una potestad tributaria constitucional que se encuentra limitada y debe ejercerse de acuerdo a lo previsto en la propia Constitución y en las leyes. Por ello, la creación y aplicación del impuesto sobre patente de industria y comercio a la actividad de las empresas de teléfonos, representa una invasión a la competencia del Poder Legislativo Nacional.

Planteada la controversia de autos, en los términos que anteceden, la Sala estima que ha quedado circunscrita, en virtud de la declaratoria contenida en la sentencia recurrida y de las alegaciones formuladas por la apelante, en conocer y decidir acerca si existe invasión del Municipio en la competencia del Poder Nacional, al gravar con la patente de industria y comercio, las actividades de telecomunicaciones.

La Sala observa que la solicitud de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° RTD-12123-96 de fecha 17 de julio de 1996 y de su correlativa Planilla de Liquidación, signada con el mismo número y fecha, está fundamentada en la inconstitucionalidad de la norma contenida en la Ordenanza aplicada por la Dirección de Hacienda del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, al determinar a cargo de la Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.) la obligación de pagar Impuestos de Patente de Industria, Comercio, Servicio e Índole Similar.

La Sala pasa entonces, a analizar el dispositivo normativo en que se fundamenta la Resolución impugnada, a fin de verificar si existe la violación denunciada.

En tal sentido, en la Gaceta Municipal N° 20 Extraordinario del mes de octubre de 1994, se publicó la Ordenanza sobre Patente e Impuestos de Industria, Comercio, Servicio e Índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, que en su artículo 1° establece:

“Esta Ordenanza rige las actividades lucrativas que se ejerzan con habitualidad en jurisdicción del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, por parte de personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas, con inclusión de cualquier otra actividad que sea ejercida eventualmente; la respectiva patente es imprescindible para poder ejercer dichas actividades, así como los respectivos impuestos que causen al ejercerse la antes mencionada actividad lucrativa.”

Y en su artículo 40 establece:

“El monto del impuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de esta Ordenanza, se fijará de acuerdo a la tarifa establecida en el siguiente Clasificador de Actividades Económicas:

DESCRIPCIÓN DE LA ACTIVIDAD ANUAL MIN. TRIBUTABLE % Bs.

...*omissis*..

III. SERVICIOS

1 SERVICIOS DE PRIMERA NECESIDAD

...omissis....

1.18 Empresas de Teléfonos, de Radio, Equipos de Comunicaciones y Similares. 3,00 60.000,00

En tal sentido la Sala observa que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución de 1961, vigente a la fecha de establecerse el impuesto reseñado *ut supra*, los Municipios tendrán dentro de sus ingresos los derivados de “las patentes sobre industria, comercio y vehículos,...” de lo cual se evidencia que los Municipios pueden gravar a través de una Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio, las actividades económicas o industriales desarrolladas por cualquier persona dentro de su jurisdicción, no obstante ello, siendo como es, una exacción que grava la realización de actividades comerciales lucrativas, la sola percepción de ingresos en el territorio municipal no es suficiente para que nazca la obligación de pagar el impuesto, por cuanto que, tales ingresos deben ser el resultado del ejercicio de una actividad lucrativa vinculada con la materia gravable.

En el caso de autos la materia gravada son las telecomunicaciones y dispone la Constitución de 1961 aplicable *rationae temporis* de la ocurrencia del acto impugnado, en su artículo 136 ordinales 22° y 24° los cuales establecían entre las competencias del Poder Nacional lo siguiente:

“Artículo 136. Es de la competencia del Poder Nacional: ...omissis...

22° El correo y las telecomunicaciones; ...omissis...

24° La legislación reglamentaria de las garantías que otorga esta Constitución; la legislación civil, ...omissis... y la relativa a todas las materias de la competencia Nacional; ...omissis...”

Así las cosas, estima la Sala oportuno pronunciarse sobre la autonomía municipal. Acerca de este particular, la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal en la decisión N° 670 dictada el 6 de julio de 2000, reiteró el criterio establecido por la entonces, Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia del 13 de noviembre de 1989, caso Herberito Contreras Cuenca, donde señaló lo siguiente:

“La Constitución confiere *autonomía normativa* limitada a las Municipalidades, entendida ella no como el poder soberano de darse su propia ley y disponer de su existencia, que sólo le corresponde a la República de Venezuela, sino como el poder derivado de las disposiciones constitucionales de dictar normas destinadas a integrar el ordenamiento jurídico general, en las materias de su competencia local, incluso con respecto a aquellas que son de la reserva legal; circunstancia ésta que ha dado lugar a que la jurisprudencia de este Supremo Tribunal haya otorgado carácter de “leyes locales” a las ordenanzas municipales. En cuanto al valor normativo de esas fuentes de derecho emanadas de los Municipios, en algunos casos se equiparan a la Ley Nacional, supuestos en los cuales se da una relación de competencia, mientras que en otros deben subordinarse a las leyes nacionales y estatales, supuestos en los cuales se da una relación de jerarquía normativa, todo ello según lo predispuesto en el texto constitucional.

La Constitución atribuye *autonomía financiera y tributaria* a los Municipios dentro de los parámetros estrictamente señalados en su artículo 31, con las limitaciones y prohibiciones prescritas en los artículos 18, 34 y 136 del mismo texto constitucional, derivadas de las competencias del Poder Nacional, a fin de garantizar la autosuficiencia económica de las entidades locales. No obstante, la Constitución sujeta a la Ley nacional y a la leyes estatales, el aporte que reciben las Municipalidades, por intermedio de los Estados, del Poder Nacional, al cual se denomina Situado Constitucional. Por lo que respecta a los límites de la autonomía tributaria municipal, su ejercicio debe supeditarse a los principios de la legislación reglamentaria de las garantías constitucionales, que corresponden al Poder Nacional, ya que la legalidad tributaria es una garantía ligada al surgimiento mismo del Estado de Derecho.”

En consecuencia, la Sala Constitucional decidió que “en el ordenamiento constitucional que entró en vigencia como consecuencia de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se mantienen los límites de la autonomía tributaria municipal

a que alude la transcripción parcial *supra*, siendo los mismos, aquellos que se deriven de las competencias que en materia tributaria ostentan las otras personas político territoriales que conforman el modelo federal del Estado Venezolano.” El ejercicio de la autonomía municipal no constituye una forma de gobierno absoluto, sino por el contrario, está sujeto a limitaciones explícitas o directas, emanadas de la Constitución y de las Leyes que la ejecutan, tales como las limitaciones constitucionales contenidas en el artículo 18, aplicable por disposición del artículo 34 *eiusdem* que a la letra dicen:

“Artículo 18. Los Estados no podrán:

1° crear aduanas ni impuestos de importación, de exportación o de tránsito sobre bienes extranjeros o nacionales o sobre las demás materias rentísticas de la competencia Nacional o Municipal; ...*omissis*...

Artículo 34. Los Municipios estarán sujetos a las limitaciones establecidas en el Artículo 18 de esta Constitución y no podrán gravar los productos de la agricultura, la cría y la pesquería de animales comestibles, con otros impuestos que los ordinarios sobre detalles de comercio.”

Conforme a las normas transcritas y al criterio jurisprudencial citado, se evidencia que los Municipios gozan de una potestad tributaria constitucional que se encuentra limitada y debe ejercerse de acuerdo a lo previsto en la propia Constitución y en las leyes. Por ello, la creación y aplicación, mediante la Ordenanza Municipal del Impuesto sobre Patente de Industria y Comercio, Servicio e Índole Similar, dictada por el Municipio San Cristóbal del Estado Táchira y publicada en la Gaceta Municipal N° 20 Extraordinario de fecha 31 de octubre de 1994, específicamente el contenido en el artículo 40 de la referida Ordenanza, en el Código III. I. 1.18 del Clasificador de Actividades Económicas, referente a la actividad de las Empresas de Teléfonos, de Radio, Equipos de Comunicaciones y Similares a las cuales grava con una alícuota impositiva del 3% anual y un mínimo tributable de Bs. 60.000,00, representa una invasión a la competencia del Poder Legislativo Nacional.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 334 de la vigente Constitución de 1999, corresponde a todos los Jueces asegurar la integridad de la Constitución y al reconocer la Sala que el dispositivo previsto en el artículo 40, Código III, I. 1.18 del Clasificador de Actividades Económicas contenido en la Ordenanza sobre Patente e Impuestos de Industria, Comercio, Servicio e Índole Similar de fecha 31 de octubre de 1994, del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, es incompatible con la Constitución de 1961, aplicable por razón temporal al caso de autos, lo desaplica para el caso concreto. Así se declara.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*

A. *Potestad de autotutela*

TSJ-SE (26)

7-2-2002

Magistrado Ponente: Rafael A. Hernández Uzcátegui

Caso: Manuel J. Quintero y otros vs. Consejo Nacional Electoral.

La Ley no prevé el procedimiento para el ejercicio de la “potestad anulatoria”, pero dado que resulta evidente que la Administración debe siempre darle a los interesados, que puedan resultar afectados por la declaratoria de nulidad, la oportunidad de esgrimir sus

defensas, puede tomar para ello el procedimiento administrativo general ordinario contemplado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o, en caso de urgencia, el procedimiento sumario allí también previsto, todo ello con el fin de garantizarles el derecho a la defensa de los administrados que de una u otra manera gozaban de una posición ventajosa creada en virtud del acto anulado.

Al respecto, observa esta Sala que el acto administrativo impugnado es del tenor siguiente:

Resolución n° 010918-280, Caracas, 18 de septiembre de 2001.
191° y 142°

El Consejo Nacional Electoral, en uso de las atribuciones legales que le confiere el artículo 293, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con los artículos 3 y 17, literal "h" del Estatuto Especial para la Renovación de la Dirigencia Sindical, y el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, dicta la siguiente Resolución:

CONSIDERANDO

Que en fecha 27 de agosto de 2001, la Comisión Electoral del Sindicato, declaró con lugar la impugnación presentada por los ciudadanos OSWALDO CAIBET y JOSÉ GREGORIO URBINA en contra de los integrantes de la Plancha n° 21 y del ciudadano MANUEL JOSÉ QUINTERO, quién está cumpliendo sanción disciplinaria definitivamente firme por decisión del Tribunal Disciplinario del Sindicato.

CONSIDERANDO

Que mediante decisión de fecha 7 de septiembre de 2001, este Organismo ordenó a la Comisión Electoral del "SINDICATO DE TRABAJADORES PETROLEROS, SIMILARES Y CONEXOS DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO MIRANDA (S.T.P.S)", admitir la postulación del ciudadano MANUEL JOSÉ QUINTERO, titular de la cédula de identidad n° 5.595.541; y la postulación de los ciudadanos que conforman la Plancha n° 21, presentada por el referido ciudadano en fecha 24 de agosto de 2001, ante dicha Comisión Electoral.

CONSIDERANDO

Que el ciudadano MANUEL JOSÉ QUINTERO, antes identificado, acudió directamente ante el Consejo Nacional Electoral para impugnar la decisión emanada de la Comisión Electoral del Sindicato, sin agotar la instancia que le correspondía, de conformidad con el artículo 57 del Estatuto Especial para la Renovación de la Dirigencia Sindical y la decisión debió ser inadmisibile.

CONSIDERANDO

Que el Consejo Nacional Electoral, en el ejercicio de sus atribuciones, respeta la autonomía de las organizaciones sindicales y no puede ingerirse en la esfera de competencia de éstas y la decisión emana de este Organismo en fecha 7 de septiembre de 2001, adolece de vicios, por cuanto admitió la postulación de un ciudadano incurso en sanción disciplinaria emanada del Tribunal Disciplinario de ese Sindicato y tiene carácter genérico por cuanto admitió la postulación de los ciudadanos que conforman la Plancha n° 21 sin identificarlos plenamente.

CONSIDERANDO

Que conforme al artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el Organismo tiene la facultad, actuando de oficio, de reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por éste.

RESUELVE

PRIMERO: Anular en forma absoluta el acto de fecha 7 de septiembre de 2001, mediante el cual este Organismo ordenó a la Comisión Electoral del “SINDICATO DE TRABAJADORES PETROLEROS, SIMILARES Y CONEXOS DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO MIRANDA (S.T.P.S)” admitir la postulación del ciudadano MANUEL JOSÉ QUINTERO, titular de la cédula de identidad n° 5.595.541; y la postulación de los ciudadanos que conforman la Plancha n° 21, presentada por el referido ciudadano en fecha 24 de agosto de 2001, ante dicha Comisión Electoral.

SEGUNDO: Notificar a la Comisión Electoral del “*SINDICATO DE TRABAJADORES PETROLEROS, SIMILARES Y CONEXOS DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO MIRANDA (S.T.P.S)*” del contenido de la presente Resolución.

Contra la presente decisión podrán los interesados interponer el recurso Contencioso Electoral establecido en el artículo 267 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente acto, por ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Notifíquese a los interesados de la presente decisión.

Resolución aprobada por el Consejo Nacional Electoral en sesión celebrada el día 18 de Septiembre de 2001.

El acto antes transcrito, tal como se desprende de su propio texto, fue dictado por el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de la potestad que le confiere a los órganos de la Administración el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual establece:

“La administración podrá en cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella.”

Así las cosas, estamos en presencia de un acto dictado por la Administración en ejercicio de la “potestad de anulación” que le otorga el artículo antes citado, la cual le permite extinguir los actos dictados por ella, bien de oficio o a solicitud de parte, sometiendo su ejercicio a una serie de condiciones, y permitiéndole así a la Administración actuar en defensa del interés general sin la intervención de los órganos jurisdiccionales.

En virtud de la “potestad de anulación”, la Administración en cualquier momento puede extinguir por razones de legalidad el acto de que se trate, siempre y cuando no haya creado derechos subjetivos o intereses legítimos a algún particular, salvo que la declaratoria de nulidad se fundamente en vicios radicales, esto es, que acarreen la nulidad absoluta del mismo, pues en tal caso no puede entenderse que se hayan generado legítimamente derechos o intereses a favor de los administrados. Igualmente, resulta necesario que la anulación del acto sea producto del seguimiento de un procedimiento administrativo, pues sólo de esa manera puede efectivamente apreciar la legalidad de la anulación y garantizarle al interesado su derecho a la defensa; sin embargo, la Ley no prevé el procedimiento para el ejercicio de la “potestad anulatória”, pero dado que resulta evidente que la Administración debe siempre darle a los interesados, que puedan resultar afectados por la declaratoria de nulidad, la oportunidad de esgrimir sus defensas, puede tomar para ello el procedimiento administrativo general ordinario contemplado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos o, en caso de urgencia, el procedimiento sumario allí también previsto, todo ello con el fin de garantizarles el derecho a la defensa y a la vez permitirse el ejercicio de la potestad de anulación. En caso contra-

rio, el acto anulatorio estaría viciado de nulidad, por la flagrante violación del derecho a la defensa de los administrados que de una u otra manera gozaban de una posición ventajosa creada en virtud del acto anulado.

En el caso de que no se tramite la anulación bien por el procedimiento ordinario o por el sumario, previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en todo caso resulta necesario que la Administración utilice un mecanismo procedimental que de manera efectiva le permita al interesado participar en el mismo, tener conocimiento de las razones que motivan la posible anulación, esgrimir sus alegatos, presentar pruebas, y en fin, ejercer su derecho a la defensa.

En el presente caso resulta obvio que los recurrentes tenían intereses legítimos creados por el acto anulado por la Resolución impugnada, pues dicho acto admitió la postulación de la plancha que ellos integraban, para participar en la elección de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores Petroleros, Similares y Conexos del Distrito Federal y Estado Miranda, cuyo acto de votación se celebró el día 19 de septiembre de 2001, razón por la cual debió seguirse un procedimiento administrativo para su anulación, de manera tal que se le permitiera a la recurrente ejercer su derecho a la defensa; y en el presente caso, del expediente administrativo no se desprende que el Consejo Nacional Electoral haya abierto y tramitado procedimiento alguno para ejercer su potestad anulatoria, esto es, para dictar el acto impugnado, en el cual los recurrentes hayan tenido la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, lo que acarrea forzosamente la nulidad del acto administrativo en cuestión.

En consecuencia, esta Sala declara la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución n° 010918-280 de fecha 18 de septiembre de 2001, emanada del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual anuló en forma absoluta el acto de fecha 7 de septiembre de 2001, en el que ordenó a la Comisión Electoral del Sindicato de Trabajadores Petroleros, Similares y Conexos del Distrito Federal y Estado Miranda, admitir la postulación del ciudadano Manuel José Quintero y la postulación de los ciudadanos que conforman la Plancha 21, presentada por el mencionado ciudadano en fecha 24 de agosto de 2001 ante dicha Comisión Electoral.

B. *Pruebas: Medios de prueba (informes administrativos)*

TSJ-SE (32)

19-2-2002

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Pedro J. Aldana A. vs. Consejo Nacional Electoral

El informe administrativo hace plena prueba, por cuanto está dotado del valor de una presunción de legitimidad en lo tocante a su contenido, por ello debe ser considerado como un medio de prueba distinto a la prueba pericial en sentido técnico.

Como segundo punto previo, debe esta Sala pronunciarse sobre la procedencia de la valoración y alcance, por parte de esta instancia jurisdiccional, de la experticia grafotécnica que le fuera practicada a cinco (5) Cuadernos de Votación durante el curso del procedimiento administrativo correspondiente al presente caso, la cual fue solicitada por el máximo órgano electoral mediante Oficio n° 8023-2001, al entonces Cuerpo Técnico de Policía Judicial. Los resultados de la referida experticia fueron remitidas al órgano electoral mediante Oficio n° 9700-T-030 476, bajo la denominación de "Dictamen Pericial Grafotécnico" n° 023-T-030-2832, de fecha 8 de noviembre de 2001 y constan de ocho (8) folios, agregados al presente

expediente como parte de los antecedentes administrativos traídos a los autos por la representación del Consejo Nacional Electoral (Anexo 1).

A tales fines, debe observarse en primer lugar que la representación del Consejo Nacional Electoral indica (folio 123 de la pieza principal del expediente) que la Administración Electoral no podía pasar por alto “las graves irregularidades detectadas en los cuadernos de votación”, motivo por el cual la Consultoría Jurídica de dicho órgano recomendó “solicitar la colaboración del Cuerpo Técnico de Policía Judicial (CTPJ), como órgano auxiliar de la Administración Electoral, con fundamento en lo establecido en el artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el Artículo 32 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y con el artículo 55, ordinal (sic) 11 y 19 *ejusdem*, los cuales establecen el Principio Universal de Colaboración entre los Poderes...”.

Por su parte, señala el aquí recurrente en su libelo recursorio (folio 11 de la pieza principal del expediente) que le resultó imposible, mediante las copias certificadas de los Cuadernos de Votación que le entregó la Secretaría General del Consejo Nacional Electoral, “detallar las diferencias entre las tintas que observa el Consultor Jurídico...”.

Además, el recurrente, en su escrito de conclusiones (folio 205 de la pieza principal del expediente judicial) también realiza las siguientes consideraciones:

a) “...la Administración Electoral pretende, mediante la solicitud de una experticia, desvirtuar el valor que se desprende de este documento administrativo.” [Cuaderno de Votación]. b) Que en nuestro derecho la Administración Pública no tiene el recurso de lesividad “es decir, no tiene el derecho a la acción para desvirtuar sus propios actos” (sic). c) Que hasta la fecha no se ha intentado un recurso contencioso electoral contra los Cuadernos de Votación que la Consultoría estima “dudosos” y por ello conservan todo su valor informativo. d) Que lo que se pretende obtener mediante la experticia “es la misma consecuencia del Recurso de Revisión previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ello es, la nulidad del Cuaderno de Votación pero sin cumplir las formalidades que establece la misma Ley, como lo es la necesaria declaratoria, mediante sentencia judicial definitivamente firme de falsedad del documento que pudo influir decisivamente en el Acto Administrativo que se pretende desvirtuar”. e) Afirma el apoderado del recurrente que “la solicitud de prueba de experticia fue realizada fuera del procedimiento del Recurso Jerárquico, de manera extemporánea por haber terminado el lapso de sustanciación y de decisión por parte del Consejo Nacional Electoral y sin ningún tipo de control por parte de mi representado”. f) “Para que proceda la prueba de Experticia es necesario que la misma sea promovida en el procedimiento administrativo, lo cual no ocurrió, esta prueba se solicitó como una gestión aparte del procedimiento, tan es así que es traída a los autos posteriormente a la consignación del expediente administrativo, ya que no forma parte de él, pero se solicita que se agregue a los antecedentes administrativos...”. g) por último, el apoderado expresa sobre el particular que “...este documento emanado del Cuerpo Técnico de Policía Judicial (...) no fue una prueba promovida en juicio, mucho menos en procedimiento administrativo alguno, y en consecuencia no puede ser apreciada como prueba”.

Se desprende del análisis de los argumentos explanados por las partes en relación con la referida prueba, que la determinación de su procedencia y valoración por parte del órgano administrativo como por esta instancia judicial pasa, entre otros aspectos, por la necesidad de precisar la naturaleza que posee el dictamen pericial practicado a los Cuadernos de Votación en el marco de la actividad desplegada por los órganos administrativos.

En tal sentido, se advierte claramente que se trata de un informe de carácter técnico (experticia grafotécnica), solicitado por un órgano de naturaleza administrativa como lo es el Consejo Nacional Electoral, a otro órgano de igual naturaleza (Cuerpo Técnico de Policía Judicial), con el objeto de ilustrar su criterio frente a lo que estimó como presumibles irregularidades graves detectadas en cinco (5) Cuadernos de Votación utilizados en las elecciones

de Alcalde del Municipio “Dr. Jesús Enrique Losada” del Estado Zulia, celebradas en fecha 30 de julio de 2000, para así complementar su análisis sobre la posible nulidad de las Actas de Escrutinio denunciadas como viciadas de inconsistencia numérica. De ello resulta evidente que se trata del tipo de documentos comúnmente denominados como informes administrativos, y respecto de los cuales la doctrina nacional ha dicho que constituyen una técnica para aportar datos a la sustanciación del expediente administrativo.

Asimismo, cabe destacar que, en términos generales, la solicitud de los referidos informes encuentra su fundamento legal, no solamente en los artículos 32 y 55 numeral 19 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política sino también en los artículos 54 y siguientes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. La posibilidad de solicitar los indicados informes y el valor de los mismos esta establecida en los artículos 54 y 57 *ejusdem* en los siguientes términos:

“Artículo 54. La autoridad administrativa 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 57. Los informes que se emitan, salvo disposición legal en contrario, no serán vinculantes para la autoridad que hubiere de adoptar la decisión.”

De igual modo, conviene destacar que un sector de la doctrina nacional ha definido tales informes administrativos como “las declaraciones de juicio que emiten determinados organismos técnicamente cualificados de la Administración Pública, respecto de las pretensiones, los hechos o los derechos que sean objeto del procedimiento administrativo y sirvan para proporcionar elementos de juicio, a los efectos de ilustrar la voluntad del órgano de decisión” (Araujo Juárez, José, *Tratado de Derecho Administrativo Formal*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1998, p. 295).

Para otro sector, no es más que una opinión solicitada a otros órganos administrativos con el objeto de afinar sus decisiones y adecuarlas mejor a los intereses públicos y particulares, destacando que de ello se infiere el carácter de antecedente administrativo, en el sentido de que los datos aportados por el informe quedan incorporados al expediente y deben ser considerados en la respectiva resolución.

A lo anterior agrega que es característico de tal tipo de informes, el de ser actos administrativos de trámite que no pueden ser impugnados de forma autónoma, que los vicios que lo afecten deben invocarse al impugnar el acto definitivo, y que son apreciaciones o interpretaciones del informante que deben estar sustentadas en criterios racionales. (Cfr. Meier Henrique, *El Procedimiento Administrativo Ordinario*, Fondo Editorial Lola Fuenmayor, Caracas, 1986, pp. 145-146).

Ahora bien, afirma el recurrente en sus conclusiones, que el aludido dictamen pericial no fue una prueba promovida en juicio ni en el procedimiento administrativo ya que “la solicitud de prueba de experticia fue realizada fuera del procedimiento del Recurso Jerárquico, de manera extemporánea por haber terminado el lapso de sustanciación y de decisión por parte del Consejo Nacional Electoral y sin ningún tipo de control por parte de mi representado”.

Al respecto cabe observar que conforme se desprende de los autos, el Oficio mediante el cual el Consejo Nacional Electoral solicitó la prueba al Cuerpo Técnico de Policía Judicial es de fecha 11-10-2001, el cual fue recibido en fecha 22 del mismo mes y año por el mencionado cuerpo (según consta en el folio 308 de la pieza 2 del expediente administrativo), fecha esta última en la que aún el Consejo Nacional Electoral no había sido notificado de la interposición del presente recurso contencioso electoral ante esta Sala, ya que esa notificación se

verificó el día 24 de octubre de 2001. Todo ello, aunado a la circunstancia de que el máximo órgano electoral no se pronunció acerca del recurso jerárquico ejercido en el presente caso, permite concluir que el órgano electoral al momento de solicitar el informe si bien es cierto que actuó fuera del lapso de sustanciación y decisión previsto en el artículo 231 de la referida Ley, no es menos cierto que no había dictado (y nunca dictó) la decisión del recurso jerárquico, lo cual permite considerar que se trató de una actuación que resultaba pertinente a los fines de ilustrar el criterio del órgano para tomar la decisión que todavía no se había producido, sin menoscabo de los derechos del recurrente, toda vez que la misma se basa en la competencia del órgano instructor para recabar aquel tipo de información que pueda ilustrar mejor su criterio y que por ser de naturaleza técnica, escapa de las posibilidades de su realización por el propio órgano.

Por otro lado, el recurrente afirma que en la realización del tantas veces aludido informe administrativo, su representado no tuvo oportunidad de ejercer control sobre su realización. Al respecto, esta Sala considera oportuno indicar que el informe administrativo hace plena prueba, por cuanto está dotado del valor de una presunción de legitimidad en lo tocante a su contenido, y por ello debe ser considerado como un medio de prueba distinto a la prueba pericial en sentido técnico (*Cfr.* Araujo Juárez, *ob. cit.*, pp. 292 y 293). De allí que resulta concluyente que para casos como el de autos no son aplicables los mecanismos procesales específicos de control y contradicción de la prueba pericial en sentido técnico, lo cual no quiere decir en modo alguno que los mismos no sean controlables, ya que como señala Garrido Falla, citado por Araujo Juárez, *op. cit.*, p. 296, los informes instructorios los cuales se realizan “con vistas a incorporar al expediente en un examen inmediato de los supuestos de hecho aportados al expediente por otros medios u opiniones generales del órgano instructor (informes integrativos), ya opiniones o peritajes técnicos de la propia Administración” son “susceptibles de impugnación técnica por parte interesada (informes técnico contradictorios)”. Ahora bien, en el presente caso, el recurrente se limitó a objetar el informe contentivo del dictamen pericial por razones formales que ya han sido desestimadas, mas en modo alguno objetó el contenido mismo del informe mediante argumentos tendientes a demostrar las fallas o insuficiencias técnicas del mismo.

C. *Lapso para decidir*

TSJ-SC (307)

19-2-2002

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Agrosur 2010 C.A. vs Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (S.A.S.A.).

La mercancía importada cuenta con un certificado del país de origen en el que se dispone que el producto está libre de plagas y enfermedades, por tanto, el Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (S.A.S.A.) debe confirmar la información que contiene en el certificado, para lo cual resulta razonable el lapso de veinte (20) días que establece el artículo 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para el pronunciamiento sobre una solicitud a la Administración que no requiera sustanciación.

Para decidir, la Sala observa que se intentó una demanda de amparo contra la omisión del Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (S.A.S.A.) en cuanto al otorgamiento del

permiso fitosanitario para que la demandante pueda desembarcar y nacionalizar la mercancía que ella importó.

En cuanto a las consideraciones que dio la recurrida para la conclusión de que la demanda que se examina era inadmisibile, sobre la base de que no existieron ninguna de las violaciones de rango constitucional que alegó la actora, por cuanto el órgano demandado no estaría en mora de pronunciarse respecto de la referida solicitud de permiso fitosanitario, la Sala observa lo siguiente:

Sin lugar a dudas, constituye una materia de suprema vigilancia y supervisión, por parte del Estado, a través del Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (S.A.S.A.), la conformación y definitiva autorización de desembarque, en el territorio de la República, de productos vegetales para el consumo humano, todo ello por la incidencia que tiene en el interés colectivo, es decir el Estado debe velar porque todos los productos vegetales de consumo humano que entren al país estén libres de plagas o enfermedades.

La recurrida fundamentó su negativa de admisión del amparo de autos en que la autoridad administrativa competente no estaba en mora para el pronunciamiento sobre la solicitud del demandante, toda vez que el procedimiento administrativo, aplicable al caso, era el procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 48 y siguientes), según el cual la Administración cuenta con un lapso de cuatro (4) meses, más dos (2) de prórroga, para la respuesta sobre un asunto que requiera de sustanciación.

Por su parte, la quejosa fundamentó la omisión del ente demandado en el hecho de éste habría demorado más de quince días para pronunciarse respecto de su solicitud de permiso fitosanitario, en el entendido que esa era una actividad que no requería de sustanciación, y, por ello, debía tenerse como una simple solicitud que la Administración debía resolver en quince (15) días.

Ahora bien, en criterio de esta Sala el trámite de una solicitud de permiso fitosanitario por el procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que, como se señaló anteriormente, puede tener una duración de cuatro (4), más dos (2) meses de prórroga -la cual tiene que ser otorgada por auto expreso- resulta contrario a la esencia, no sólo de los principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad que informan a la actividad administrativa, sino a la circunstancia de que los productos vegetales de consumo humano importados son perecederos y una espera prolongada en Puerto, debido a la ausencia de la prueba fitosanitaria, podría repercutir negativamente en el interés general que se pretende proteger *ab initio*.

La Sala considera que el correspondiente permiso fitosanitario debe ser expedido por la autoridad competente de la forma más rápida posible en protección de la salud de los consumidores del producto importado.

Además, la mercancía importada cuenta con un certificado del país de origen en el que se dispone que el producto está libre de plagas y enfermedades y, por tanto, el Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (S.A.S.A.) debe confirmar la información que contiene en el certificado, para lo cual resulta razonable el lapso de veinte (20) días que establece el artículo 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para el pronunciamiento sobre una solicitud a la Administración que no requiera sustanciación.

2. *Contratos Administrativos*

TSJ-SPA (331)

26-2-2002

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Empacando C.A. vs. República Bolivariana de Venezuela

I.- Dispone el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, que: “Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de su obligación.”

En el presente caso, la República Bolivariana de Venezuela alega que no solicitó los productos agrícolas a la demandante y por tanto se abstuvo de emitir la orden de despacho, porque en su criterio dichos productos se encontraban mal empacados en los depósitos de la demandante, no eran aptos para el consumo y no cumplían con las especificaciones de calidad exigidas por las normas COVENIN que debían tener los productos destinados al mercado, obligación que debían satisfacer los contratistas seleccionados por los convenios de concertación. En tal virtud, procedió a rescindir unilateralmente el convenio de abastecimiento que la vinculaba con la demandante. Vistos los términos de la contestación en relación con este punto, la Sala estima que la República Bolivariana de Venezuela admite, por argumento a contrario, que de encontrarse en buen estado los productos por despachar, era su obligación solicitarlos, a través de la correspondiente orden de despacho, para cumplir con la concertación de precios que la vinculaba con la demandante. En consecuencia, esta Sala considera demostrado que correspondía a la demandada solicitar de la accionante, los productos objeto de las distintas concertaciones de precio; y por cuanto la demandada ha esgrimido, no un hecho extintivo de la obligación que tenía, sino que ha opuesto la excepción de contrato no cumplido, consagrada en el artículo 1.168 del Código Civil, el cual dispone: “En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación, si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones”, pasa la Sala analizar la referida defensa de fondo, en los siguientes términos:

La demandada sostiene que se encontraría liberada de cumplir las obligaciones a su cargo, derivadas de los convenios de abastecimiento de productos cuyos precios fueron objeto de concertación, en virtud del incumplimiento de la otra parte, constituido éste por el inadecuado empaque y mal estado de los productos pendientes de despacho.

Ahora bien, coincide mayoritariamente la doctrina nacional en que la procedencia de la excepción *non adimpleti contractus*, requiere de condiciones especialísimas para que pueda prosperar, tales como las siguientes:

- i.- que se trate de un contrato bilateral, lo cual se cumple en el presente caso;
- ii.- que las obligaciones recíprocas deban satisfacerse en forma simultánea, condición que igualmente se cumple, en virtud de la naturaleza continua que emerge del cumplimiento del contrato bilateral de abastecimiento de alimentos perecederos;
- iii.- que el incumplimiento atribuido por la excepcionante a la otra parte sea de tal importancia, que incida sobre lo principal del contrato suscrito, cuestión que en criterio de la Sala también se verifica, pues la parte demandada atribuye su incumplimiento al hecho de que la parte contraria tendría en sus depósitos alimentos almacenados en forma inadecuada, lo cual violaría disposiciones sanitarias mínimas, poniendo en peligro la salud de la población destinataria de los productos agrícolas objetos de los diferentes contratos;
- iv.- que la parte que oponga la excepción no haya motivado, a su vez el incumplimiento de la otra parte. En el presente caso, en virtud de que la demandada ha admitido expresamente que no emitió la orden de despacho; y que la parte actora sostuvo, por su parte, que siempre cumplió con su obligación, no se configura en el presente caso la circunstancia de que la opositora de la excepción hubiere motivado el incumplimiento del convenio; y

v.- que se trate de un incumplimiento culposo, esto es que la conducta ilícita de la demandante sea la causa y justificación para que la demandada no cumpla o se niegue a cumplir con las obligaciones a su cargo.

TSJ-SPA (393)

5-3-2002

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Compañía Anónima de Puertos, Estructuras y Vías (CAPEV) vs. PDVSA Petróleo y Gas, S.A.

La teoría de la imprevisión nace en el campo del derecho civil ante la necesidad de equilibrar las cargas de una de las partes contratantes cuando por efecto de circunstancias extraordinarias e imprevisibles acaecidas con posterioridad a la celebración del contrato y previo a su terminación, resulta modificada la extensión de una de las prestaciones, al punto de traducirse en una excesiva onerosidad en cabeza de esa parte contratante.

Pues bien, esta teoría, perfectamente aplicable en el derecho administrativo, no precisa ser expresamente acordada y requiere para su procedencia, de la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a.- El acaecimiento de un hecho extraordinario y no previsible que modifique las circunstancias originales bajo las cuales se pactaron las prestaciones respectivas.
- b.- Que ese hecho imprevisto provoque un trastorno significativo en la prestación de una de las partes que haga excesivamente onerosa su obligación.
- c.- Que las partes hayan convenido prestaciones de ejecución periódica o de tracto sucesivo.
- d.- El hecho referido debe verificarse con posterioridad a la celebración del contrato y antes de su culminación.

Llegado a este punto y efectuadas las necesarias observaciones respecto de la teoría argüida por la empresa demandante, corresponde ahora determinar si la incidencia del factor inflacionario en el precio de los materiales y equipos a ser utilizados para la ejecución de los cinco contratos celebrados entre CAPEV y CORPOVEN, S.A., encuadra en los requisitos que según la doctrina y la jurisprudencia exige la teoría de la imprevisión.

En primer lugar, es importante destacar que la inflación, fenómeno caracterizado básicamente por un constante aumento en los precios de bienes y servicios y, al mismo tiempo, por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, no es de reciente data en nuestro país. En el último siglo, específicamente a partir de la década de los setenta, la economía venezolana se ha visto seriamente afectada por un proceso inflacionario sostenido y relativamente alto que registró uno de sus mayores valores en 1989, en razón de los ajustes económicos implementados en ese año que incluyeron medidas como la liberación del sistema cambiario y de los precios en general.

Ahora bien, es claro que para la fecha en que se celebraron los contratos descritos *supra*, ya habían transcurrido por lo menos dos años desde que la inflación comenzó a ser un factor que incidía por igual y de manera negativa sobre la totalidad de la población, por lo que este fenómeno de naturaleza económica no era ajeno a la comunidad a nivel nacional ni internacional. En este orden de ideas, la inflación, para el año 1991, a juicio de este Máximo Tribunal, era un hecho notorio y, en consecuencia, resulta cuestionable que pudiese ser una circunstancia imprevisible y extraordinaria para la contratista, puesto que, como se indicó *supra*, este hecho ya venía afectando considerablemente a todos los sectores de la sociedad

venezolana. De allí que no pudiendo estimarse la inflación como un hecho imprevisible para el año 1991, esta Sala debe desechar el argumento de la parte accionante según el cual tal circunstancia sobreviniente e imprevista da lugar a las soluciones derivadas de la aplicación de la teoría de la imprevisión. Así se declara.

VIII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. Competencia

A. Actos de los inspectores del trabajo

TSJ-SC (2862)

20-11-2002

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Recurso de Revisión de la sentencia n° 147 de fecha 29 de enero de 2002 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

La jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que dicten las Inspectorías del Trabajo, así como de cualquier otra pretensión –distinta de la pretensión de amparo constitucional-, es la jurisdicción contencioso-administrativa; en primera instancia, conocerá la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y en segunda instancia, cuando ésta proceda, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. De las demandas de amparo constitucional autónomo que se intenten contra los actos, actuaciones u omisiones de dichos órganos, conocerán los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial correspondiente al lugar donde se produjo la supuesta lesión al derecho constitucional, y en segunda instancia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

El referido fallo de esta Sala Constitucional resolvió una solicitud de revisión extraordinaria de la decisión que pronunció el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar del 6 de septiembre de 2000; solicitud que tuvo como motivo la determinación de “*si es competente o no la autoridad judicial para conocer de los amparos, que se introduzcan en los tribunales por la contumacia de parte de los patronos de acatar las decisiones de las Providencias Administrativas dictadas por los Inspectores del Trabajo*”.

En esa oportunidad, la Sala estableció, *con carácter vinculante* para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República, que *es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el conocimiento de los juicios de nulidad, a través del recurso contencioso administrativo, de los actos administrativos que emanen de las Inspectorías del Trabajo*. Asimismo, se afirmó que los tribunales de dicha jurisdicción son los competentes para “*resolver los conflictos que surjan con motivo de la ejecución de este tipo de providencias que han quedado firmes en sede administrativa*” y para el conocimiento de “*las acciones de amparo relacionadas con esta materia*”. Valga así, la transcripción del criterio que se sostuvo en esa oportunidad:

“En este sentido, se observa que la jurisdicción laboral ha venido conociendo de los juicios de nulidad de estas resoluciones, siguiendo el criterio sostenido en decisión dictada por la Sala Político Administrativa de la antes denominada Corte Suprema de Justicia, el 13 de febrero de 1992, en el juicio conocido como caso: *Corporación Bamundi, C.A.*, sin que en realidad exista en la Ley Orgánica del Trabajo una norma que expresamente le asigne a los juzgados laborales el conocimiento de este tipo de juicios. Es preciso al respecto advertir, que la competencia de los órganos del Estado, viene determinada por una norma jurídica que de manera formal le atribuya competencia. De allí que, siendo que en los casos de los juicios de nulidad, a que se refiere la Ley Orgánica del Trabajo, ésta no le atribuyo dicha competencia de manera expresa a esta jurisdicción especial, sino que se limitó a señalar que contra estas decisiones se podían ejercer los recursos correspondientes ante los Tribunales, sin que indicara a cuáles se estaba refiriendo.

La expresada omisión no autoriza a interpretar que la jurisdicción laboral es entonces la competente para conocer de dichos juicios, con base en lo dispuesto en los artículos 5 y 655 *eiusdem*, sino que lo razonable era establecer que *como quiera que, la decisión provenía de un órgano de carácter administrativo, inserto en el Poder Ejecutivo, esto es, de las Inspectorías del Trabajo, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer y decidir este tipo de controversias era la jurisdicción contencioso administrativa*, siendo consecuente con el principio del juez natural. De lo expuesto se colige, que el criterio sostenido en la sentencia anteriormente citada, dictada por la Sala Político Administrativa, debe ser abandonado. En consecuencia, deberá prevalecer el presente criterio, lo que implica que, *en el futuro, los Juzgados con competencia en materia laboral, deberán declinar en los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento y decisión de los recursos interpuestos contra las providencias administrativas, dictadas por las Inspectorías del Trabajo, por ser éstos los órganos judiciales a los cuales les incumbe conocer de este tipo de juicios.*

Así, dado que a la jurisdicción contencioso administrativa le compete el conocimiento de las demandas de nulidad en contra de las decisiones administrativas provenientes de los órganos de la Administración del Trabajo; en el ejercicio de esa competencia, debe poseer igualmente la potestad para resolver los conflictos que surjan con motivo de la ejecución de ese tipo de providencias que han quedado firmes en sede administrativa tal como lo es, se insiste, para conocer de su nulidad”.

El criterio que se sentó en dicho fallo ha sido reiterado posteriormente por esta Sala Constitucional, entre otras, en sentencias de 30-1-02 (caso: *Fermín Amado Cárdenas Mantilla*); 15-8-02 (caso: *Hayes Wheels de Venezuela, C.A.*); 29-8-02 (caso: *José Elías Torres y otros*); y 20-9-02 (caso: *Complejo Siderúrgico de Guayana C.A., Comsigua C.A.*); y es que, en efecto, en estos casos, mal podría atribuirse la competencia a los tribunales laborales, pues ésta no sólo no se les otorgó de manera expresa por norma legal alguna, sino que, además, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en tal supuesto deriva directa y expresamente del Texto Constitucional, cuando su artículo 259 reza que:

“La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Con fundamento en la norma constitucional, y según el criterio orgánico, toda actuación proveniente de los órganos de la Administración Pública se encuentra sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Asimismo, y de conformidad con el criterio material, toda pretensión procesal cuyo fundamento sea una actuación *–lato sensu–* realizada *en ejercicio de función administrativa*, con independencia de la naturaleza del órgano autor, compete *ex Constitución* a los tribunales contencioso-administrativos.

Por ello y como las Inspectorías del Trabajo son órganos administrativos dependientes – aunque desconcentrados- de la Administración Pública Nacional, debe reiterarse en esta oportunidad que *es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo*, sea que se trate, entre otras, de la pretensión de nulidad a través del recurso contencioso administrativo, sean las pretensiones relativas a la inejecución de dichos actos como consecuencia de la inactividad de la Administración autora o bien del sujeto obligado –el patrono o el trabajador- para su ejecución; o, por último, sea que se trate de pretensiones de amparo constitucional con fundamento en lesiones que sean causadas por el contenido o por la ausencia de ejecución de dichos actos administrativos. De allí que no sólo no existe norma legal expresa que otorgue esta competencia a los tribunales laborales, sino que, de verificarse ésta, sería inconstitucional por violación del artículo 259 del Texto Fundamental. Así se declara.

4. Luego de la determinación anterior, deben entonces revisarse los criterios que se expusieron en las dos sentencias que se han denunciado como contrarias a la jurisprudencia de esta Sala:

La primera de ellas, la N° 147 de 29 de enero de 2002, que dictó la Sala Político-Administrativa, no aceptó la declinatoria de competencia que hizo en su favor el Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, para que conociera el recurso de nulidad que fue intentado contra el acto administrativo que contiene la Resolución N° 3095, de 30 de junio de 1998, que emanó del Ministro del Trabajo, mediante la cual se declaró inadmisibile el recurso contra una Resolución de la Inspectoría del Trabajo del Estado Zulia que declaró sin lugar una solicitud de reenganche y pago de salarios caídos. Como no se consideró competente para el conocimiento del caso, la Sala Político-Administrativa remitió el expediente a los Tribunales de Primera Instancia con competencia laboral.

La motivación de dicha decisión se planteó en los siguientes términos:

“...si bien la norma contenida en el numeral 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, atribuye tal como señala el Juez *a quo*, a esta Sala el control de la legalidad de los actos individuales del Poder Ejecutivo Nacional, no es menos cierto *que tal protección no debe rebasar la especialidad de los órganos jurisdiccionales originariamente competentes por la materia para resolverlos*, pues este Alto Tribunal, en función de salvaguardar los derechos de los particulares violentaría los principios de legalidad y del juez natural, si sustrae la competencia que corresponde como en el caso de autos, a los tribunales de Primera Instancia laborales, quienes de conformidad con las normas *supra* transcritas, tienen atribuida esta competencia y así se declara.

En tal virtud, por cuanto el presente caso versa sobre el recurso de nulidad incoado contra la resolución dictada por la Inspectoría del Trabajo del Estado Zulia en fecha 12 de diciembre de 1994, mediante la cual se declaró sin lugar la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos, incoada por los recurrentes contra la empresa INDUSTRIA LÁCTEA TORONDOY C.A., a consecuencia del despido de los mismos, *lo cual reviste una evidente naturaleza laboral, atendiendo al criterio material atributivo de competencia y de conformidad con los artículos supra transcritos, esta Sala declara que corresponde a los Tribunales de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia conocer y decidir el asunto planteado y así se decide*”.

El criterio que sostuvo la Sala Político-Administrativa en esa oportunidad surge frontalmente opuesto a la jurisprudencia de esta Sala, que fue pronunciada *con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*, y que anteriormente se reiterara. En efecto, mientras esta Sala Constitucional estableció que la competencia para el conocimiento de los juicios de nulidad de los actos que provengan de

las Inspectorías del trabajo corresponde a los tribunales contencioso-administrativos, la Sala Político-Administrativa consideró que, en ese supuesto, la competencia es de los tribunales de la jurisdicción laboral, posición que atenta contra la correcta interpretación del Texto Constitucional, concretamente del artículo 259, por las razones que antes se expusieron.

Tal disparidad de criterios surge a todas luces inaceptable, contraria al principio de seguridad jurídica y de unificación de la jurisprudencia. En consecuencia, estima esta Sala necesario el ejercicio de la potestad de revisión extraordinaria que le atribuye el artículo 336, cardinal 10, de la Constitución de 1999, que antes se transcribió, en su condición de custodia de la uniforme interpretación y aplicación constitucional y, consecuentemente, declara que, en lo sucesivo, deberá prevalecer el criterio que se reitera en el presente fallo, el cual deberá acatarse por las demás Salas y tribunales del país. Así se decide.

Por otra parte, la sentencia N° 39 de la Sala de Casación Social, de 5 de febrero de 2002, conoció de un conflicto negativo de competencia que se planteó entre el Juzgado Primero de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar y el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, Menores y Contencioso-Administrativo de esa misma de la Circunscripción Judicial, en relación con el conocimiento del recurso de nulidad, que fue intentado conjuntamente con amparo constitucional, contra un acto de la Inspectoría del Trabajo de la Zona del Hierro del Estado Bolívar.

Dicha Sala estimó que el Tribunal competente, para el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos de nulidad contra los referidos actos, es la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en virtud de la competencia residual que le confiere el artículo 185, cardinal 3, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. La motivación de la sentencia, para la toma de tal decisión, fue la siguiente:

“En el caso de autos y a los fines de determinar cuál es el Tribunal competente para la sustanciación y decisión en los casos de impugnación de actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo, *esta Sala de Casación Social se acoge al criterio jurisprudencial, de naturaleza vinculante, asentado por la Sala Constitucional, citado por ambos tribunales en conflicto*; donde se establece que en la Ley Orgánica del Trabajo, no está de manera expresa atribuido a la jurisdicción laboral, el conocimiento de los recursos de nulidad intentados contra las resoluciones emanadas de los órganos de la Administración del Trabajo y de la ejecución de las mismas.(...).

Por lo tanto, al tratarse el presente caso de un recurso de nulidad contra un acto administrativo de efecto particular emanado de un órgano administrativo del trabajo de carácter nacional, como lo es la Inspectoría del Trabajo, *considera esta Sala de Casación Social que de conformidad con el ordinal 3° del artículo 183 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la resolución del presente asunto debe ser sometida al conocimiento de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo*, siendo la competente para la resolución del recurso de nulidad propuesto contra la providencia administrativa de fecha 17 de abril del año 2001, proferida por la Inspectoría del Trabajo de la Zona de Hierro del Estado Bolívar. Así se declara”.

La Sala de Casación Social modificó su criterio en esta materia a raíz de la sentencia n° 1318 de 2 de septiembre de 2001 de esta Sala, la cual expresamente acogió en el fallo cuestionado y en otros posteriores (entre otras, sentencias de la Sala de Casación Social de 27-6-02, caso: *Pedro Godoy y otros*; 18-7-02, caso: *Ernesto Jesús Solís*; y 8-10-02, caso: *Asesoría y Reclutamiento de Personal Especializado Arpe, C.A.*). Con anterioridad, dicha Sala consideraba que la competencia para el conocimiento de los recursos de nulidad contra dichos actos administrativos correspondía a los juzgados laborales (*Vid.* entre otras sentencias de 18-12-00, caso: *Francisco Gómez Márquez*; y 2-8-01, caso: *Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado (UCLA)*).

El análisis de la sentencia de la Sala de Casación Social objeto de revisión, lleva a la consideración de que la misma no contraría, en modo alguno, el criterio de esta Sala Constitucional; antes por el contrario, lo reafirma, incluso expresamente. Así, cuando consideró a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo como el juez competente dentro del orden contencioso administrativo, no contradice lo que expuso esta Sala, pues ésta sólo señaló que es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el conocimiento de los juicios de nulidad contra los actos de efectos particulares de las Inspectorías del Trabajo, sin que se analizara, en esa oportunidad, a qué Tribunales, dentro de esa jurisdicción, se atribuiría tal competencia; no obstante, en ese caso concreto, por tratarse de una acción de amparo constitucional, la Sala Constitucional lo remitió a un Juzgado Superior en lo Contencioso-Administrativo. En consecuencia, no existe disparidad de interpretaciones entre la doctrina de esta Sala y la de la referida sentencia de la Sala de Casación Social, y así expresamente se declara.

5. Luego de la determinación anterior, y para evitar mayores confusiones en lo relativo a la competencia de los órganos contencioso-administrativos para el conocimiento de las pretensiones que se esgrimieron frente a las actuaciones de las Inspectorías del Trabajo, considera esta Sala necesaria la precisión siguiente:

Las Inspectorías del Trabajo, según se deriva de los artículos 588 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo, son órganos públicos de naturaleza administrativa, dependientes del Ministerio del ramo, y desconcentrados de la estructura de éste, desde que, en ejercicio de competencias del Poder nacional, tienen autoridad, específicamente en el ámbito de la entidad territorial que se les asigne; por tanto, orgánicamente se integran dentro de la Administración Pública Nacional. Asimismo, materialmente ejercen función administrativa, tal como se desprende de las competencias que les atribuyen los artículos 589 y 590, en concordancia con el artículo 586, de la referida Ley.

Entonces, como se trata de órganos administrativos nacionales, el conocimiento de las pretensiones de nulidad de sus actos administrativos y, en general, de cualquier otra pretensión fundada en Derecho Administrativo corresponde, en todo caso, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así, mal podría corresponder a los Juzgados Superiores de lo Contencioso-Administrativo, cuya competencia se circunscribe a los procesos planteados en relación con las autoridades estatales y municipales (artículos 181 y 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). Las Inspectorías del Trabajo constituyen un ejemplo típico de aquellos órganos que están sometidos al control jurisdiccional de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a tenor de la competencia residual que le confiere el artículo 185, cardinal 3, de la referida Ley, por tratarse de autoridades nacionales distintas a las señaladas en los cardinales 9 al 12 del artículo 42 *eiusdem*.

La competencia de los órganos jurisdiccionales, se insiste, debe siempre estar atribuida por norma legal expresa, y de allí que el conocimiento de *todas las acciones contencioso-administrativas fundamentadas en la actuación de cualquier ente u órgano administrativo nacional distinto de los derivados del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia* (entre otros, institutos autónomos, universidades nacionales, entes corporativos, fundacionales y autoridades nacionales de inferior jerarquía, como es el caso concreto) *compete a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y en segunda instancia, cuando ésta proceda, a la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia.*

En esta circunstancia ya ha insistido esta Sala en anteriores oportunidades, entre otras, en sentencia de 13-8-02 (caso: Francisco Díaz Gutiérrez). Así se declara.

Asunto distinto es lo que sucede en relación con las pretensiones de amparo constitucional que se plantean contra las actuaciones de las Inspectorías del Trabajo. En este caso, no se trata de pretensiones propias del orden contencioso administrativo, sino de la especial tutela

de amparo que corresponde a la jurisdicción constitucional, y de allí que las reglas atributivas y distributivas de competencia puedan ser distintas.

En tal sentido, reitera esta Sala el criterio que se estableció, entre otras, en sentencias de 14-3-00, caso: Yoslena Chanchamire; de 25-6-02, caso: Complejo Siderúrgico de Guayana, C.A; y de 15-8-02 caso: Liselotte León y otros, en las cuales, con fundamento en el principio de inmediatez y de territorialidad de la lesión, se ha señalado, en relación con la distribución de competencias dentro de los tribunales contencioso-administrativos para el conocimiento de las acciones de amparo constitucional, lo siguiente:

“La jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria en sede constitucional (e inclusive la especial de carrera administrativa), será ejercida a nivel regional por *los Tribunales Superiores en lo Contencioso-Administrativo, por lo que conocerán de los amparos autónomos y cautelares en primera instancia contra agravios que hayan surtido efecto en dichas regiones, tanto de los dirigidos contra autoridades estatales o municipales* (art. 181 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), *como de aquellos que habría conocido normalmente la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo* y el Tribunal de la Carrera Administrativa. De las decisiones que tomen dichos tribunales, conocerá en segunda instancia la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”.

En consecuencia, la competencia para el conocimiento de las pretensiones de amparo constitucional autónomo que se planteen contra las actuaciones u omisiones de las Inspectorías del Trabajo corresponde al Juzgado Superior en lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la región en la cual se verificó la supuesta lesión del derecho constitucional, y en segunda instancia, ya sea en apelación o en consulta, conocerá la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así se decide.

Asimismo, y a tenor de lo que dispone el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuando la supuesta violación se produzca en lugar donde no funcionen tribunales de primera instancia en lo contencioso administrativo, podrá interponerse la demanda ante cualquier juez de Primera Instancia en lo Civil –si lo hubiere- o de Municipio –a falta de aquél- de la localidad y así se declara.

Con fundamento en las consideraciones que se expusieron, y en ejercicio de la facultad de máxima intérprete del Texto Constitucional, esta Sala deja sentado el siguiente criterio, con carácter vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República:

(i) La jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que dicten las Inspectorías del Trabajo, así como de cualquier otra pretensión –distinta de la pretensión de amparo constitucional- que se fundamente en las actuaciones u omisiones de dichos órganos, es la jurisdicción contencioso-administrativa.

(ii) De los tribunales que conforman esta jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones antes especificadas corresponde, en primera instancia, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y en segunda instancia, cuando ésta proceda, a la Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal.

(iii) De las demandas de amparo constitucional autónomo que se intenten contra los actos, actuaciones u omisiones de las Inspectorías del Trabajo, conocerán los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial correspondiente al lugar donde se produjo la supuesta lesión al derecho constitucional, y en segunda instancia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. A falta de los primeros en la localidad en donde se hubiere producido el hecho lesivo, conocerán, con fundamento y de acuerdo al procedimiento que establece el artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los tribunales de Primera Instancia en lo Civil –si lo hubiere- o de Municipio –a falta de aquél- de la localidad Así se declara.

B. Órganos

a. Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia

TSJ-SPA (188)

6-2-2002

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Procesadora de Cobre Venezolano C.A. (PROCOVEN) vs. Dirección General Sectorial de Inspección y Fiscalización del Ministerio de Hacienda.

La antigua Corte Suprema de Justicia a través de jurisprudencia reiterada interpretó que el criterio atributivo de competencia contenido en el ordinal 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, procedía únicamente en los casos en que el acto administrativo de efectos particulares recurrido emanara de la máxima autoridad administrativa del Poder Ejecutivo Nacional, es decir, del Presidente de la República, de los Ministros o de los Jefes de las Oficinas Centrales de la Presidencia, quedando así, excluidos los actos dictados por los órganos jerárquicamente inferiores de la Administración Pública Nacional. Dicha interpretación le dio a la norma un sentido distinto al contenido en su supuesto de hecho, toda vez que, la misma no alude a la estructura interna del órgano, sino a la rama del poder del Estado que dicta el acto y al alcance de sus efectos.

Del análisis del expediente se evidencia que, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declinó en esta Sala la competencia para conocer del caso de autos, por considerar que el asunto planteado debe ser subsumido en el supuesto de hecho del ordinal 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual en concordancia con el artículo 43 *eiusdem* señala que es competencia de esta Sala:

“Declarar la nulidad cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional.”

Al respecto considera esta Sala oportuno realizar las siguientes consideraciones:

La antigua Corte Suprema de Justicia a través de jurisprudencia reiterada interpretó que, el criterio atributivo de competencia contenido en la norma *supra* transcrita procedía únicamente en los casos en que el acto administrativo de efectos particulares recurrido, emanara de la máxima autoridad administrativa del Poder Ejecutivo Nacional, es decir, del Presidente de la República, de los Ministros o de los Jefes de las Oficinas Centrales de la Presidencia, quedando así, excluidos los actos dictados por los órganos jerárquicamente inferiores de la Administración Pública Nacional.

Dicha interpretación restringida de la norma, obedecía a criterios de desconcentración de competencias tendientes a poner en manos de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a través de la competencia residual dispuesta en el artículo 185 ordinal 3° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la facultad para conocer de los recursos de nulidad incoados contra los actos administrativos dictados por autoridades inferiores a las arriba señaladas.

Así, la mencionada interpretación encontraba su fundamento en la estructura jerárquica de los órganos que componen a la Administración Pública Nacional. Efectivamente, la compleja actividad desempeñada por los órganos del Poder Ejecutivo Nacional aunada a la estructura interna de las instituciones que lo conforman, redundan en una eventualmente conspicua cantidad de recursos, tendientes al control de la legalidad de los actos dictados, así como de acciones relativas al restablecimiento de situaciones jurídicas vulneradas, que a la luz del sostenido criterio, debían ser delegados cuando el órgano del cual emanara el acto no fuese el máximo jerarca administrativo, a los fines de soslayar la saturación de causas incoadas ante este Máximo Tribunal. En este sentido, del análisis de la norma *supra* transcrita, se desprende un supuesto de hecho complejo en el cual se evidencian dos situaciones concurrentes para su procedencia, a saber, que el acto recurrido sea un acto administrativo de efectos particulares, es decir, que su alcance afecte a uno o a un grupo determinado de sujetos de derecho y en segundo término, que el mismo haya sido dictado por alguno de los órganos de la Administración Pública Central.

De lo expuesto se colige, que la interpretación de la antigua Corte Suprema de Justicia atribuyó a la norma, un sentido distinto al contenido en su supuesto de hecho, toda vez que, el ordinal 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no alude a la estructura interna del órgano, sino a la rama del poder del Estado que dicta el acto y al alcance de sus efectos. Además de haberse traducido en la práctica una situación en la cual, quedaba en manos del administrado recurrente, la posibilidad de determinar el órgano competente para resolver el asunto, situación ésta no deseable en un sistema de derecho que persigue la uniformidad de criterios dentro de un sistema de justicia social equitativa.

En consecuencia, conforme a los argumentos expuestos debe esta Sala pasar a resolver la declinatoria de competencia planteada y en tal sentido observa:

El recurso incoado tiene por objeto la nulidad de la Resolución multa dictada por la Dirección General Sectorial de Inspección y Fiscalización del Ministerio de Hacienda, por el presunto incumplimiento en el deber de convertir las divisas producto de sus exportaciones a bolívares, como consecuencia del régimen cambiario vigente para la fecha.

En tal sentido, el acto administrativo impugnado tiene un evidente carácter individual, toda vez que su objeto es sancionar la presunta conducta omisiva de la recurrente en la convertibilidad requerida a través de la norma general contenida en el artículo 13 del Decreto 268, dictado por el Presidente de la República el 9 de julio de 1994, con lo cual, sus efectos se circunscriben a la esfera jurídica de la accionante.

Efectivamente, la aplicación del referido artículo constituye la indubitable particularización de la norma general en la multa impuesta, por lo que, ciertamente el acto impugnado no es más que la individualización de ley en sentido material al caso concreto. Asimismo, resulta evidente que la Dirección General Sectorial de Inspección y Fiscalización del Ministerio de Hacienda, es un órgano del Poder Ejecutivo Nacional, toda vez que, los Ministerios tal como se señaló *ut supra* son órganos de la Administración Pública Nacional, a través de los cuales se ejerce la actividad administrativa *lato sensu*. Por lo tanto, siguiendo los razonamientos precedentemente expuestos y visto que, la situación plantada se ajusta al supuesto de hecho del artículo 42 ordinal 10 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala acepta la competencia para conocer del recurso incoado.

b. *Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo*

CPCA (1820)

19-12-2002

Magistrado Ponente: Perkins Rocha Contreras

Caso: Rosa C. Tarazona vs. Dirección General de Institutos y Colegios Universitarios del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

Cuando la pretensión deducida sea de amparo constitucional, de nulidad de actos administrativos, dictados por las autoridades de las Universidades Nacionales, de las Universidades Experimentales o de los Institutos o Colegios Universitarios, o surja con ocasión de la relación funcional que vincula a los docentes con estas instituciones, serán competentes en primera instancia los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo de cada una de las Regiones, a los fines de garantizar el acceso a la justicia preconizada por la Constitución de la República.

En virtud de que el presunto agraviado es un docente, resulta pertinente referir el cambio de criterio que este Órgano Jurisdiccional dio en fecha 28 de septiembre de 2001, caso Carlos Alberto Gazui Rojas, contra el Jefe de la Zona Educativa del Estado Yaracuy y el Jefe de Recursos Humanos del Ministerio de Educación, con ponencia del Magistrado quien suscribe el presente fallo (expediente n° 01-25555), en el cual esta Corte se declaró competente para conocer y decidir las pretensiones deducidas por docentes, en virtud del carácter de la función pública que desempeñan, aún cuando en el caso concreto no se trataba de un docente universitario, pues la pretensión deducida surgía con ocasión de la omisión del Jefe de la Zona Educativa del Estado Yaracuy.

En la referida sentencia se estableció que en fecha 3 de mayo de 2001 esta Corte dictó sentencia en los casos llevados en los expedientes 00-22763 y 00-24662, en los cuales, por tratarse de pretensiones deducidas por docentes referidas a sus derechos derivadas de sus relaciones de trabajo y, en acatamiento del criterio establecido por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 3 de mayo de 2000 (caso: Carmen Pineda Vs. Gobernación del Estado Lara), ratificado en fecha 24 de enero de 2001 (caso: Adrián Fariñez Campos vs. Ministerio de Educación, Cultura y Deportes), en esa oportunidad se abstuvo de conocerlos, con argumento en la incompetencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

En la sentencia que cambió el aludido criterio que impedía a los órganos de lo contencioso administrativo conocer de las pretensiones interpuesta por docentes, la Corte estableció dos característica de la relación funcional docente, “la prestación personal del servicio a un ente u órgano público del Estado y, que dicho servicio se encuentra sometido a un régimen legal determinado, configurando todo ello una relación o vinculación del sujeto con el organismo o ente empleador, constituyéndose lo que se ha denominado “Relación de Empleo Público”, para concluir que “los miembros del personal docente al servicio del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes son sin duda alguna funcionarios públicos, no sólo porque se les aplica un conjunto normativo particular previsto en la Ley Orgánica de Educación y demás reglamentos dictados por el Ejecutivo Nacional, en los cuales se establece una situación estatutaria, es decir, de carácter objetivo y general, creada unilateralmente y por lo tanto modificable, sino porque además la Constitución vigente, en su artículo 102, le reconoce a la educación el carácter de servicio público”.

Respecto a la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de los recursos interpuestos por los docentes con ocasión del reclamo de sus derechos derivados de la relación de empleo con la administración pública, esta Corte, refiriéndose al criterio establecido por la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 17 de enero de 1983 y acogido en el cambio de criterio aquí comentado, concluyó que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 87 de la Ley Orgánica de Educación y

el artículo 26 de la Ley de Carrera Administrativa, no podía colegirse que los docentes estuvieran excluidos del régimen general de protección jurisdiccional previsto en la Ley de Carrera Administrativa y que, por el contrario, se encontraban sometidos a la jurisdicción laboral. De allí que el análisis se hizo a la luz del artículo 126 de la Ley Orgánica de Educación que permite el ejercicio del recurso contencioso administrativo contra las sanciones impuestas por el Ministerio de Educación.

Esta Corte concluyó, en esa oportunidad que “no puede interpretarse el citado artículo 86 de forma distinta a la contenida en el fallo en comentario, dado que la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de que, aceptar lo contrario conllevaría a admitir que los sujetos que están bajo el régimen jurídico de la Ley de Carrera Administrativa pudieran realizar sus reclamos funcionariales por ante órganos distintos a la mencionada jurisdicción, constituyéndose así una incongruencia entre la naturaleza de la función pública desempeñada y los órganos de control de la actividad administrativa específica”. A los fines de determinar la competencia de esta Corte para conocer de la presente causa, es preciso destacar que los apoderados de la recurrente señalaron, y así consta de autos, que su representada es una docente que presta sus servicios en el Colegio Universitario de Caracas y ejerce el cargo de profesora titular a dedicación exclusiva y alegan como vulnerado el derecho constitucional de petición y oportuna respuesta de su representada.

Por otra parte, la actuación o presunta omisión de los funcionarios administrativos, constitutiva presuntamente de violación constitucional, surge en el seno de una relación jurídico-administrativa materialmente funcional, pues versa respecto de la petición de jubilación y pago de los sueldos dejados de percibir que hiciera la funcionaria, en fecha 31 de enero de 2002, a la Dirección General de Institutos y Colegios Universitarios del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, situación ésta derivada de la condición de empleado público y su prestación de servicios; tal relación es sostenida respecto de un órgano de la Administración Pública Nacional Centralizada, como lo es la referida Dirección General.

De ahí que, como señaló la aludida sentencia de esta Corte que cambió el criterio en relación con los docentes adscritos al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, “se trata de la impugnación de la actuación u omisión administrativa que, además de afectar la esfera jurídica de un funcionario público, como lo es un docente adscrito al referido Ministerio, está regido por las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa, por cuanto la exclusión de tal régimen funcional no está contemplada dentro de las excepciones establecidas en el artículo 5 de la referida Ley”.

Esta Corte, en la decisión en la cual se cambió el criterio aquí comentado, para determinar la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, atendió a la garantía del juez natural y al respecto señaló que:

“lo razonable era establecer que como quiera que, la decisión provenía de un órgano de carácter administrativo, inserto en el Poder Ejecutivo, (...) los órganos jurisdiccionales competentes para conocer y decidir este tipo de controversias eran los de la jurisdicción contencioso administrativa, siendo consecuente con el principio del juez natural (...) en el futuro, los Juzgados con competencia en materia laboral, deberán declinar en los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento y decisión de los recursos interpuestos contra las providencias administrativas, (...) por ser éstos los órganos judiciales a los cuales les incumbe conocer este tipo de juicios”

Determinado como está que la competencia para conocer en materia docente corresponde a los órganos de lo contencioso administrativo, esta Corte advierte que tal competencia aplica igualmente para las controversias que planteen los docentes de las universidades nacionales, aún cuando en su relación funcional están excluidos, por disposición expresa del numeral 5 del artículo 5 de la Ley de Carrera Administrativa, de la aplicación de esta Ley, pues esa competencia está determinada no sólo por la materia sino por el órgano de la Admi-

nistración que forma parte de la relación jurídica discutida o sometida a control de la jurisdicción.

Así, en el presente caso, aún cuando a relación funcional que vincula a la solicitante está excluida de la aplicación de la mencionada Ley, resultan competentes los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 1, de fecha 20 de enero de 2000 (caso: Emery Mata Millán) estableció que son los Tribunales de Primera Instancia los competentes, según la materia afín, para conocer de los amparos que se interpongan, distintos a los mencionados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, amparo contra decisiones judiciales de última instancia y amparo, apelaciones y consultas de decisiones de amparo dictadas en Primera Instancia; y, para las apelaciones y consultas estableció que la competencia corresponde a los Juzgados Superiores de dichos Tribunales.

De tal manera que la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo para conocer de las pretensiones autónomas de amparo viene determinada no sólo en razón del criterio de afinidad de los derechos cuya violación se alega, sino en atención al órgano del cual emana el acto, hecho u omisión que se pretende atentatorio de los derechos constitucionales, pues tal criterio define cuál es el Tribunal de Primera Instancia competente dentro del ámbito contencioso administrativo.

Por otra parte, la presunta violación constitucional del derecho de petición y oportuna respuesta aquí denunciada, recae en quien ejerce el cargo de Directora General de Institutos y Colegios Universitarios del Ministerio de Educación, y la peticionante es profesora del Colegio Universitario de Caracas, esto es, la relación jurídica que vincula a las partes y de la cual surge la situación fáctica sometida al control jurisdiccional en sede constitucional, es de naturaleza funcional, correspondiendo entonces determinar a cuál de los órganos de lo contencioso administrativo le compete, en primera instancia, el conocimiento de la pretensión de amparo atendiendo al hecho cierto de la existencia de la relación funcional de la parte presuntamente agraviada, con el Colegio Universitario de Caracas.

A tal efecto es pertinente hacer referencia a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 8 de diciembre de 2000, en el caso Yoslena Chanchamire Bastardo, contra el Instituto Universitario Politécnico Santiago Mariño, que al respecto estableció:

“Es el estado de hecho existente para el momento de la solicitud de amparo y su nexo de derecho que califica a la situación como jurídica, el dato importante para atribuir la competencia por la materia, siendo el derecho, que da juridicidad a la situación, el determinante de la competencia por la materia (...).

El Tribunal de Primera Instancia competente por la materia del lugar donde ocurrió el hecho, acto u omisión lesivo, que motiva la solicitud de amparo, según el tantas veces aludido artículo 7, será el competente por el territorio para conocer la acción de amparo en los procesos con doble instancia (ya que los procesos de amparo de una sola instancia, se ventilan ante tribunales con competencia territorial nacional, como en principio lo son los amparos regidos por el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)”.

En atención a la sentencia parcialmente transcrita y tomando en cuenta que la presunta omisión de pronunciamiento se denuncia cometida por un órgano distinto a los enumerados en el referido artículo 8, esta Corte, el Tribunal de la Carrera Administrativa y los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo son los órganos que, en primera instancia, tienen atribuida -residualmente- la competencia para conocer de la presente pretensión de amparo. En estos casos ha sido esta Corte el órgano que ha venido conociendo en primera instancia de las pretensiones derivadas de los docentes universitarios, (sentencia 2002-1108

del 16 de mayo; sentencia 2001-233 del 8 de marzo; sentencia 2001-1289 del 20 de junio, ente otras) con fundamento en la disposición contenida en el ordinal 1º del artículo 73 de la Ley de Carrera Administrativa que establece:

“Son atribuciones y deberes del Tribunal:

1º Conocer y decidir las reclamaciones que formulen los funcionarios o aspirantes a ingresar en la carrera administrativa, cuando consideren lesionados sus derechos por disposiciones o resoluciones de los organismos a cuyos funcionarios se aplique la ley”;

De tal manera que, estando excluidos los docentes universitarios de la aplicación de la citada norma, por argumento a contrario, se ha venido interpretando que no corresponde al Tribunal de la Carrera Administrativa conocer y decidir de las reclamaciones de los funcionarios a quienes no se les aplique la referida Ley, con lo cual esta Corte ha conocido, por aplicación del numeral 3 del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la competencia residual.

No obstante, esta Corte -en aras del acceso del ciudadano a la jurisdicción y en virtud de la garantía del juez natural- considera oportuno hacer una revisión del criterio establecido y en tal sentido, es preciso destacar que estando los miembros del personal directivo, académico, docentes y de investigación de las Universidades Nacionales excluidos de la aplicación de la Ley de Carrera, en atención a la previsión contenida en el numeral 5 del artículo 5º y, por interpretación concatenada del numeral 1 del artículo 73 *eiusdem*, se ha venido interpretando que no es competente el Tribunal de la Carrera para conocer y decidir las reclamaciones de estos funcionarios, con ocasión de su relación funcional.

Sin embargo, siendo que la pretensión deducida en el presente caso involucra la materia funcional y no puede escindirse de ella; tomando en consideración que el personal directivo, académico, docente y de investigación de las Universidades Nacionales, tienen su propio régimen estatutario, esta Corte, considera pertinente cambiar el criterio en cuanto a la competencia del órgano de lo contencioso administrativo que, en primera instancia, le corresponde conocer de las pretensiones de los docentes de las Universidades Nacionales, Experimentales o Colegios Universitarios, en los términos siguientes:

El numeral 4 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con la garantía del juez natural establece que:

“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: (...)”

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgado por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley (...)”.

En este sentido, la garantía del juez natural, esto es, al juez ordinario determinado por la Ley, exige que el órgano judicial haya sido creado por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico o procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 47/1983, FJ 2º). La predeterminación legal del Juez significa que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 24 de marzo de 2000 (caso: Atilio Agelvis), en relación con la garantía del juez natural señaló lo siguiente:

“Como el ser juzgado por el juez natural es una garantía judicial, y un elemento para que pueda existir el debido proceso, la abrogada Constitución de 1961 en su artículo 69, así como la vigente en su artículo 49, consagran el derecho de las personas naturales o jurídicas a ser

juzgadas por dicho juez, quien además debe existir como órgano jurisdiccional con anterioridad a los hechos litigiosos sin que pueda crearse un órgano jurisdiccional con anterioridad a los hechos litigiosos sin que pueda crearse un órgano jurisdiccional para conocer únicamente dichos hechos después de ocurridos (...).

La comentada garantía judicial, es reconocida como un derecho humano por el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica y por el artículo 14 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional y de disposición de orden público, entendido el orden público como un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integración de la sociedad. Dada su importancia, no es concebible que sobre ella existan pactos válidos de las partes, ni que los Tribunales al resolver conflictos atribuyan a jueces diversos al natural, el conocimiento de la causa. El convenio expreso o tácito de las partes en ese sentido, al igual que la decisión judicial que trastoque al juez natural, constituye infracciones constitucionales de orden público”.

La garantía del juez natural, como derecho humano, envuelve un contenido de orden público, de ahí que esta Corte advierte que, aún cuando ha conocido de las demandas de nulidad, querellas funcionariales y amparos constitucionales interpuestos por docentes universitarios de las Universidades Nacionales, Experimentales, Institutos y Colegios Universitarios -en virtud de la competencia residual establecida en el numeral 3 del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia- ahora, en atención a tal garantía constitucional, cambia el criterio, pues aún cuando los docentes universitarios que prestan sus funciones en las referidas instituciones tienen su propio estatuto, la no aplicación de la Ley de Carrera Administrativa, en los términos fijados en el numeral 5 del artículo 5 de la referida Ley, no es óbice para excluir del conocimiento al Juzgado que, en virtud de la garantía del Juez natural efectivamente le corresponda.

Esta Corte observa -no obstante que la violación constitucional presuntamente cometida por un órgano de la Administración Pública Central, cual es la Directora General de Institutos y Colegios Universitarios del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes- que la pretensión de autos surge con ocasión de la relación funcional que vincula a la peticionante con el Colegio Universitario de Caracas, cuyos actos son calificados como “actos de autoridad”, situación ésta que permite que los actos dictados por esas instituciones sean asimilados a los actos administrativos, a los efectos de su control, en virtud de que tales instituciones y aún las universidades privadas, desarrollan una verdadera actividad de servicio público e interés general.

Así, cuando el acto administrativo sea dictado por una persona jurídica de derecho público investida de autoridad, en el ejercicio de las funciones que le han sido asignadas para el cumplimiento de los fines que le son propios, lesione situaciones jurídicas fundadas en el derecho administrativo, la competencia para conocer de las controversias que se suscitan, corresponde -como antes se dejó sentado- a los tribunales de lo contencioso administrativo, tal como lo ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Ello en virtud de que la jurisdicción contencioso administrativa, en los términos del artículo 259 constitucional, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales determinados por la ley, que son competentes para anular los actos administrativos contrarios a derecho y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa, criterio que la Sala Constitucional ha extendido a la competencia de estos tribunales en materia de amparo constitucional, cuando la situación jurídica presuntamente lesionada se funde en actos administrativos.

Específicamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia -en materia de amparo- ha acudido, para determinar el órgano jurisdiccional competente, al ámbito territorial en el cual ocurran los presuntos hechos lesivos. Así, en la sentencia N° 2738 de fecha 18 de diciembre de 2001, declaró competente al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental, con sede en Barcelona, para conocer de la pretensión de amparo interpuesta por Rosella Mazzuka De Marta y otros estudiantes, contra la Universidad de Oriente.

De igual forma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 1555/2000, de fecha 8 de diciembre de 2000, caso *Yoslena Chanchamire Bastardo*, contra el Instituto Universitario Politécnico Santiago Mariño, señaló que:

“(…) ha existido una subversión total de las normas sobre competencia en materia de amparo, cuando se han considerado competentes a tribunales diferentes a los de Primera Instancia del lugar donde ocurrieron los hechos, y ello ha redundado en contra de caracteres de la acción de amparo, contemplados en los artículos 13, 15 y 16 de la ley especial que la rige, dirigidos al restablecimiento inmediato de la situación infringida, ya que los actores a veces han tenido que trasladarse a grandes distancias del lugar de los hechos, lo que atenta no solo contra la rapidez en la reparación de la infracción, sino en el aspecto económico del querellante”.

Así, la Sala Constitucional en la decisión parcialmente citada, estableció que los órganos de la administración central o descentralizada, al dictar actos administrativos, o realizar uno de los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pueden lesionar derechos y garantías constitucionales de personas, tanto en el Área Metropolitana de Caracas como en diversas partes del país, concluyendo que -en tales casos- la infracción constitucional se reputa ocurrida, en el lugar donde se concreta el efecto del acto, conforme a lo cual estableció que lo natural es acudir en amparo ante los Tribunales de Primera Instancia de dicho lugar, o los excepcionales del artículo 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En tal sentido, esta Corte considera reforzado el presente cambio de criterio en virtud del cual los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo de cada Región, del lugar donde ocurran las infracciones constitucionales, serán los competentes para conocer en primer grado, de los amparos autónomos afines con la materia administrativa y no la Corte Primera.

Tal determinación de competencia la estableció la Sala Constitucional en materia de amparo, en aras del acceso a la justicia y a la celeridad, evitando que las personas lesionadas tengan que trasladarse a grandes distancias del sitio donde se concretó el hecho lesivo, a fin de obtener la tutela constitucional.

Ahora bien, en materias distintas a los amparos constitucionales, esta Corte considera igualmente aplicable a los fines de determinar la competencia, el lugar donde haya sido lesionada una situación jurídica específica con ocasión de la actividad administrativa; ello en atención a la norma contenida en el artículo 26 de la Constitución vigente que establece:

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

El estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles” (destacado de la Corte).

En tal virtud, esta Corte deja establecido que, cuando la pretensión deducida sea de amparo constitucional, de nulidad de actos administrativos, dictados por las autoridades de las Universidades Nacionales, de las Universidades Experimentales o de los Institutos o Colegios Universitarios, o surja con ocasión de la relación funcional que vincula a los docentes con

estas instituciones, serán competentes en primera instancia, a partir del presente fallo, los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo de cada una de las Regiones, a los fines de garantizar el acceso a la justicia preconizada por la Constitución de la República, estableciéndose así un nuevo criterio en esta materia. Así se decide.

TSJ-SPA (718)

23-5-2002

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Angel A. Gómez T. vs. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

La competencia de la Sala Político Administrativa para conocer de la nulidad de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional (ordinal 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) se limitará a los actos administrativos individuales emanados de los órganos superiores de la Administración Pública Central, que a tenor de lo pautado en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública son: el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, los Ministros y los Viceministros. Asimismo le corresponde conocer de los actos emanados de las máximas autoridades de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, que según la norma citada son: la Procuraduría General de la República; el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y gabinetes ministeriales.

Ahora bien, corresponde a la Sala determinar, en segundo término, a cuál órgano dentro de la jurisdicción contencioso administrativa corresponde conocer y decidir la presente causa.

En este orden de ideas, reza el texto del ordinal 3° del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia:

“Artículo 185. La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo será competente para conocer:

(...*omissis*...)

De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9°, 10, 11 y 12 del artículo 42 de esta Ley, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal; (...)”

Cabe mencionar respecto al ordinal 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que ha sido criterio interpretativo reiterado, que la competencia de esta Sala Político Administrativa, para conocer de la nulidad de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional, queda circunscrita a los órganos de la Administración Central.

Aún más allá, y en aras de la desconcentración de la actividad jurisdiccional de este Máximo Tribunal, considera la Sala que su competencia, en esos casos, se limitará a los actos administrativos individuales emanados de los órganos superiores de la Administración Pública Central, que a tenor de lo pautado en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública son: el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva, El Consejo de Ministros, los Ministros o Ministras, los Viceministros o Viceministras.

Asimismo le corresponde conocer de los actos emanados de las máximas autoridades de los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, que según la norma citada son: la Procuraduría General de la República; el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y gabinetes ministeriales.

En atención a lo dispuesto en la norma parcialmente transcrita, visto que los actos cuya nulidad se demanda han emanado de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9º, 10, 11 y 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y el conocimiento de la nulidad de los mismos no está atribuido a otro Tribunal, la competencia para conocer y decidir la presente causa corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así se declara.

2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Suspensión de efectos del acto administrativo*

TSJ-SPA (178)

5-2-2002

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Judith F. Maldonado vs. Contraloría General de la República

Si bien resulta acorde con el *desiderátum* del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que una vez que se ha consignado la garantía exigida por el fallo que acuerde la suspensión de los efectos del acto impugnado, ha cesado la carga del solicitante, ello no lo releva o exime de haberla consignado en tiempo oportuno; de lo contrario denotaría una falta de interés para con el mantenimiento de semejante medida de carácter extraordinario y temporal.

En tal sentido, observa la Sala, que la excepcional medida cautelar de la suspensión de los efectos de un acto administrativo impugnado (artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) la cual se constituye en una restricción legítima al carácter de ejecutoriedad de todo acto administrativo, comporta por parte de la autoridad judicial, la verificación y ponderación previa de: (i) el peligro en la mora, (ii) la apariencia de buen derecho, (iii) la ponderación de intereses en conflicto y por último, la situación que precisamente ocupa a la Sala en el caso presente, que no es otra que; (iv) la posibilidad de que el operador judicial, en aras de mantener el debido equilibrio entre la tutela judicial efectiva del particular y los fines públicos, opte por acordar la medida cautelar -entre éstas la suspensión de los efectos del acto de acuerdo al artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia- pero condicionada resolutoriamente, a que el particular otorgue garantía suficiente sobre las resultas del juicio interpuesto, esto es, que en caso de que resulte infundada su pretensión judicial, la Administración tenga la oportunidad de acometer la ejecución expedita del acto administrativo que, temporalmente, le ha sido suspendida por una orden judicial.

En este último sentido, bien dispone el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para el supuesto de que haya sido acordada la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado que:

“..Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio.

La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria por ésta, por contrario imperio”.

(Subrayado de la Sala)

En tal sentido, debe el accionante favorecido - bajo apercibimiento- efectuar todo lo necesario para satisfacer las exigencias requeridas por el órgano judicial, esto, con el firme propósito de mantener la vigencia de la medida cautelar que le ampara, so pena, de que, precisamente, tratándose de una medida de naturaleza temporal y excepcional, el órgano decisor advierta un decaimiento en el imperativo del interés de quien ha solicitado la suspensión de los efectos del acto impugnado. En ese mismo orden, se observa, que el parcialmente transcrito artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, impone una sanción procesal a la parte solicitante de la protección cautelar, para el único caso, en que ésta, no efectúe actos procesales que denoten el mantenimiento de su interés de verse favorecida por semejante medida de carácter excepcional y temporal.

Por lo cual, habiéndose otorgado la medida -artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia- sin que la parte haya satisfecho las exigencias acordadas por la Sala en el tiempo acordado, se producirá un decaimiento tácito del interés de quien pretende servirse o beneficiarse de la medida en cuestión. Situación ésta última que, compelerá a la Sala a revocar por contrario imperio la medida preliminar que haya sido acordada a "...instancia de parte".

En el caso concreto, mediante diligencia de fecha 25 de abril de 2000, ha sido denunciado por la representante de la Contraloría General de la República, una pretendida falta de impulso procesal por parte de los accionantes, aún cuando, según se observa de autos, ha sido satisfecha la exigencia resolutoria de otorgar fianza suficiente por la suma equivalente, en moneda de curso legal, a la cantidad de QUINIENTOS MIL BOLÍVARES (Bs. 500.000,00)

En ese particular, se observa que, cursa en autos diligencia de fecha 26 de abril de 2000, por el cual la representación judicial de la accionante, *supra* identificada, procedió a consignar el contrato de fianza suscrito con una entidad financiera, por la cantidad fijada por la sentencia de esta Sala de fecha 7 de octubre de 1999, la cual se entiende validamente notificada a la parte interesada, mediante diligencia proferida por estos en fecha 9 de marzo de 2000.

No obstante, advertidos los hechos anteriores, se observa, que la fianza fue consignada en autos luego de haber transcurrido con creces el plazo estipulado por la Sala, este es, un lapso de 10 días hábiles contados a partir de la notificación del fallo. Notificación ésta última que ocurrió a voluntad de la propia parte, mediante diligencia de fecha 9 de marzo de 2000. Es decir, la Sala advierte, que no fue sino hasta el día 26 de abril de 2000, cuando la parte actora procedió a consignar la garantía exigida por el fallo que acordó la suspensión de los efectos de la Resolución impugnada, sin que, al menos, haya solicitado previamente, prórroga alguna de forma justificada.

En este último sentido, la Sala estima perentorio acotar, que si bien resulta acorde con el *desideratum* del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que una vez que haya sido consignada la garantía exigida por el fallo que acuerde la suspensión de los efectos del acto impugnado, ha cesado la carga del solicitante, en cuanto a que, a partir de dicho momento, es que corresponde al órgano judicial pronunciarse sobre la aceptación o no de la garantía aludida. Situación ésta, que si bien, descarta toda posibilidad de imputar falta de impulso procesal a quien la ha consignado, empero, ello no subsana o releva al particular recurrente de haberla presentado dentro del lapso perentorio que haya fijado la sentencia previa. Esto es, que si bien, al mismo momento de haberla presentado -la fianza- solo corresponde a la Sala emitir decisión por la cual se acepta o no la garantía otorgada y, por ende, no exista imperativo o carga imputable a la parte, no obstante, ello no le releva o exime de haberla consignado en tiempo oportuno, visto que, como se expuso *supra*, ello denotaría,

forzosamente, una falta de interés para con el mantenimiento de semejante medida de carácter extraordinario y temporal. Así se declara.

TSJ-SC (1260)

11-6-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Impugnación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

La Sala Constitucional señala que medida establecida en el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en concordancia con el parágrafo segundo del artículo 38 *eiusdem*, representa una modalidad legal de suspensión de los efectos de los actos administrativos recurridos en vía judicial, que no sólo está acorde con las necesidades de una efectiva tutela cautelar sino que a la vez la hace más efectiva y expedita.

Alegaron igualmente los accionantes que el Parágrafo Segundo del artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia infringe de manera flagrante los artículos 68, 118, 119, 204 y 206 de la Constitución de 1961. Por lo que atañe a la denuncia de violación de los artículos 68 y 206, la misma alude al derecho a la tutela judicial efectiva (el cual quedó recogido actualmente en lo artículo 26 de la Constitución vigente). En efecto, acogen los recurrentes el criterio expresado por el tratadista español González Pérez en “El Derecho a la Tutela Judicial”, quien afirma que el mismo le es impuesto a los Estados como un principio superior que el derecho positivo no puede desconocer, y existe con independencia de que figure en las declaraciones de derechos humanos y de las leyes de cada Estado. Según los recurrentes, tal principio está consagrado en los artículos 68 y 206 de la Constitución de 1961 y tal situación había sido reconocida -para el momento de la interposición de la acción popular de inconstitucionalidad- por distintas sentencias de la Sala Político Administrativa. Al efecto, citaron la sentencia N° 550 del 14 de octubre de 1990 (caso *Scholl Venezolana*), en la cual la Sala declaró la inconstitucionalidad de las normas legales que condicionaban el acceso a la jurisdicción, al previo afianzamiento o constitución de una caución. Al efecto, citaron el fallo aludido que señaló lo siguiente:

“El artículo 137 de la Ley Orgánica de Aduanas consagra, ciertamente, el principio de *solve et repete*; condiciona, en efecto, la posibilidad de apelación, al afianzamiento previo. En tanto, observa la Corte, que el artículo 68 de la Carta Magna postula, con ejemplar criterio de amplitud, el derecho universal a la defensa, cuando confiere rango constitucional al acceso sin limitaciones económicas, de los justiciables ante los órganos de la administración judicial para lograr la tutela de sus derechos e intereses; garantía fundamental que -en criterio de la Sala- se vería afectada, de aplicarse cualquier norma que pretendiera limitarla o desvirtuarla en su propia esencia. Los términos de la norma de rango superior son, sin lugar a dudas, contundentes: Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas por la ley, la cual *fixará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no disponga de medios suficientes*.(Subrayado de la Corte).

(*omissis*)

En tales circunstancias, observa la Sala, la inmotivada restricción (derivada del principio *solve et repete*), constituiría una declaración precaria del legislador que debe ser desatendida por el juez, vista su inconstitucionalidad.

(*omissis*)

Se revela, en efecto, el principio como una indebida restricción legal al derecho constitucional de la defensa, consagrado en el artículo 68 de la Carta Magna que, si bien remite al Legislador la regulación y concreción de la garantía, no deja en sus manos la esencia de la misma, pues eso sería desnaturalizar la consagración directa por nuestra Ley Fundamental de un conjunto de derechos (que lo son en la acudiendo a la autoridad de un juez u órgano de la administración de Justicia) intangibles, y destruir de esta manera nuestro peculiar sistema constitucional en el que incluso cada juez (control difuso) puede declarar, en su caso concreto, que ha de atenderse preferentemente a la exigencia que la propia Constitución consagra, y no a la contraria que una ley pretende imponer. Tal es, asimismo, la enseñanza de la doctrina mas autorizada, e igualmente lo ha dejado sentado la jurisprudencia extranjera:

Frente a lo que suponía la antigua doctrina (y algún rezagado autor actual), no se trata (el principio *solve et repete*) de una aplicación de la autotutela primaria sobre el acto declarativo del crédito en favor de la Administración, pues este principio se limita a permitir la ejecución forzosa del crédito sobre el deudor que no cumple y a no dar el efecto suspensivo de esta ejecución a la correspondiente impugnación; por el contrario, se trata de un reforzamiento de ese plano de autotutela con otra nueva, en virtud de la cual se condiciona la admisión de un recurso dirigido contra el acto declarativo del crédito a la efectiva satisfacción de éste, total o parcial. Es obvio que esto limita la posibilidad de impugnación a quienes tengan disponibilidades para ese pago, imponiendo una indefensión absoluta a quienes no se encuentran de esa situación.

Observando esto y el grave entorpecimiento que en cualquier caso supone del principio constitucional de libre acceso a la justicia, el Tribunal Constitucional italiano declaró la inconstitucionalidad del principio *solve et repete* que nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa más reciente, operando sobre el texto del artículo 57.1.e, LJ, había concluido también por rechazar (Sentencias del 12, 7 y 15 de noviembre de 1973, etcétera) como supuesto principio general, aunque la limitación inherente a su punto de partida le impidió liquidar definitivamente los casos, que no son pocos, en que las leyes condicionan expresamente la admisión de los recursos al previo pago o depósito, total o parcial, de los créditos declarados por la Administración.

El artículo 24.1 de la Constitución, al reconocer a todos, el derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, parece zanjar definitivamente este enojoso problema. Es explícita en este sentido la sentencia de 5 de enero de 1983. (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 1989, Tomo I, pp. 506 y 507)".

Además de imputarle a la norma impugnada la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, consideran los recurrentes que la norma en cuestión, al atribuirle a la Superintendencia que fije el monto de la caución, está estableciendo una intolerable desigualdad económica, y así mismo una desigualdad jurídica, por cuanto el recurso contra cualquier acto de la Superintendencia no implica la facultad de ésta de fijar caución alguna, pero si se recurre a los casos que determinen la existencia de conductas prohibidas, sí se requiere la constitución de caución.

Igualmente para los recurrentes la norma impugnada es violatoria del principio de separación de los poderes públicos, por cuanto se le imputa a un órgano administrativo sustituirse en las facultades de un órgano jurisdiccional, ya que al entender de los accionantes son los tribunales contencioso-administrativo los que pueden exigir cauciones de conformidad con el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la opinión presentada por los representantes del entonces Congreso de la República, los mismos han señalado que la norma en cuestión no vulnera las disposiciones constitucionales señaladas por los recurrentes, por cuanto, en su criterio, lo que el legislador pretendió al establecer que la fijación de la caución sea efectuada por la Superintendencia, fue otorgarle a un organismo técnico la estimación del monto de la caución a través de la cual pueda suspenderse la medida acordada por dicho organismo destinada a impedir la existencia de prácticas prohibidas en

la Ley. Por otra parte, dicen los representantes del Congreso que éste sistema no es la única vía para obtener la suspensión de los efectos del acto, sino que los interesados, como lo ha dicho la “doctrina” reiterada de la Superintendencia, tienen la posibilidad de utilizar otros mecanismo cautelares que rigen en materia del contencioso administrativo.

En virtud de los alegatos precedentemente esgrimidos, pasa esta Sala a pronunciarse sobre dicha materia que estima prioritario y, solo una vez dilucidado -si lo fuere desfavorablemente a los recurrentes- el mencionado motivo de impugnación procedería a analizar las restantes.

La norma impugnada se ubica en el Título IV (Del Procedimiento), Capítulo I (del Procedimiento en caso de practicas prohibidas). Los artículos que anteceden al impugnado señalan el origen del procedimiento a solicitud de parte o de oficio y los casos dentro de los cuales éste último procede.

De inmediato regula la prescripción de las infracciones y pasa a establecer las actuaciones que le corresponde realizar a la Sala de Sustanciación de la Superintendencia, señalando algunos de los más relevantes poderes de investigación y fiscalización que le son acordados en la forma más amplia.

El artículo 35 contempla la facultad de la Superintendencia de dictar medidas, señalando específicamente el contenido de las mismas y las modalidades que condicionen su otorgamiento, así como la posibilidad de suspensión de tales medidas.

En el artículo 36 se establece que en el curso de las averiguaciones relativas a la materia regulada, esto es a las prácticas prohibidas, aparezcan hechos que puedan ser constitutivos de infracciones a la ley, regulándose de inmediato el procedimiento que habría de regir en tal caso para la sanción de los infractores, y en el artículo que antecede en forma inmediata a la norma impugnada se señala el plazo en el cual la Superintendencia debe resolver la materia relativa a las averiguaciones sobre los hechos constitutivos de infracción.

En el artículo 38, en forma específica se señala el contenido de la resolución que ponga fin al procedimiento, exigiendo de la Superintendencia que decida sobre la existencia de practicas prohibidas y las medidas que habrá de dictar si se determina su existencia. El aludido dispositivo legal establece expresamente lo siguiente:

“Artículo 38. En la resolución que ponga fin al procedimiento, la Superintendencia deberá decidir sobre la existencia o no de prácticas prohibidas por esta Ley.

Parágrafo Primero: En caso de que se determine la existencia de prácticas prohibidas, la Superintendencia podrá:

- 1º Ordenar la cesación de las prácticas prohibidas en un plazo determinado;
- 2º Imponer condiciones u obligaciones determinadas al infractor;
- 3º Ordenar la supresión de los efectos de las prácticas prohibidas; y
- 4º Imponer las sanciones que prevé esta Ley.

Parágrafo Segundo: En la resolución que dicte la Superintendencia, debe determinarse el monto de la caución que deberán prestar los interesados para suspender los efectos del acto si apelasen la decisión, de conformidad con el Artículo 54.

Parágrafo Tercero: La falta de pago de la multa o el pago efectuado después de vencido el plazo establecido para ello, causa la obligación de pagar intereses de mora hasta la extinción de la deuda, calculados éstos a la tasa del seis por ciento (6%) por encima de la tasa promedio de descuento fijada por el Banco Central de Venezuela durante el lapso de la mora”.

En el Parágrafo Segundo del artículo 38, objeto específico de la impugnación, se señala que en la Resolución que dicte la Superintendencia en el procedimiento relativo a las prácticas

prohibidas, la misma debe determinar el monto de la caución que deben prestar los apelantes a los fines de que se puedan suspender los efectos del acto de conformidad con el artículo 54. Este último artículo a su vez señala:

“Artículo 54. Cuando se intente el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la Superintendencia, que determinen la existencia de prácticas prohibidas, los efectos de las mismas se suspenderán si el ocurrente presenta caución, cuyo monto se determinará, en cada caso, en la resolución definitiva, de conformidad con el párrafo segundo del Artículo 38”.

Un primer elemento que debe tenerse en cuenta antes de hacer cualquier referencia en relación con la constitucionalidad del sistema contemplado en el artículo 54 y el Parágrafo Segundo del artículo 38 de la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia es que, como lo apunta I. De León, las normas de competencia venezolanas no difieren ni están desvinculadas de otras legislaciones antimonopolios existentes en países industrializados. En tal sentido el autor mencionado señala:

“En efecto, la ley venezolana se inspira en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, así como el conjunto de reglas subsidiarias que posteriormente fuera desarrollando la CEE. Por esta razón, *las Normas de Competencia de la CEE deben ser consideradas como fuente primaria de referencia al sistema venezolana*. Sin embargo, la ley venezolana también incorpora elementos de las reglas antimonopolio del sistema existente en los Estados Unidos, y en consecuencia, éstas también pueden servir como orientación en el desarrollo de los precedentes administrativos (aunque con mucha menor intensidad que las normas de competencia europea)” (Subrayado de la Sala) (Vid. I. De León, “Las normas venezolanas de defensa de la libre competencia” en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* N° 9, Caracas 1994, p. 330).

Así las cosas, conviene hacer alguna breve referencia al sistema de defensa de la competencia desarrollado en el marco de la Unión Europea, en donde, por principio, la interposición del recurso contra la decisión de la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia no genera, en forma automática, la suspensión de la ejecución. No obstante ello, el artículo 185 del Tratado de la Unión prevé que “el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado”.

Tal como lo sostiene Cases Pallares, esta potestad ha tenido reflejo en el artículo 83 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, así como en el Tribunal de Primera Instancia. En tal sentido expresa el autor comentado al referirse a los instrumentos legales mencionados:

“Aquél en su artículo 83, reproducido en éste en su artículo 104, prevé:

La demanda de que se suspenda la ejecución de un acto de una Institución conforme a lo dispuesto en los artículos 39, párrafo segundo, del Tratado CECA, 185 del Tratado CEE y 157 del Tratado CEEA sólo será admisible si el demandante hubiera impugnado dicho acto mediante recurso ante el Tribunal.

Cabe señalar, sin embargo, que en la práctica administrativa la Comisión no procede a la ejecución forzosa de decisión sancionadora si se aseguran dos condiciones. Por un lado, *la empresa debe aceptar satisfacer los intereses hasta la fecha en que se haga efectivo el pago. Por otro lado, debe prestar garantía bancaria de la cuantía de la multa y de sus intereses*” (Destacado de la Sala) (Vid. L. Cases Pallares, “*Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*”, Editorial Marcial Pons, Madrid 1995, p. 213).

Finalmente, valga por ahora decir, en relación con la procedencia de establecer este tipo de exigencia para la suspensión de los actos, que en decisión del 15 de octubre de 1983, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea -abanderado en el desarrollo de la tutela judicial cautelar- se pronunció en favor del establecimiento de dicho mecanismo suspensivo de efectos fundado en el establecimiento de una “caución” (garantía bancaria).

Señalan los accionantes que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter fundamental y ha sido interpretado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como el derecho a obtener acceso a la justicia, el derecho a intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, el derecho a la tutela judicial cautelar y el derecho a la ejecución del fallo. Esta argumentación ha sido recientemente reafirmada por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional en la sentencia recaída en el caso Instituto de Crédito Agrícola y Pecuario (ICAP) del 25 de abril de 2000, señalando que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho procesal de raigambre constitucional que comprende el derecho a acceder a los órganos de justicia, a la defensa, al debido proceso y a ejecutar las sentencias (el cual comprende a su vez el derecho a la tutela cautelar y el correlativo poder cautelar general del juez). La sentencia en cuestión dispone textualmente lo siguiente:

“Al efecto, encontrándose esta Sala en esta oportunidad en sede cautelar, y siendo que sus decisiones sólo causan cosa juzgada material, pasa a analizar los aludidos dispositivos en concordancia con el derecho de acceso a la jurisdicción, a la defensa y al debido proceso, de la forma en que han sido consagrados en la Constitución del República Bolivariana de Venezuela.

En estos términos, se observa que en la recién promulgada Constitución, uno de los mayores logros del Constituyente fue la expresa consagración del derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 26 *eiusdem*. Este derecho alcanza implícitamente dentro de su contenido a otros derechos fundamentales como lo son a) el derecho de acceso a la jurisdicción que se encuentra expresamente mencionado en el aludido artículo 26, b) el derecho a la defensa y al debido proceso, los cuales han sido especialmente desarrollados en el artículo 49 Constitucional, y c) el derecho a una decisión oportuna y eficaz –al que alude el único aparte del artículo 26–, el cual a su vez comprende el derecho a la tutela cautelar de las partes en juicio y el correlativo poder cautelar general del juez para asegurar la efectividad del fallo definitivo”.

Partiendo de dichas premisas, los accionantes sostuvieron que “(...) tan inconstitucional resulta condicionar el libre acceso a la justicia al previo afianzamiento o constitución de caución, como el permitir someter la posibilidad de la suspensión de los efectos del acto recurrido a la previa constitución de una caución que fija la propia Administración discrecionalmente, caución esta que puede ser establecida incluso de forma desproporcionada con la finalidad de disuadir a los interesados a que acudan a la jurisdicción contencioso administrativa, por no tener los medios económicos para constituirla o que incluso aun acudiendo ante el juez, éste se vea imposibilitado de suspender los efectos del acto recurrido, por no poder satisfacer el interesado la caución fijada por la Administración, lo que supondrá la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva”.

Finalmente, los accionantes concluyen señalando que los artículos 38 Parágrafo Segundo y 54 de la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia otorgan competencia a la Superintendencia “para que establezca el monto de la caución que deben dar los interesados como condición previa a la suspensión de la ejecución en vía judicial, de la resolución que señala la existencia de conductas prohibidas, han creado una restricción económica al cual queda sujeto el poder cautelar de los órganos jurisdiccionales que vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en los artículos 68 y 206 de la Constitución”.

Al respecto, para decidir esta Sala observa que la suspensión de efectos de un acto administrativo impugnado es, en nuestro sistema contencioso, la medida cautelar típica con que cuenta el juez para lograr una tutela efectiva de los derechos subjetivos que ante éste se denuncien como violados. En tal sentido, son varias las vías con las que cuenta en la actualidad quien ocurra ante los tribunales de justicia para obtener tal pretensión accesoria a la que solicite como de fondo en su demanda, pudiendo operar ésta de forma automática (artículo 173 del Código Orgánico Tributario), o a solicitud de parte, bien conforme a lo previsto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, bien, mediante las llamadas medidas cautelares innominadas que se encuentran consagradas en el parágrafo primero del

artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, a través de una pretensión cautelar de amparo constitucional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o en el caso específico de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia mediante modalidad cautelar establecida en su artículo 54.

En efecto, existen fundamentalmente dos formas de que opere dicha cautela, una correspondiente al contencioso tributario (artículo 173 del Código Orgánico Tributario), según el cual, basta con que se verifique la interposición del recurso para que *automáticamente* cesen los efectos del acto que es atacado por esa vía, sin que pueda el juez hacer algún pronunciamiento sobre la procedencia o no de la misma ; y la otra, aplicable al sistema contencioso-administrativo general, cuando el juez determine a solicitud de parte que pudieren resultar ilusorios los efectos del fallo, por ser “irreparables o de difícil reparación” los perjuicios que el acto administrativo impugnado pudiere causar durante la tramitación del juicio de nulidad.

Esta última modalidad de suspensión de efectos ha venido siendo acordada por los Tribunales que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa, fundamentándose en las distintas modalidad cautelares precedentemente anotadas, cuando se satisfacen los requisitos de procedencia propios de las medidas cautelares como los son el *fumus bonis iure* y el *periculum in mora*.

Resulta conveniente recordar que el asunto de la presunta inconstitucionalidad del Parágrafo Segundo del artículo 38 y del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia *ya han sido objeto de varias decisiones por parte de órganos jurisdiccionales distintos a este Tribunal* (en virtud del “control difuso” de la Constitucionalidad y de su condición de Tribunales Constitucionales en materia de Amparo Constitucional), en las cuales el pronunciamiento judicial ha sido constante en favor de la constitucionalidad de las referidas normas, salvo por lo señalado en la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 5 de mayo de 1997, recaída en el caso *COCA COLA - PEPSI COLA*, en la cual se afirmó lo siguiente:

“(…) en virtud de que fue también solicitada la desaplicación por vía de control difuso de la constitucionalidad, en el presente caso, del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, esta corte observa:

La norma antes mencionada dispone lo siguiente:

‘Cuando se intente el recurso contencioso administrativo contra resoluciones de la Superintendencia, que determine la existencia de prácticas prohibidas, los efectos de las mismas se suspenderán si el recurrente presta caución, cuyo monto se determinará, en cada caso, en la resolución definitiva, de conformidad con el parágrafo segundo del Artículo 38’.

La transcrita norma constituye una aparición en nuestro ordenamiento jurídico, de las modernas corrientes del contencioso administrativo, que admiten la posibilidad de la suspensión automática de los efectos de los actos administrativos impugnados. Incluso en algunos ordenamientos, como el alemán, la suspensión es la regla, y la persistencia de la ejecutoriedad del acto durante el transcurso del proceso jurisdiccional es la excepción.

La jurisprudencia de esta Corte, en este sentido, no ha dudado en señalar la procedencia *ope legis*, sin necesidad de declaración por parte del órgano jurisdiccional, de la suspensión de los efectos del acto administrativo dictado por la Superintendencia, con la sola interposición del recurso y la constitución de la fianza que al efecto exigiese la propia Superintendencia.

No obstante, con ocasión del caso en autos, esta Corte, aclarando más aún el ámbito y el sentido de la disposición contenida en el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, observa:

La finalidad de la suspensión de la *ope legis* prevista en la citada norma, por vía de constitución de fianza, no es sino proteger los derechos e intereses que pudieren afectar las decisiones emitidas por PROCOMPETENCIA. Ahora bien, no siempre las Resoluciones de la Superintendencia afectan únicamente a ciertos particulares; sino que, como sin duda ha ocurrido en el caso *sub examine*, afectan los derechos e intereses de partes contrapuestas.

Es entonces que, de permitirse a la parte desfavorecida por la decisión de la Superintendencia, obtenga la suspensión automáticamente por la vía de constitución de fianza, se estaría violando el derecho a la defensa de la contraparte, que además, cuenta con el pronunciamiento favorable del órgano administrativo encargado de velar por el mantenimiento de las condiciones propicias para una libre competencia.

En estos casos, la suspensión automática, de manera irreversible durante todo el proceso, de la Resolución que emitiera la Superintendencia, resultaría inconstitucional; pero ello - adviértase bien- sólo en tales casos.

(...)

Expuesto todo lo anterior, observa la Corte que en el presente caso la aplicación del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, resultaría inconstitucional en virtud de que se violaría el derecho a la defensa de PEPSICOLA, privándola de los efectos de una Resolución que le favorece y que, presumiblemente, podrían ser vitales para la subsistencia de dicha empresa en el mercado de refrescos venezolano. Pues efectivamente, como de alguna manera lo afirman los recurrentes la presunción tiene una fuerza mayor a favor del mercado y en el punto analizado también a favor de Pepsicola. En virtud de ello, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de conformidad con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, desaplica el artículo 54 de la Ley antes citada, respecto al presente caso y así se decide”.

Por lo que respecta al resto de la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (pues la situación abordada en la sentencia transcrita será tratada posteriormente), la corriente jurisprudencial ha sido en el sentido de favorecer la constitucionalidad de la norma. Así por ejemplo, en sentencia del 26 de abril de 1995, señaló:

“En cuanto al pedimento de la recurrente, de que se desestime la fianza fijada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia impugnada, por desaplicación del *parágrafo segundo del artículo 38* de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, pues el mismo es *limitativo del derecho de la defensa y a la tutela judicial jurisdiccional*, debe señalar esta Corte, que *la referida disposición no impide que se acuda ante el contencioso-administrativo a interponer un recurso de anulación por las razones que se crean pertinentes, pues lo que se establece es una opción al recurrente de que en el caso de acudir a esa vía pueda solicitar la suspensión de los efectos del acto, prestando para ello caución que se hubiese fijado, como tampoco impide esa norma, que en el caso de no otorgar esa fianza, pueda el accionante solicitar la suspensión de los efectos en base a cualquiera de los otros mecanismos procesales existentes, previo el cumplimiento de los extremos legales*, y en consecuencia no existe presunción grave de violación del derecho a la defensa, y así se decide”.

En igual sentido, pero en el contexto las acciones autónomas de amparo constitucional, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha manifestado en reiteradas oportunidades que el mecanismo destinado a la suspensión de los efectos de las Resoluciones de Procompetencia que determinan la existencia de prácticas prohibidas por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (artículo 54) no obsta para el ejercicio de los demás medios establecidos por el legislador para la obtención de la suspensión de los efectos

de los actos administrativos durante la tramitación del respectivo recurso contencioso administrativo, de suerte que el particular cuenta siempre con una opción que le permite, prestar la caución y obtener con ello la suspensión de los efectos de la resolución recurrida *ope legis*, o emplear los demás mecanismos procesales destinados a este fin.

Por lo demás, es doctrina de la propia Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia que el establecimiento de la caución en referencia no impide ejercicio de la potestad atribuida a los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de suspender los efectos de los actos conforme al régimen general que en materia de suspensión de efectos establece la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 136 (Véase al respecto, L. Ortiz Álvarez, “El contencioso administrativo de los actos dictados en base a la Ley Pro-Competencia”. AA.VV. *Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, Colección de Textos Legislativos N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, p. 169). En efecto, la Superintendencia aludida ha señalado expresamente:

“La Superintendencia informó a las empresas infractoras que podían enervar los efectos de la Resolución si presentaban la caución de que habla el artículo 38, pero por haber mencionado esta posibilidad que consagra la Ley especial de la materia, *no puede deducirse que le impidió o negó la posibilidad de acudir a la vía general del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, o ejercer cualquier otro de los mecanismos legales que permiten suspender los efectos del acto administrativo*” (Destacado de la Sala).

Observa esta Sala que una correcta interpretación de las disposiciones comentadas permite afirmar:

Que la Ley prevea la obligación de que Procompetencia señale un *monto* que sería suficiente para garantizar los posibles daños que podrían producirse con la suspensión del acto, lejos de ser un elemento que vulnere o dificulte la posibilidad de obtener una tutela judicial cautelar, por el contrario la facilita. Ciertamente, el señalamiento de dicho monto por parte de la Superintendencia constituye una manifestación clara del principio constitucional de colaboración de poderes *hecha en interés y beneficio del sancionado* por las Resoluciones de Procompetencia y que en nada afecta el principio de separación de poderes de origen constitucional, toda vez que es una estimación (opinión técnica) que por exigencia de la Ley se establece “*a priori*” -antes de que el interesado ocurra a la jurisdicción contencioso-administrativa- y que, de ser aceptada por el recurrente, en principio, podría considerarse suficiente por el Juez contencioso administrativo para la suspensión de los efectos del acto impugnado de una manera *semi-automática*.

Asimismo, deben resaltarse algunos elementos que informan la figura analizada como lo son:

a) La naturaleza de la caución es judicial. Se da en el marco de un proceso contencioso-administrativo de anulación, no se constituye ante la autoridad Administrativa;

b) Como una opinión técnica que es, el Juez contencioso administrativo no está sujeto en ejercicio de su potestad cautelar al “*monto*” que estima la Administración como suficiente para caucionar en el caso concreto. No hay menoscabo de la autonomía judicial en esta materia;

c) La determinación de la corrección, idoneidad y suficiencia del monto a solicitarse para los efectos de la caución la determina el juez contencioso administrativo y está sometida al control del sujeto contra quien obra;

d) La existencia de la modalidad de suspensión de los efectos del acto por la vía de la caución no excluye la posibilidad de que dicha suspensión pueda obtener el recurrente por los otros mecanismos legales existentes.

De esta forma, en aras de la celeridad consustancial a la tutela judicial cautelar efectiva -cuya vulneración aduce el recurrente-, la Ley previó que el juez contencioso administrativo contara con un simple parámetro técnico de referencia que le permitiera suspender los efectos del acto por una vía más expedita y menos gravosa desde el punto de vista procedimental y argumental para el accionante para obtener la suspensión de efectos, toda vez que al suspender la ejecución del acto sancionatorio como consecuencia de la aludida caución, no se requeriría demostrar los extremos del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ni los correspondientes a la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Hechas las disquisiciones anteriores, resulta fácil comprender que, aún en el caso de que la Administración incurriera en el error de excederse en la fijación del *quantum* de la referida caución, ya sea por errores meramente técnicos o como medida efectista que impide a los administrados suspender preventivamente la ejecución de la sanción por presuntas prácticas prohibidas, tal como es sabido sucede abiertamente en la práctica administrativa, *ello en ningún modo obsta para que el juez contencioso administrativo rechace ese quantum referencial y, en virtud de la potestad cautelar que le es inherente, modifique discrecionalmente, el monto de la caución por considerar que la misma sea desproporcionada e irracional*. Por otra parte, reitera esta Sala Constitucional, una vez quede establecido el monto de la caución por el Tribunal y cumplidas por el administrado las actuaciones pertinentes para la constitución de dicha garantía, queda excluido de plano todo análisis sobre los extremos legales de procedencia de la medida cautelar de suspensión de efectos (*fumus boni iuris y periculum in mora*), puesto que, al ser la caución -como se indicó *supra*- una garantía en beneficio de los particulares, constituida la misma opera la suspensión de la ejecución de la sanción sin necesidad de ninguna otra actuación.

Finalmente, por cuanto esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de su cualidad de máximo y último interprete de la Constitución en cuanto al control concentrado de las leyes, no se encuentra restringida en cuanto a sus potestades por los argumentos esgrimidos por las partes en juicio, pasa a hacer ciertas consideraciones sobre puntos no alegados por las partes pero que han sido objeto de examen en el presente fallo.

Justamente, como fuera advertido en párrafos precedentes, la modalidad cautelar establecida en el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia pudiese afectar a particulares diferentes del accionante en el juicio contencioso administrativo de nulidad, más aún atendiendo a la realidad de que los procesos sancionatorios llevados a cabo por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia pudiesen ser enmarcados dentro del concepto de los procedimiento "*cuasi jurisdiccionales*".

En estos términos, debe esta Sala hacer notar el hecho de que la aplicación de la modalidad cautelar establecida en el artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia pudiese afectar de manera grave tanto al mercado y en consecuencia a los consumidores, como a aquellos agentes económicos contra los cuales hubiese operado de hecho la conducta prohibida desplegada por el particular sancionado, de manera tal que en una interpretación constitucionalizante, estima esta Sala que el órgano jurisdiccional encargado de conocer de la nulidad de los actos de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia deberá tener en cuenta, *en cada caso concreto*, a los efectos de acordar la suspensión de efectos según lo establecido en el tantas veces aludido artículo 54, la afectación que tal suspensión tendría sobre los intereses generales o terceros definidos. Así pues, la amplia potestad cautelar que le es propia a los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, permite que éstos reduzcan el monto de la caución "propuesta referencialmente" por la Administración, cuando consideren que ésta se haya excedido en tal fijación; pero, asimismo, deben rechazar la caución y la consecuente suspensión de la ejecución

del acto impugnado, en el *exclusivo* caso de que sea evidente que tal medida afectará intereses generales o de terceros definidos.

Precisado lo anterior se concluye que la fórmula derivada del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en concordancia con el párrafo segundo del artículo 38 *eiusdem*, representa una modalidad legal de suspensión de los efectos de los actos administrativos recurridos en vía judicial que no sólo está acorde con las necesidades de una efectiva tutela cautelar sino que a la vez la hace más efectiva y expedita. Por todas las consideraciones antes expuestas esta Sala observa que el artículo 38 Parágrafo Segundo y el artículo 54 de la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, interpretados en los términos expuestos en el presente fallo no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 26 de la Constitución de 1999, así como tampoco representan una vulneración del principio de separación de poderes previsto en nuestro ordenamiento constitucional. Así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

Quien suscribe, Jesús Eduardo Cabrera Romero, salva su voto por disentir de sus colegas del fallo que antecede, por las siguientes razones:

Concluyó la mayoría sentenciadora que "...la fórmula derivada del artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en concordancia con el párrafo segundo del artículo 38 *eiusdem*, representa una modalidad legal de suspensión de los efectos de los actos administrativos recurridos en vía judicial que no sólo está acorde con las modalidades de una efectiva tutela cautelar sino que a la vez la hace más efectiva y expedita".

Ahora bien, en el citado artículo 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se prevé la suspensión de los efectos del acto dictado por la Superintendencia, una vez que sea intentado el recurso contencioso administrativo por el afectado, y se condiciona la suspensión a la presentación de una caución, cuyo monto determinará el ente administrativo emisor del acto recurrido mediante una resolución, conforme a lo establecido en el Parágrafo Segundo del artículo 38 de dicha Ley, que también ha sido objeto de examen por la Sala.

Estima quien aquí disiente, que ambas normas contrarían las disposiciones contenidas en los artículos 26 y 259 de la Constitución de 1999, los cuales recogen los postulados previstos -durante su vigencia- en los artículos 68 y 206 de la Constitución de 1961, y ello por lo siguiente:

El derecho a la tutela judicial efectiva abarca -entre otros- el derecho de acceso directo a los órganos de justicia para ejercer las acciones o recursos judiciales procedentes y el derecho a obtener una tutela cautelar suficiente y efectiva para garantizar los resultados del juicio, esto es, la ejecución del fallo, siempre que estén dados los supuestos que las normas adjetivas prevén para ello.

Partiendo de esta idea, se observa que las normas impugnadas de inconstitucionalidad (artículos 38, párrafo segundo, y 54 de la Ley antes mencionada) permiten que un órgano del Poder Público se pronuncie sobre un asunto cuya competencia está reservado por el Texto Fundamental a un órgano distinto, violando así el principio constitucional de separación de los poderes públicos que imperan en un Estado de Derecho como el venezolano.

Esta trasgresión aparece clara, pues las normas no prevén la fijación de dicha caución para resguardar el interés público ante la solicitud de una medida cautelar en sede administrativa, esto es, dentro del desarrollo del procedimiento administrativo que pueda suscitarse ante Procompetencia, sino que la establece para condicionar propiamente la ejecución del acto administrativo dictado al final de dicho procedimiento, en aras de que quien pretenda suspen-

der dicha ejecución, se someta al requerimiento económico que establece el órgano emisor del acto.

De allí, que quien suscribe no coincide con lo afirmado en el fallo de la mayoría sentenciadora, de que “el señalamiento de dicho monto por parte de la Superintendencia constituye una manifestación clara del principio constitucional de colaboración de poderes hecha en interés y beneficio del sancionado por las Resoluciones de Procompetencia y que en nada afecta el principio de separación de poderes de origen constitucional”. Ello, por cuanto, supone limitar la tutela judicial cautelar a la libre apreciación que el órgano administrativo haga, respecto de los daños materiales y cuantificables, de no suspenderse la ejecución del acto administrativo dictado, y además configura, en criterio de quien disiente, una ingerencia en la función de control de legalidad que tiene el juez contencioso administrativo con relación a dicho acto, que conforme al poder cautelar otorgado constitucionalmente, debe prohibir la ejecución del acto mientras decide sobre la contrariedad o apego a derecho, si le ha sido solicitado por el recurrente y si se encuentran satisfechas las circunstancias que exige la ley para ello.

Se observa que las normas impugnadas otorgan un alto grado de discrecionalidad a favor de la Administración, la cual al dictar sus actos en la materia de Procompetencia, tiene la potestad de estimar la caución para lograr la suspensión de la ejecución del acto por ella dictado, haciendo depender con ello, la posibilidad de que el afectado con el acto administrativo acceda a la jurisdicción contencioso administrativa de la forma prevista en el artículo 26 constitucional. Somete pues el ejercicio de acción a una decisión del propio ente del cual emana el acto que se pretende impugnar, quedando así en manos de la Administración, la oportunidad y la forma en que el recurrente pueda accionar contra ella.

Por otra parte, chocan dichas normas con el poder cautelar que -constitucionalmente- le ha sido otorgado a los jueces de la República, y en especial, a los que conforman o son miembros de la jurisdicción contencioso-administrativa, los cuales conforme lo dispone el artículo 259 constitucional, tienen competencia para “...disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa...”.

Ello, por cuanto corresponde al órgano jurisdiccional y no a la Administración otorgar en sede judicial -durante el proceso contencioso administrativo que se instaure- la protección cautelar solicitada por el afectado con el acto dictado por la Superintendencia, mientras se decida sobre el fondo de la nulidad del acto, y es entonces al juez contencioso-administrativo y no al ente emisor del acto impugnado, a quien corresponde valorar la dimensión de los daños y la irreparabilidad o dificultad de la reparación de los mismos; máxime cuando se trata de actos como los producidos por la Superintendencia, que se dictan con ocasión a procedimientos administrativos de naturaleza cuasi-jurisdiccional, en los cuales la Administración actúa como un árbitro que decide una controversia entre particulares, y en los cuales existe un tercero interesado en mantener la eficacia del acto administrativo dictado por Procompetencia.

Esta consideración ha sido sostenida, tal y como se refirió en el fallo del que se disiente, por la jurisdicción contencioso-administrativa, como motivo para la desaplicación de la norma contenida en el artículo 54 de la Ley de Procompetencia por vía de control difuso de la constitucionalidad.

Quien disiente estima que, además de inconstitucionales, los citados artículos 38, párrafo segundo y 54 coliden con disposiciones legales que regulan la materia relativa a las medidas cautelares en sede judicial, toda vez que existiendo normas adjetivas como las establecidas en los artículos 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no podía disponerse en la Ley de Procompetencia, cuyo objeto es

“promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica” (artículo 1° de dicha Ley), la exigencia de una caución para el logro de la suspensión de los efectos del acto administrativo, durante un proceso que no se lleva ante ella, sino ante el órgano jurisdiccional.

De manera que el contenido de los artículos impugnados de inconstitucionalidad menoscaba la autonomía judicial y atenta contra la seguridad jurídica, en virtud de que con dichas disposiciones se permite que órganos distintos del Poder Público, ejerciendo sus funciones propias, se pronuncien sobre el establecimiento de montos que pueden ser disímiles, y ello porque de acuerdo a lo previsto en el citado artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicable en los procedimientos contencioso administrativo de anulación contra actos de efectos particulares por los tribunales competentes por la materia, se somete la suspensión de los efectos del acto recurrido al otorgamiento de una fianza, cuya cuantía será -por supuesto- determinada, por el juez que ejerza el control de legalidad del acto.

B. *Procedimiento: Notificación personal*

TSJ-SC (2855)

20-11-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Impugnación de varios artículos del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario

La notificación de la apertura de un procedimiento administrativo y la existencia de un acto administrativo mediante la publicación de un cartel en la *Gaceta Oficial Agraria*, de conformidad con los artículos 40 y 43 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sólo se hará inmediatamente después de la consignación en el expediente administrativo de la notificación personal efectuada al propietario de la tierra o a los interesados del acto administrativo en los supuestos respectivos.

Ya acerca del mérito del asunto, se observa que la parte recurrente cuestionó la constitucionalidad de las normas contenidas en los artículos 25, 40, 43, 82, 84, 89 y 90 del Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.323 del 13 de noviembre de 2001. Al efecto, los indicados dispositivos legales disponen lo siguiente:

“Artículo 25. Los jueces competentes de la jurisdicción agraria, el Instituto Nacional de Tierras, la Corporación Venezolana Agraria, el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y cualquiera de los órganos agrarios, podrán desconocer la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos, cuando sean realizados con el propósito de efectuar fraude a las normas contenidas en el presente Decreto Ley. Igualmente sobre aquellos que se les pretenda usar para efectuar similar fraude, aún cuando se hubieren celebrado con anterioridad.

Los hechos, actos o negocios jurídicos simulados o realizados con la intención de efectuar fraude al presente decreto Ley, no impedirán la aplicación de la norma evadida o eludida, ni darán lugar a los beneficios o ventajas que se pretendan obtener con ellos”.

“Artículo 40. Si del informe técnico se desprendieran elementos que hagan inferir que las tierras analizadas se encuentran ociosas o incultas, la respectiva Oficina Regional de Tierras dictará un auto de emplazamiento, el cual especificará con la mayor exactitud los linderos de

las tierras objeto de la averiguación, identificará al denunciante si lo hubiere y, de ser posible, al propietario de las mismas y a cualquier otra persona que pudiera tener interés en el asunto.

En el mismo auto se ordenará publicar en la *Gaceta Oficial Agraria*, un cartel mediante el cual se notificará al propietario de las tierras, si se conociere, y a cualquier otro interesado, para que comparezcan y expongan las razones que les asistan en la defensa de sus derechos e intereses, dentro del plazo de ocho (8) días hábiles contados a partir de la fecha de la respectiva publicación.

Contra el auto que niegue la apertura de la averiguación o niegue la necesidad de emplazar a los interesados, podrá interponerse recurso para ante el Directorio del Instituto Nacional de Tierras, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la negativa”.

“Artículo 43. El acto que declare las tierras como ociosas o incultas agota la vía administrativa. Deberá notificarse al propietario de las tierras y a los interesados que se hayan hecho aparte en el procedimiento, mediante publicación en la *Gaceta Oficial Agraria*, indicándose que contra el mismo podrá interponerse recurso contencioso administrativo de nulidad, dentro de un lapso de sesenta (60) días continuos por ante el Tribunal Superior Agrario competente por la ubicación del inmueble”.

“Artículo 82. Formulada la solicitud de expropiación, el Tribunal ordenará notificar mediante edicto a todos los ciudadanos y ciudadanas que pretendan derecho sobre el inmueble, para que comparezcan a dar contestación a la solicitud de expropiación, en un término de quince (15) días hábiles luego de la publicación del último edicto, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del presente decreto Ley”.

“Artículo 84. el Tribunal deberá pronunciarse sobre la solicitud dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al vencimiento de la oportunidad de informes. Igualmente, la causa entrará en estado de sentencia cuando vencido el lapso para el emplazamiento, el interesado no hubiese comparecido a dar contestación”.

“Artículo 89. 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 bienchurías 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”.

“Artículo 90. Los ocupantes ilegales o ilícitos de las tierras públicas susceptibles de rescate, no podrán reclamar indemnización alguna, por concepto de las bienchurías o frutos que se encuentren en las tierras ocupadas ilegalmente”.

a) *De la constitucionalidad de los artículos 40 y 43.* Fundamentó la parte recurrente la nulidad de los artículos 40 y 43 de la Ley impugnada, en el hecho de que la Administración notificaría la apertura de un procedimiento administrativo y la existencia de un acto administrativo mediante la publicación de un cartel en la *Gaceta Oficial Agraria*, es decir, que no se

realizaba la notificación del interesado de manera particular y personal, lo cual, afirmó, constituía una violación del derecho a la defensa.

Explicó que la publicación en la *Gaceta Oficial Agraria* no tiene la capacidad de hacer del conocimiento, al mayor número de personas, de la existencia de un procedimiento administrativo, disminuyendo así la posibilidad de que el afectado se entere del proceso en su contra, agregando que una norma que responda a los principios básicos que garanticen el derecho a la defensa, iniciaría el sistema notificadorio por el modo personal y, ante la imposibilidad de materializar la notificación, recurrir al modo de carteles, supuesto que, adujo, ha sido reconocido por esta Sala en los fallos números 463/2001, 1783/2001, y en el n° 1825/2000 por la Sala Político Administrativa).

Tal alegato fue rebatido por las sustitutas de la Procuradora General de la República, indicando que el procedimiento administrativo para la declaratoria de tierras ociosas o incultas es instruido por unos órganos de carácter administrativo, correspondiéndole a los mismos abrir una averiguación para determinar la existencia de elementos que lleven a la convicción de que las tierras se encuentran ociosas o incultas, ordenándose para ello la elaboración de un informe técnico. Que, con el objeto de practicar la notificación del propietario de las tierras y a cualquier otro interesado en el procedimiento, el artículo 40 dispone la emisión de un cartel de emplazamiento, y que no obstante que la normativa impugnada no establecía expresamente la notificación personal al propietario, porque “en la mayoría de los casos pudiera ser no conocido”, la referida ley no prohibía la notificación personal, ya que el artículo 100 de la ley bajo análisis dispone que la ley que regule los procedimientos administrativos es aplicable de manera supletoria para todos los procedimientos administrativos previstos en el título al cual corresponden los artículos impugnados.

En tal sentido, se debe indicar que en un Estado democrático social de Derecho y de Justicia, la actividad administrativa está regida por el principio del *audire alteram partem*, según el cual, los titulares de derecho o intereses frente a la Administración están en la posibilidad de defenderlos, pudiendo participar activamente en toda acción administrativa que les concierna. El respeto al derecho a la defensa y al debido proceso ha sido el esquema fundamental de todo Estado de Derecho, ya que él supone la garantía plena del ejercicio de los derechos instrumentales para poder hacer valer los de corte sustantivo. Tal noción adquiere más relevancia cuando se trata de actos que emanen de los órganos que ejercen el Poder Público, pues, por principio, el particular, con respecto al Estado y, en especial, frente a la Administración, se encuentra en una situación de inferioridad que hace imperioso el ejercicio de tales derechos como única manera de control del ejercicio de las potestades públicas.

Ello implica que las normas relativas a la notificación del acto aseguran que esta sea real y efectiva, para así garantizar el derecho a la defensa del administrado, quien será, en definitiva, sobre quien recaerán los efectos jurídicos de la decisión final que, en el procedimiento respectivo, tome la Administración.

Es así como, en una normativa dirigida a la regulación de un aspecto del contencioso administrativo, pero que, dado su estilo de redacción, es de gran similitud a las normas impugnadas contribuyendo al análisis de lo expuesto, esta Sala hizo valer la supremacía constitucional inaplicando el texto del artículo 125 de la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, en el fallo al cual se hace referencia (n° 438/2001), se indicó lo siguiente:

“Es evidente que la parte directamente involucrada en el procedimiento administrativo que produce un acto de los llamados cuasi-jurisdiccionales, no es un tercero interesado en el juicio de anulación que se lleve a cabo contra dicho acto, sino que es persona directamente interesada en dicho proceso. Y, a pesar de ello, de conformidad con el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esta parte del proceso cuasi-jurisdiccional para enterarse de la existencia de un juicio que definitivamente le pudiere ocasionar efectos directos a

sus intereses, requiere estar diariamente en revisión exhaustiva de todos los periódicos de mayor circulación de la ciudad de Caracas, para así poder defender sus derechos sobre el acto impugnado, los cuales son evidentes, de la simple lectura del expediente, tanto para el recurrente como para el Juez que conozca del recurso de anulación. Sin embargo, sólo cuando este interesado directo descubre que en un día y en un diario determinado se publicó algún cartel de emplazamiento, referente al acto que resultó del procedimiento en el cual estuvo directamente involucrado, es cuando puede enterarse y oponerse al recurso interpuesto contra dicho acto.

(...)

Así las cosas, ¿puede considerarse el cartel de emplazamiento que establece el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia suficiente para notificar a una parte directamente interesada en un juicio de anulación de un acto cuasi-jurisdiccional?. Es evidente que no, ya que el emplazamiento mediante publicación en uno de los periódicos de mayor circulación de la ciudad de Caracas, implica la necesidad de la parte interesada de comprar todos los periódicos de alta circulación nacional, para así dar con el diario específico en el día específico en que se publicó el cartel, y, además, descubrir, más que informarse, de la revisión exhaustiva del periódico, que existe un cartel relacionado con el acto de cuyo procedimiento previo fue parte directamente involucrada, tal como consta en el expediente llevado en sede administrativa. En otras palabras, las personas tendrían que estar comprando a diario varios periódicos, y examinarlos prolijamente para enterarse si se ha solicitado la nulidad del acto, proveniente del procedimiento administrativo cuasi-jurisdiccional. Pretender que una parte se encuentra notificada mediante un cartel de emplazamiento publicado en un diario, cuando esa parte en forma evidente para el propio tribunal, según se evidencia del expediente administrativo, posee interés en un proceso, es totalmente errado. La protección al derecho a la defensa contemplado en la Constitución de 1961 debió prevalecer en este sentido. Y así, con mayor énfasis, debe interpretarse la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En este sentido, la Constitución vigente al establecer el derecho a la tutela judicial efectiva en su artículo 26, así como una mayor amplitud en lo que respecta al derecho a la defensa, tal como lo disponen los numerales 1 y 3 del artículo 49, obliga al Juez a buscar los medios eficaces y ciertos que permitan el acceso de las partes a la justicia para proteger sus intereses.

(...)

Por lo antes expuesto, y en los términos explanados, esta Sala considera obligatorio, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que se notifique, conforme a las normas ordinarias sobre citaciones y notificaciones personales, para que se hagan parte en el proceso de impugnación de un acto cuasi-jurisdiccional, a aquellas partes involucradas directamente en el procedimiento del cual resultó dicho acto. Ello con base en el derecho fundamental a la defensa establecido en los numerales 1 y 3 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y con la garantía a una justicia accesible, imparcial, idónea, transparente, responsable y equitativa, según lo establecido en el artículo 26 del Texto Fundamental (...)."

De manera que, el desconocimiento de la notificación personal de las personas que resultarán afectadas directamente por el acto administrativo es una conclusión que no compagina con el precepto constitucional que contiene el artículo 49, resultando no sólo insuficiente, sino improcedente, sostener -con base en el artículo 100 de la misma ley- que la normativa de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos puede complementar lo dispuesto en el Título referido a la Afectación de Uso de Redistribución de las Tierras, pues, en las normas contenidas en los artículos 40 y 43 no existe supuesto insuficiente alguno que suplir, no hay, dentro del contexto literal, un vacío en el tipo normativo que haga permisible la aplicación supletoria de la normativa de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de manera que la interpretación a la cual fuerza la redacción de la norma atenta contra el derecho a la defensa, debiéndose entonces entender, en aras de lo que dispone el artículo constitucional y con apoyo adicional en el principio del procedimiento administrativo de *audire alteram partem*, que siempre, de ser conocidas o identificables, las personas a cuyo favor o en contra a los cuales deriven los efectos

propios del acto, éstas sean notificadas personalmente de la apertura del procedimiento administrativo como del acto administrativo que dentro de él se dicte.

Con la declaratoria anterior, obviamente, como se acotó en el apartado correspondiente de este fallo, subsisten las normas, ya que no toda notificación por cartel o mediante *Gaceta Oficial* vulnera el derecho a la defensa y al debido proceso, pues, debe recordarse que tal mecanismo se instauró como una forma de garantizar, precisamente, tales derechos, por lo que en el caso de que se desconozca o no se pueda identificar al propietario o a los interesados para lograr su notificación personal, los supuestos establecidos en ellas se aplicarán, pero en caso contrario, la publicación en la *Gaceta Oficial Agraria* del cartel de emplazamiento, en el supuesto del artículo 40, y de la notificación del acto administrativo que declare como ociosas o incultas las tierras, en el caso del artículo 43, sólo se hará inmediatamente después de la consignación en el expediente administrativo de la notificación personal efectuada al propietario de la tierra o a los interesados del acto administrativo en los supuestos respectivos.

De esta manera acoge esta Sala, en los términos expuestos, el argumento esgrimido por la parte recurrente en este sentido, y, a su vez, hace suyo también el razonamiento que expusieron las sustitutas de la Procuradora General de la República cuando indicaron que “[s]i bien es cierto que la norma bajo análisis prevé la notificación del acto que declare las tierras como ociosas o incultas al propietario y a los interesados, mediante publicación en la *Gaceta Oficial Agraria*, ello en manera alguna significa, que tratándose de un acto administrativo de esta naturaleza no sea procedente agotar la notificación personal a quien afecta, a fin de salvaguardar la eficacia del mismo”, aunque el resto de la argumentación por ellas realizadas en este sentido no sea congruente con el extracto citado. Así se decide.

C. Sentencia

a. Extensión de los efectos de un fallo

CPCA (8)

22-1-2002

Magistrado Ponente: Perkins Rocha Contreras

Caso: Multinacional de Seguros y Tenedora Seguhol 7, C.A. vs. Superintendencia de Seguros

La Corte permite la extensión de los efectos de un fallo definitivo a otras personas que no hubieren actuado en el juicio, cuando esos terceros se hallen en una situación análoga a la parte que resultó vencedora en el juicio.

Ahora bien con respecto a la solicitud de que se le extendiera los efectos de la sentencia número 2001-453 de fecha 30 de marzo de 2001, mediante la cual este órgano jurisdiccional declaró con lugar el amparo cautelar interpuesto por MULTINACIONAL DE SEGUROS Y TENEDORA SEGUHOL 7, C.A y en consecuencia suspendió los efectos de la Providencia número 2703 dictada por la Superintendencia de Seguros, en fecha 10 de noviembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela número 36.862 de fecha 4 de enero de 2000, esta Corte observa que la Ley de Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España del 14 de julio de 1998, permite la extensión de los efectos de un fallo definitivo a otras personas que no hubieren actuado en el juicio, cuando esos terceros se hallen en una situación análoga a la parte que resultó vencedora en el juicio. La posibilidad de extensión opera para los casos en que se verifican los requisitos concurrentes que la Ley comentada prevé y que son al efecto los siguientes: 1° que los interesados se

encuentren en idéntica situación jurídica a los favorecidos en el fallo; 2° que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente por razón del territorio para conocer de las pretensiones de reconocimiento de la situación individualizada; 3° que se solicite la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. (Cfr. Rondón de Sansó, Hildegard, *Las Peculiaridades del Contencioso Administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2001, p. 236).

En tal sentido, cabe destacar que en nuestra jurisprudencia existe la tendencia de extender los efectos de un fallo originario cuando se verifican los requisitos requeridos en la Ley de la Regulación Contencioso Administrativa, señalados anteriormente. En este orden de ideas, vale resaltar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno (hoy Tribunal Supremo de Justicia), de fecha 4 de agosto de 1999, en el recurso de inconstitucionalidad contra el Reglamento de Puerto Libre del Estado Nueva Esparta, en la que se extendió los efectos de una medida cautelar innominada a los adherentes al recurso con base en los siguientes argumentos:

“Se aprecia que la ley española en esos determinados casos, hace extensibles los efectos de un fallo definitivo a otras personas que no hayan actuado en el juicio en el cual el mismo recayera, cuando esos terceros se encuentran en una situación jurídica individualizada análoga a la parte que resultó vencedora en el juicio pero tal posibilidad de extensión, opera sólo en los casos en que se verifican los requisitos concurrentes que en forma taxativa prevé la ley en comento a saber: 1° que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica a los favorecidos en el fallo; 2° que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente por razón del territorio para conocer de las pretensiones de reconocimiento de la situación individualizada; 3° que se solicite la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso.

Tal regulación es demostración de la moderna concepción del contencioso administrativo que prevé la posibilidad de ampliar los efectos de una decisión jurisdiccional a los terceros que se encuentren en el mismo supuesto de los sujetos a quienes originalmente tal pronunciamiento favoreciera. (...) Aprecia esta Corte, que el objetivo de estos criterios jurídicos visto desde el punto de vista procesal, es evitar el inconveniente de forzar a una persona a tramitar todo un proceso contradictorio que finalmente le dará la razón en la sentencia definitiva, fundamentando tal decisión en los mismos motivos que en forma reiterada han sido el basamento de casos idénticos o similares anteriormente sentenciados y declarados firmes, por lo cual para el tribunal resulta manifiesta la procedencia de la pretensión.

(...) Esta Corte considera procedente hacer extensible a los intervinientes los efectos de la medida cautelar dictada previamente, haciendo la salvedad de que, para el caso de que sobreviniese alguna causa que motivara la revocatoria de la cautelar en perjuicio del accionante originario, idéntica consecuencia operaría respecto a ellos”.

Ahora bien, de conformidad con el criterio doctrinal y jurisprudencial antes citados, esta Corte evidencia que se han configurado los requisitos taxativos precedentemente señalados en nuestra jurisprudencia patria ya que; 1° la sociedad mercantil SEGUROS BANVALOR, C.A. es una empresa aseguradora sometida al control de la Superintendencia de Seguros, -tal como consta en el folio 356 del expediente llevado por esta Corte bajo el número 01-24854-, y que la Resolución recurrida es un acto administrativo de efectos generales, ya que va dirigido a todas las empresas aseguradoras del país, 2° La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, es igualmente competente para conocer de la adhesión del recurso interpuesto y 3° no ha transcurrido un año desde que se dictó la sentencia número 2001-453 de fecha 30 de marzo de 2001.

Por lo tanto, debe este órgano jurisdiccional declarar procedente la extensión de los efectos de la sentencia número 2001-453 de fecha 30 de marzo de 2001, dictada por esta Corte a la sociedad mercantil SEGUROS BANVALOR, C.A., con la advertencia de que si

sobreviniese alguna causa que motivara la revocatoria de la cautelar en perjuicio de los recurrentes originarios, idéntica consecuencia operaría respecto a ella. Así se declara.

TSJ-SC (588)

25-3-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Inversiones Anyudrelka, C.A. vs. Concejo Municipal del Municipio Antolín del Campo del Estado Nueva Esparta.

No obstante lo antes decidido, esta Sala Constitucional observa que, en virtud de la llamada notoriedad judicial (*Vid.* sentencia del 24 de marzo de 2000, caso *José Gustavo Di Mase y otra*, reiterado en sentencia del 28 de julio de 2000, caso *Luis Alberto Baca*), no le es ajeno el considerable número de causas que cursaban ante la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, y que, con posterioridad al 1° de junio de 2001, fueron declaradas perimidas y, en consecuencia, extinguida la instancia, cuando las mismas se encontraban en estado de sentencia desde que se había dicho “vistos”, sirviéndose para ello del criterio jurisprudencial surgido con motivo de la sentencia de esa misma Sala, dictada el 13 de febrero de 2001 (caso *Molinos San Cristóbal*).

En armonía con lo antes señalado, esta Sala en anterior oportunidad sostuvo que “*Una de las características de algunas sentencias del ámbito constitucional es que sus efectos se apliquen a favor de personas que no son parte en un proceso, pero que se encuentren en idéntica situación a las partes, por lo que requieren de la protección constitucional, así no la hayan solicitado con motivo de un juicio determinado*”, motivo por el cual concluyó que resultaba “...contrario a la eficacia del proceso, a su idoneidad y a lo celeré (*expedito*) del mismo, que si las partes en un juicio obtienen una declaratoria de infracción constitucional de derechos que vulneran su situación jurídica, otras personas que se encuentran en idéntica situación y que han sufrido la misma infracción, no puedan gozar del fallo que restablezca tal situación jurídica de los accionantes, y tengan que incoar una acción cuya finalidad es que se reconozca la misma infracción, así como la existencia de la misma situación vulnerada y su idéntico restablecimiento, con el riesgo de que surjan sentencias contrarias o contradictorias” (*Vid.* Sentencia de esta Sala Constitucional del 17 de diciembre de 2001, caso *Haydee Margarita Parra Araujo*).

Por esta razón, vista la obligación constitucional de esta Sala de subsanar las violaciones constitucionales producidas, como una expresión de la potestad correctiva de la que goza, dada la necesidad de delimitar el criterio interpretativo de la Constitución y hacerlo vinculante para los demás tribunales de la República y las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en defensa de una aplicación coherente y unificada de la Carta Magna, evitando de esta forma que existan criterios dispares sobre las interpretaciones de la norma constitucional que distorsionen el sistema jurídico creando incertidumbre e inseguridad en el mismo, esta Sala establece que quienes no participaron en el presente juicio, ni en el seguido en el expediente N° 01-2782, contenido de la sentencia del 14 de diciembre de 2001, y que se encuentran en igual situación que la accionante, tienen derecho de adherirse a ese fallo y solicitar su ejecución, ya que gozan de los efectos del mismo, siempre que acrediten en autos fehacientemente su condición de parte en un juicio instaurado ante la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia y que en dicha causa, con posterioridad al 1° de junio de 2001, esa Sala -en violación de sus derechos constitucionales- haya declarado la perención y, en consecuencia, la extinción de la instancia, después de vista la causa, tal como así lo dejó sentado esta Sala Constitucional en la citada sentencia del 14 de diciembre de 2001. Así se declara.

D. *Extinción de la acción por pérdida del interés procesal*

CPCA (924)

30-4-2002

Magistrado Ponente: Juan Carlos Apitz Barbera

Caso: Jorge Bahachille M. vs. Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados del Distrito Federal (Distrito Capital) (Tribunal Disciplinario).

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo adapta el criterio asumido por la Sala Constitucional en fecha 1 de junio de 2001, referente a la extinción de la acción por falta de interés procesal, al contencioso administrativo.

Observa esta Corte que el objeto del presente recurso lo constituye la solicitud de nulidad de los actos administrativos dictados en fechas 3 de noviembre de 1975 y 13 de julio de 1977, por el Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados del Distrito Federal (hoy Distrito Capital) y el Colegio de Abogados de Venezuela, respectivamente, mediante los cuales se suspendió al recurrente del ejercicio de la profesión de abogado por un lapso de seis (6) meses, en el primer acto, y por ocho (8) meses más amonestación, en el segundo de ellos.

Planteado el debate procesal se considera indispensable analizar una vez más el derecho de todos los ciudadanos a acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, la tutela efectiva de éstos y el derecho de obtener con prontitud la decisión correspondiente, consagrados en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pero en esta oportunidad destacando la médula que le da origen y lo materializa, como es la acción.

Así, el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia nace y se materializa mediante el ejercicio de la acción; así, expresa Liebman (*Vid. Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980, p. 112), que la acción tiende a "(...) provocar una actividad de los órganos judiciales (...) tiene por eso siempre naturaleza pública y un contenido uniforme como es el de la demanda de tutela jurisdiccional del propio derecho".

Bajo este enfoque, la acción está orientada a promover la actividad jurisdiccional, surge como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para que se profiera el pronunciamiento correspondiente sobre sus pretensiones, lo cual no debe confundirse con el derecho que se persigue ni puede supeditarse al reconocimiento favorable de éste.

Asimismo, señala el mencionado autor que la acción está compuesta por dos elementos fundamentales, cuales son el interés para accionar y la legitimación, siendo imperativa la existencia de ambas para que pueda existir aquella.

La doctrina ajustadamente ha precisado que para proponer una demanda, siendo ésta la que materializa el ejercicio de la acción, hay que tener interés en ella, el cual es igualmente necesario para oponerse a la misma. Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 1º de junio de 2001, (caso: *Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero vs. Juzgado Superior Segundo Accidental en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira*), ha reconocido que es requisito de la acción poseer un interés procesal para ejercerla.

Es pues, mediante la demanda que se ejerce la acción, la cual necesariamente requiere, además de la legitimación, la existencia de un interés procesal, y a su vez mediante el ejerci-

cio de la acción se materializa el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia. De allí la relación entre los tres conceptos indicados, necesarios a los fines de la presente decisión.

En este mismo sentido, el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil prevé:

“Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual. Además de los casos previstos en la Ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente”.

Ahora bien, es imperioso determinar a qué interés se refiere esta norma, característica no menos importante es el requisito de la actualidad [de ese interés] a que en ella misma se hace referencia.

La doctrina mayoritaria ha concordado en que se trata de un evidente interés procesal, según el cual, en palabras de Ricardo Henríquez La Roche (*Código de Procedimiento Civil*, Tomo I, Caracas, 1995, p. 92), configura “(...) la necesidad del proceso como único medio (extrema ratio) para obtener con la invocación de la prometida garantía jurisdiccional del Estado, el reconocimiento o satisfacción de un derecho que no ha sido reconocido o satisfecho libremente por el titular de la obligación jurídica”.

El interés procesal, equivalente término lógicamente al interés para accionar, locución propia de la doctrina italiana utilizada en su Código de Procedimiento Civil; o al interés para obrar, consagrada por Carnelutti y Chiovenda, o simplemente “necesidad de tutela jurídica” propia de la doctrina Germana, y entendido como un requisito para el ejercicio de la acción, difiere de la legitimación, entendida ésta como el elemento que tiene como efecto obligar al Juez a un pronunciamiento sobre el fondo, siendo pues, que no tiene como fin obligar al juez a un pronunciamiento cualquiera [lo que sería interés para obrar].

Señala Carnelutti (*Vid. Instituciones del Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Volumen I, Buenos Aires- Argentina, 1989, pág 516), que “(...) si quien acciona no es sujeto del interés en litis, es la legitimación lo que le falta, no el interés para obrar; el interés para obrar es, en otros términos, un requisito más, que la ley exige, fuera de la legitimación; precisamente la pertenencia del interés en litis constituye un presupuesto mientras que la existencia del interés en obrar es un elemento del acto procesal (...)”.

Aun cuando ambos constituyen requisitos de la acción, existe prioridad de la legitimación sobre el interés para accionar, siendo que éste [el interés para accionar] puede plantearse sólo frente a quien ya posee la legitimación, así puede que el interés procesal pudiera no contemplarse aun existiendo la legitimación.

Queda determinado entonces que el interés consagrado en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil constituye un interés procesal, el cual radica, en principio, en la satisfacción de los requisitos que conllevan el ejercicio de la acción, y, consiste en el requerimiento, por parte del actor, de la intervención de los órganos jurisdiccionales a fin de evitar el sufrimiento de un daño injusto, declarándose a tal efecto, de acuerdo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia ya señalada, un derecho, o reconociéndosele una situación de hecho a su favor.

Configurada pues, la relación entre el derecho de acceso a los órganos de justicia, el ejercicio de la acción y el interés procesal que consolida a la anterior, corresponde determinar hasta dónde llega ese interés de obligar al Juez a un pronunciamiento cualquiera.

Prima facie, es necesario determinar la relación entre evitar el sufrimiento de un daño injusto, mediante la declaración del derecho o el reconocimiento de la situación de hecho -interés

procesal-, y el derecho a obtener con prontitud la decisión correspondiente, lo cual es la culminación del complejo sistema consagrado intrínsecamente en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y constatar si este derecho mantiene inmerso el interés procesal, es decir, determinar si aún subsiste el interés hasta esta oportunidad.

Así, es indubitable que el único acto que espera el recurrente por parte de los órganos jurisdiccionales para mermar el daño del cual es o será objeto, es un pronunciamiento expreso, cual es la decisión correspondiente, que puede ser favorable o no, pues se presupone que hasta entonces no se ha extinguido el interés procesal, por cuanto se presume que el actor aún está bajo una circunstancia que le causa un daño.

Es por ello que si bien los órganos jurisdiccionales están en la obligación de pronunciarse con prontitud, de acuerdo al mandato constitucional, el actor con mayor razón debe propulsar insaciablemente que tal mandato sea efectivamente cumplido por cuanto es él -se reitera- el que sufre un daño.

Por tal razón, es el actor quien debe activar los medios legales necesarios para ver satisfecho su interés procesal, siendo lo más simple consignar las diligencias que sean necesarias en el Tribunal para tal fin, o a lo sumo, gestionar los mecanismos legalmente establecidos contra la irresponsabilidad de los jueces, los cuales pueden verificarse oportunamente.

Lo contrario a lo anterior, es decir, existiendo una actitud pasiva por parte del actor, conduce al Juzgador a presumir que el interés procesal, que puso en marcha al aparato judicial, se ha perdido.

Cabe resaltar, que en este caso no opera la perención de la instancia, ya que ésta sólo se materializa cuando existe inactividad de las partes, y no cuando después de vista la causa surge inactividad del juez, cuando no sentencia en los términos legalmente establecidos para ello, y se paraliza la causa [jurisprudencialmente acentuado en las sentencias de fechas 1º de junio de 2001 y 2 de agosto de 2001, emanadas de la Sala Constitucional y de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, respectivamente].

Ahora bien, es necesario precisar la oportunidad en que el Sentenciador puede considerar que se ha perdido ese interés, siendo que éste -como se dijo- debe subsistir hasta que sea satisfecho. Tal percepción pudiera ocurrir en dos momentos fundamentales del proceso, a saber:

El primero, una vez interpuesta la demanda sin que hubiera pronunciamiento por parte del Tribunal sobre la admisión o no del recurso respectivo, siendo que en ese lapso el actor debe impulsar, a través de los medios idóneos tal decisión del Juzgador. Surge entonces la presunción de que, al no ocurrir tal impulso, se ha perdido el interés procesal que una vez existió o parecía existir.

El otro momento ocurre en la oportunidad de dictarse sentencia. Cuando la causa se paraliza después de haberse dicho “Vistos”, sin que se dicte la decisión correspondiente, por un lapso superior a aquel que la ley otorga a los Jueces para dictar la decisión correspondiente.

Debe observarse que entre estos dos momentos, es decir, luego de admitida la demanda y antes de haberse dicho “vistos”, no procede la declaratoria de la pérdida del interés, por cuanto operaría la perención de la instancia.

En estos casos, la búsqueda de una sentencia por parte del actor ha quedado suspendida, presumiéndose que se ha extinguido ese interés, pues ya no existe un acto lesionador, por lo que no tendría sentido que se sentencie la causa; esa “presunción” del Juez la ha creado el propio actor al no impulsar para que el conflicto sea resuelto.

Por supuesto, que el fundamento de tal presunción sobre la pérdida del interés no obvia el cumplimiento por parte del Juez de su deber de sentenciar en el término que tiene para ello, y la observancia del derecho constitucional del que goza el ciudadano de obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Es por tal motivo que, se insiste que el actor debe activar todos los mecanismos correctivos que el ordenamiento jurídico consagra, tanto civiles, penales y disciplinarios, y a ello se exhorta, para que el Estado a través de los órganos jurisdiccionales, garante de la justicia expedita y oportuna, cumpla efectivamente con el cometido que se le ha asignado.

Todo este movimiento diligente del actor, puede iniciarse con la solicitud de la decisión a través de una diligencia, cursante en el expediente respectivo, o poniendo en marcha los correctivos a que diera lugar para que el Juzgador cumpla eficazmente con su deber conforme al Estado de Derecho y de Justicia que se propugna.

Ahora bien, así como ha sido necesario determinar los momentos en que puede presumirse la pérdida del interés, es igualmente imperioso aclarar cuál es el lapso que deberá computarse para tal fin.

Al efecto, conviene reiterar que el interés procesal constituye un requisito del ejercicio de la acción, por tanto, en caso de aplicarse a esta Institución elementos de otras instituciones para abarcar los vacíos que puedan existir, estos deben necesariamente conectarse con la acción.

En ese orden de ideas, debe señalarse que no se ha establecido doctrinal ni jurisprudencialmente un lapso específico que determine la pérdida del interés, por lo que es necesario en este sentido extraer de otra institución jurídica un lapso que sirva de parámetro para establecer el decaimiento del interés, ello en aras de salvaguardar el derecho a la defensa del actor y en pro de la seguridad jurídica. Sin embargo, determinar tal lapso depende de las oportunidades en las cuales el Sentenciador puede considerar la pérdida del interés, analizadas anteriormente.

Así, en el primer caso, esto es, una vez interpuesta la demanda sin que existiera pronunciamiento sobre la admisibilidad o no del recurso interpuesto, ha señalado el Tribunal Supremo de Justicia en la ya mencionada sentencia de fecha 1° de junio de 2001, que:

“(…) si en una acción de amparo, de naturaleza urgente para evitar se consolide una lesión en la situación jurídica del accionante, transcurre entre la interposición del escrito de amparo y la admisión del mismo, seis u ocho meses, sin que el quejosos pida al tribunal que cese en su indolencia, surge a la Sala la pregunta ¿cuál es el interés del querellante si han pasado más de seis meses de la fecha del escrito de amparo y no lo ha movido más?. Indudablemente, que aunque interrumpió la caducidad que señala el numeral 4 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; sin embargo, después de tal interrupción se ha excedido en lo que era el plazo de caducidad para intentar la acción, y, ¿qué interés procesal puede tener quien así actúa, si ha dejado transcurrir igual tiempo que el que tenía para recurrir, sin que ni siquiera instara la admisión del amparo?”. (Negrillas de la sentencia)

De lo anterior se desprende que en este caso, el lapso que sirve de parámetro para declarar la pérdida del interés no es otro que el establecido para intentar la acción, es decir, interpuesta la demanda y transcurrido el mismo lapso del que se disponía para recurrir sin que la parte inste al Juzgador a pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, le otorga a éste la posibilidad de declarar la pérdida del interés.

Ahora bien, esta conclusión lleva a examinar los lapsos que se contemplan en materia contenciosa administrativa, siendo la que compete a esta Corte conocer, lo que a su vez se traduce en un análisis sobre las acciones que se ventilan ante esta jurisdicción.

La acción de nulidad, denominada así por la mayoría de la doctrina “(...)procede en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares, con el objeto de tutelar o garantizar el orden jurídico(...)”, (Carlos Ramírez Arcila, *Fundamentos Procesales y Pretensiones Contencioso-Administrativas*, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1983, pág 134).

La acción de nulidad en el proceso contencioso administrativo, especialmente cuando está dirigida contra los actos de efectos particulares, es un presupuesto de oportunidad. Así, señala Humberto Mora Osejo (“La acción en el Proceso Administrativo” publicado en el libro *Derecho Procesal Administrativo*, Ediciones Rosaristas, Bogotá-Colombia, 1980, p. 124), que existe un presupuesto para el ejercicio de la acción, cuando la ley requiere que la demanda se presente antes de que haya transcurrido el término de caducidad, con las excepciones pertinentes, esto es, por ejemplo cuando medien cuestiones de orden público. Tenemos, *verbi gratia*, el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual contempla un lapso de seis meses para los recursos o acciones dirigidas a anular actos de efectos particulares de la Administración.

Por otra parte, la Ley de Carrera Administrativa, en su artículo 82, prevé para el ejercicio de toda acción con base en esa Ley, un lapso de caducidad de seis meses, y aún cuando no se expresa explícitamente esta figura, ella se desprende de sus características, concentradas en la norma citada y analizadas por la jurisprudencia.

Asimismo, siguiendo igualmente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del 1° de junio de 2001 ya aludida, en la acción de amparo se establece un lapso de caducidad igualmente de seis meses, contemplado en el artículo 6, numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Con lo anterior quiere señalarse que, efectivamente, existe un lapso para el ejercicio de la acción respectiva, el cual una vez transcurrido, origina la caducidad de la acción [en los casos anteriormente mencionados]. Es así que, este lapso debe considerarse para declarar la pérdida del interés luego de haberse interpuesto el recurso sin que existiera pronunciamiento del Juzgador sobre la admisibilidad del mismo y sin que las partes instarán a tal fin. Por otra parte, en cuanto al lapso que debe transcurrir para que pueda configurarse el decaimiento de la acción por la pérdida del interés en el segundo de los casos expuestos, esto es, cuando la causa se encuentre en estado de sentencia, precisó la Sala es el de la prescripción, de acuerdo a las tantas veces aludida sentencia de fecha 1° de junio de 2001, así determinó:

“(...) Tal parálisis conforme a los principios generales de la institución, no produce la perención, pero si ella rebasa los términos de prescripción del derecho objeto de la pretensión, sin que el actor pida o busque que se sentencie, lo que clara y objetivamente surge es una pérdida del interés en la sentencia, en que se componga el proceso, en que se declare el derecho deducido. (...) No es que el Tribunal va a suplir a una parte la excepción de prescripción no opuesta y precluida (artículo 1956 del Código Civil), la cual sólo opera por instancia de parte y que ataca el derecho del demandante, sino que como parámetro para conocer el interés procesal en la causa paralizada en estado de sentencia, toma en cuenta el término normal de prescripción del derecho cuyo reconocimiento se demanda”. (Negrilla de esta Corte).

Es decir, la Sala consideró ajustado tomar de la prescripción el tiempo fijado por la ley para su procedencia y así constatar la pérdida del interés después de haberse dicho “Vistos”, criterio que por ser vinculante acoge esta Corte, no obstante es necesario fijar con claridad las pautas para tal fin.

Ahora bien, aún cuando quiera extraerse solamente el lapso de prescripción, resulta extremadamente necesario ahondar en esta institución. Así, no es menos cierto que la prescripción, en términos generales, produce la extinción de un determinado derecho, en virtud de que se dan las condiciones determinadas en la ley o por el solo transcurso del tiempo fijado

en ella. Pero el transcurso del tiempo fijado en la ley no es suficiente para perfilar la prescripción, es uno de sus dos presupuestos, el otro lo constituye la falta de ejercicio del derecho que es la inercia o la inactividad del titular (*Vid.* Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Novena Edición, Editorial Tecnos, España 1997, p. 441).

Es pues necesario que, para que ésta se materialice, la parte interesada no ejerza la acción, caso contrario, se interrumpe la prescripción. Es determinante que el tiempo esté fijado por ley, condición ésta que es propia de la prescripción.

Ahora bien, como puede observarse del análisis de los dos momentos en que puede declararse la pérdida del interés, existen tanto lapsos de prescripción como de caducidad.

Así, a grandes rasgos, y a fin de recalcar la diferencia entre estos lapsos, debe señalarse que la prescripción puede suspenderse, interrumpirse y renunciarse si es extintiva; por su parte, la caducidad es un lapso que no puede suspenderse, corre fatalmente y, por tanto, no puede interrumpirse y, además, no puede renunciarse, pues una vez que ha transcurrido el tiempo, automáticamente genera todos sus efectos.

Conforme a ello, conviene advertir que en el contencioso administrativo predominan los lapsos de caducidad y no de prescripción, como se puede constatar del examen de las acciones que son incoadas ante esta jurisdicción, es pues que, no existe una regulación en las normas contenciosas administrativas referidas a la prescripción, por lo que, considerando el criterio vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el hecho de que es el lapso de prescripción el que configura el marco referencial para declarar la pérdida del interés después de “Vistos”, resulta extremadamente forzoso acudir al régimen general de la prescripción establecido en el Código Civil, sólo en cuanto se refiere a los lapsos allí señalados.

Así, el artículo 1977 del Código Civil dispone que:

“Todas las acciones reales se prescriben por veinte años y las personales por diez, sin que pueda oponerse a la prescripción la falta de título ni de buena fe, y salvo disposición contraria de la Ley. La acción que nace de una ejecutoria se prescribe a los veinte años, y el derecho de hacer uso de la vía ejecutiva se prescribe por diez años”.

Lo primero que se concluye de este artículo es la existencia de dos acciones, como son las reales y las personales, pudiendo considerarse que las mismas constituyen la generalidad de los derechos cuyo reconocimiento se demanda.

Las acciones reales tienen por finalidad obtener judicialmente la declaración de un derecho que no afecta a una persona sino a una cosa, mientras que las acciones personales se configuran para exigir de alguno el cumplimiento de cualquiera obligación contraída o exigible.

Siendo así, es bien sabido que las acciones que se ventilan ante esta jurisdicción contencioso administrativa no se enfocan bajo esta clasificación como se observa del estudio de las acciones contenciosas administrativas, lo cual origina que para que el Juzgador pueda aplicar el lapso de prescripción en estas acciones debe analizar cuidadosamente el objeto del acto administrativo que se impugna.

Debe tenerse claro que no se pretende deformatar la naturaleza de las acciones que son incoadas ante esta jurisdicción, lo cual sería un error, lo que se busca es examinar el objeto del acto administrativo que a su vez da origen a la interposición de la demanda, y, obtenido éste, asimilarlo a lo que sería una acción real o personal, para poder así determinar cuál es el lapso de prescripción que se va a aplicar.

Es necesario revisar en primer lugar la procedencia de este razonamiento, así tenemos que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia de fecha 1° de junio de 2001 señaló que:

“(…) Tal parálisis conforme a los principios generales de la institución, no produce la perención, pero si ella rebasa los términos de prescripción del derecho objeto de la pretensión, sin que el actor pida o busque que se sentencie, lo que clara y objetivamente surge es una pérdida del interés en la sentencia (…)”.

Lo primero que debe aclararse es cuál es el derecho objeto de la pretensión, lo cual conlleva, en principio, al análisis de lo que es el objeto de la pretensión. En tal sentido expresa Jaime Guasp Delgado (*Vid. La pretensión procesal*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España 1995, p. 71) que:

“En lo que toca al objeto, ha de existir forzosamente en toda pretensión procesal como antes se indicó, un *quid material* al que se refieran los sujetos y las actividades que la pretensión encierra. Se desprende también de la significación de la pretensión como materia sociológica elaborada jurídicamente el que este objeto venga constituido por un bien de la vida, es decir, una materia apta por su naturaleza para satisfacer las necesidades o conveniencias objetivamente determinables de los sujetos. Este bien de la vida, o bien litigioso, si se quiere darle el nombre que técnicamente le corresponde aunque obedezca a una idea asimiladora entre el proceso y el litigio, constituye, pues, el objeto de la pretensión procesal (...). Pero como un bien de la vida puede ser, a los efectos de su tratamiento jurídico, una cosa corporal o una conducta de otra persona, es evidente que el objeto de la pretensión procesal puede estar respectivamente constituido por una cosa o por una conducta de tal carácter”. (subrayado y negrillas de la Corte).

De lo anterior se desprende una ideal fundamental, cual es que el objeto de la pretensión no está constituido de manera directa por un derecho *per se*, es en palabras del mencionado autor, un bien de la vida, que no es otro que un bien corporal o incorporeal.

Ahora bien, en el campo contencioso administrativo -cual es el que nos interesa en este caso- la pretensión, en general, está dirigida a obtener la nulidad de un acto [declaración de carácter general y particular] a través del conocido recurso contencioso administrativo de anulación.

Así, este acto administrativo tiene un objeto, el cual, en palabras de Roberto Dromí (*Vid. El Acto Administrativo*, Buenos Aires-Argentina 1997, p. 48) “es la materia o contenido sobre lo que se decide, certifica, valora u opina. El objeto debe ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente”.

Esta materia o contenido puede corresponder a un derecho personal o real, que a su vez puede estar centrado en un bien mueble o inmueble.

Es decir, a manera de ejemplo, tenemos un recurso de nulidad contra un acto administrativo que aprueba la modificación de una zona verde propiedad de algún Municipio y cuya modificación -a juicio del recurrente- le afecta, es evidente que el objeto del acto administrativo, es decir, la materia o contenido sobre lo que se decide, no es más que un bien inmueble, existiendo un presunto derecho que no afecta a una persona sino a una cosa, es pues que el reconocimiento o no de este derecho real se persigue a través de una acción real.

Determinada así la acción, que en el caso planteado es real, se observa el lapso que el artículo 1977 del Código de Procedimiento Civil, contempla para las acciones reales, que no es otro que el de veinte años.

Frente a la generalidad anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia observó casos especiales en los cuales el lapso de prescripción pudiera ser de un año o menos, que:

“(…) cuando los términos de prescripción de los derechos ventilados sean de un año o menos, vencido un año de inactividad en estado de sentencia, sin impulso del actor, si en el año siguiente al de la prescripción no hay impulso de su parte, se tendrá tal desidia procesal como

muestra inequívoca que los accionantes perdieron el interés procesal en dicha causa, y así se declara”.

En otros términos, una vez transcurrido un año de inactividad de las partes más el lapso de prescripción de un año o menos, sin que tampoco existiera un impulso de las partes, se considerará inequívocamente la pérdida del interés.

Es significativo señalar que la adaptación del criterio asumido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al contencioso administrativo, resulta de una labor basada en la lógica y en el principio de justicia, que deberá observar el Juzgador al momento de examinar el lapso de prescripción que debería aplicar en un caso determinado para declarar así la pérdida del interés, manteniendo los lineamientos que al respecto se han instituido a lo largo de este fallo.

Determinado el lapso que servirá de parámetro para constatar el decaimiento de la acción por la pérdida del interés, debe reiterarse que el interés procesal configura una condición de la acción, un requisito de existencia, por tanto, su ausencia induce a la carencia de la acción, y por tanto, como señala Liebman en la obra ya señalada, extinto el derecho a provocar el examen y la decisión de fondo. Al constatarse su decaimiento, se genera como efecto insoslayable la extinción de la acción, con las consecuencias que ello genera.

Por lo que consideró la Sala del Tribunal Supremo de Justicia que:

“(…) como interpretación del artículo 26 Constitucional, en cuanto a lo que debe entenderse por justicia oportuna, que si la causa paralizada ha rebasado el término de la prescripción del derecho controvertido, a partir de la última actuación de los sujetos procesales, el juez que la conoce puede de oficio o a instancia de parte, declarar extinguida la acción, previa notificación del actor, en cualquiera de las formas previstas en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, si ello fuera posible, y de no serlo, por no conocer el tribunal dónde realizar la notificación, o no poder publicar el cartel, con la fijación del cartel en las puertas del tribunal. La falta de comparecencia de los notificados en el término que se fije, o las explicaciones poco convincentes que exprese el actor que compareciere, sobre la causa de su inactividad y los efectos hacia terceros que ella produjo, las ponderará el juez para declarar extinguida la acción”.

Ahora bien, extinguida la acción, se entiende que la misma no puede ser propuesta nuevamente, consecuencia fulminante de la extinción, sin embargo es de considerarse cuando se presentan violaciones de orden público, por lo que el Juzgador deberá conocer sobre el hecho que genere la violación, y decidir inevitablemente el mérito de la causa.

El presente caso constituye un recurso de nulidad interpuesto contra los actos emitidos por el Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados del Distrito Federal (hoy Distrito Capital) y el Colegio de Abogados de Venezuela de fechas 3 de noviembre de 1975 y 13 de julio de 1977, respectivamente, mediante los cuales se suspendió al recurrente del ejercicio de la profesión de abogado por un lapso de seis (6) meses, en el primer acto, y por ocho (8) meses más amonestación, en el segundo de ellos, solicitando además de la nulidad de los mismos, se le reintegre su condición de abogado, por lo que se puede considerar que este caso el objeto del acto administrativo cuya nulidad se pretende no está dirigido sobre algún derecho real, entendido como un “derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío directo o inmediato sobre una cosa determinada, sin necesidad de intermediario alguno personalmente obligado, y que impone asimismo a todo el mundo (*erga omnes*) un deber de respeto o exclusión (...)”. (Vid. Gert Kummerow. *Compendio de Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II*, Caracas, Venezuela 1992, p. 100).

Al contrario, puede desprenderse que el objeto del acto en cuestión está consustanciado con el titular, por lo que puede considerarse como un derecho personal, sin que se encuentre incluido en algún caso especial de prescripción breve, de un año o menos, así, entendiendo

forzosamente que el presente caso se refiere a acciones personales, debe ser observado a efectos de declarar extinguida la acción por la pérdida del interés, el lapso de prescripción de diez años, conforme lo establece el artículo 1977 del Código Civil.

Observa esta Corte que, notificado el recurrente con el objeto de que compareciera dentro del lapso de diez (10) días de despacho y manifestara su interés en que se le sentenciara en la presente causa, con la advertencia de que la falta de comparecencia haría presumir la pérdida de su interés en la misma, sin que se presentara a tal fin, y por cuanto en fecha 11 de mayo de 1978 se dijo “Vistos” en esta causa, a partir de la cual no se evidencia en autos alguna actuación de las partes que haga presumir la existencia del interés procesal, en consecuencia, transcurrido más de diez años desde esa fecha hasta la presente, restándose los plazos muertos o inactivos, y dado que no se evidencia violaciones de orden público, esta Corte entiende el decaimiento del interés para accionar, es decir, de obtener la providencia solicitada, en consecuencia, se declara extinguida la acción, y así se decide.

E. Perención

TSJ-SPA (535)

2-4-2002

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Banco Caroní, C.A., Banco Universal vs. Banco Central de Venezuela.

La perención breve prevista en el Código de Procedimiento Civil no resulta aplicable supletoriamente en los juicios de nulidad que se tramiten ante el Tribunal Supremo de Justicia.

Como punto previo, se debe realizar un pronunciamiento, sobre la aplicabilidad de la normativa contenida en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, en los juicios que se ventilen ante esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y en especial los juicios contenciosos administrativo de nulidad contra actos administrativos, sean estos de efectos generales o particulares. Sobre este particular, se pronunció esta Sala, en sentencia n° 00095 de fecha 13 de febrero de 2001, recaída en el expediente n° 5408 (caso: “Molinos San Cristóbal”), en donde se estableció:

“(…)1.- El artículo 86 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal establece, en cuanto a la perención de instancia, como regla general aplicable a los procedimientos que cursen ante este órgano jurisdiccional, lo siguiente:

‘Salvo lo previsto en disposiciones especiales, la instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un año. Dicho término empezará a contarse a partir de la fecha en que se haya efectuado el último acto del procedimiento. Transcurrido el lapso señalado, la Corte, sin más trámites, declarará consumada la perención de oficio o a instancia de parte.

Lo previsto en este artículo no es aplicable en los procedimientos penales.

Ahora bien, el examen detenido del dispositivo transcrito exige por parte de la Sala una revisión del criterio que ha venido manteniendo en materia de perención, por las razones siguientes: el texto del artículo es bastante claro, cuando establece que las reglas contenidas en él deben aplicarse en los procedimientos que cursan ante el Máximo Tribunal, salvo en dos casos: cuando existan disposiciones especiales o en los procedimientos penales.

Aunque no puede generar dudas la regla establecida en el mencionado precepto en cuanto a los procedimientos penales, sí se hace en cambio necesario profundizar el examen en cuanto al otro supuesto de excepción, de acuerdo al cual siempre resultará aplicable en materia de

perención el artículo 86 eiusdem, salvo cuando existan disposiciones especiales. Aquí es menester detenerse para subrayar que sólo cuando esté expresamente regulado un procedimiento judicial, el cual debe ventilarse ante el Alto Tribunal, y dentro de esas disposiciones se establezca algo distinto, es que sería inaplicable el mencionado artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Lo afirmado trae de inmediato a colación como asunto que debe reexaminar la Sala, la cuestión sobre la aplicabilidad del Código de Procedimiento Civil, en esta materia de perención, a los juicios y procedimientos que se ventilan ante este Alto Tribunal, pues el criterio bajo el cual ha venido la Sala en la práctica ventilando esta materia, según se desprende de sus fallos, es el de aplicar in extenso el dispositivo contenido en el artículo 267 eiusdem, cuando lo cierto es que un examen detenido del artículo 86 de ninguna forma autoriza a tal remisión.

En efecto, la única excepción que admite la textual aplicación del mencionado precepto, además de los procedimientos penales como ya se indicó, es en aquellos supuestos en que existan disposiciones especiales aplicables al caso; y lo cierto es que el Código de Procedimiento Civil, en forma alguna puede considerarse como un texto legislativo especial, pues bien se sabe que se trata del código adjetivo ordinario, o de derecho procesal común, cuyas normas trazan lineamientos generales sobre el proceso civil; el cual, desde luego, no puede tenerse como de carácter especial ni de aplicación singular o preferente, especialmente con relación a la materia contencioso administrativa, la cual se ventila ante la Sala, y está regulada, al menos transitoriamente, por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Refuerza este aserto la lectura de los artículos 81 y 88 de la Ley Orgánica de la Corte que, respectivamente, establecen:

“Artículo 81.- Las acciones o recursos de que conozca la Corte, se tramitarán de acuerdo con los principios establecidos en los Códigos y Leyes nacionales, a menos que en la presente Ley o en su Reglamento Interno, se señale un procedimiento especial.” (Resaltado de la decisión)

“Artículo 88.- Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante la Corte”

A la vez, ese papel supletorio y no principal que tiene el Código de Procedimiento Civil, se plasma y se ve reforzado en otras disposiciones de la Ley, donde se hacen referencias al Código, bien directas (v.gr. artículos 96, 107) o indirectas (v.gr. artículo 84).

De manera, pues, que a los efectos de declarar la perención en un procedimiento que se tramite ante el Tribunal Supremo, no puede tenerse el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, como norma de preferente aplicación y por tanto ha de concluirse que adquieren su pleno valor las reglas sobre la materia estatuidas en el artículo 86; (...).” (Resaltado de esta Sala).

De conformidad con la jurisprudencia parcialmente transcrita, observa esta Sala Político-Administrativa, que la ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal, establece en el Capítulo II, Secciones Segunda y Tercera, procedimientos especiales para tramitar recursos contencioso-administrativos de anulación contra actos, tanto de efectos generales como particulares.

De una revisión del contenido normativo comentado se constata que, en ninguno de los procedimientos antes señalados se contempla la figura de la perención breve sino que, por el contrario, la única norma relativa a la perención de la instancia se encuentra prevista en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual establece que *“Salvo lo previsto en disposiciones especiales, la instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un año (...).”*

Así las cosas, considera esta Sala, que la solicitud de perención breve formulada por los apoderados judiciales del Banco Central de Venezuela de conformidad con la norma contemplada en el artículo 267, ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil, resulta improcedente,

toda vez que tal y como se señaló *supra* tal figura no se encuentra prevista en los procedimientos de anulación establecidos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Aunado a lo anterior es necesario señalar, que la perención breve prevista en el Código de Procedimiento Civil, no resulta aplicable supletoriamente en los juicios de nulidad que se tramiten ante éste Máximo Tribunal, por cuanto la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece expresamente en su artículo 88, que las reglas del Código de Procedimiento Civil, rigen como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante este órgano jurisdiccional, y como se señaló en la sentencia parcialmente transcrita, tal supletoriedad procederá sólo en aquellos supuestos en que existan disposiciones especiales aplicables a determinado caso; y lo cierto es que el Código de Procedimiento Civil, en forma alguna puede considerarse como un texto legislativo especial, pues si bien se trata del código adjetivo ordinario, o de derecho procesal común, cuyas normas trazan lineamientos generales sobre el proceso civil; el cual, desde luego, no puede tenerse como de carácter especial ni de aplicación singular o preferente, especialmente con relación a la materia contencioso administrativa, la cual se ventila ante la Sala, y está regulada por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

3. *El Contencioso Administrativo de los Contratos: Competencia*

TSJ-SPA (392)

5-3-2002

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Otilia J. Gallardo C. vs. Cámara Municipal del Municipio Autónomo Francisco de Miranda del Estado Guárico.

El conocimiento de causas relacionadas con la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de contratos administrativos celebrados por autoridades municipales sobre terrenos ejidos, corresponde a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo regionales.

Juez de su propia competencia, como inveteradamente ha mantenido en su doctrina esta Sala Político-Administrativa, y tratándose la competencia de un presupuesto del proceso de orden público, revisable de oficio por el Juez en cualquier grado de la causa, salvo en el caso de las excepciones expresas establecidas en la legislación, pasa la Sala, a la luz de la entrada en vigencia del nuevo Texto Fundamental aprobado el 15 de diciembre de 1999, por referendo, a revisar el criterio interpretativo que ha venido manteniendo en sus decisiones en relación al ordinal 14 artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concreto, respecto a su competencia para conocer de todo asunto relacionado con los contratos administrativos sobre ejidos, por estimar que su alcance debe adaptarse al nuevo ordenamiento constitucional.

La norma en referencia atribuye competencia a la Sala Político-Administrativa para “Conocer las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades”.

La disposición citada se ha interpretado en un sentido estrictamente literal, entendiéndose que está referida a todo contrato administrativo, independientemente de la persona político territorial que sea parte de la relación. Basta entonces, de acuerdo con el criterio interpretativo adoptado, que se cumplan aquellas condiciones que identifican como contrato administra-

tivo a un determinado acto bilateral en que una de las partes es la República, los Estados o los Municipios, y que verse la acción sobre cuestiones de cualquier naturaleza que se originen con motivo de la interpretación, cumplimiento, nulidad, validez, o resolución del contrato, para que opere el fuero atrayente a esta Sala del caso.

Ahora bien, ese criterio en extremo rígido, centraliza en la Sala Político-Administrativa el conocimiento del contencioso de todos los contratos administrativos, entre estos, los contratos que versan sobre terrenos de origen ejidal, apartándose del verdadero sentido del texto legal en referencia, pues soslaya lo que fueron sus principales fines, en tanto instrumento destinado a organizar transitoriamente la jurisdicción contencioso-administrativa: acercar la justicia en esta materia a las regiones y, relevar a la Sala Político-Administrativa del conocimiento de materias que hasta la promulgación de la Ley concentraba, como único tribunal contencioso administrativo general de esta jurisdicción.

Lo antes afirmado encuentra su más contundente respaldo en la lectura de la Presentación (Exposición de Motivos) del Anteproyecto de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, elaborado por los entonces magistrados integrantes del Alto Tribunal, el cual fue aprobado en su casi totalidad por el Congreso, convirtiéndose en la hoy vigente Ley. En la parte pertinente del mencionado instrumento, se explican los fundamentos para la distribución de competencias adoptada en la jurisdicción contencioso-administrativa, así:

“Por otra parte, se atribuye competencia en lo contencioso administrativo a las Cortes o Tribunales Civiles Superiores de cada circunscripción, para el conocimiento de las acciones o recursos de nulidad, contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de las autoridades estatales o municipales de su jurisdicción, cuando sean impugnados por razones de ilegalidad, pues si se invocan razones de inconstitucionalidad el tribunal deberá declinar su competencia en la Corte. Estos mismos tribunales serán también competentes para conocer de los juicios que intenten los particulares contra la República cuando la cuantía sea inferior a cien mil bolívares, y del contencioso de los contratos administrativos celebrados por las entidades estatales o municipales. Por último, se ha atribuido facultad a los tribunales que sean competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial, para conocer en primer instancia, en sus respectivas circunscripciones, de cualquier recurso o acción que se proponga contra los Estados o Municipios, así como de las acciones de cualquier naturaleza que intenten la República, los Estados o Municipios, contra los particulares. La estructura descrita persigue una doble finalidad: por una parte, se trata de acercar la justicia a los administrados, facilitando la acción de los particulares en determinada clase de cuestiones de orden contencioso, ya que, de acuerdo con las previsiones consignadas, aquellos pueden ejercer las correspondientes acciones o recursos en sus respectivas circunscripciones. De otro lado, se tiende a descargar a la Sala Político-Administrativa del conocimiento de los juicios contenciosos-administrativos originados por la actividad de la administración regional o local.

Creemos que la experiencia que se derive del funcionamiento de tales tribunales, será de indudable utilidad para la organización definitiva de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela.

Con la formulación de las observaciones y recomendaciones que hemos incorporado al texto del proyecto de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia preparado por la Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados, los Magistrados que integran el Supremo Tribunal de la República, aspiramos haber contribuido a la conformación de un instrumento jurídico orgánico y sistemático, que servirá de útil y eficaz herramienta en la delicada misión de control de la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público”. (“El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela” Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1979)

La revisión de los anteriores razonamientos demuestra que la intención del proyectista de la Ley fue desde un principio, como regla general, otorgar competencia a los Tribunales Contencioso-Administrativos regionales para conocer del contencioso de los contratos administrativos vinculados con entidades estatales o municipales, por lo que la interpretación que ha debido darse a la norma no era extensiva, sino limitando el conocimiento de esta Sala en materia de contratos administrativos, además de aquellos suscritos por la República, sólo a las causas relacionadas con contratos administrativos de Estados o Municipios que, por su trascendencia y repercusión en el colectivo, ameriten elevarse al conocimiento del Alto Tribunal.

Tales consideraciones, relegadas mediante una interpretación literal de la norma, motivadas en la necesidad de evaluar los resultados del régimen transitorio de la jurisdicción contencioso administrativa inaugurado con la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en el año 1977, cobran nueva relevancia dada su coincidencia con principios fundamentales recogidos expresamente en el nuevo texto constitucional: la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial, como manera de acercar la justicia al ciudadano que se sienta afectado por actuaciones de los órganos públicos (artículo 269) y a la vez, con esta medida, apuntalar el objetivo de una tutela judicial efectiva (artículo 26), permitiendo que pueda ser ofrecida oportunamente, ya que un tribunal congestionado difícilmente puede satisfacer adecuadamente las demandas de la administración de justicia, en una sociedad cada vez más numerosa y compleja en sus relaciones jurídicas.

A la vez, dado el grado de desarrollo alcanzado por la jurisdicción contencioso administrativa bajo la vigencia del instrumento que todavía transitoriamente la gobierna, el criterio de interpretación literal del ordinal 14 artículo 42 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal, ya no es sostenible y, antes bien, resulta reñido con la racionalidad que debe caracterizar la organización de toda jurisdicción, pues dada la experiencia ganada con el funcionamiento de los tribunales contencioso administrativos regionales, lo que ha motivado su reorganización cada vez más especializada en once circunscripciones judiciales (Resolución n° 235 del 24 de abril de 1995 del Consejo de la Judicatura); permite sostener que no existen ya fundamentos válidos para que los jueces revisores de la legalidad de actos unilaterales emanados de personas político territoriales distintas de la República, no conozcan también de aquellos actos de naturaleza bilateral que emanan de esos mismos entes, y que por la naturaleza de los intereses debatidos, no susceptibles de incidir de manera grave y directa en la colectividad, no ameriten el examen del más Alto Tribunal.

Por el contrario, estima la Sala que la cercanía con el acontecer local y con los justiciables, en cuyas esferas de derechos inciden directamente tales actos, es una razón adicional que aconseja, como regla general, que sean los jueces superiores regionales de lo contencioso-administrativo quienes conozcan en primera instancia de los problemas suscitados con el cumplimiento, caducidad o nulidad de los contratos administrativos relacionados con ejidos.

En fin, que la suma de consideraciones antes expuestas así como el nuevo ordenamiento constitucional, entendido de acuerdo al principio de interpretación progresiva de la Ley, invocado en otras oportunidades por la Sala Político-Administrativa, conforme al cual debe el órgano jurisdiccional interpretar el sentido y alcance de las leyes adaptándolas a la sensibilidad, al pensamiento y a las necesidades de los nuevos tiempos, con el fin de ponerlas a tono con el ordenamiento jurídico ahora establecido, debiéndose rechazar los criterios anacrónicos que se opongan o dificulten la efectiva vigencia y fundamento del sistema jurídico; todo lo cual obliga a adaptar la interpretación de la norma comentada a los principios recogidos expresamente en el nuevo texto fundamental. Concluye entonces la Sala que una interpretación coherente del ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con los principios contemplados en la nueva Constitución y el sentido original de ese texto legal como instrumento destinado a organizar transitoriamente la jurisdicción conten-

cioso administrativa, conduce a sostener que el conocimiento de causas relacionadas con la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de contratos administrativos celebrados por autoridades municipales sobre terrenos ejidos, corresponde a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo regionales. Así se declara.

En este orden de ideas, visto que la presente causa versa sobre la nulidad de un contrato de venta sobre un terreno de origen ejidal, debe forzosamente esta Sala declarar su incompetencia para conocer y decidir el caso de autos, y en consecuencia, declinar su conocimiento en el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Central, con sede en la ciudad de Maracay, Estado Aragua. Así se declara.

CPCA (398)

7-3-2002

Magistrado Ponente: Perkins Rocha Contreras

Caso: Constructora J.L. Andmer, C.A. vs. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (IAAIM).

De conformidad con el criterio asumido por la Sala Político Administrativa, la Corte se declara competente para conocer de las causas interpuestas con ocasión a los contratos administrativos, suscritos por la Administración Pública Descentralizada del Ejecutivo Nacional.

Determinado el carácter administrativo que reviste la relación contractual existente entre la referida empresa contratista y el "IAAM", pasa esta Corte a analizar si tiene atribuida la competencia para conocer de la nulidad el acto impugnado que ordenó la extinción de la última prórroga del contrato n° C-99-031.

En tal sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, recientemente, bajo ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, en sentencia n° 02731, de fecha 20 de noviembre de 2001, caso: (Instituto Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario de Maracaibo), exp. n° 2001-0730, extendió a los demás tribunales que integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la competencia para dilucidar las controversias derivadas de los contratos administrativos suscritos por los entes de la Administración Pública de la República, la cual tenía atribuida en forma exclusiva de conformidad con previsto en el numeral 14 del artículo 42 en concordancia con el artículo 43 de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que establecen que corresponde a dicha Sala: "Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades"; estableciendo lo siguiente:

"Se interpone en el presente caso, recurso de nulidad conjuntamente con amparo cautelar, contra un decreto mediante el cual se revoca un contrato celebrado entre la recurrente y el Instituto Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario de Maracaibo (IMAU); así como contra la convocatoria a un proceso de preselección de empresas para otorgar en nueva concesión, el objeto del contrato resuelto. Observa la Sala, que el contrato de autos reúne las características que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido como esenciales a la naturaleza de los contratos administrativos, a saber, que una de las partes contratantes sea un ente público; que el objeto del contrato sea la prestación de un servicio público y como consecuencia de lo anterior, la presencia de cláusulas exorbitantes de la Administración, aún cuando no estén expresamente establecidas en el texto de la convención. En efecto, el ente contratante es una persona pública perteneciente a la Administración Pública Descentralizada Regional, el Instituto Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario de Maracaibo (IMAU) y el objeto del contrato está constituido por la prestación de un servicio público, (...) Establecido lo anterior, el numeral 14 del artículo 42 en concordancia con el artículo 43 de Ley Orgánica de

la Corte Suprema de Justicia, establece que corresponde a la Sala Político Administrativa: (...) Ahora bien, la Sala había venido interpretando en sentido amplio, el fuero atrayente de su competencia para conocer de las causas que versaran sobre contratos administrativos, llegando a pronunciarse en casos en que el ente administrativo contratante era distinto a las unidades político territoriales taxativamente señaladas en la norma antes transcrita. Sin embargo, el examen detenido de los principios consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; particularmente, del mandato relacionado con la descentralización del Poder Judicial (artículo 269) como mecanismo que coadyuve a la prestación de servicio de una administración de justicia accesible, expedita y eficaz (artículo 26 *eiusdem*), conduce a la Sala a revisar el criterio jurisprudencial antes aludido. En tal sentido, el respeto a los señalados principios de eficacia, rapidez y fácil acceso a la justicia, garantizados por el enunciado constitucional de descentralización del Poder Judicial, exige atender a la conveniencia de que la causa en primera instancia se eleve al conocimiento de un Juez que desempeñe su función en la región vinculada al lugar de celebración del contrato administrativo o de su ejecución.

De esta forma se garantiza un más fácil acceso al expediente por parte de los interesados o sus apoderados, ya que no tienen que trasladarse, sino dentro de su región para revisarlo, lo que igualmente y sin lugar a dudas, supone también un ahorro del tiempo y dinero necesarios para llevar adelante un procedimiento judicial. En concordancia con lo señalado, considera entonces la Sala, que la norma bajo estudio, esto es el numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, debe ser interpretada de manera restrictiva y atribuyéndole a la ley "el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador" (Artículo 4 del Código Civil Venezolano), en el entendido que sólo conocerá de las causas que versen sobre contratos administrativos celebrados por las unidades político territoriales señaladas expresamente en la citada norma, esto es, la República, los Estados o las Municipalidades. Ello no significa que se pierda el fuero atrayente que sobre dichas causas, por tener implícito un interés público, tiene la jurisdicción contencioso administrativa, pues cuando la causa se refiera a contratos administrativos celebrados por entidades regionales distintas a las citadas en el numeral 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, corresponderá conocer a los tribunales de primera instancia de esta jurisdicción especial, es decir, a los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo de la respectiva circunscripción judicial. Así se declara". (Negrillas de la Corte)

De la decisión transcrita, se evidencia que el régimen atributivo de competencia de la Sala Político Administrativa, previsto en la norma in comento quedó reducido al conocimiento de las acciones y recursos referentes a los contratos administrativos celebrados por los entes políticos territoriales, es decir la República, Estados y Municipios, abandonando dicha Sala el criterio interpretativo en sentido amplio del numeral 14 del artículo 42 *eiusdem*, que confería al Tribunal Supremo de Justicia el conocimiento de los contratos administrativos celebrados por entes públicos contratantes aún distintos a las unidades político territoriales taxativamente señaladas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia:

Cabe destacar, siguiendo la interpretación en sentido amplio de la norma in comento, que el fallo precedentemente citado, no dispuso expresamente, la competencia de las causas interpuestas con ocasión a los contratos administrativos suscritos por la Administración Pública Descentralizada del Ejecutivo Nacional, ante lo cual corresponde asumirla a esta Corte, considerando que, tal como ya se mencionó, la Sala Político Administrativa, extendió tal competencia a los demás tribunales que integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa, quedando reducida la suya, al conocimiento de cualquier acción referente a los contratos administrativos celebrados por los entes políticos territoriales y, la de los Tribunales Superiores en lo Contencioso Administrativo, a los contratos administrativos suscritos por los entes públicos descentralizados municipales y estatales y, que el ordinal 5° del artículo 183 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, prevé la competencia residual de este órgano jurisdiccional.

De ahí que de con fundamento en el criterio recientemente establecido sobre las entidades mencionadas en la norma in comento, esta Corte considera pertinente declararse competente para conocer del recurso de nulidad incoado conjuntamente con la medida innominada solicitada contra el acto n° IAAIM D.M. 01-336, de fecha 22 de noviembre de 2001, emanado del Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía, adscrito al Ministerio de Infraestructura, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 5° del artículo 183 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y, así se decide.

4. *El Contencioso Administrativo de los servicios públicos*

A. *Competencia*

CPCA (644)

3-4-2002

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Es a la jurisdicción contencioso administrativa que le corresponde dirimir los conflictos o querellas referidas a la prestación de los servicios públicos.

Dicho todo lo anterior, la Corte observa que yerra la representación en juicio de la accionada, cuando pretende desvirtuar el conocimiento de esta Corte de los reclamos sobre la prestación de los servicios públicos y, por tanto, pretendiendo la revocatoria del mandamiento cautelar acordado, señalando que la “empresa” ha actuado en el marco de una relación “(...) contractual eminentemente mercantil y mediante un proceder de derecho privado”, con lo cual la acción cautelar de amparo carece de objeto.

Así pues, se observa que por la naturaleza del servicio prestado y por el ámbito de los intereses en conflicto, incuestionablemente, el objeto que envuelve la presente acción, no es otro sino el referido al campo de los servicios públicos, cuya garantía de salvaguarda judicial se identifica con el contencioso administrativo de los servicios públicos.

En tal sentido, la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra un tratamiento especial sobre la creación, prestación, disfrute y protección de los servicios públicos, para lo cual, no se limitó simplemente a establecer un fuero especial para dirimir conflictos o querellas al respecto, confiado a la jurisdicción contencioso administrativa, según lo dispuesto en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino también, distribuyó su prestación en las diversas personas político territoriales, de conformidad con lo establecido en los artículos 84, 86, 102, 103, 108, 156 numeral 29, 164 numeral 8, 178 y 196 numeral 6 *eiusdem*, como a su vez el otorgamiento de una legitimación activa especial (más no exclusiva como excluyente), en titularidad de la Defensoría del Pueblo, consagrada en el artículo 281 *eiusdem*.

En ese último sentido, respecto de la legitimación activa, si bien -huelga comentar que cualquier ciudadano que demuestre, aún simple interés, según lo establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, podrá interponer las acciones que le asistan por la reclamación de los servicios públicos-, no obstante, de particular importancia la legitimación activa que detenta la Defensoría del Pueblo ex numeral 2 del artículo 281 *eiusdem*, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 281. Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:

...omissis...

2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos". (Subrayado de esta Corte).

De manera tal que, infundada también resulta la oposición efectuada por la accionada, en cuanto a la pretendida falta de legitimación de la Defensoría del Pueblo. Así se decide.

Por otra parte, advierte esta Corte que, ante la ausencia de parámetros legales y el establecimiento de un régimen que sistematice la reclamación en materia de servicios públicos, ha correspondido a los jueces con competencia en lo contencioso administrativo, desarrollar la previsión contenida en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme a los supuestos de procedencia antes señalados, en los casos en que se verifique: (i) la supresión o falta del servicio; (ii) la prestación parcial o deficiente; (iii) el cobro no ajustado a la legalidad o anormal; (iv) los daños derivados de la falta o deficiencia del servicio y; (v) los actos administrativos de autoridad, dictados por entes privados en materia de servicios públicos concurrentes o virtuales, en donde se observa, entre otros fallos de esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fechas 10 de marzo de 2000 (Caso Hidrocapital); 14 de abril de 2000 (Caso IVSS); 6 de noviembre de 2000 (Caso Hidrocapital II), y más recientemente, el contenido en esta causa del 6 de julio de 2001 (Caso Electricidad de Caracas).

De manera tal que, la principal defensa de la agravante, la ausencia de fuero especial, encierra una extraña argumentación de parte hábil, pues, tal y como consta en autos, dicha representación judicial ha invocado semejante fuero, en diversas causas en donde ha sido accionada la empresa prestadora del servicio público en estudio.

Por otra parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante fallo de fecha 8 de diciembre de 2000, asentó que ante la ausencia de mecanismos inmediatos para la reclamación de los servicios públicos, la acción de amparo constitucional fungía como instrumento idóneo para tales fines, en los siguientes términos:

"Las concesiones administrativas son formas indirectas de gestión de los recursos de la Nación o de los servicios públicos que debe prestar la Administración, y las de servicio público, en particular, son negocios jurídicos por los cuales la Administración encomienda a otra persona la explotación de un determinado servicio público, mediante una remuneración pactada, la cual puede ser fija o determinada por los resultados financieros o por cualquier otra modalidad. Difiere de la concesión de bienes o recursos, en que en estos últimos, se entrega un recurso propiedad de la Nación, a un particular para que lo explote.

La Administración puede organizarlos, lo que es en materia de servicios públicos parte de su potestad, como resultado de su poder reglamentario, y tal reglamentación es previa e independiente de la concesión, debiéndose ceñir a ella el concesionario.

La concesión de servicio público, que es la que corresponde al caso *sub iudice*, contiene un conjunto de derechos y obligaciones que asume el concesionario, quien a su vez adquiere obligaciones y derechos que son potestativos de la Administración y que cumple o ejerce en relación con los usuarios del servicio público; ella se otorga mediante convenio o contrato.

...omissis...

Teniendo en cuenta los alegatos esgrimidos por ambas partes, esta Sala considera pertinente hacer algunos señalamientos en torno a la acción de amparo constitucional como mecanismo de protección exclusivo de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin, se observa:

De conformidad con los artículos 27 de la vigente Constitución y 1º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los derechos tutelados por el amparo

son: 1) Los derechos y garantías constitucionales, que no son otros que los establecidos explícita o implícitamente en la Carta Fundamental; 2) Los derechos fundamentales o inherentes a la persona humana en general, así ellos no aparezcan en la Constitución, por lo que los determina el Juez constitucional; o que se encuentran señalados en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, no reproducidos expresamente en la Constitución, que hayan sido suscritos o ratificados por Venezuela (artículos 21 y 22 de la vigente Constitución).

Cuando el goce y/o el ejercicio de estos derechos se niega, procede la acción de amparo, si se cumple con el resto de los requisitos de Ley para ello. En consecuencia, no están tutelados por la acción de amparo, la infracción de derechos que nacen de la Ley en sentido lato, de los tratados internacionales que no versan sobre Derechos Humanos, o que nacen de los contratos. A pesar de que las leyes desarrollan la Constitución, la infracción de los derechos que emergen de ella, o de los contratos, no se consideran violaciones directas de la Constitución, que ameriten la utilización de uno de los mecanismos protectores de la Carta Fundamental, cual es el amparo.

En el caso de autos, son derechos emanados del contrato de concesión, los que denuncia infringidos la parte actora. Tal relación puede dar lugar a las acciones ordinarias que nacen de los contratos administrativos, mas no a la de amparo, ya que las normas constitucionales que se señalan transgredidas, no podían serlo -en el presente caso- porque una de las partes incumpla sus obligaciones contractuales, o derive de él consecuencias discutibles entre las partes.

Ahora bien, quiere esta Sala puntualizar que así como la Ley, o el acto administrativo, puede utilizarse o producir enervamiento del goce y del ejercicio de derechos y garantías constitucionales de las personas, igualmente el contrato o su ejecución puede producir el mismo resultado.

Los artículos 3, 4 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establecen la acción de amparo contra normas inconstitucionales, o contra sentencias y actos judiciales o administrativos que lesionen derechos o garantías constitucionales. Acción que viene dada por la privación o minimización del goce y ejecución de dichos derechos y garantías.

Así como el contenido de las normas, fallos y actos pueden desaplicar la norma constitucional, igualmente la cláusula contractual o su interpretación, con su colorario la ejecución del convenio, pueden igualmente enervarle a las personas derechos y garantías constitucionales. Tan transgresora es la Ley que implanta la pena de muerte, como el contrato que somete a alguna persona a la esclavitud; y es que la norma suprema, fundamento del ordenamiento jurídico (artículo 7 de la vigente Constitución), no puede ser resquebrajada o inaplicada bajo ninguna circunstancia, por ello en Venezuela no pueden distinguirse derechos constitucionales fundamentales, de derechos implícitos, o de derechos constitucionales en sentido lato o estricto.

Esta realidad, hace posible que la acción de amparo se utilice para impedir un perjuicio a una situación jurídica, o para restablecerle si hubiese sido infringido, a pesar de que medie entre las partes una relación contractual, así sea de naturaleza administrativa.

En materia de servicios públicos, como en el caso de autos, nacen derechos derivados de la concesión, de su contexto, los cuales se incumplen y no fundamentan una acción de amparo constitucional, pero cuando el abuso de esos derechos vacía el contenido de un derecho humano fundamental o un derecho o garantía constitucional, haciéndolo nugatorio, se está ante una violación directa de la Constitución, que da lugar al amparo, y que con relación a la prestación masiva de servicios públicos, permite un amparo protector de derechos o intereses difusos o colectivos, que incluso puede ser interpuesto por la Defensoría del Pueblo. Ello sin perjuicio de otras acciones mediante las cuales la participación ciudadana, directa, o indirectamente mediante la Defensoría del Pueblo, controle la protección de los servicios públicos, procurando su correcto funcionamiento, la erradicación de la arbitrariedad, las desviaciones de poder, etc.

Lo ideal es que muchas de estas fallas se ventilen mediante un contencioso de los servicios públicos; pero otras tendrán abierta la vía del amparo constitucional, ya que las transgresiones realizadas por los prestadores de servicios, son contrarias a derechos y garantías constitu-

cionales, y se hace necesario evitar un daño irreparable a la situación jurídica de las personas (a veces miles), perjudicadas por el servicio defectuoso o arbitrario.

Basta pensar en el caso de que sin justificación, ni razonabilidad alguna, se tome una medida que no obedece a argumentos que puedan ser justificados y explicados a los usuarios del servicio, y de manera extorsiva se les niegue el servicio (luz, agua, teléfono, etc.) si no cumplen con la exigencia de quien lo presta. Podría ser que el contrato considerase tal posibilidad a favor del prestador del servicio, pero el uso abusivo (que no puede ser tutelado por ningún convenio) al privar de las necesidades básicas a la población (agua, luz, teléfono, aseo urbano, etc.), afecta un derecho fundamental del ser humano, cual es el del libre desenvolvimiento de su personalidad, que mal puede llevarse adelante cuando se ve privado de elementos básicos para ello, debido a la conducta arbitraria del prestador del servicio.

No se trata del incumplimiento contractual del usuario o de interpretaciones al convenio, sino del ajuste a los precios que él paga, a las tarifas, peajes y otras exacciones semejantes, producto de un injustificado y desproporcionado aumento (irrazonable) por parte del servidor, que priva a las personas de las necesidades básicas si no cancela el ajuste o el aumento, y que al coaccionarlo a cumplir mediante el pago inmediato a cambio de no cortar el servicio, le impide que goce de la vivienda con los servicios básicos esenciales (artículo 82 de la Constitución), o que se ejerza el derecho al trabajo (artículo 87 *eiusdem*), según los casos.

No se trata del usuario que no cumple con la obligación y recibe la sanción a tal conducta (suspensión del servicio), sino de la actividad arbitraria de quien suministra el servicio, que infringe derechos y garantías constitucionales básicas de las personas, actitud que a pesar de que pudiese estar contemplada en los contratos, equivale a vías de hecho.

Los contratos de adhesión en materia de servicios públicos, no pueden condicionar la suspensión del servicio, al cumplimiento de obligaciones y de actividades, que impone unilateralmente el prestador, sin ningún tipo de justificación o razonabilidad, y cuyo resultado es la infracción de derechos constitucionales del adherente. No está de más que esta Sala recuerde que la razonabilidad en los ajustes de precio, es principio cardinal según el Decreto N° 138 sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales.

Por otra parte, debe la Sala destacar, que así como la Ley trata de precaver la interrupción de los servicios públicos, debido al daño colectivo que ello causaría, motivo por el cual el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, impide se ejecuten medidas judiciales sobre bienes afectos a un servicio público, hasta que la Procuraduría General de la República, en un plazo de 60 días, tome las medidas necesarias para que no se interrumpa la actividad, por razones de igualdad, el prestador del servicio, que pretende suspenderlo fundándose en motivos que sólo él controla, solo puede hacerlo una vez notificado el usuario de la situación, y que se le haya proveído a éste de un plazo para que pida y reciba las explicaciones necesarias, a fin de controlar la posibilidad de una acción abusiva en su contra.

Ante la injustificada privación de los servicios básicos esenciales a que tiene derecho el ser humano en la vivienda que ocupa (artículo 82 de la vigente Constitución) y de los cuales venía gozando; así como la privación del acceso de los servicios que garanticen la salud en sentido amplio, lo que incluye la higiene en el lugar de trabajo o en el hogar (artículo 83 *eiusdem*); y la infracción que las prácticas expresadas causan al artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda persona a fin de ejercer los derechos consagrados en dichos artículos, tiene en su cabeza la acción de amparo constitucional a fin de hacer cesar la amenaza al goce y ejercicio de los derechos constitucionales señalados, y al restablecimiento de la situación jurídica lesionado por la violación de esos derechos.

El artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, otorga a toda persona el derecho a disponer de servicios de calidad y de recibir de éstos un trato equitativo y digno, norma que al no diferenciar se aplica a toda clase de servicios, incluidos los públicos.

La Ley garantizará esos derechos, así como la defensa del público consumidor y el resarcimiento de los daños ocasionados; pero la ausencia de una Ley no impide a aquél a quien le lesionan la situación jurídica en que se encontraba con relación a un servicio, defenderla, o pedir que se le restablezca, si no recibe de éste un trato equitativo y digno, o un servicio, que

debido a las prácticas abusivas, se hace nugatorio o deja de ser de calidad. Ante estas infracciones a normas de la Ley Fundamental, el perjudicado tiene la vía del amparo constitucional, sin perjuicio de que las acciones a favor de los consumidores en general, si es que la práctica abusiva es generalizada, pueda incoarla la Defensoría del Pueblo, conforme a los numerales 2 y 3 del artículo 281 de la vigente Constitución.

Es más, si la práctica abusiva es generalizada contra los consumidores o sectores de ellos, incluso quien acciona el amparo podía argüir la protección de derechos o intereses difusos o colectivos, motivo por el cual en el proceso habrá que citar a la Defensoría del Pueblo, tal como se señaló en fallo de esta Sala de 30 de junio de 2000.

Una serie de derechos de protección al consumidor pueden generar las leyes, destinados a las formas colectivas de resarcimiento, a las informaciones sobre el contenido y características de los servicios, a la garantía de la libertad de elección de los mismos, etc.; y su violación dará lugar a infracciones de Ley, que como todas aquéllas que desarrollan la Constitución, no están tuteladas directamente por la acción de amparo, pero que dan lugar a la cobertura protectora del consumidor conformada por las demás acciones y recursos necesarios para el correcto funcionamiento de los servicios públicos; y el correctivo a las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores en la prestación de los mismos, contemplado en los numerales 2 y 3 del artículo 281 de la Constitución de 1999, en cuanto a las acciones allí previstas, también pertenecen a los ciudadanos.

Hay servicios públicos, como el eléctrico, por ejemplo, en que la Ley (Decreto con rango y Fuerza de Ley del Servicio Eléctrico), hace nacer derechos y obligaciones a los usuarios y a los prestadores del servicio, y lo relativo a esos derechos no estarían tutelados por el amparo constitucional, por lo que deberán ventilarse mediante los procesos ordinarios, mientras no se dicte una Ley que rija el contencioso de los servicios públicos.

Pero, la suspensión o privación abusiva del servicio, fundada en la falta de pago de lo facturado por un servicio que efectivamente no se recibió, o cuya recepción no puede ser demostrada, o que no corresponde a una tarifa o suma razonable, desborda los derechos emanados de la Ley, se trata de un abuso que invade derechos constitucionales, impidiendo el goce y ejercicio de los mismos por quienes son víctimas de la suspensión o privación del servicio, y cuando ello sucede, el derecho conculcado es el constitucional, y es el amparo la vía ideal para impedir la amenaza o lesión en la situación jurídica fundada en dicho derecho. En casos como estos, no sólo el amparo propende a la reanudación del servicio, sino que como parte de la justicia efectiva la reanudación puede hacerse compulsivamente, sin perjuicio de las acciones penales por desacato al fallo que se dicte en el amparo". (Negrillas y subrayado de esta Corte).

5. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Funcionarial*

a. *Competencia*

CPCA (92)

31-1-2002

Magistrado Ponente: Ana María Ruggeri Cova

Caso: Elia M. Osorio vs. Gobernación del Estado Carabobo

La jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de los recursos interpuestos por los docentes con ocasión del reclamo de sus derechos derivados de la relación de empleo con la Administración Pública.

Llegado el momento de decidir, esta Corte observa que con anterioridad, en casos como el presente, cuando lo planteado se contraía al reclamo de un Docente contra la Administración empleadora, este Órgano Jurisdiccional apreciaba que las pretensiones deducidas co-

respondían a reclamaciones hechas por Docentes en relación con los derechos derivados de su relación de trabajo y en virtud de ello, se abstuvo de conocerlas utilizando como argumento la supuesta incompetencia de los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa y por ende de esta Corte, declinando en consecuencia dichos casos, en los Tribunales con competencia en materia del Trabajo, todo ello en acatamiento del criterio sentado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 3 de mayo de 2000 (caso: Carmen Pineda Vs. Gobernación del Estado Lara), ratificado en fecha 24 de enero de 2001 (caso: Adrián Fariñez Campos vs. Ministerio de Educación, Cultura y Deportes).

Por lo expuesto, antes de entrar a revisar el fallo objeto de apelación por ante este órgano jurisdiccional, dado que la recurrente es una docente adscrita al Ejecutivo del Estado Carabobo, es preciso determinar la competencia de esta Corte para el conocimiento de la presente causa y a tal efecto resulta pertinente citar la decisión dictada en fecha 28 de septiembre de 2001 con ponencia del Magistrado Perkins Rocha Contreras, en el caso Carlos Alberto Gazui Rojas contra el Director de la Zona Educativa del Estado Yaracuy y el Jefe de Recursos Humanos del Ministerio de Educación, expediente n° 01-25555, en la cual esta Corte declaró su competencia para conocer y decidir las pretensiones deducidas por docentes, en virtud del carácter de la función pública que desempeñan.

“(…) Con base en lo expuesto, la Sala de Casación Social, incorporando en su análisis el artículo 5° de la Ley Orgánica del Trabajo y el 1° de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo, en concordancia con lo previsto en los artículos 86 y 87 de la Ley Orgánica de Educación y el ordinal 5° del artículo 6 de la mencionada Ley de Carrera Administrativa del Estado Lara, concluyó en ese caso concreto que, efectivamente el competente era el Juzgado Superior del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, el cual *ab initio* cuando le fue sometido el conocimiento del asunto en segunda instancia, se había declarado incompetente, declinando en esa oportunidad en el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de dicha Circunscripción Judicial.

(…) la Sala en ese caso en particular tuvo como fundamento, en criterio de esta Corte, la Ley de Carrera Administrativa del Estado Lara, la cual excluye de manera expresa del ámbito de aplicación subjetiva al personal docente dependiente del ejecutivo regional, más que los argumentos referidos a la naturaleza de la relación de trabajo y a la condición o cualidad del sujeto accionante. Tal situación en opinión de esta Corte, condujo indefectiblemente al Tribunal Supremo de Justicia, en su Sala de Casación Social, arribar a la decisión adoptada.

Sin embargo, en el segundo de los casos citados *ut supra*, la mencionada Sala de Casación Social, en fecha 24 de enero de 2001, reiteró el referido criterio y además estableció que la competencia para conocer de los asuntos laborales de los docentes contra el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, correspondía a los Juzgados del Trabajo por la especialidad de la materia, es decir, por la naturaleza del reclamo y en virtud de la remisión expresa que hace la Ley Orgánica de Educación en su artículo 86. En refuerzo de lo anterior, también expresó que si bien es cierto el artículo 5 de la Ley de Carrera Administrativa prevé un régimen de exclusión o excepción al estatuto general aplicable a los funcionarios públicos que no excluye al personal docente dependiente del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, no se debe obviar el carácter orgánico de la Ley de Educación, la cual determina su aplicación preferente, dada su jerarquía, sobre las leyes especiales, por consiguiente sobre la Ley de Carrera Administrativa.

Aún cuando esta Corte, en acatamiento de las dos sentencias antes aludidas emanadas del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, dictó varios fallos declinando su competencia en los Tribunales del Trabajo, justifica que hoy, después de una profunda reflexión sobre el tema, se plantee la necesidad de revisar el criterio últimamente adoptado, toda vez que dichas decisiones se apartaron de la jurisprudencia pacífica que con relación a la competencia para conocer de los asuntos planteados por el personal docente en sus relaciones de trabajo con la administración se venía aplicando, pues era indiscutible que en primera instancia, tal competencia correspondía a los Tribunales Contenciosos Administrativos”.

En relación con la concepción de funcionario público destacó la Corte, en la decisión parcialmente transcrita, dos características importantes “la prestación personal del servicio a

un ente u órgano público del Estado y, que dicho servicio se encuentra sometido a un régimen legal determinado, configurando todo ello una relación o vinculación del sujeto con el organismo o ente empleador, constituyéndose lo que se ha denominado “Relación de Empleo Público”, para concluir que “los miembros del personal docente al servicio del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes son sin duda alguna funcionarios públicos, no sólo porque se les aplica un conjunto normativo particular previsto en la Ley Orgánica de Educación y demás reglamentos dictados por el Ejecutivo Nacional, en los cuales se establece una situación estatutaria, es decir, de carácter objetivo y general, creada unilateralmente y por lo tanto modificable, sino porque además la Constitución vigente, en su artículo 102, le reconoce a la educación el carácter de servicio público”.

En cuanto a los docentes dependientes de los Estados y de los Municipios, dada la existencia en la Ley Orgánica de Educación de disposiciones relativas al ejercicio de la profesión docente en planteles que no dependen de dicho Ministerio, indicó que tal criterio les resulta aplicable, en virtud de la norma prevista en los artículos 76 y 134 del referido texto legal, al dejar establecido que la presencia del régimen estatutario se evidencia en los artículos 92 y 96 *eiusdem* para concluir que “el sistema sobre el cual descansa la relación de trabajo, que vincula a los docentes con las administraciones públicas, con los organismos o entes públicos dependientes, ya sean del Ejecutivo Nacional (Administración Pública Nacional), de los Estados (Administración Pública Estatal) o los Municipios (Administración Pública Municipal), responde a la tesis estatutaria, por cuanto pauta un régimen jurídico determinado y consagra la carrera y la profesionalidad como prestación permanente del servicio”.

Respecto a la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de los recursos interpuestos por los docentes con ocasión del reclamo de sus derechos derivados de la relación de empleo con la administración pública, esta Corte, refiriéndose al criterio establecido por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 17 de enero de 1983 y acogido en el cambio de criterio aquí comentado, concluyó que lo dispuesto en los artículos 86 y 87 de la Ley Orgánica de Educación y el artículo 26 de la Ley de Carrera Administrativa, no podía colegirse que los docentes estuvieran excluidos del régimen general de protección jurisdiccional previsto en la Ley de Carrera Administrativa y que por el contrario, se encontraran sometidos a la jurisdicción laboral. De allí que el análisis se hizo a la luz del artículo 126 de la Ley Orgánica de Educación que permite el ejercicio del recurso contencioso administrativo contra las sanciones impuestas por el Ministerio de Educación. Al respecto señaló que la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en esa oportunidad precisó “que la previsión contenida en el artículo 86 refiere expresamente a las situaciones previstas en el Capítulo III (estabilidad, sindicación y prestaciones sociales) debe dárseles el tratamiento consagrado -desde el punto de vista de la aplicación de las normas de contenido sustantivo- bien sea en la propia Ley Orgánica de Educación o en la Ley del Trabajo, hoy Ley Orgánica del Trabajo y que ello no significa en forma alguna que, de ser vulnerados o desconocidos tales derechos, las acciones tengan que ser intentadas ante los Tribunales del Trabajo”.

En atención a ello, esta Corte concluyó que “no puede interpretarse el citado artículo 86 de forma distinta a la contenida en el fallo en comento, dado que la competencia corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, en virtud de que, aceptar lo contrario conllevaría a admitir que los sujetos que están bajo el régimen jurídico de la Ley de Carrera Administrativa pudieran realizar sus reclamos funcionariales por ante órganos distintos a la mencionada jurisdicción, constituyéndose así una incongruencia entre la naturaleza de la función pública desempeñada y los órganos de control de la actividad administrativa específica”.

A los fines de determinar la competencia de esta Corte para conocer de la presente causa, es preciso destacar que la recurrente señaló que es una docente al servicio del Ejecutivo del Estado Carabobo.

En este caso la actuación de los funcionarios administrativos, constitutiva presuntamente de la ilegal actuación de la administración estatal, surge en el seno de una relación jurídico-administrativa materialmente funcional, pues versa sobre la solicitud de nulidad por ilegalidad de la Resolución n° 013 de fecha 4 de mayo de 1989, emanada de la Secretaría General de Gobierno del Estado Carabobo, que destituyó a la recurrente del cargo de Supervisora I de Educación Preescolar y Básica que venía ejerciendo en el referido Estado. De ahí que como señaló la aludida sentencia de esta Corte, “se trata de la impugnación de la actuación u omisión administrativa que, además de afectar la esfera jurídica de un funcionario público, como lo es un docente adscrito al referido Ministerio, está regido por las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa, por cuanto la exclusión de tal régimen funcional no está contemplada dentro de las excepciones establecidas en el artículo 5 de la referida Ley”.

Así, esta Corte es del criterio que tratándose el presente caso de una docente presuntamente afectada por la actuación administrativa de un órgano del Ejecutivo del Estado Carabobo, en virtud del principio del juez natural, los órganos competentes para controlar tal actuación u omisión son los de la jurisdicción contencioso administrativa. En consecuencia esta Corte es competente para conocer de la consulta elevada. Así se decide.

Siendo ello así y consciente esta Corte de que un número de casos como el presente fueron declinados a los juzgados con competencia en materia laboral, establece que a partir del fallo citado *ut supra* se retoma la posición que con anterioridad al referido auto de la Sala de Casación Social, tenía en cuanto a los reclamos suscitados con motivo de la función docente, los cuales entonces continuarán bajo el conocimiento de los tribunales contencioso administrativos, bien el Tribunal de la Carrera Administrativa, bien los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo, dependiendo en cada caso, que se trate de docentes al servicio del Ministerio de Educación o al servicio de los órganos regionales y locales.

b. *Aplicación supletoria de la Ley de Carrera Administrativa a los Municipios*

CPCA (76)

31-1-2002

Magistrado Ponente: Ana María Ruggeri Cova

Caso: Beatriz J. Mujica G. vs. Alcaldía del Municipio Ospino del Estado Portuguesa.

La supletoriedad de la Ley de Carrera Administrativa no puede extenderse al establecimiento de una limitación al acceso a la justicia, como lo es el agotamiento de la vía administrativa.

El primer aspecto debatido sobre el cual debe pronunciarse esta alzada, es el relativo a la admisibilidad del recurso interpuesto, por no haberse agotado la vía administrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 124 Ordinal 2°, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en concordancia con lo previsto en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, toda vez que, en criterio del apelante, la sentencia dictada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, al admitir el recurso de nulidad sin que se hubiere verificado el agotamiento de la vía gubernativa, incurrió en el vicio de falta de aplicación de una norma jurídica debidamente alegada por el accionado.

En este sentido, el Tribunal *a quo*, declaró que no se requería “(...)en el caso de autos el agotamiento de la vía administrativa, por haber sido el acto emanado del Jerarca (...)”

Al respecto, esta Corte observa:

El acto administrativo impugnado emanó del ciudadano Alcalde del Municipio Ospino de Estado Portuguesa, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 74, Ordinal 5°, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el cual es del siguiente tenor:

“Artículo 74.- Corresponde al Alcalde, como Jefe de la rama Ejecutiva del Municipio, las funciones siguientes:

(...*Omissis*...)

5°.- Ejercer la máxima autoridad en materia de administración de personal y, en tal carácter, nombrarlo, removerlo o destituirlo, conforme a los procedimientos establecidos, con excepción del personal asignado a la Cámara, Secretaría y Sindicatura Municipal, cuya administración corresponde al Concejo o Cabildo, a proposición de los respectivos titulares;

(*Omissis*)”

La norma antes transcrita establece que el ciudadano Alcalde es la máxima autoridad en materia funcional en el órgano ejecutivo del Municipio, por lo que está facultado para nombrar, remover y destituir a los funcionarios adscritos al ente local, todo de conformidad con los procedimientos establecidos.

De lo hasta aquí expuesto se infiere, que el acto administrativo impugnado está referido a la materia funcional emanado de la máxima autoridad jerárquica de un ente local. Por consiguiente, es menester determinar cual es la normativa aplicable al caso planteado, lo que permitirá a esta Corte decidir si el recurrente debía intentar el recurso de reconsideración previsto en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para así poder acceder a esta vía jurisdiccional.

En este sentido, y tal como lo ha señalado reiteradamente esta Corte, la Ley de Carrera Administrativa resulta aplicable supletoriamente a los Municipios, en ausencia de un estatuto funcional contenido en una Ley local, dictada por el Concejo Municipal de conformidad con lo establecido en los numerales 3° y 10° de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, conforme a los cuales:

“Son facultades de los Concejos y Cabildos:

3°. Sancionar Ordenanzas y dictar Acuerdos;

(...)

10°.- Aprobar el sistema de administración del personal al servicio de la entidad y establecer la escala oficial de sueldos de los funcionarios; (...)” (Resaltado y subrayado de esta Corte)

Ante la ausencia de una normativa local en materia funcional, resulta entonces aplicable supletoriamente la Ley de Carrera Administrativa, en los términos señalados por esta Corte en sentencia de fecha 27 de abril de 2000:

“De modo que, no se trata de una impugnación de un acto administrativo, sino por el contrario estamos en presencia de una querrela funcional, que en principio, por ser el querellante un funcionario del Municipio Libertador del Distrito Federal, debe regularse de conformidad con lo establecido en la Ordenanza de Carrera Administrativa para los Empleados o Funcionarios Públicos al servicio del citado Municipio, y en aquellos aspectos no regulados en la mencionada ordenanza debe aplicarse supletoriamente la Ley de Carrera Administrativa.” (Caso *Omar Ramón Font Palacios*)

En consecuencia, la normativa aplicable en forma supletoria al caso planteado, es la Ley de Carrera Administrativa, por lo que en el supuesto de que fuera necesario agotar la vía administrativa, lo sería bajo las normas y en los términos previstos en dicha Ley, dada la naturaleza funcional de la querrela interpuesta, y no como lo señala la representante del

Municipio Ospino del Estado Portuguesa, de acuerdo a los procedimientos de segundo grado previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

No obstante lo expuesto, esta Corte observa que la supletoriedad de la Ley de Carrera Administrativa a que se ha hecho referencia, no puede extenderse al extremo de imponer condiciones para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, que por constituir una limitación a la garantía constitucional de acceso a la justicia prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe estar prevista expresamente en la Ordenanza que regule la relación funcionarial, lo cual no ocurre en el caso que se decide.

Este ha sido el criterio sostenido por este alzada, contenido en sentencia de fecha 17 de diciembre de 1998, cuyo texto es del siguiente tenor:

“En tal sentido observa esta Alzada, que el agotamiento de la vía conciliatoria constituye un requisito de acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, una limitación a las garantías constitucionales de los ciudadanos, por tanto, la misma debe estar prevista expresamente en una Ley formal, por ser los requisitos de admisibilidad de reserva legal además con la determinación precisa de los supuestos en los que ha de exigirse, lo que no ocurre en este caso, ya que la Ley de Carrera Administrativa Nacional en la que se fundamentó el *a quo*, no podría aplicarse supletoriamente para limitar el aludido acceso, y por lo que atañe a la Ordenanza de Carrera Administrativa para los Funcionarios al Servicio de la Municipalidad del Municipio Autónomo Sucre, al no ser Ley Nacional, no podría establecer en forma imperativa el agotamiento de la vía conciliatoria, lo que por cierto no hace, toda vez que en su artículo 69 establece en forma optativa el agotamiento de dicha vía.

Por tanto al no ser exigibles a dichos funcionarios municipales el agotamiento de la vía conciliatoria ante la Junta de Avenimiento mal estimó el *a quo* la Inadmisibilidad del recurso por la referida causal, por tanto esta Alzada revoca el fallo apelado y ordena devolver el expediente al Tribunal *a quo* a los fines de que se pronuncie sobre el fondo del asunto debatido, y así se decide.” (Caso *Yilia Marveli Poleo León*, Exp. 98-21015)

Al amparo de todo lo expuesto, es forzoso para esta alzada concluir:

1.- Que la normativa aplicable, atendiendo a la naturaleza de la querrela planteada, es la Ley de Carrera Administrativa, cuyas disposiciones se aplican supletoriamente. Así se decide.

2.- Que la supletoriedad de la Ley de Carrera Administrativa no puede extenderse al establecimiento de una limitación al acceso a la justicia, como lo es el agotamiento de la vía administrativa, y, por consiguiente, el recurrente no estaba obligado a agotar la vía administrativa, por cuanto no existe Ordenanza (Ley local) que expresamente estableciera el procedimiento de revisión o conciliación aplicable a los funcionarios destituidos o removidos de la función pública local en el Municipio Ospino del Estado Portuguesa. Así se decide.

3.- Que disiente del criterio del Tribunal *a-quo* en el sentido que si bien es cierto el recurrente no tenía la obligación de agotar la vía administrativa, ello no se fundamenta en que el acto haya sido emanado del superior jerárquico del Municipio (Alcalde), sino en virtud de los razonamientos antes expresados. Así se decide.

De seguidas, esta Corte estima necesario, en virtud de las facultades inquisitivas del juez de la jurisdicción contencioso administrativa, analizar la motivación de la sentencia recurrida en relación a la nulidad absoluta del acto administrativo recurrido.

En este sentido, el Tribunal *a-quo* señala:

“En consecuencia, el acto administrativo por el cual fue destituida la recurrente es absolutamente por la falta total y absoluta inobservancia de las normas legalmente establecidas, lo que se evidencia en la ausencia de procedimiento, encuadrando dicha situación dentro de los

supuestos del Ordinal 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo que genera la nulidad absoluta del acto recurrido violentándose, por vía de consecuencia, el derecho a la prueba, el derecho a la defensa, a hacerse parte, a ser oído y el derecho a la igualdad de las partes, todos éstos consagrados en los artículos 48, 68, 23, 58 y 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.”

Al respecto, esta Corte debe reiterar que en ausencia de una Ley local que regule el régimen de administración de personal, deben aplicarse supletoriamente las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa, por cuanto si un Municipio no da cumplimiento al artículo 153 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y se abstiene de dictar la correspondiente ordenanza que regule la función pública local, es evidente que tal omisión no puede resultar en perjuicio de los funcionarios públicos municipales quienes quedarían en total desamparo y al libre albedrío de la voluntad del Alcalde de turno.

En tal virtud, en el caso planteado, dependiendo de la naturaleza de la forma de retiro de la administración pública municipal (remoción o destitución), lo cual no se infiere del acto administrativo impugnado, ha debido aplicarse el procedimiento que para cada uno de esos casos prevé la Ley de Carrera Administrativa.

Así lo ha señalado esta alzada, en los siguientes términos:

“En cuanto al argumento de la prescindencia de procedimiento legalmente establecido, en efecto todo acto administrativo debe realizarse de acuerdo a un procedimiento constitutivo y previo a su ejecución. Si bien es cierto que para los funcionarios pertenecientes a los Estados rige la normativa sobre carrera administrativa estatal, también lo es que cuando en ella no se prevea procedimiento a fin de efectuar remociones y retiros, debe supletoriamente acudir en tanto y en cuanto sea aplicable, a la Ley de Carrera Administrativa que rige a los funcionarios pertenecientes a la Administración Pública Nacional.” (Sentencia de fecha 06 de julio de 2000, *caso Gobernación del Estado Lara contra el fallo emanado del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental en fecha 27 de noviembre de 1998*).

Con fundamento en lo expuesto, es que en criterio de esta Corte, debe declararse que el acto administrativo impugnado está viciado de nulidad absoluta, toda vez que fue dictado con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido en la Ley de Carrera Administrativa -aplicable supletoriamente-, según lo previsto en el artículo 19, numeral 4 y de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así se declara.

B. *El Contencioso Administrativo Tributario: Medidas cautelares*

TSJ-SPA (44)

22-1-2002

Magistrado Ponente Hadel Mostafá Paolini

Caso: Laura's Rent A Car, C.A. vs. Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario.

El juez contencioso administrativo (y en especial el contencioso tributario) está constitucionalmente habilitado para dictar cualquier medida cautelar requerida en el caso concreto, para asegurar tanto los derechos del administrado (contribuyente), como del Fisco en cualquiera de sus manifestaciones (Nacional, Estatal o Municipal), a

los fines de evitar que resulte ilusoria la ejecución del fallo definitivo. El poder cautelar del juez en esta materia llega a la potestad de decretar las medidas cautelares incluso de oficio, cuando las circunstancias del caso concreto así lo ameriten.

En efecto, la constitución de fianza suficiente, no es una medida cautelar de las consagradas en el artículo 211 del Código Orgánico Tributario de 1994, por lo que la representación del Fisco Nacional incurrió en términos del *a quo*, en un error en la fundamentación de su solicitud de las medidas cautelares, al no ser su fundamento o base legal las disposiciones previstas en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante lo anterior, es criterio de esta Sala, que tal error en la fundamentación de la solicitud planteada por el Fisco Nacional, no puede constituir una razón para coartar o limitar la posibilidad de decretar una caución o fianza a favor de alguna de las partes, debido a los amplios poderes que posee el juez contencioso tributario para decretar medidas cautelares cuando lo considere pertinente, previo el cumplimiento de los requisitos de procedencia.

En tal sentido, constata esta Sala, que la representación de la parte apelante, incurre en un error al fundamentar la formalización de la apelación interpuesta, al confundir la medida cautelar decretada en este proceso contencioso tributario con las previstas para el juicio ordinario civil. En efecto, dicha representación expone en el escrito de formalización a la apelación (folio 56 del expediente) que "...[n]o le interesa al proceso civil que las partes estén en equilibrio, lo que interesa y lo que se desprende de los principios que gobiernan el proceso civil es que la ley mantiene a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas y en los privativos de cada uno".

De lo antes señalado, se observa que se incurre en un gravísimo error al pretender equiparar el proceso civil (el cual ciertamente se encuentra regido por el principio dispositivo), con el proceso contencioso tributario, dentro del cual el juez goza de amplios poderes inquisitivos, entre los que se encuentra el poder decretar cualquier medida que considere pertinente para lograr el equilibrio entre las partes intervinientes en la relación jurídico-tributaria *ex lege* (Fisco-contribuyente).

Lo anterior se desprende del contenido de las normas previstas en los artículos 26 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, normas las cuales disponen lo siguiente:

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

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles".

"Artículo 259. La jurisdicción contencioso administrativa corresponde a Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".

Con fundamento en las normas transcritas, se deduce que el juez contencioso administrativo (y en especial el contencioso tributario), está constitucionalmente habilitado para dictar cualquier medida cautelar requerida en el caso concreto, para asegurar tanto los derechos del administrado (contribuyente), como del Fisco en cualquiera de sus manifestaciones

(-Nacional, Estatal o Municipal- vista la distribución vertical del Poder Público), a los fines de evitar que resulte ilusoria la ejecución del fallo definitivo.

En efecto, el poder cautelar del juez en esta materia, llega al poder decretar las medidas cautelares incluso de oficio, cuando las circunstancias del caso concreto así lo ameriten, es decir, cuando se encuentren vertidos en el proceso, elementos que satisfagan los requisitos legales de procedencia de tales medidas.

Con fundamento en el criterio anteriormente expuesto, considera esta Sala que las denuncias planteadas por la representación de la contribuyente recurrente, referentes a la supuesta infracción de la normativa previstas en los artículos 12 y 15 del Código de Procedimiento Civil, resultan a todas luces infundadas e impertinentes, toda vez que en el caso de autos se está en presencia de un proceso contencioso administrativo especial (contencioso tributario) y no de un proceso civil regido por el principio dispositivo y limitado a los hechos alegados y probados por las partes. Así se declara.

C. *El Contencioso Administrativo Electoral*

a. *Admisibilidad*

TSJ-SE (49)

14-3-2002

Magistrado Ponente: Rafael Hernández Uzcátegui

Caso: Hermito S. Blanco Pérez vs. Consejo Nacional Electoral

En el libelo del recurso contencioso electoral interpuesto contra actuaciones materiales o vías de hecho, el recurrente debe “indicar” cuales serán sus probanzas.

El apelante expuso que esta Sala en reiteradas oportunidades ha sostenido que “...la prueba del recuento sólo es pertinente con carácter subsanatorio, pero nunca para demostrar un supuesto fraude”, y en consecuencia, la prueba no debió ser admitida.

Al respecto, en primer término considera esta Sala necesario aclararle al apelante que el recurrente en el inciso tercero de su escrito de promoción de pruebas, produjo “... como prueba del fraude en los escrutinios, *los instrumentos de votación* correspondientes a todas y cada una de las Actas de Escrutinio impugnadas...” (negrillas del original), y el Juzgado de Sustanciación mediante auto de fecha 28 de febrero de 2002, admitió que dichos instrumentos le fueran requeridos al Consejo Nacional Electoral, mas no admitió un recuento de boletas o nuevo escrutinio.

No obstante, se estima pertinente señalar que conforme a lo previsto en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso de autos por la remisión establecida en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en concordancia con el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el Juez está en la obligación de admitir todas las pruebas promovidas por las partes que “...sean legales y procedentes...”, así como de desechar “...las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.”

Conforme a lo anterior, las condiciones de admisibilidad que han de reunir las pruebas que fueran promovidas se circunscriben a su legalidad y a su pertinencia, por lo que son exclusivamente estos aspectos los que debe el Juez mediante un juicio analítico, apreciar en la oportunidad procesal de admisión de pruebas; sólo será en la sentencia definitiva cuando el Juez de la causa pueda valorar la prueba y establecer los hechos, y si su resultado incide o no

en la decisión que ha de dictar respecto al fondo de la controversia. Siendo así, sólo cuando se trate de una prueba manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico (ilegalidad), o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarda relación alguna con el hecho debatido (impertinencia), podrá ser declarada como ilegal o impertinente, y consecuentemente inadmisibile.

Lo anterior lo estableció el legislador “...para proteger el ejercicio del derecho a la defensa de la parte promovente y evitar en lo posible que una decisión judicial denegatoria, cause o pueda causarle un daño grave que en ocasiones resulta irreparable; pues, la admisión de una prueba ajustada a derecho y relacionada con el hecho u objeto debatido, no lesionaría a ninguna de las partes, ya que el Juez al momento de valorar el mérito probatorio de los medios traídos en el proceso, puede desestimarla.” (Sentencia dictada por la Sala Político Administrativa, Especial Tributaria II, en fecha 19 de mayo de 1999, Caso: Banco Exterior, C.A.).

En el presente caso se observa que en el auto apelado, el Juzgado de Sustanciación de esta Sala admitió “...cuanto ha lugar en derecho por no ser manifiestamente ilegal ni impertinente, salvo su apreciación en la sentencia definitiva...”, la prueba promovida por el recurrente en el sentido que se le requiera al Consejo Nacional Electoral “...los instrumentos de votación correspondientes a todas y cada una de las Actas de Escrutinio impugnadas...”; decisión esta que a todas luces resulta acertada, pues dichos instrumentos de votación lógicamente guardan relación con los hechos debatidos en la presente causa, lo que permite calificar de pertinente la prueba en cuestión.

La circunstancia de que la referida prueba sea o no conducente para demostrar el fraude denunciado por el recurrente, sólo podrá ser apreciado en la decisión definitiva que se dicte en la presente causa y no en la etapa de admisión de pruebas, tal como lo señaló el Juzgado de Sustanciación de esta Sala, al admitirla salvando que su apreciación se hará en la decisión definitiva. En consecuencia, se desecha el alegato bajo análisis; y así se decide.

El apelante señaló que la admisión de la prueba en referencia es contraria a derecho, por cuanto “...el recurrente estaba obligado a indicar la prueba admitida en su escrito recursivo y no lo hizo, por lo tanto no puede, ni debe ser admitida por extemporánea.” (*sic*). Al respecto, adujo que en fecha 28 de enero de 2002, se opuso a la admisión del presente recurso contencioso electoral, por cuanto el recurrente en su libelo “...en ninguna parte concreta cuáles son los hechos que nos puedan comprobar que existen indicios serios de que se haya cometido algún fraude o delito electoral en contra de [su] candidatura (...) y tampoco señala los elementos de prueba que han de ser evacuados...” por esta Sala, aun cuando el artículo 230, numeral 4, de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, exige que cuando se impugnen actuaciones materiales o vías de hecho se narren los hechos y se indiquen “... los elementos de prueba que deberán ser evacuados para la comprobación de los mismos.”

Respecto a lo anterior, observa esta Sala que el artículo 230, numeral 4, de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, dispone:

“El recurso jerárquico deberá interponerse mediante escrito, en el cual se hará constar:

...*omissis*...

4. Si se impugnan actuaciones materiales o vías de hecho, deberán narrarse los hechos e indicarse los elementos de prueba que serán evacuados en el procedimiento administrativo.”

Conforme a la norma antes transcrita, en el libelo del recurso contencioso electoral interpuesto contra actuaciones materiales o vías de hecho, el recurrente debe “indicar” cuáles serán sus probanzas. En tal sentido, se observa que el término “indicar” significa “Mostrar o significar una cosa con indicios y señales” (Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Edición en Cd-Rom, 1998), lo que conlleva a que de la interpretación

literal del numeral 4 del artículo 230 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, se desprenda que en dichos recursos contenciosos electorales el recurrente tiene el deber de mostrar con indicios las pruebas que le servirán para demostrar sus argumentos.

Siendo así, lo que exige la norma como requisito de admisibilidad de los recursos contenciosos electorales interpuestos contra actuaciones materiales o vías de hecho, es que en el libelo se expongan meras referencias a las pruebas con que podría demostrar los argumentos en que se fundamente, mas no exige de manera alguna, que el recurrente al momento de la interposición del recurso las produzca, lo cual se realiza en el etapa de promoción de pruebas, conforme al principio general contenido en el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, salvo ciertas excepciones, previstas expresamente en la Ley Procesal, dentro de las cuales figuran las pruebas que pueden ser incorporadas a los autos luego de precluida la etapa procesal de evacuación, o las que deben producirse con el libelo del recurso conforme a lo previsto en el artículo 340, ordinal 6°, del Código de Procedimiento Civil (instrumentos públicos o privados en que se fundamente la pretensión o que se deriven de ellos el derecho deducido, llamados por la doctrina “instrumentos fundamentales”).

Así pues, la promoción de pruebas será extemporánea sólo en el supuesto de que la misma no se realice en el lapso que contempla la ley para ello y que éstas no encuadren dentro de los supuestos excepcionales para que puedan ser producidas en otra oportunidad.

En ese orden argumental, se observa que en el presente caso, la prueba consistente en que se le requiera al Consejo Nacional Electoral “los instrumentos de votación” relativos a las Actas de Escrutinio impugnadas, no encuadra dentro de los supuestos excepcionales que consagra la Ley Procesal para que deba ser promovida en una oportunidad distinta a la etapa prevista para tal fin, por lo que al haber sido producida por el recurrente en dicha etapa, mal puede alegarse su extemporaneidad. A mayor abundamiento cabe advertir, que en el caso de autos el recurrente en su escrito libelar anunció la futura promoción de la prueba *in commento*, al exponer que “... es obvio que la situación denunciada sólo podrá ser corroborada o desestimada acudiendo a los instrumentos de votación que se encuentran bajo el resguardo del Plan República, ésta es la única manera posible de determinar si hubo o no fraude durante los escrutinios correspondientes al Proceso Electoral que nos ocupa; así solicitamos con el debido respeto y acatamiento sea acordado por esta Sala Electoral durante la sustanciación del presente Recurso Contencioso Electoral, a fin de determinar no sólo la existencia del fraude sino cual (sic) fue la real voluntad del electoral en dicho proceso”; por lo que cumplió con los extremos del artículo 230, numeral 4, de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Así se decide.

En consecuencia, y conforme al razonamiento expuesto, se desecha el argumento bajo análisis, y así se decide.

Por otra parte, el recurrente expuso que esta Sala no puede “... ordenar o autorizar la evacuación de una prueba para demostrar hechos o conductas dolosas que no fueron indicadas en el escrito recursivo y que era en esa oportunidad cuando tenía que indicar las pruebas a evacuar y ratificarlas en su escrito de promoción de pruebas.”

Al respecto, observa esta Sala que en el presente caso, el recurrente en su escrito de promoción de pruebas expuso: “...promuevo como prueba del fraude en los escrutinios, los instrumentos de votación correspondientes a todas y cada una de las Actas de Escrutinio impugnadas...” (sic), al referirse a la denuncia por él formulada en el libelo, en el sentido que en las actas de escrutinio impugnadas, los votos que en ellas “..habían sido asignados al candidato Hermito Segundo Blanco Pérez, en realidad correspondían al candidato Ramón José Bracho Fonseca, mientras que los votos asignados en las aludidas Actas de Escrutinio a este último, en realidad correspondían a [su] mandante” (sic), de todo lo cual se evidencia que la promoción realizada por el recurrente de la prueba consistente en que se le requiera al Conse-

jo Nacional Electoral “los instrumentos de votación” relativos a las Actas de Escrutinio impugnadas, estaba dirigida a “...demostrar hechos o conductas dolosas...” que fueron indicados por él tanto en su libelo como en su escrito de promoción de pruebas. En consecuencia, se desestima el alegato bajo análisis, y así se decide.

TSJ-SE (95)

16-5-2002

Magistrado Ponente: Rafael Hernández Uzcátegui

Caso: Orlando Urdaneta J. vs. Consejo Nacional Electoral

Al igual que la inelegibilidad (art. 217 Ley Orgánica del Sufragio), la ausencia de convocatoria previa, conforme a los requisitos exigidos legalmente (art. 216, numeral 1 *eiusdem*), y el mediar fraude, cohecho, soborno o violencia en la formación del Registro Electoral, de manera tal que se afecte el resultado de la elección de que se trate (art. 216, numeral 2), constituyen supuestos de nulidad absoluta, que deben llevar a considerar a esos actos inexistentes, incapaces de adquirir firmeza y por tanto, impugnables en cualquier tiempo

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre el recurso contencioso electoral interpuesto por el ciudadano Orlando Urdaneta Jiménez contra: i) Las Resoluciones números 011212-332 y 020128-049, emanadas del Consejo Nacional Electoral en fechas 12 de diciembre de 2001 y 28 de enero de 2002 respectivamente; ii) Las Actas de Escrutinio números 12105725-290-3 y 13005726-060-8, correspondientes al proceso electoral celebrado el 27 de enero de 2002 para escoger al Alcalde del Municipio Carrizal del Estado Miranda, y en consecuencia contra, iii) El referido proceso electoral, y a tal efecto observa:

Como punto previo debe esta Sala pronunciarse sobre el argumento esgrimido por la representación del Consejo Nacional Electoral y el tercero opositor al recurso, en el sentido de que la impugnación de la Resolución número 011212-332, publicada en *Gaceta Electoral* número 141 del 14 de enero de 2002 y contentiva de la convocatoria a nuevas votaciones en el Centro de Votación número 36.640, fue ejercida extemporáneamente.

A este respecto, efectivamente el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política establece:

“El plazo máximo para interponer el Recurso Contencioso Electoral a que se refiere el artículo anterior, contra los actos o actuaciones del Consejo Nacional Electoral, será de quince (15) días hábiles, contados a partir de:

1. La realización del acto...”

Sobre la interpretación de la norma parcialmente transcrita, como bien lo señaló la representante del Máximo Órgano Electoral, en sentencia de esta Sala número 99 del 6 de agosto de 2001, se anota:

“...una interpretación literalista de dicho dispositivo resultaría contraria no sólo al régimen de publicidad de los actos administrativos contenidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que en el caso de actos administrativos de efectos particulares exige la notificación al interesado (artículo 73), sino al derecho al debido proceso, que de acuerdo con criterios doctrinarios unánimes y con pacífica y reiterada jurisprudencia de este máximo Tribunal, incluye el derecho a ser notificado oportuna y debidamente de los actos particulares que inciden desfavorablemente en la esfera jurídica del ciudadano...”

En el caso de los actos dictados por los órganos del Poder Electoral, el artículo 275 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política establece expresamente un mecanismo específico y adicional de publicidad, que se materializa con la publicación en la Gaceta Electoral (artículo 275). Por tanto, una interpretación sistemática de las normas ya referidas permite concluir que, en lo concerniente a este tipo de actos, la dualidad de regímenes de publicidad establecida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de acuerdo con la naturaleza del acto (general o particular), resulta notablemente atenuada, en el sentido de que, aun tratándose de actos particulares, debe entenderse cumplida la exigencia de publicidad con relación al interesado, bien con su notificación personal (en los términos previstos en el régimen del procedimiento administrativo común), o bien con su publicación en Gaceta Electoral, régimen que esta Sala se ha encargado de interpretar en armonía con la jurisprudencia de la Sala Constitucional de este máximo Tribunal...”

Del texto anteriormente transcrito se concluye, que pueden tomarse alternativamente las fechas de la notificación personal del acto o de la publicación en *Gaceta Electoral*, como el momento a partir del cual empieza a contarse el lapso para su impugnación. En el presente caso, la fecha de la “realización del acto”, es decir, la adopción del acto por parte de la Administración Electoral, es el día 14 de enero de 2002, fecha de la *Gaceta Electoral* número 141 –contentiva de la Resolución impugnada– y por tanto, día a partir del cual fue del conocimiento público la Resolución en cuestión.

En consecuencia, a partir del 14 de enero de 2002 comenzó a transcurrir el lapso de quince (15) días hábiles para su impugnación.

Así pues, contándose el lapso de impugnación de la Resolución del Consejo Nacional Electoral número 011212-332, a partir del día 15 de enero de 2002 –*dies ad quem*–, el mismo concluyó el día 4 de febrero de 2002. Por tal razón, habiéndose interpuesto el presente recurso contencioso electoral en fecha 28 de febrero de 2002, de un simple cálculo aritmético puede evidenciarse que en lo que respecta a la aludida Resolución fue intentado extemporáneamente.

No obstante lo anterior, el artículo 237, Parágrafo Único de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política establece una excepción al referido lapso de caducidad, al señalar: “*Si el recurso tiene por objeto la nulidad de la elección de un candidato a la Presidencia de la República, afectado por causales de inelegibilidad, no habrá lapso de caducidad para intentarlo...*”.

Al respecto, aunque la norma pareciera estar referida únicamente al supuesto de inelegibilidad del candidato a la Presidencia de la República, esta Sala considera que la causa de tal excepción es que el acto de postulación nulo por inelegibilidad del candidato, es nulo de nulidad absoluta, es decir, se considera un acto inexistente y por tanto, incapaz de adquirir firmeza.

Pero entonces nos preguntamos, si la inelegibilidad es impugnable en cualquier tiempo por constituir un vicio que acarrea la nulidad absoluta de la elección: ¿No existirán otros supuestos de nulidad absoluta que conlleven la aludida excepción de caducidad?

A este respecto, sentencia de esta Sala número 139 del 10 de octubre de 2001 señala: “*...en materia de nulidades, el legislador electoral, al determinar los vicios de los que puede adolecer un acto, no distinguió los que acarrean la nulidad absoluta de los que acarrean la nulidad relativa del acto, limitándose a establecer los motivos que originan la nulidad de los actos electorales, sin efectuar calificación alguna. No obstante, ello es perfectamente deducible del mismo texto normativo que establece, para algunos de los actos que se encuentren viciados conforme a dicha ley, lapsos de caducidad para su impugnación, imposibilidad de la revisión de oficio de tales actos por parte de la Administración Electoral, posibilidad de convalidación de los mismos, e igualmente la posibilidad de subsanación de los vicios de que adolezca, lo cual permite distinguir entre los de una u otra naturaleza”*.

Realizando la labor de determinar en cada caso la naturaleza “*absoluta*” o “*relativa*” de la nulidad de que se trate y por ende, sus consecuencias prácticas, se observa que en el presente caso el contenido de la Resolución del Consejo Nacional Electoral número 011212-332, está referido a la convocatoria “...*para el día 27 de enero de 2002 al acto de votación en las Mesas n° 1 y 2 del Centro de Votación 36.640 (Unidad Educativa Víctor Padilla) del Municipio Carrizal del Estado Miranda, para la Elección de Alcalde de dicho Municipio*”. Acto cuya inexistencia o inconformidad con los requisitos exigidos por la Ley (Artículo 216, numeral 1 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política), ocasiona la nulidad de la elección.

Cabe destacar que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política distingue tres grandes grupos de nulidades según el acto de que se trate: nulidad de elecciones (Artículos 216 y 217), nulidad de votaciones (Artículos 218 y 219) y nulidad de actas electorales (Artículos 220 y 221), determinando como consecuencia de la declaratoria de nulidad, la inexistencia de la elección, votación o acta electoral según sea el caso. No obstante lo anterior, aplicando los índices para determinar la naturaleza de la nulidad señalados en sentencia de esta Sala número 139 del 10 de octubre de 2001, el artículo 222 *eiusdem* prevé la posibilidad de subsanar las faltas o convalidar los vicios en las actas electorales y el artículo 223 del mismo texto normativo, establece la necesidad de establecer la incidencia de la anulación de la votación en los resultados generales de la elección, a los fines de determinar los efectos de su nulidad.

Mientras tanto, para la nulidad de elecciones no existe la posibilidad de subsanar, convalidar o determinar su incidencia, sino la fatal repetición de la elección, por lo que, de acuerdo a los efectos de cada una de las nulidades previstos por la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, debemos concluir que los supuestos legales de nulidad de elección son de nulidad absoluta.

Siendo ello así, podemos afirmar que al igual que la inelegibilidad (Artículo 217 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política), la ausencia de convocatoria previa, conforme a los requisitos exigidos legalmente (Artículo 216, numeral 1 *eiusdem*), y el mediar fraude, cohecho, soborno o violencia en la formación del Registro Electoral, de manera tal que se afecte el resultado de la elección de que se trate (Artículo 216, numeral 2), constituyen supuestos de nulidad absoluta, que deben llevarnos a considerarlos actos inexistentes, incapaces de adquirir firmeza y por tanto, impugnables en cualquier tiempo.

De esta afirmación podría desprenderse *prima facie*, que en el caso de autos no operaría la evidenciada caducidad del lapso de impugnación; no obstante, la causa del presente recurso contra la Resolución número 011212-332, lejos de denunciar la ausencia de convocatoria conforme a los requisitos legalmente previstos, está referida a la inmotivación de la aludida Resolución, al supuestamente omitirse datos tales como: la “...*votación universal en cifras obtenidas por cada uno de los candidatos que participaron en la elección*”, contrario a lo previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Así las cosas, si bien la referida Resolución contiene la convocatoria a elecciones en el Municipio Carrizal del Estado Miranda, debemos aceptar que los vicios que se le atribuyen no se corresponden con las específicas causales de nulidad de elecciones previstas en los artículos 216 y 217 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Aunado a ello, es generalmente reconocido que el vicio de inmotivación es por naturaleza subsanable, y aunque pudo ser exigido para la convocatoria en cuestión, de ningún modo puede llevarnos a considerarlo como causa de una nulidad absoluta capaz de producir la excepción de caducidad arriba expuesta. En consecuencia, debe esta Sala declarar la extemporaneidad del recurso en lo que respecta a la Resolución del Consejo Nacional Electoral número 011212-332 y así se decide.

b. *Reforma del libelo***TSJ-SE (44)****7-3-2002**

Magistrado Ponente: Rafael Hernández Uzcátegui

Caso: Narciso Díaz y otros vs. Consejo Nacional Electoral

Una vez iniciado el lapso de comparecencia de los interesados, el recurrente no puede reformar el recurso interpuesto.

En criterio de esta Sala, el argumento anterior constituye una reforma al libelo contenido del recurso, y en este sentido resulta conveniente reiterarle al recurrente la obligación de especificar los vicios impugnados a cada una de las fases del proceso electoral, antes de que comience a transcurrir el lapso de comparecencia de los interesados, el cual dependerá de la fecha de expedición, consignación y publicación del cartel a que se refiere el artículo 244 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Como bien se sabe en el procedimiento contencioso administrativo e igualmente en el contencioso electoral, no existe la contestación a la demanda. Sin embargo, tal y como se estableció con anterioridad en sentencia de esta Sala, número 143 del 18 de octubre de 2001, del examen de la normativa de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es posible establecer una especie de equivalencia con dicho acto. En efecto, el artículo 245 del referido texto legal que regula el emplazamiento de los interesados, fija en cinco (5) días de despacho siguientes a la consignación del cartel, el plazo para que los interesados comparezcan a presentar sus alegatos, plazo que se equipara al de veinte (20) días de despacho contemplado en el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil.

Así pues, en aplicación de la tesis precedentemente expuesta, que lleva a la aplicación supletoria del artículo 343 del Código de Procedimiento Civil, puede deducirse que para que se lleve a cabo la reforma del escrito recursivo, ésta debe verificarse antes de que comience a transcurrir el lapso de comparecencia de los interesados, el cual dependerá de la fecha de expedición, consignación y publicación del cartel ordenado. En el contexto de este marco interpretativo, debe concluirse que una vez iniciado el lapso de comparecencia de los interesados, el recurrente no puede pretender reformar el recurso interpuesto, pues se podría decir, ha quedado trabada la *litis*.

Como consecuencia de lo anterior y visto que en el presente caso el recurrente presentó en fecha 13 de febrero de 2002, el escrito de conclusiones en el cual incluyó un nuevo alegato a los desarrollados en el libelo del recurso contencioso electoral presentado en fecha 3 de diciembre de 2001, oportunidad para la cual había transcurrido íntegramente el lapso para la comparecencia de los interesados, contados a partir del día siguiente a la publicación del cartel, que se efectuó el 20 de diciembre de 2001, resulta forzoso para esta Sala desestimar el nuevo alegato contenidos en el escrito de conclusiones presentado por la parte recurrente y, en consecuencia, no apreciará el mismo. Así se decide.

D. *El Contencioso Administrativo de los Conflictos***TSJ-SP (1)****14-2-2002**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Conflicto de competencia entre la Sala Político Administrativa y la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Al efecto, en el presente caso se observa que el accionante solicitó la resolución de la supuesta situación de anomalía institucional acaecida en el Municipio Morán de Estado Lara, con ocasión de actuaciones de determinados legisladores locales que -según denunció el accionante- han usurpado las atribuciones conferidas por el ordenamiento positivo al Alcalde del referido municipio; y en la misma forma, han dado lugar a la existencia de órganos directivos paralelos en el seno de la Cámara Municipal respectiva. La disposición legal sobre la cual se funda el derecho de acción del solicitante, se encuentra recogida en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la cual establece como presupuestos de procedencia dos circunstancias diferenciadas, aunque relacionadas al mismo resultado dañoso: la amenaza a la normalidad institucional del ente local. Estos supuestos son, en primer término, el relativo a “*cualquier situación que amenace la normalidad institucional*”; y, en segundo lugar, el relativo al conflicto de legitimidad entre autoridades municipales.

En ambos casos, la citada disposición establece un fuero especial de competencia a favor de la entonces Corte Suprema de Justicia, ahora Tribunal Supremo de Justicia, como máxima instancia jurisdiccional, para resolver la solicitud comentada.

Ahora bien, respecto del primer supuesto planteado, esto es, la genérica existencia de una situación que amenace la normalidad institucional de un determinado Municipio o Distrito, guarda a todas luces relación con la materia contencioso administrativa, pues se trata de circunstancias relacionadas con el ejercicio de la gestión pública llevada a cabo en tales entidades de derecho público. Sin embargo, en el segundo caso, atinente a los conflictos derivados del cuestionamiento de la *legitimidad* de las autoridades municipales, el asunto merece un mayor análisis.

En efecto, el cuestionamiento de la legitimidad de las autoridades en conflicto, puede hallarse vinculado, a modo de ejemplo, por el incumplimiento de las condiciones de elegibilidad que estatuye el ordenamiento jurídico; o bien pudiera tener ocasión con el desarrollo de la actividad parlamentaria destinada a la designación de los directivos de la respectiva Cámara, de tal suerte que, siguiendo la línea hipotética anunciada, coexistan dos autoridades locales respecto a un mismo cargo. En el primer caso, obvio es que las condiciones de elegibilidad se encuentran recogidas en disposiciones específicas del ordenamiento jurídico, relativas al ejercicio activo del derecho al sufragio y, en consecuencia, de eminente naturaleza electoral y, por tanto, el conocimiento corresponderá a la jurisdicción contencioso electoral. En el segundo caso, se trata del funcionamiento interno de un órgano legislativo local, en ejercicio de funciones administrativas que le son propias (nombramiento de las autoridades dentro del seno del mismo), razón por la cual el conocimiento corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa, por órgano de la Sala Político Administrativa de este Alto Tribunal.

En el caso *sub iudice*, el accionante delató la supuesta crisis institucional surgida en el Municipio Morán del Estado Lara, señalando al efecto que “*un vicepresidente nombrado ilegalmente, ocupa el puesto y las funciones del vicepresidente vigente*”, siendo que el primero “*ha usurpado y continúa usurpando reiteradamente las funciones del Alcalde de convocar y presidir la Cámara Municipal*”, todo ello como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo por ciertos Concejales identificados *ut supra*, a juicio del accionante, en franca contravención con la normativa nacional y municipal que rige el funcionamiento interno de tal órgano legislativo, y que han dado lugar a la existencia de autoridades municipales paralelas en el cuerpo legislador local.

Atendiendo tales circunstancias, siendo que -como se ha visto- la situación de anomalía denunciada en el mencionado Municipio, nace con ocasión del cuestionamiento de la

legitimidad de las autoridades municipales, devenida de la supuesta infracción de disposiciones normativas relativas al funcionamiento interno de la Cámara Municipal, que en modo alguno son conexas al derecho electoral, el caso bajo estudio guarda relación con la materia contencioso administrativa y, en consecuencia, el conocimiento del mismo corresponde a la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal. Así se declara.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control de la Constitucionalidad*

A. *Control difuso de la constitucionalidad*

a. *Efectos*

TSJ-SC (85)

24-1-2002

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y otros.

Quando el control difuso de la Constitución se ejerce con motivo de acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, cuyas pretensiones por su naturaleza atañen a toda la sociedad o a sectores de ella, la inaplicabilidad de la vigencia de la norma, a una determinada y concreta situación, puede condicionarse al regreso de la situación original que ella regulaba cuando se promulgó.

A juicio de esta Sala, si bien es cierto que de la declaratoria constitucional de la existencia de un Estado Social de Derecho, no pueden nacer derechos subjetivos a favor de las personas, no es menos cierto que el Estado Social de Derecho es un bien, un principio o valor jurídico, rector de la Constitución, el cual es objeto de interpretación por esta Sala sobre su contenido y alcance, conforme al artículo 335 constitucional.

Por lo tanto, si las leyes vigentes chocaran o crearan situaciones contrarias al Estado Social de Derecho o a sus elementos esenciales, como la solidaridad o la responsabilidad social, tales leyes devendrían en inconstitucionales.

Una ley que ordene conductas, o produzca efectos, que hagan más gravosa la situación de los débiles jurídicos, que sustituya o ahonde desequilibrios sociales, deviene en inconstitucional, por contrariar la forma de Estado que impera en el país por mandato de la Carta Fundamental. Se trata de una causa de inconstitucionalidad que no nace de la violación literal del texto constitucional, de la contradicción con la letra de la norma, sino que proviene de la contradicción de una ley con los principios, valores y bienes jurídicos que informan la Constitución, y que puede ocurrir de manera sobrevenida.

No es posible que una ley que empobrezca a la población, o que desmejore los servicios de salud, o que permita que se disminuya la protección de los recursos naturales, o que debilita a sectores de la sociedad con relación a otros, no sea inconstitucional, cuando los valores y principios constitucionales se están desmejorando o se está prescindiendo de ellos.

Ante esta situación, puede surgir el control concentrado producto de una demanda de nulidad, o puede quedar sin aplicación la ley o la norma inconstitucional con respecto a determinadas situaciones, con motivo del control difuso.

En esta última hipótesis, la ley inconstitucional no se aplica al caso concreto; pero cuando el control difuso tiene lugar con motivo de una acción por derechos e intereses difusos, puede darse el caso de una desaplicación condicionada de la norma inconstitucional, referida a los efectos inconstitucionales de la ley, la cual deja de aplicarse en el tiempo o en el espacio, ya que la inconstitucionalidad se refiere a la situación concreta que produce la ley para un determinado período de tiempo, o en un sector territorial, situación que es la que se juzga.

La inconstitucionalidad tiene varios ámbitos, cuando la ley choca con la Constitución o con sus principios, ella puede resultar absolutamente inconstitucional, y ser impugnada mediante las acciones ordinarias de inconstitucionalidad.

Pero hay leyes cuya inconstitucionalidad puede existir, mientras dure una situación, pero que una vez corregida tal situación, exógena a la ley, ésta no tiene conflicto alguno con la Carta Fundamental. Esto es posible que ocurra con leyes que debido a determinadas condiciones sociales, económicas, políticas o de otra índole, contrarían el Estado Social de Derecho mientras duren esas condiciones, las cuales pueden ser transitorias.

Una ley puede dictarse durante la existencia de una situación socioeconómica determinada y su normativa funciona plenamente durante la vigencia de esa situación que la tuvo en cuenta el legislador y que es acorde con la Constitución, pero puede ocurrir que la situación socioeconómica cese y la ley quede en desuso aunque vigente, o que ella cambie transitoriamente y la ley, mientras dure esa nueva situación, resulta contraria a la Constitución que proscribiera tal situación. En casos como estos la desaplicación por control difuso constitucional aplicable a las situaciones sobrevenidas, podría suspender durante un tiempo la aplicación de la ley a las situaciones determinadas que la hiciera inconstitucional. Ello puede ocurrir con las leyes que se dictan durante puntuales situaciones económicas, y que buscan dentro de ellas desarrollar o profundizar instituciones, pero las razones que le dieron nacimiento pueden variar y las instituciones creadas convertirse en un peso para la marcha del país, o para la sociedad, o para el Estado, o para el régimen democrático.

En estos casos, la aplicación de la ley resulta contraria al bien público, a pesar que ella no colide directamente con ninguna norma constitucional, y que su perjuicio es sólo transitorio, mientras dure la nueva situación, distinta a la tenida en cuenta por el legislador cuando la dictó.

A juicio de esta Sala, cuando ello ocurre y la incompatibilidad existente crea litigios, el control difuso que se ejerce en el caso concreto, si es que la norma o la ley se han convertido en inconstitucionales para la época del proceso, puede originar una desaplicación de la ley o la norma por inconstitucional, hasta que cese la eventualidad que dejó a la ley sin efecto, o los hizo perniciosos.

Este tipo de declaración sólo puede ser producto del control difuso de la Constitución (y no del concentrado), que cuando se ejerce con motivo de acciones por derechos o intereses difusos o colectivos, cuyas pretensiones por su naturaleza atañen a toda la sociedad o a sectores de ella, la inaplicabilidad de la vigencia de la norma, a una determinada y concreta situación, puede condicionarse al regreso de la situación original que ella regulaba cuando se promulgó, siendo tal dispositivo jurídicamente posible.

Los Tribunales Constitucionales, al contrario de otros tribunales que no ejercen la jurisdicción en materia Constitucional, no se rigen en sus fallos estrictamente por las normas del Código de Procedimiento Civil, ya que el deber de mantener la supremacía constitucional impide formalismos en el fallo que le limiten tal deber; y por ello, la sentencia con aplicación

condicional es posible en materia de control constitucional, al menos de aquel que declara inaplicables normas de leyes que son incompatibles con la Constitución. Cuando la colisión o incompatibilidad es sobrevenida, al chocar las normas con principios o valores constitucionales que impiden la aplicación de los supuestos de hecho de la norma a las situaciones nuevas o sobrevenidas con relación a cuando se dictaron, pero que pueden modificarse regresando a lo que existía para el momento en que se dictó la ley, se puede declarar la inconstitucionalidad de la ley, dejando de aplicarla mientras la situación nueva se mantenga. El *quid* de este tipo de fallo, es quién constata que se cumplió la condición y cómo se efectúa tal constatación, y lo lógico es que sea el tribunal de la causa quien lo haga, de oficio o a instancia de parte. En este último caso mediante una articulación probatoria se podría demostrar que finalizó la situación por la que devino la inconstitucionalidad de la Ley, y que se restableció la existente para la oportunidad en que se dictó la ley, por lo que la desaplicación a los casos concretos y determinados que la originaron, cesa.

Como resultado de todo control difuso, la ley sobre la que se ejerce el control no ha sido anulada por inconstitucional, y sólo deja de aplicarse en el caso concreto, que en materia de acciones por derechos e intereses difusos o colectivos, que es la que conduce a la doctrina planteada, tienen un rango de desaplicación de mayor amplitud, producto de lo “universal” de la pretensión y de la naturaleza *erga omnes* de los fallos que en ellos se dictan; y por ello la desaplicación de la ley al caso, no resulta tan puntual como cuando en un juicio concreto se declara inaplicable una ley por inconstitucional, o se declara inconstitucional a una norma ligada a la situación litigiosa.

Dentro del orden de ideas expresado por esta Sala en esta sentencia, en materia de interés social, el imposible cumplimiento de las obligaciones contraídas por el débil jurídico o la excesiva onerosidad del negocio, que se convierte en una inconformidad con el contrato, producto de una transformación imprevisible de la situación jurídica, nacida conforme a la ley, puede conllevar a la inconstitucionalidad de la norma en que se fundó la relación jurídica, si el resultado de la aplicación de la ley choca con los valores tutelados por la Constitución, debido a que dicha aplicación causó una situación que contraría principios constitucionales.

Así como existen “leyes medidas” (según K. Schmidt) que dentro del Estado Social se dictan en función de grupos o situaciones sociales concretas, y cuya validez es temporal, la Sala, sin entrar a calificar si las leyes sobre el subsistema de vivienda y política habitacional son de esa naturaleza, quiere puntualizar que de acuerdo a la realidad social hay leyes que pierden de hecho su vigencia al cambiar esa realidad, y que lo mismo puede ocurrir con leyes que debido a situaciones reales ligadas al interés social, por ejemplo, se hacen inconstitucionales mientras perduren las situaciones.

En todos estos casos, la sentencia debe determinar el alcance o alcances de la desaplicación, incluso partiendo de situaciones alternas.

b. *Inconstitucionalidad de actos procesales*

TSJ-SC (256)

14-2-2002

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Juan Calvo vs. Sala 3 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

La inconstitucionalidad de un acto procesal no requiere necesariamente de un amparo, ni de un juicio especial para que se declare, ya que dentro del proceso donde ocurre, el juez, quien es a su vez un

tutor de la Constitución, y por lo tanto en ese sentido es juez constitucional, puede declarar la nulidad pedida.

La nulidad, en general, puede fundarse no sólo en cuestiones formales, como sería el incumplimiento de requisitos exigidos a actos procesales, por ejemplo, sino también en la violación de requisitos de fondo como ocurre en materia de nulidad de contratos. Entre las causas de nulidad de actos o negocios jurídicos de cualquier clase, o de actos procesales, pueden estar la inconstitucionalidad del negocio o del acto procesal, si éste infringe derechos o garantías constitucionales. Así, por ejemplo, son nulas por mandato constitucional las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Por lo tanto, si existen formas procesales predeterminadas para la obtención de una prueba y éstas se violan, las pruebas, como medios obtenidos por el infractor, obviando las formas, son nulas (artículo 49.1 constitucional).

La tortura está prohibida por el artículo 46 de la vigente Constitución, y las declaraciones producto de esta clase de violencia, son nulas, no solo por la violencia, sino por mandato de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura del 28 de febrero de 1987 (artículo 10) y de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cuellos, Inhumanos o Degradantes del 26 de junio de 1987 (artículo 15). En consecuencia, la nulidad de los negocios y actos jurídicos o de los actos procesales, pueden provenir de violaciones constitucionales, como ocurre, por ejemplo, con la que afecta los actos administrativos de efectos generales o particulares, o a las leyes.

Para ventilar determinadas nulidades por inconstitucionalidad, existen -entre otros- los procesos de nulidad por inconstitucionalidad, lo que demuestra que a pesar de la magnitud de la infracción, no se hace necesaria una decisión inmediata como la que se dicta en el amparo, sino un fallo producto de un proceso más lento, que atiende a la posibilidad de una instrucción plena de la causa; pero pueden existir otras formas procesales para ventilar la nulidad por inconstitucionalidad de otro tipo de actos, como serían las procesales.

La Sala hace estas consideraciones, porque la inconstitucionalidad de un acto procesal -por ejemplo- no requiere necesariamente de un amparo, ni de un juicio especial para que se declare, ya que dentro del proceso donde ocurre, el juez, quien es a su vez un tutor de la Constitución, y por lo tanto en ese sentido es juez constitucional, puede declarar la nulidad pedida.

En estos casos, y ante la petición de nulidad, si se trata de un proceso civil, debe aplicarse el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, pero si el proceso es penal, no existe en el Código Orgánico Procesal Penal un sistema procesal que señale cómo y en cuál momento se decide la nulidad, así ella se funde en motivos de inconstitucionalidad.

Es de advertir, que la denuncia de inconstitucionalidad como base de la nulidad interpuesta dentro del proceso, no imprime a tal petición ningún rango especial que conlleve a una sentencia inmediata, por lo que su decisión tendría lugar en los lapsos ordinarios, y si ellos no existieran, en los términos procesales que por analogía podrían aplicarse, quedando a la parte que va a ser perjudicada por la dilación en la decisión, y cuya situación jurídica va a sufrir un daño irreparable, acudir a la vía del amparo, tal como lo expresó esta Sala en sentencia del 28 de julio de 2000 (Caso: Luis Alberto Baca).

Para el proceso penal, el juez de control durante la fase preparatoria e intermedia hará respetar las garantías procesales, pero el Código Orgánico Procesal Penal no señala una oportunidad procesal para que se pida y se resuelvan las infracciones a tales garantías, lo que incluye las transgresiones constitucionales, sin que exista para el proceso penal una disposición semejante al artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, ni remisión alguna a dicho Código por parte del Código Orgánico Procesal Penal.

Ante tal silencio de la ley, ¿cómo maneja el juez de control una petición de nulidad?. A juicio de esta Sala, depende de la etapa procesal en que se haga, y si ella se interpone en la

fase intermedia, el juez puede resolverla bien antes de la audiencia preliminar o bien como resultado de dicha audiencia, variando de acuerdo a la lesión constitucional alegada, ya que hay lesiones cuya decisión no tienen la urgencia de otras, al no infringir en forma irreparable e inmediata la situación jurídica de una de las partes.

No señala el artículo 328 del Código Orgánico Procesal Penal entre las actuaciones que pueden realizar las partes en la fase intermedia, la petición de nulidades, pero ello lo considera la Sala posible como emanación del derecho de defensa. De ocurrir tal petición de nulidad, el juez de control -conforme a la urgencia debido a la calidad de la lesión y ante el silencio de la ley- podrá antes de abrir la causa a juicio y en cualquier momento antes de dicho acto de apertura resolverla, aunque lo preferible es que sea en la audiencia preliminar, con prioridad a la decisión de los puntos a que se refiere el artículo 330 del Código Orgánico Procesal Penal, a fin de garantizar el contradictorio a las partes, ya que éste es un principio que rige el proceso penal (artículo 18 del Código Orgánico Procesal Penal).

Sin embargo, cuando la nulidad coincide con el objeto de las cuestiones previas, la resolución de las mismas debe ser en la misma oportunidad de las cuestiones previas; es decir, en la audiencia preliminar lo que de paso garantiza el derecho de defensa de todas las partes del proceso y cumple con el principio del contradictorio.

En el caso de autos, antes de la existencia del artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal, pero en la fase intermedia del proceso penal, los hoy accionantes solicitaron la nulidad de la acusación en base a que a los imputados se les había impedido conocer los actos procesales en la fase de investigación. Tal alegato -de ser cierto- produciría indefensión en los procesados, y antes de la reforma del Código Orgánico Procesal Penal podría pensarse que antes de la audiencia preliminar la denuncia podía ser resuelta por el Juez de Control, lo que ha podido suceder, pero después de la reforma del Código Orgánico Procesal Penal, una petición de inconstitucionalidad atinente a la acusación fundada en la indefensión de los imputados por haberle el Ministerio Público negado el acceso a la investigación, se convierte, a juicio de esta Sala, en el incumplimiento de un requisito de procedibilidad de la acción, ya que ésta -diferente a la acusación- pero incoada mediante ella, no debería proceder si se basa en actividades inconstitucionales de quien la ejerce. Quien tortura y obtiene una supuesta prueba y en ella funda una acusación, está pidiendo la intervención jurisdiccional en base a la violación de derechos fundamentales del acusado, y lo lógico -a juicio de esta Sala- no es solo anular las pruebas, sino rechazar la acción, ya que ella no puede fundarse en violaciones constitucionales. Aceptar tal situación, conduce a que sería lícito que la acción se utilice para crear procesos instrumentales cuya finalidad es el fraude a pesar de que ello viola el orden jurídico constitucional.

Por considerar que algunas transgresiones constitucionales pueden incidir sobre el fundamento del derecho de acción, si ocurren, ellas infringirían requisitos de procedibilidad de la misma, y la Sala en el caso concreto de autos concluye que la petición de nulidad opuesta en el proceso penal por los accionantes de este amparo, concuerda en la actualidad con la excepción del literal "e" del artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal, a pesar que no fue opuesta como excepción, ya que el artículo 28 surge en fecha posterior a la petición. Tal excepción no existía en el ordenamiento procesal penal, cuando fue opuesta; pero, luego de la reforma, la nulidad pedida, de ser cierta sus razones, no sería más que una actitud ilícita del acusador que elimina la acción en quien comete las ilicitudes (en esta caso inconstitucionalidades), y por ello la Sala considera que la "nulidad" invocada en la fase intermedia y con las transformaciones habidas en el proceso penal, debido a la reforma del Código Orgánico Procesal Penal, equivale a una excepción y, como tal, debe ser resuelta, como toda excepción, en la audiencia preliminar.

Apunta la Sala que, de tramitarse como una simple petición de nulidad, también la audiencia preliminar era útil para decidirla, ya que ningún gravamen irreparable a los imputados se causa con ello, y el tiempo transcurrido desde que se interpuso la nulidad hasta esta fecha, lo considera la Sala como una prueba de que la decisión de la nulidad no era urgente, hasta el punto de tenerse que decidir antes de la audiencia preliminar.

El que a los hoy accionantes les pueda disgustar acudir a la audiencia preliminar, es una actitud que por máximas de experiencia, resulta comprensible, pero ello no es suficiente para trastocar las oportunidades procesales, por demás oscuras, en el Código Orgánico Procesal Penal, lo que lleva a la Sala, con miras a ordenar el proceso penal en general hacia el futuro, a señalar interpretaciones para establecer el orden procesal.

Establecido lo anterior, la Sala observa que, la nulidad solicitada equivale en el presente caso, ya que ataca la acusación fiscal, a un incumplimiento de los requisitos de procedibilidad para intentar la acción, ya que conforme al artículo 190 del Código Orgánico Procesal Penal, no podrían ser apreciados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos, en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones previstas tanto en el Código Orgánico Procesal Penal como en la Constitución.

En consecuencia, los vicios de inconstitucionalidad que afecten a los actos procesales los anulan, y considera esta Sala que la acusación, como actuación que da lugar a la fase intermedia, debe reunir las condiciones señaladas, no sólo en el artículo 326 del Código Orgánico Procesal Penal, sino haber cumplido previamente para su elaboración, con los pasos procesales ceñidos a la Constitución; por lo que la acción no procede si en la formación de la acusación no se han cumplido los derechos y garantías constitucionales. Así como no procede una acción para instrumentar un fraude, igualmente, no debe proceder una acción que se funda en la indefensión del imputado, y los alegatos en ese sentido deben ser resueltos por el Juez de Control antes de admitir o negar la acusación.

No es que se esté confundiendo el escrito de acusación con la acción, sino que para utilizar el derecho de accionar, de poner en marcha a la jurisdicción, es necesario que ella se ejerza, habiendo respetado derechos y garantías constitucionales de los accionados.

En estos momentos bajo la vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria del 14 de noviembre de 2001, y cuyas normas se aplican de inmediato, los alegatos previos de los accionantes, equivalen a una excepción, cual es la del literal E del artículo 28 del Código Orgánico Procesal Penal, y en consecuencia al ser opuesta dentro de la fase intermedia, como en efecto sucedió, ella debe ser resuelta conforme al artículo 328 *ejusdem*, convirtiéndose el escrito de nulidad en escrito contentivo de las excepciones, las cuales deberán ser decididas en la audiencia preliminar según el desarrollo de lo planteado en el artículo 329 del Código Orgánico Procesal Penal.

c. *Principio del “favor constitucione”*

TSJ-SC (2855)

20-11-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Impugnación de varios artículos del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Cuando surjan dudas acerca de la incompatibilidad de un dispositivo legal con la Constitución o se intuya la existencia de un conflicto normativo, el operador jurídico debe proceder a la interpretación de aquél en el sentido que se adecue al texto constitucional, logrando la armonía del sistema a través de su labor exegética sin permitir su nulidad.

El esquema del Texto Constitucional, que proclama al Estado como democrático y social de Derecho y de Justicia, invita a la comprensión y aplicación de sus instituciones en atención a la realización de dicho valor, ofreciendo solución a los conflictos desde esta óptica, con abandono de cualquier tesis que postule el desconocimiento de la justicia sobre la base de una equivocada interpretación del Derecho.

Rige, en relación con las actuaciones de los órganos que ejercen el Poder Público, el principio normativo conservacionista, conforme al cual debe presumirse la constitucionalidad de los actos que aquellos emitan. De tal manera, que los actos públicos se presumen legítimos en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan ser armonizados con ésta (Cfr. Linares Quintana, *ob. cit.* p. 583). Por ello, es imperativo establecer *prima facie* la correspondencia de los instrumentos normativos, que dictó el Legislador con la Constitución, y, desde la existencia de una “*duda razonable*”, proceder al cuestionamiento de su conformidad con ésta.

Puede ocurrir, sin embargo, que el texto de una determinada disposición normativa se halle, en efecto, conforme a la Constitución, pero sólo en tanto se le interprete de una determinada manera. Es lo que se alude como el principio hermenéutico *favor constitutione*, conforme al cual, cuando surjan dudas acerca de la incompatibilidad de un dispositivo legal con la Constitución o se intuya la existencia de un conflicto normativo, el operador jurídico debe proceder a la interpretación de aquél en el sentido que se adecue al texto constitucional, logrando la armonía del sistema a través de su labor exegética sin permitir su nulidad; no se trata de erigirse en “*legislador negativo*”, lo importante es asumir una interpretación de acuerdo con los principios y valores que la Constitución expresa.

El principio de la constitucionalidad de las leyes, que no sólo se limita a la afirmación formal de que la Ley se tendrá por válida hasta cuando sea declarada inconstitucional, implica además: la confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios constitucionales; la seguridad de que la ley no será declarada inconstitucional sino cuando exista insalvable contradicción con la Constitución; y siempre que existiendo la posibilidad de que la amplitud para interpretar la ley se preste a una inconstitucional, hay que presumir que sea “*razonablemente posible*” que el Legislador ha sobreentendido que la interpretación correcta será aquella que permita a la misma mantenerse dentro de los límites constitucionales (García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, p. 96).

Naturalmente, el esfuerzo interpretativo encuentra su justificación en la necesidad de armonizar el texto legal con la Constitución; de manera que, entre diversas posibilidades interpretativas, debe elegirse aquella interpretación acorde con el máximo texto normativo, que no devenga en infracción del orden constitucional o cuya interpretación ofrezca dudas razonables; en tal sentido, aparece con “*carácter preceptivo*” (*idem*) la interpretación conforme con la Constitución. Sólo si tal labor es imposible debe expulsarse del ordenamiento jurídico la disposición legislativa, “*el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha Ley con la Constitución*” (*ibidem*). El empleo de esta técnica permite, entonces, evitar la declaración de nulidad e incompatibilidad. Implica el rechazo de una interpretación inconstitucional de la norma y la reducción de la misma a una lectura que sea conforme con la Constitución.

De tal manera, se pone de manifiesto una presunción de que la norma es constitucional y refleja el respeto al legislador democrático en el Estado constitucional (Aja Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, S.A.).

Desde luego que no debe sacrificarse el mantenimiento del orden jurídico por la vigencia de una disposición normativa. He allí la importancia de los tribunales constitucionales, como máximos y supremos intérpretes de la Constitución, los cuales deben, en ejercicio de la función asignada, y luego del análisis exhaustivo que exige la confrontación de la norma con el Texto Constitucional, expulsar del ordenamiento jurídico la norma que no superó tal verificación.

Sin embargo, en su labor de defensa de la Constitución deben, de ser posible, procurar su mantenimiento, cuando permita su sometimiento a un método de interpretación favorable, que respete la vigencia de la norma jurídica permaneciendo incólume su contenido, invocando para ello “(...) razones políticas, de conveniencia y de oportunidad, valorando la presunción de constitucionalidad de las leyes sancionadas por los Parlamentos, órganos democráticos y legítimos por excelencia, desde los mismos inicios de su funcionamiento, comenzar a emanar un tipo de sentencias denominadas interpretativas” (José Peña Solís en “Interpretación conforme a la Constitución”, ponencia presentada en el Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica, publicado en la Serie Eventos n° 3 del Tribunal Supremo de Justicia).

El surgimiento de este particular tipo de sentencias contentivas de interpretaciones “conforme a la Constitución” o “sentencias interpretativas” tiene su origen en aquellos ordenamientos que, igual que el nuestro, sufrieron un cambio en su esquema constitucional, donde la entrada en vigencia de nuevos postulados constitucionales, hicieron que decayeran ciertas concepciones, institutos o interpretaciones que estuvieran conforme con el antiguo régimen.

De tal manera que la necesidad de mantener en vigor aquellas leyes preconstitucionales, para no crear un vacío legislativo por la pérdida de vigencia de tales normas por aplicación de la disposición derogatoria de la Constitución, obligaron a la interpretación de las mismas de acuerdo con el nuevo texto fundamental.

En estas sentencias interpretativas, que condicionan la declaración de legitimidad a la aplicación conforme a un cierto significado que le atribuya el Tribunal Constitucional; se deja bien claro en la sentencia que sería sancionada con nulidad la aplicación del precepto, objeto de la reclamación, si se interpretara de modo diverso al efectuado por el Tribunal Constitucional (Canosa Usera, Raúl, *Interpretación Constitucional y Fórmula Política. Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1988).

Sostuvo el Tribunal Constitucional español, en relación con estas decisiones, lo siguiente:

“Las llamadas en parte de la doctrina sentencias interpretativas [...] son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución.

Es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso” (STC 5/81/6).

En atención a esta posibilidad tenemos entonces que “[l]a interpretación conforme con la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay de estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales” (García de Enterría).

Aunque no igual, el presente asunto puede asimilarse, en cuanto a los efectos de la declaratoria que contiene el fallo, al “*caso del avocamiento*” que resolvió esta misma Sala en sentencia n° 806 de este mismo año, cuando interpretó la norma del artículo 42, numeral 29, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sobre la base de la inconstitucionalidad que presentaba el hecho de que sólo la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia podía avocarse al conocimiento de una causa de manera exclusiva y excluyente, extendiendo la posibilidad del ejercicio de tal potestad a las demás Salas del Tribunal, pues no obstante la claridad y laconismo (contenido de la proposición normativa) con que fue redactado el precepto, su aplicación en los términos de la proposición normativa, luego de entrada en vigencia la Constitución, establecía un inconveniente monopolio en esa Sala, al tiempo que impedía la utilización del aludido instituto por las demás.

El comentado fallo estableció la lectura que debía hacerse de la norma jurídica, derivada de una interpretación del dispositivo que examinaba concluyendo que “*la Sala Político Administrativa no estaba constitucionalmente facultada para examinar solicitudes de avocamiento ni adentrarse a su conocimiento cuando de conflictos ajenos a su competencia natural se tratara*” y que, para la prestación de un mejor servicio a la justicia, la Sala Constitucional dio, en atención a sus propias competencias, un giro en este camino, cuando declaró que tal competencia (avocamiento) debe extenderse a las demás Salas. Así, sin anular en términos estrictos la norma, pero consciente de la inevitable inconstitucionalidad que de una interpretación contraria resultaría, sancionó con su nulidad una determinada conclusión, proponiendo, en cambio, una lectura distinta del inconveniente dispositivo legal, derivado de una interpretación conforme con la Constitución.

Un análisis similar se realizó en la sentencia n° 7/2000, pero desde un aspecto menos concreto y referido a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías constitucionales, cuando indicó que:

“El Estado venezolano es, conforme a la vigente Constitución, un Estado de derecho y de justicia, lo que se patentiza en que las formas quedan subordinadas a las cuestiones de fondo, y no al revés (artículo 257 de la vigente Constitución).

(...)

Consecuencia, a su vez de tal principio, que se enlaza con el postulado contenido en el artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual garantiza el cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, es que para el juez del amparo lo importante son los hechos que constituyen las violaciones de derechos y garantías constitucionales, antes que los pedimentos que realice el querellante.

Los derechos y garantías constitucionales no involucran directamente nulidades, ni indemnizaciones, sino que otorgan situaciones jurídicas esenciales al ser humano: individual o como ente social, por lo que no resulta vinculante para el Juez Constitucional lo que pida el quejoso, sino la situación fáctica ocurrida en contravención a los derechos y garantías constitucionales y los efectos que ella produce, que el actor trata que cesen y dejen de perjudicarlo.

El Juez del amparo por aplicación del principio *iura novit curia* puede cambiar la calificación jurídica de los hechos que hizo el accionante, y restaurar la situación jurídica que se alega fue lesionada partiendo de premisas jurídicas diferentes a las señaladas en el amparo. *Esto significa que ante peticiones de nulidades, el Juez del amparo, que es un Juez que produce cosas juzgadas formales, puede acudir a otra figura jurídica para restaurar la situación violada*” (Subrayado añadido).

Actividad que, de ser necesaria en el presente recurso, esta Sala realizará.

*2. Recurso de Interpretación Constitucional***TSJ-SC (278)****19-2-2002**

Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando

Caso: Interpretación del artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala señala algunos motivos de improcedencia del recurso de interpretación constitucional, e ilustra circunstancias posibles de ser ventiladas a través de este medio, que no podrían ser elevadas a requisitos de admisibilidad.

2.- Sacar una vez más a la luz la doctrina de la Sala respecto a la naturaleza jurídico-procesal de la solicitud de interpretación constitucional conviene en tanto sirve de marco para efectuar alguna consideración sobre el instituto de la procedencia de la consulta, la cual debe distinguirse de la inadmisión de la misma.

En suma, una solicitud será o no procedente en la medida en que justifique la institución de la consulta, a lo cual no apuntan las causales de inadmisión más que de modo indirecto. Si la solicitud de interpretación constitucional (como figura procesal) persigue aclarar dudas asociadas a la operancia de una norma constitucional, las pretensiones que a su respecto se hagan valer serán evacuadas en tanto se acoplen a este objetivo. De allí que entre las decisiones de la Sala al respecto, podrían desentrañarse algunos motivos de improcedencia (no obstante que se han manejado en muchos casos -no en todos- como causales de inadmisión) con la advertencia de su mera enunciatividad. Así tenemos:

a) Precisión en cuanto al motivo de la acción. La petición de interpretación puede resultar improcedente, si ella no expresa con claridad en qué consiste la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones o la contradicción entre las normas del texto constitucional (Así, sent. n° 2078/2001, caso: Gisela Peña Troconis y otros);

b) Que la norma en cuestión no presente la alegada oscuridad, ambigüedad o inoperancia (Así, fallo n° 278/2001, caso: Homologación de Pensiones y Jubilaciones; sent. 346/2001, caso: Consejo Nacional Electoral; sent. n° 1857/2001, caso: Ángel Alberto Vellorín y sent. n° 2728/2001, caso: Néstor Luis Oquendo);

c) Cuando a su respecto la Sala exceda sus facultades, viole el principio de separación de poderes, atente contra la reserva legal o, en fin, cuando el objeto de la petición desnaturalice, en perjuicio de la espontaneidad de la vida social y política, los objetivos del recurso de interpretación (Así, sent. n° 1309/2001, caso: Hermann Escarrá (Derechos a la información, expresión y réplica); sent. n° 1316/2001, caso: Defensoría del Pueblo-Homologación de Pensiones y Jubilaciones y sent. n° 1912/2001, caso: Enrique Ochoa Antich y otros).

Cosa distinta (mas no distante de esta discusión) es la lista de casos en que teóricamente podría ser útil hacer una solicitud de interpretación, la cual fue esbozada por vez primera en la decisión n° 1077/2000, caso: Servio Tulio León. Estima la Sala que dichos ejemplos sólo ilustran circunstancias pasibles de ser ventiladas a través de este medio, pero no podrían ser elevados a requisitos de admisibilidad. Tales son los siguientes:

a) Cuando determinadas normas constitucionales colidan con los principios y valores jerárquicamente superiores, consagrados en el texto constitucional;

b) Si la Constitución se remite, como principios que la rigen, a doctrinas en general, sin precisar en qué consisten, o cuál sector de ellas es aplicable; o cuando ella se refiere a derechos humanos que no aparecen en la Carta Fundamental; o a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, y cuyos textos, sentido y vigencia, requieran de aclaratoria;

c) Cuando dos o más normas constitucionales colidan entre sí, absoluta o aparentemente, haciéndose necesario que tal situación endoconstitucional sea aclarada;

d) Cuando se cuestione la constitucionalidad o adecuación con el Derecho Interno de las normas emanadas de órganos supranacionales, a los cuales esté sujeta la República por virtud de tratados y convenios internacionales;

e) También se hace necesaria la interpretación a un nivel general, para establecer los mecanismos procesales que permitan el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales previstos en el artículo 31 de la vigente Constitución, mientras se promulgan las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos;

f) Ante interrogantes con relación al régimen legal transitorio, cuando normas de éste parezcan sobreponerse a la Constitución, o cuando ni uno ni otro sistema sean aplicables en un caso determinado;

g) Cuando se requiera determinar el contenido y alcance de normas constitucionales, pero aún sin desarrollo legislativo, con la finalidad de que sus disposiciones no queden en suspenso indefinido;

h) También pueden existir normas constitucionales cuyo contenido ambiguo las haga inoperantes, y ante tal situación, para que puedan aplicarse, hay que interpretarlas en sentido congruente con la Constitución y sus principios, lo que es tarea de esta Sala;

i) Ante interrogantes relativas a la congruencia del texto constitucional con las facultades del constituyente.

3.- El presente caso encaja dentro de los motivos que dan lugar a la improcedencia de este tipo de medios. Ello es la resultante de la ausencia de alegaciones en cuanto a que el artículo 272 de la Constitución entrañe una duda, particularmente problemática, que justifique su aclaración. Por lo demás, la exigüidad de su escrito no exige -ni permite- a este Tribunal Supremo formular algún otro comentario sobre el particular, más allá de dejar constancia, tal como quedó dicho, de la ausencia absoluta de razones que aludan a la oscuridad, ambigüedad o inoperancia del mencionado dispositivo. Por lo tanto, la solicitud debe declararse improcedente. Así se establece.

3. *Recurso de Revisión Constitucional*

TSJ-SC (2815)

14-11-2002

Magistrado Ponente: Iván Rincón Urdaneta

Caso: Recurso de Revisión de la sentencia de fecha 14 de agosto de 2002 dictada por la Sala Plena Accidental del Tribunal Supremo de Justicia

Para la interposición de la solicitud de revisión constitucional es necesario que el solicitante posea interés directo y personal en el proceso que pretende iniciar, por lo que no es posible invocar un derecho o interés difuso o colectivo.

En el presente caso se pretende la revisión de una sentencia definitiva de única instancia definitivamente firme, que se dictó en un procedimiento de solicitud de antejuicio de mérito que interpuso el Fiscal General de la República.

Una vez determinada la competencia de la Sala para conocer del presente asunto debe en consecuencia referirse al análisis de los elementos que condicionan la admisibilidad del presente juicio. En tal sentido se observa que la acción que se propuso ha sido ejercida por el ciudadano Oleg Alberto Oropeza Muñoz, quien actuó “como ciudadano de la República Bolivariana de Venezuela y en (su) carácter de agraviado por los sucesos acaecidos los días 11 12 y 13 de abril de 2002”. Igualmente observa la Sala que con posterioridad a la presentación del escrito que da lugar al presente fallo, un grupo de ciudadanos diligenció a los fines de adherirse al recurso que planteó el demandante.

Ahora bien, en sentencia de 6 de febrero de 2001, caso Corporación de Turismo de Venezuela (Corpoturismo), esta Sala, cuando interpretó el alcance de la atribución que le confiere el numeral 10 del señalado artículo 336 de la Constitución, estableció en cuanto a la forma de iniciación de una demanda de esta naturaleza, que la misma puede tramitarse : “...de oficio o a solicitud de la parte afectada por una decisión de alguna otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia; o de algún Tribunal o Juzgado de la República”.

En efecto, en dicho fallo se reconoció no sólo la legitimación de la demandante sino también de su opositora, porque consideró que la misma “posee interés directo en el presente proceso por haber sido parte demandante en el juicio ordinario que resultó en el fallo que se impugna”.

Las limitaciones establecidas por la Sala en esta materia devienen del carácter extraordinario de la solicitud de revisión lo cual obliga “a ser excesivamente prudente en cuanto a la admisión y procedencia de recursos que pretendan la revisión de sentencias que han adquirido dicho carácter de cosa juzgada judicial”.

En consecuencia, para la interposición de la solicitud de revisión constitucional es necesario que el solicitante posea interés directo y personal en el proceso que pretende iniciar, por haber sido demandante, demandado o tercero en el juicio que dé lugar al pronunciamiento que se impugna.

Al respecto, esta Sala Constitucional ha sentado de manera constante que el requisito del interés procesal, como elemento de la acción, proviene de la esfera del derecho individual que ostente el solicitante le permite la elevación de la infracción constitucional o legal ante los órganos de administración de justicia. Tal presupuesto procesal es entendido como simple requisito o circunstancia de un acto procesal cuya carencia imposibilita el examen de la pretensión.

El interés surge así de la necesidad que tiene una persona, por la situación jurídica real en que se encuentra, de acudir a la vía judicial para que se le reconozca un derecho y evitar un daño injusto, personal o colectivo. El interés personal y directo ha de manifestarse de la demanda o solicitud y mantenerse a lo largo del proceso y, más aún, frente al carácter extraordinario, excepcional y estrictamente limitado que ostenta la revisión constitucional.

En este contexto debe señalarse que en los procedimientos de revisión no es posible invocar un derecho o interés difuso o colectivo, tal y como lo pretenden el solicitante y los diversos ciudadanos que se adhirieron a la presente solicitud. En efecto, ya esta Sala en sentencia del 30 de junio de 2000 (Caso: Dilia Parra Guillén), señaló que tales derechos se determinan:

“...porque se difunde entre todos los individuos de la comunidad, aunque a veces la lesión a la calidad de la vida puede restringirse a grupos de perjudicados individualizables como sectores que sufren como entes sociales, como pueden serlo los habitantes de una misma zona, o los pertenecientes a una misma categoría, o los miembros de gremios profesionales, etc. Sin embargo, los afectados no serán individuos particularizados, sino una totalidad o grupo de personas naturales o jurídicas, ya que los bienes lesionados, no son susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto. Se trata de intereses indiferenciados, como los llamó el profesor Denti, citado por María Isabel González Cano (*La Protección de los Intereses Legítimos en el Proceso Administrativo*, Tirant, Monografías, Valencia-España 1997). Como derecho otorgado a la ciudadanía en general, para su protección y defensa, es un derecho indivisible (así la acción para ejercerlo no lo sea), que corresponde en conjunto a toda la población del país o a un sector de ella. Esta indivisibilidad ha contribuido a que en muchas legislaciones se otorgue la acción para ejercerlos a una sola persona, como pueden serlo los entes públicos o privados que representan por mandato legal a la población en general, o a sus sectores, impidiendo su ejercicio individual. ...(*Omissis*)... De la idea anterior surge otro de los elementos esenciales para calificar la existencia de un derecho o interés difuso o colectivo, cual es que el obligado (estado o particular) debe una prestación indeterminada, que puede hacerse concreta debido a la intervención judicial. Desde este punto de vista, lo importante es que el objeto jurídico que se exija al obligado es de carácter general, opuesto a las prestaciones concretas señaladas por la ley”.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones en cuanto a la admisibilidad de la solicitud extraordinaria de revisión y a la exigencia formal y sustantiva del interés, derivada del carácter de parte en el juicio que da lugar a la sentencia cuya revisión se solicita, se concluye que en el presente caso no se dan los supuestos necesarios para que esta Sala pueda conocer de la revisión de una sentencia que ha adquirido el carácter de cosa juzgada, puesto que no se evidencia el interés de los demandantes para la impugnación de la decisión que pretenden sea revisada, por cuanto el fallo recurrido no condenó en ningún momento a los recurrentes a cumplir lo que dispuso, ni causó una lesión a su esfera particular, por lo que, aun cuando la misma adoleciera de algún vicio, no ha sido capaz de producirle agravio constitucional alguno, lo que determina, forzosamente, su inadmisibilidad, por falta de legitimación procesal. Así se declara.

4. *Acción de inconstitucionalidad*

A. *Competencia de la Sala Constitucional para conocer de la nulidad de las ordenanzas*

TSJ-SC (928)

15-5-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Impugnación de la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones dictada por el Concejo del Municipio José Antonio Páez del Estado Yaracuy.

La Sala Constitucional cambia de criterio respecto a la naturaleza de las ordenanzas. Señala que su rango es siempre equivalente al de la ley y, por lo tanto, ella es la competente para conocer de toda demanda de nulidad que se intente contra esos actos normativos, en virtud de ser dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Se deja atrás la doctrina sentada en sentencias n° 2353/2001, 246/2002 y 254/2002.

El presente recurso de nulidad se dirige contra una Ordenanza municipal; en concreto, contra la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones dictada por el Concejo del Municipio José Antonio Páez del Estado Yaracuy. Ahora bien, ha sido jurisprudencia reciente de esta Sala que el conocimiento de las acciones de nulidad dirigidas contra las Ordenanzas le corresponde sólo si han sido dictadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución (sentencias N° 2353/2001, 246/2002 y 254/2002). En cambio, si la Ordenanza hubiera sido dictada en ejecución directa e inmediata de una Ley -normalmente la Ley Orgánica de Régimen Municipal- correspondería a la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos dirigidos en su contra.

Para efectuar tal aserto, esta Sala se ha basado en el profundo cambio producido en la Constitución de 1999 en lo relativo a la definición del ámbito de la jurisdicción constitucional. Tal como lo ha dejado establecido esta Sala, en criterio que se reitera nuevamente, la vigente Constitución ha sentado las bases para la jurisdicción constitucional de manera muy distinta a la del Texto Fundamental de 1961. Así, la jurisdicción constitucional se define ahora según el rango de los actos impugnables y no sobre la categoría de los vicios denunciados por los recurrentes, que era el régimen anterior y que permitía a la jurisdicción constitucional -representada en aquel texto por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno- conocer de ciertos recursos por el sólo hecho de haberse alegado la violación de normas constitucionales. Tal amplitud del texto derogado trajo como consecuencia inevitable una tendencia a la alegación de motivos de inconstitucionalidad, que condujo a la extinta Corte Suprema de Justicia a sostener que sólo eran invocables ante ella vicios de inconstitucionalidad directa, con lo que no le correspondía conocer de violaciones indirectas del Texto Fundamental.

El Constituyente de 1999 pretendió corregir tal despropósito y deslindar adecuadamente la jurisdicción constitucional de cualquier otra, en especial de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para hacerlo, se basó en la concepción más aceptada por la doctrina y llevada a Derecho Positivo en algunos Estados: la jurisdicción constitucional sólo conoce de acciones dirigidas contra leyes y actos de rango legal, que son aquellos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. Cualquier otro acto sería controlable, en virtud del principio rector de nuestro Estado de Derecho y de Justicia, en el cual no escapa de fiscalización ningún acto de los Poderes Públicos, pero queda bajo el poder de otros órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, en la actualidad no corresponde a esta Sala Constitucional -órgano especializado dentro del Tribunal Supremo de Justicia para la jurisdicción constitucional, que es otra de las innovaciones de la Constitución de 1999- defender la Constitución con carácter exclusivo. Al contrario, aparte de una gran variedad de medios procesales para garantizar el respeto a la Constitución -como los recursos contencioso-administrativos, el recurso de casación o la acción de amparo-, todo juez puede convertirse en defensor de la constitucionalidad en los procesos de los que conozca, en virtud del comúnmente denominado control difuso, reconocido incluso ahora por el artículo 334 del Texto Fundamental. Le corresponde a la jurisdicción constitucional, entonces, sólo el control con poderes anulatorios de los más elevados actos estatales: todos aquellos dictados con base en poderes conferidos directamente por la Constitución.

En tal sentido, la vigente Carta Magna ha sido clara al establecer que la jurisdicción constitucional -ejercida por esta Sala- abarca sólo aquellos actos con rango de ley, independientemente de que provengan de la Asamblea Nacional o del Presidente de la República, o de órganos deliberantes estatales y municipales, o de cualquier otro órgano del Poder Público, siempre que ellos nazcan como aplicación directa e inmediata del texto constitucional. De manera que, se repite, no es la violación de una norma fundamental lo que permite a la jurisdicción constitucional conocer de un acto, sino la jerarquía del mismo, por lo que el control de un acto sub-legal, así se le imputen variados vicios de inconstitucionalidad, no corresponderá a esta especial jurisdicción.

Lo expuesto está consagrado en el artículo 334 de la Constitución, que reserva a esta Sala el conocimiento de las acciones de nulidad intentadas contra “las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquélla”. Con fundamento en ese principio rector, el artículo 336 *eiusdem* hace una enumeración de los casos que son competencia de esta Sala y, en materia de nulidad, sólo prevé la posibilidad de conocer de los recursos intentados contra “las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional” (numeral 1); contra “las Constituciones y leyes estatales” y “las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución” (numeral 2); contra “los actos con rango de Ley dictados por el Ejecutivo Nacional” (numeral 3); y contra los actos, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, “dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público” (numeral 4). Queda claro, pues, que ha sido intención del Constituyente de 1999 reservar a esta Sala todos los actos, emanados de cualquier órgano del Poder Público - sea nacional, estatal o municipal-, que sean ejecución directa e inmediata de la Constitución. Esta Sala, con base en todas las consideraciones que se han expuesto, estimó que los recursos de nulidad dirigidos contra Ordenanzas no son de su competencia, más que en casos de haber sido dictadas en ejecución directa e inmediata de la Constitución, lo cual podría suceder en los supuestos a que se refieren los artículos 178 y 179 del Texto Fundamental (sentencias del 14 de febrero de 2002, citadas precedentemente). En el resto de los casos -Ordenanzas basadas en leyes- la impugnación debería plantearse ante la Sala Política Administrativa de este mismo Tribunal Supremo de Justicia, por tratarse de actos sub-legales. Ello sería tan sólo aplicación del principio general según el cual si un acto no se dicta en ejecución directa e inmediata de la Constitución no puede ser recurrida ante la jurisdicción constitucional; así, el rango sub-legal de un acto impide su ataque ante esa jurisdicción.

Se basó esta Sala, pues, en la consideración de la existencia de Ordenanzas que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución y otras que no. A esa conclusión se llegó a partir de la interpretación del propio numeral 2 del artículo 336 de la Constitución, según el cual corresponde a esta Sala:

“Declarar la nulidad de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y los Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella”.

En vista de que ese numeral emplea una coma para separar dos frases -Constitución y leyes estatales, por un lado; Ordenanzas y demás actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por el otro- esta Sala consideró que debía entenderse que existen Ordenanzas que se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución y otras que no.

Ahora bien, en esta oportunidad, efectuado un análisis más detenido del problema, esta Sala rectifica expresamente su posición y declara que sí tiene competencia para conocer de toda demanda de nulidad dirigida contra Ordenanzas, por lo que se expone a continuación.

Observa la Sala que, en realidad, el citado numeral 2 del artículo 336 prevé tres supuestos de actos cuya nulidad puede declarar este órgano jurisdiccional: Constituciones y leyes estatales; Ordenanzas; y cualquier otro acto emanado de los órganos deliberantes de Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata del Texto Fundamental. La coma, como signo de puntuación, lo que hace es separar el primer supuesto (Constituciones y Leyes estatales) del segundo (Ordenanzas), quedando en último lugar el caso de los actos distintos a los anteriores, pero que también emanan de cuerpos deliberantes estatales o municipales y también sean ejecución directa e inmediata de la Constitución. Así, la precisión acerca de la necesidad de ejecución directa e inmediata del Texto Fundamental sólo se realiza respecto de estos últimos actos, puesto que se presupone respecto del resto.

Esta conclusión es más acorde con el propio texto constitucional, pues la existencia de la coma separando “las Constituciones y leyes estatales” de “las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes estatales y municipales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución”, no puede hacer que las ordenanzas queden excluidas en ciertos casos de la competencia de esta Sala, mientras que toda Constitución y ley estatal sí quedaría bajo su control, sin necesidad de precisar si dichas disposiciones estatales ejecutan de manera directa e inmediata la Constitución. Esa interpretación crea una desigualdad entre actos estatales y municipales no querida por la Constitución, puesto que, como es bien sabido, nuestro régimen político se basa en la distribución del Poder Público en tres niveles territoriales claramente diferenciados, con poderes propios, y que cuentan todos con reconocimiento constitucional y hace que ella sea la encargada de decidir las acciones intentadas contra los actos de mayor rango.

En efecto, un análisis de la naturaleza de las Ordenanzas permite concluir que su rango es siempre equivalente al de la ley, pues el poder del Municipio para dictarlas deriva directamente de la Constitución, al igual que ocurre con el poder de los Estados para dictar sus Constituciones o para legislar en las materias de su competencia. De esta manera, de la Constitución se derivan los poderes normativos estatales y municipales, por lo que los actos que se dicten con base en ellos deben entenderse como ejecución directa e inmediata del Texto Fundamental, así existan leyes nacionales (o estatales, en el caso de los municipios), a las que deban someterse.

Esto último es relevante, pues en ello se encuentra el origen de la difícil precisión del rango de las Ordenanzas. La confusión parte de la exigencia constitucional de que las normas relativas a los municipios se atengan a las disposiciones contenidas en la ley nacional dictada sobre la materia (que es, en la actualidad, la Ley Orgánica de Régimen Municipal). Sin embargo, observa esta Sala que aunque la facultad legislativa de los Municipios está limitada por la legislación que se dicte en la materia, su ejercicio es siempre ejecución directa de competencias que han sido atribuidas por la propia Constitución de la República, por lo que el rango de las Ordenanzas es siempre necesariamente legal, y así lo declara de forma expresa.

En fin, observa la Sala que lo que ha pretendido el artículo 336, en su numeral 2, es atribuirle el conocimiento de las demandas contra las Constituciones y Leyes estatales y contra las Ordenanzas, pero también contra todo acto emanado de los órganos deliberantes estatales y municipales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, para ser consecuente, así, con la conceptualización que ha efectuado de la jurisdicción constitucional. Debe destacar esta Sala que lo que la guió para sostener que existen Ordenanzas cuya nulidad no le correspondía declarar fue la necesidad de respetar y mantener el novedoso esquema constitucional e impedir que actos sub-legales lleguen al conocimiento de esta instancia. Ahora, revisado nuevamente el problema y precisado el rango de las Ordenanzas, la conclusión debe ser otra, sin que cambien, por supuesto, los principios que se han reiterado en la jurisprudencia nacida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

B. *Medidas cautelares*

TSJ-SC (2786)

12-11-2002

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 51 y 66 de la Ley de Medicamentos.

El juez constitucional al hacer estudio de las medidas cautelares en el caso de las acciones por inconstitucionalidad, debe tener en cuenta el orden público donde pueden estar en juego intereses generales, por lo que debe poner en la balanza los intereses en conflicto y de tal manera verificar que con la medida en particular no se llegue a producir una lesión a intereses generales.

En el escrito libelar, los accionantes solicitaron la suspensión de las normas contenidas en los artículos 51 y 66 de la Ley de Medicamentos, “únicamente para la situación jurídica concreta de LOS LABORATORIOS ACCIONANTES, mientras dure el presente juicio de inconstitucionalidad”, basándose en el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en los artículos 588 y 585 del Código de Procedimiento Civil.

En el Código de Procedimiento Civil, se establecen como requisitos para la aplicación de dicha medida: a) el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*) y, b) un medio de prueba que constituya presunción grave del derecho reclamado (*fumus boni iuris*).

Cabe recordar que, sumado a estos requisitos concurrentes, se encuentra el especial extremo consagrado en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, el cual exige, fundado temor de que puedan ocasionarse lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la parte (*periculum in damni*).

En el presente caso, las empresas accionantes, quienes por la naturaleza de las actividades que realizan, ostentan la legitimación activa de la presente acción, son los destinatarios principales de la ley, cuya anulación pretenden, y son precisamente los afectados por el cumplimiento de las normas establecidas en ella, que a su juicio producirían la violación de su derecho constitucionalmente consagrado a la libertad económica, así como de las sanciones que acarrea el incumplimiento de las mismas, con lo cual, a juicio de esta Sala, se cumple *prima facie*, con la prueba del buen derecho requerido.

En relación con el *periculum in mora*, observa la Sala que, éste se encuentra igualmente presente, y así lo demuestra el hecho de que la Ley de Medicamentos se encuentre en vigencia desde el momento en que fue publicada en *Gaceta Oficial*, el 3 de agosto de 2000, lo que obliga a los laboratorios accionantes a cumplir con las normas establecidas en ella, y que al hacerlo, según señalaron, se vería violentado, tanto el derecho a la salud de la población venezolana consagrado en la Constitución, como los derechos económicos de los laboratorios farmacéuticos.

Observa la Sala que, atendiendo a lo señalado por los apoderados de los laboratorios accionantes, éstos se ven obligados a realizar fuertes inversiones de dinero para poder cumplir con las normas establecidas en los artículos 51 y 66 de la Ley de Medicamentos, con el primero de ellos, tendientes a adaptar las instalaciones de las empresas y las presentaciones de los productos para garantizar la distribución en dosis individualizadas, y en el segundo de los casos, como producto de los gastos que ocasionarían los estudios clínicos que deben llevar a cabo antes de que puedan ser distribuidos en el país los medicamentos importados. Gastos y costos que, indicaron los accionantes, no se encuentran en capacidad para asumir, lo que compromete tanto su estabilidad como empresas, como su permanencia en el país. En virtud de ello, considera la Sala que se evidencia la satisfacción del extremo exigido en cuanto al peligro de que se cause un perjuicio grave. Hechas las constataciones anteriores, debe esta Sala señalar que el juez constitucional al hacer estudio de las medidas cautelares en el caso de las acciones por inconstitucionalidad, debe tener en cuenta el orden público donde pueden estar en juego intereses generales, por lo que debe poner en la balanza los intereses en conflicto y de tal manera verificar que con la medida en particular no se llegue a producir una lesión a intereses generales.

En tal sentido recuerda esta Sala, lo señalado en la sentencia del 13 de agosto de 2002 (Caso: *Seguros Guayana*) donde se expresa lo siguiente:

“La medida de inaplicación requerida supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo del Decreto Legislativo impugnado. Como tal, la señalada medida cautelar innominada de suspensión de efectos constituiría una importante excepción legal al principio general, según el cual, con base en una presunta validez intrínseca a todo acto legal, éste tiene fuerza obligatoria y produce todos sus efectos desde el momento mismo de su publicación en la Gaceta Oficial, aplicándose únicamente como medida excepcional cuando sea muy difícil reparar por sentencia definitiva los daños que resulten de la aplicación del contenido normativo del texto legal impugnado.

Sin embargo, es menester no olvidar que la inaplicación de un instrumento normativo como medida cautelar colide con la presunción de validez de los actos legales y su obligatoriedad desde su publicación en la Gaceta Oficial, de modo que si no se maneja con equilibrio aquella inaplicación, el principio de autoridad quedaría quebrantado, de allí que, para que pueda ser acordada, tiene que existir una verdadera y real justificación”.

Tomado esto en cuenta, observa la Sala que, en relación con la suspensión de la norma contenida en el artículo 66 de la Ley de Medicamentos, conforme a la cual se le impone a los laboratorios farmacéuticos la obligación de realizar estudios o ensayos clínicos, previos a la distribución de todo medicamento que ingrese al país, podría ocasionar efectos perjudiciales en la política farmacéutica, debido a que se estaría dejando de garantizar a la población la eficacia y seguridad de los medicamentos que podrían entrar en el país durante el tiempo en el cual se encuentre suspendida dicha norma, dejando abierta la vía para la introducción al país de medicamentos, cuya calidad no esté debidamente comprobada, razón por la cual, se niega la solicitud de medida cautelar innominada, referida a la suspensión del artículo 66 de la Ley de Medicamentos, y así se declara.

Ahora bien, planteadas como han sido, por la parte accionante, una serie de denuncias que cuestionan la constitucionalidad de dicha ley, y al comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, observa esta Sala que, efectivamente los apoderados de los laboratorios farmacéuticos, en relación al artículo 51 de la Ley de Medicamentos, proporcionaron suficientes indicios para probar, tanto el riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, como el riesgo de que puedan causarse graves lesiones y de difícil reparación, considerando que el referido artículo regula la distribución de medicamentos en el país, lo que influye directamente en la población por tratarse del derecho de acceso a los medicamentos, así como también, en las empresas distribuidoras de los mismos, las cuales podrían ver cercenado su derecho a la libertad económica. En razón de que dicha norma se encuentra actualmente en vigencia, considera prudente la Sala, suspender los efectos del artículo 51 de la Ley de Medicamentos, hasta tanto se dicte la decisión de fondo de la presente acción, y así se declara.

Por último considera prudente la Sala indicar, en vista del carácter normativo del acto contra el cual opera la cautela, y los efectos generales del mismo que, la suspensión ordenada tiene efectos *erga omnes*, y así se declara.

5. *Acción de Amparo Constitucional*A. *Competencia*

TSJ-SC (162)

1-2-2002

Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando

Caso: Belquis B. Elorza M. vs. Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

No puede confundirse la competencia específica que tiene atribuida cada uno de los juzgados especiales creados por ley, de la competencia constitucional que, conforme al artículo 27 de la Constitución que no hace distinción alguna, tienen todos los tribunales de la República para amparar a las personas en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Examinadas como han sido las alegaciones traídas por la ciudadana Belquis Beatriz Elorza Moreno, contra la decisión de la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional del 17 de julio de 2001, esta Sala Constitucional, luego de contrastar las mismas con el régimen jurídico que informa la acción de amparo constitucional y los derechos fundamentales, advierte que la pretensión originaria formulada se instauró ante un Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, sobre la base de una supuesta lesión a los derechos fundamentales del menor hijo de la solicitante.

Ahora bien, el proceso en el que se produjeron las supuestas violaciones constitucionales que dieron lugar al amparo originario se ventiló debidamente ante un Tribunal de la jurisdicción civil, dado que su objeto era la resolución de un contrato de arrendamiento celebrado entre Inmuebles Ayorta C.A. -demandante- y Armando Greco -demandado-, y que éste último estuvo representado por los abogados designados a tal efecto por el ciudadano Juan José Jiménez Guerra, quien, a su vez, era el apoderado del referido Armando Greco.

Tal y como fue expresado en el capítulo anterior, la acción de amparo puede ser ejercida no sólo por las partes directamente intervinientes en un juicio, sino también por un particular ajeno al mismo, como sucede en el caso bajo análisis, por cuanto la ciudadana Belquis Beatriz Elorza Moreno, aquí accionante, y su menor hijo, a nombre de quien ésta ejerció la primera acción de amparo, no eran parte en el mencionado proceso judicial.

Es el caso, que la accionante, argumentando que los derechos fundamentales de su menor hijo habían sido vulnerados, propuso ante la jurisdicción especial de protección del niño y del adolescente la tutela constitucional, con lo que sustrajo de la jurisdicción civil ordinaria el control constitucional de la sentencia proveída por el Tribunal Décimo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Área Metropolitana de Caracas.

Por lo dicho, se hace necesario reflexionar acerca de la tendencia, cada vez más frecuente dentro del foro, de instar protección constitucional ante organismos judiciales con capacidad de protección del niño y del adolescente por presuntas violaciones ocasionadas por un fallo jurisdiccional civil o bien penal ordinario o de otra materia distinta a la aludida competencia especial.

En tal sentido, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente prescribe, en su artículo 177, la competencia de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente -ante quien se instauró el amparo originario-, para conocer de los asuntos de familia, patrimoniales y del trabajo, de los Provenientes de los Consejos de Protección o de los Consejos de Derechos y de manera más general de “*otros asuntos*”, y establece, en el párrafo quinto, para culminar su enunciado, la competencia de dicha Sala para conocer de la “*acción de protección contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos e instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos de los niños y adolescentes*”; no obstante, en ningún caso, prevé una competencia distinta de la prescrita por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que, en su artículo 4, determina que el amparo contra sentencias debe interponerse por ante el Tribunal Superior que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva.

En el presente asunto se ha argumentado, para proponer la vía constitucional ante el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, el principio de interpretación legal denominado “*interés superior del niño*”, el cual, de ser extendido a cualquier asunto relacionado con los niños y adolescentes, derogaría las reglas de competencia no sólo de la jurisdicción ordinaria sino las de la jurisdicción constitucional prescritas por la Ley.

La Sala debe aclarar que la jurisdicción especial del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente tiene por objeto “*garantizar a todos los niños y adolescentes, que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben brindarles desde el momento de su concepción*”, de conformidad con el artículo 1° de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente; pero el carácter tuitivo de ésta no puede establecer, en forma absoluta, un fuero jurisdiccional atrayente que disloque el régimen competencial de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción constitucional, pues esto distorsionaría la salvaguarda que garantiza la mencionada Ley y falsearía, en forma contraria a la seguridad jurídica y a las normas mismas de la jurisdicción especial del menor, la potestad para conocer y decidir asuntos cuya competencia no corresponde, específicamente, a la tutela para la que se estableció dicha jurisdicción especial, conforme lo disponen los artículos 177 y 453 *eiusdem*. Tal criterio ha sido expuesto por esta Sala en sentencia del 12 de septiembre de 2001, expediente n° 00-3000, en los siguientes términos:

“En efecto, dicha competencia les corresponde por ley en virtud de la materia especial que dichos Juzgados conocen y para los cuales han sido creados, como es el caso de aquellos Juzgados cuya especialidad obedece a la protección de un bien, de una persona o de un interés, y que por ello requieren que sus titulares tengan el conocimiento necesario y suficiente en la materia específica de los juicios cuyo conocimiento les ha sido atribuido; ejemplo de dichos juzgados, son además de los nombrados *supra*, entre otros: los Juzgados Superiores en lo Contencioso Tributario (que en protección de los tributos del Estado ventilan los juicios contenciosos en materia tributaria), el Tribunal de la Carrera Administrativa (que en aras de la estabilidad funcional conocen de las reclamaciones de los empleados públicos nacionales sometidos a la Ley de Carrera Administrativa), los Juzgados de Protección del Niño y del Adolescente (creados para resolver los asuntos que se susciten en materia de menores).

Ahora bien, no puede confundirse esta competencia específica que tiene atribuida cada uno de los juzgados especiales creados por Ley, de la competencia constitucional que, conforme al artículo 27 de la Constitución que no hace distinción alguna, tienen todos los Tribunales de la República para amparar a las personas en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

(omissis)

Así pues, son los artículos 4, 5, 7, 8 y 9 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, las disposiciones que junto a los criterios sostenidos por esta Sala en materia de competencia constitucional en los fallos parcialmente transcritos, deben tenerse en cuenta para la resolución del órgano jurisdiccional competente para conocer del amparo constitucional que sea solicitado. Ello, por cuanto no puede atenderse simplemente a la competencia específica que, en las materias propias, tienen los tribunales especiales, ya que ello daría lugar, por ejemplo, a que tribunales con competencia en menores conozcan por el simple hecho de que habite un menor en el lugar (casa o apartamento arrendado) sujeto a desocupación, de un amparo constitucional originado con ocasión a un desalojo inquilinario, dejando a un lado toda la normativa especial inquilinaria; lo que podría traer como consecuencia caos y fraudes procesales, como lo sería la utilización de un menor para trasladar la competencia de un tribunal con competencia contencioso administrativa a un tribunal de menores (hoy Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente)”.

Corolario de lo precedentemente considerado es que, al incoarse una solicitud de amparo contra una sentencia producida en virtud de una demanda de resolución de contrato de arrendamiento, la competencia para el control de los derechos constitucionales, presuntamente vulnerados por el Tribunal Civil ordinario, correspondía a su superior jerárquico, vale decir, al Juzgado Superior Civil de la misma Circunscripción Judicial, por lo que esta Sala debe proceder a anular, por ser contrario a derecho, todo el proceso de amparo constitucional que se llevó a cabo ante el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente en sus dos instancias, lo que trae como consecuencia la inexistencia jurídica del pronunciamiento contra el cual se ha instaurado la nueva pretensión constitucional y, por ende, la ausencia de objeto procesal de la misma. Así se decide.

B. Admisibilidad

a. Legitimación

TSJ-SC (279)

19-2-2002

Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando

Caso: Ministerio Público vs. Colegio de Médicos del Distrito Capital

En virtud de la diferencia entre intereses difusos y colectivos, la acción (sea de amparo, de inconstitucionalidad u otra específica) para la protección de los primeros, la tiene tanto la Defensoría del Pueblo dentro de sus atribuciones, como toda persona domiciliada en el país, salvo las excepciones legales; mientras que la de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúe en defensa del colectivo.

Esta Sala observa que, en el presente caso, la accionante señala que actúa invocando los derechos colectivos de un conglomerado social que podría verse afectado por la paralización de las actividades asistenciales y hospitalarias. A este respecto, debe esta Sala analizar, antes de entrar en cualquier tipo de consideración, si se encuentra o no en un caso de derechos o intereses difusos, para así, luego, determinar la competencia y la admisibilidad de la acción incoada.

En sentencia del 30 de junio de 2000 (Caso: *Dilia Parra Guillén*), la Sala realizó pronunciamiento expreso respecto de la consagración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de los derechos e intereses difusos o colectivos, señalando en tal oportunidad, respecto a la conceptualización de los mismos lo siguiente:

“Cuando los derechos y garantías constitucionales que garantizan al conglomerado (ciudadanía) en forma general una aceptable calidad de la vida (condiciones básicas de existencia), se ven afectados, la calidad de la vida de toda la comunidad o sociedad en sus diversos aspectos se ve desmejorada, y surge en cada miembro de esa comunidad un interés en beneficio de él y de los otros componentes de la sociedad en que tal desmejora no suceda, y en que si ya ocurrió sea reparada. Se está entonces ante un interés difuso (que genera derechos), porque se difunde entre todos los individuos de la comunidad, aunque a veces la lesión a la calidad de la vida puede restringirse a grupos de perjudicados individualizables como sectores que sufren como entes sociales, como pueden serlo los habitantes de una misma zona, o los pertenecientes a una misma categoría, o los miembros de gremios profesionales, etc. Sin embargo, los afectados no serán individuos particularizados, sino una totalidad o grupo de personas naturales o jurídicas, ya que los bienes lesionados, no son susceptibles de apropiación exclusiva por un sujeto. Se trata de intereses indiferenciados, como los llamó el profesor Denti, citado por María Isabel González Cano (*La Protección de los Intereses Legítimos en el Proceso Administrativo*, Tirant, Monografías, Valencia-España 1997). Como derecho otorgado a la ciudadanía en general, para su protección y defensa, es un derecho indivisible (así la acción para ejercerlo no lo sea), que corresponde en conjunto a toda la población del país o a un sector de ella. Esta indivisibilidad ha contribuido a que en muchas legislaciones se otorgue la acción para ejercerlos a una sola persona, como pueden serlo los entes públicos o privados que representan por mandato legal a la población en general, o a sus sectores, impidiendo su ejercicio individual.

Con los derechos e intereses difusos o colectivos, no se trata de proteger clases sociales como tales, sino a un número de individuos que pueda considerarse que representan a toda o a un segmento cuantitativamente importante de la sociedad, que ante los embates contra su calidad de vida se sienten afectados, en sus derechos y garantías constitucionales destinados a mantener el bien común, y que en forma colectiva o grupal se van disminuyendo o desmejorando, por la acción u omisión de otras personas.

Debe, en estos casos, existir un vínculo común, así no sea jurídico, entre quien acciona para lograr la aplicación de una norma, y la sociedad o el segmento de ella, que al igual que el accionante (así sea un ente especial para ello), se ven afectados por la acción u omisión de alguien. Ese vínculo compartido, por máximas de experiencias comunes, se conoce cuando existe entre el demandante y el interés general de la sociedad o de un sector importante de ella, y por tanto estos derechos e intereses difusos o colectivos generan un interés social común, oponible al Estado, a grupos económicos y hasta a particulares individualizados. Ese interés social debe ser entendido en dos sentidos, uno desde el ángulo procesal, donde representa el interés procesal para accionar, cuando sólo acudiendo a los órganos jurisdiccionales se puede obtener una satisfacción para la sociedad; y otro, como un valor jurídico general tutelado por la Constitución, que consiste en la protección derivada del derecho objetivo, de los diversos grupos que conforman la sociedad o de ella misma, y que por las condiciones en que se encuentran con respecto a otros de sus miembros, se ven afectados por éstos directa o indirectamente, desmejorándoles en forma general su calidad de vida.

(*omissis*)

Igualmente, la Sala expresó en la sentencia citada, que estos derechos e intereses difusos

“...vienen a ser el desarrollo de valores básicos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tales como el logro del bien común (señalado como fin del Estado en el Preámbulo de la Constitución), el desarrollo de una sociedad justa, o la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo (artículo 3 *eiusdem*), se trata de derechos orientados hacia esos valores. En consecuencia, su declaración por los órganos jurisdiccionales es una forma inmediata y directa de aplicación de la Constitución y del derecho positivo, y siendo la interpretación del contenido y alcance de estos principios rectores de la Constitución, la base de la

expansión de estos derechos cívicos, que permiten el desarrollo directo de los derechos establecidos en la carta fundamental (derechos fundamentales), debe corresponder a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento de las acciones que ventilen esos derechos, mientras la ley no lo atribuya a otro tribunal; tal como lo hace el artículo 46 del Código Orgánico Procesal Penal, el artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, o el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Mientras la ley no regule y normalice los derechos cívicos con que el Estado Social de Derecho -según la vigente Constitución- se desenvuelve, es a la Sala Constitucional, debido a que a ella corresponde con carácter vinculante la interpretación de la Constitución (artículo 335 *eiusdem*), y por tratarse del logro inmediato de los fines constitucionales, a la que por esa naturaleza le compete conocer de las acciones para la declaración de esos derechos cívicos emanados inmediatamente de la Carta Fundamental, y así se declara. De esta manera, ni el contencioso administrativo, ni la justicia ordinaria o especial, son competentes para declarar y hacer efectivos estos derechos, a menos que la ley lo señale expresamente en sentido contrario”.

Del análisis del libelo y de sus recaudos, de acuerdo con la doctrina transcrita, en el caso *sub examine* nos encontramos ante una tutela constitucional que ha sido ejercida con base en los derechos e intereses colectivos, toda vez, que es la “*calidad de la vida*” y “*la salud pública*” de un conglomerado de la sociedad; esto es, aquellas personas indeterminadas, que pueden verse afectadas con ocasión de la paralización de las actividades asistenciales y hospitalarias, convocado por el Colegio de Médicos del Distrito Capital, y así se declara.

Respecto a la competencia para conocer de la presente acción, tal como se expresara en la sentencia del 30 de junio de 2000, antes reseñada, de las acciones que se ejerzan con ocasión de los derechos e intereses difusos o colectivos, será competente esta Sala Constitucional para conocer de ellas, hasta tanto no se haya dictado una ley procesal especial que regule estas acciones, y así se declara.

IV DE LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Llegado a este punto, corresponde a esta Sala determinar si la accionante está legitimada para ejercer este tipo de acción, y a tal efecto, es oportuno reiterar que, vista la diferencia entre intereses difusos y colectivos, la acción (sea de amparo, de inconstitucionalidad u otra específica) para la protección de los primeros, la tiene tanto la Defensoría del Pueblo dentro de sus atribuciones, como toda persona domiciliada en el país, salvo las excepciones legales; mientras que la de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúe en defensa del colectivo.

Tanto particulares como personas jurídicas cuyo objeto sea la protección de tales intereses, podrán incoar las acciones, y la legitimación en todas estas acciones es variable, de acuerdo a la naturaleza de las mismas, de allí que la ley puede limitar la acción en determinadas personas o entes. Sin embargo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorgó expresamente a la Defensoría del Pueblo, en su artículo 281, numerales 2 y 3, la facultad para velar por el buen funcionamiento de los servicios públicos así como el interés procesal y la legitimación de derecho, para ejercer este tipo de acciones judiciales frente a una situación como la ahora analizada.

Dicho artículo prescribe:

“*Artículo 281.* Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo:

(*omissis*)

2. *Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas*, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos.

3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, *amparo*, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los numerales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley [...]” (Negrillas de la Sala).

En tal sentido, esta Sala juzga que sin someter a mayor análisis el punto, la pretendida legitimación *ad procesum* aducida por el Ministerio Público, no resulta admisible, pues no se colige en el presente caso que dicho organismo esté actuando en conformidad con las atribuciones que expresamente le confiere la Constitución; por el contrario, es la Defensoría del Pueblo quien la ostenta, visto que su función y atribuciones responden a un interés plural, esto es, la de intereses legítimos individuales de sujetos que se encuentran en una misma situación, ello, a la luz de la Carta Fundamental.

No obstante determinado lo anterior, esta Sala de conformidad con: a) las atribuciones conferidas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus artículos 266, 334 y 335; b) la comprensión de los principios enunciados en el texto de la Exposición de Motivos de la Carta Fundamental; c) el carácter de garante de la supremacía de la Constitución; d) el ejercicio de las facultades que posee; y e) la jurisprudencia sentada por ella -la cual ha sido desarrollada en procura de salvaguardar la vigencia de los postulados constitucionales-, ordena, de oficio, remitir con carácter urgente copia certificada tanto del escrito libelar contentivo de la acción de amparo interpuesta por la ciudadana Roxana Orihuela Gonzatti, representante del Ministerio Público como del presente fallo a la Defensoría del Pueblo a los fines previstos en el artículo 281 constitucional, en sus numerales 2 y 3, y así se decide.

TSJ-SC (412)

8-3-2002

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Luis Reinoso vs. Tribunal de Control N° 3 del Circuito Judicial Penal del Estado Lara.

Quando se trata de un *hábeas corpus, strictu sensu*, o de un amparo contra sentencia, que tenga como objeto la tutela de los derechos a la libertad y seguridad personal, la legitimación activa le corresponderá a la persona afectada directamente o bien podrá ser extendida a cualquier persona, conforme lo dispone el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Ahora bien, esta Sala precisa que la presente acción de amparo no se refiere a un hábeas corpus como tal, por cuanto el legislador penal adjetivo ha previsto la posibilidad de interponer recursos ordinarios contra la detención judicial que se impugna en el presente caso.

En efecto, sobre tal distinción de orden procesal, más no material, esta Sala en sentencia n° 113, del 17 de marzo del 2000, señaló lo siguiente:

“Ahora bien, entiende la Sala, haciendo una interpretación armónica y coherente que garantiza una adecuada aplicación de ambos institutos [entiéndase amparo contra sentencia y mandamiento de hábeas corpus], que el recurso de hábeas corpus, por principio, resulta procedente cuando se trata de proteger al ciudadano frente a arbitrarias detenciones administrativas, más sin embargo el mismo también es ejercible en aquellos casos en los cuales exista de por medio una detención de carácter judicial, pero, *únicamente cuando dichas decisiones no cuenten con un medio ordinario de impugnación o éste no sea acorde con la protección constitucional que se pretende.*” (Subrayado de la Sala)

Por tanto, al existir recurso de apelación contra la privación judicial preventiva de libertad, conforme lo disponía el entonces aplicable artículo 439 del Código Orgánico Procesal Penal, esta Sala colige que la presente acción de amparo debe ser entendida contra una resolución o sentencia, a la luz de lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, máxime cuando se alegó igualmente la violación del derecho a la defensa. Así se declara.

Determinado lo anterior, esta Sala pasa a pronunciarse acerca de la presente consulta y, al respecto, observa que, según lo alegado por el accionante, la acción de amparo la interpuso, actuando en su carácter de hermano del imputado Eudoro Santiago Reinoso Ávila.

En tal sentido, es oportuno señalar el criterio sostenido por esta Sala en sentencia del 15 de marzo de 2000 (caso: *Paul Harinton Schmos*), al disponer:

“Desde la perspectiva de la acción de amparo, la legitimación para proponerla la tiene la persona directamente afectada por la vulneración de derechos o garantías constitucionales. Otra cosa no puede deducirse del artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Garantías y Derechos Constitucionales, cuando expresa que el propósito del amparo es ‘... que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella...’. Lo cual sólo interesa, necesariamente, a quien ha sido afectado por los eventos que han causado la violación”.

En ese mismo sentido, esta Sala, atendiendo a la naturaleza jurídica del juicio de amparo así como su teleología, estableció en sentencia N° 102/2001 (caso: *Oficina González Laya, C.A. y otros*), que: “...*la falta de legitimación debe ser considerada como una causal de inadmisibilidad que afecta el ejercicio de la acción, pudiendo ser declarada de oficio in limine litis por el sentenciador, con la finalidad de evitar el dispendio de actividad jurisdiccional, lo cual se encuentra en consonancia con el fin último de la institución del amparo constitucional y con los preceptos generales que orientan su concepción, como son la celeridad, la economía procesal y la urgencia, a fin de evitar dilaciones inútiles*”. Ello en razón, de que la legitimación activa en una acción de amparo la tienen, en principio, quienes hayan sido directamente afectados en sus derechos constitucionales, y no quienes tengan un simple interés en que la misma sea procedente, como sería el caso, por razones de parentesco, de los familiares de los imputados.

En tal sentido, la Sala ha establecido que, excepcionalmente, cuando se trata de un *hábeas corpus, strictu sensu*, la legitimación activa deja de ser determinada por la afectación directa para ser extendida a cualquier persona, conforme lo dispone el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y el artículo 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la cual, dicha acción de amparo puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre del imputado. Sin embargo, aun cuando en el caso de autos no se trata de un hábeas corpus, como tal, sino de una acción de amparo constitucional contra sentencia, según lo establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el mismo tiene por objeto la violación a la libertad y seguridad personal, ocasión que estima oportuna la Sala para establecer, en atención a los principios que inspiran la institución del amparo constitucional, derivados específicamente del artículo 27 de la Constitución y 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre

Derechos y Garantías Constitucionales, una ampliación a partir del presente fallo, en cuanto a su criterio que de manera reiterada ha venido sosteniendo sobre la legitimación para ejercer acciones de amparo que tengan como objeto la protección a la libertad y seguridad personal.

En tal sentido, debe precisar la Sala que Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en el Título V, Del Amparo de la Libertad y Seguridad Personales, en su artículo 41, al referirse a la solicitud que se haga teniendo como objeto el amparo de tales derechos, determinó que la misma podía ser interpuesta por “...*el agraviado o por cualquier persona que gestione a favor de aquel*”, legitimando así a cualquier persona que tuviese interés en gestionar a favor del agraviado, y no sólo a éste que sería el afectado directamente.

Así, la distinción que hizo la Sala en la sentencia n° 113 del 17 de marzo de 2000, entre el hábeas corpus y el amparo contra sentencias tuvo como finalidad garantizar una adecuada aplicación de ambos institutos, sin desconocer que en ambos casos, los derechos de los que solicita tutela son la libertad y seguridad personal, por tanto, en atención al criterio expuesto, y a partir del presente fallo, debe entenderse que cuando se trata de un hábeas corpus, stricto sensu, o de un amparo contra sentencia, que tenga como objeto la tutela de los referidos derechos, la legitimación activa le corresponderá a la persona afectada directamente o bien podrá ser extendida a cualquier persona, conforme lo dispone el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y el artículo 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se declara.

b. *Existencia de medios judiciales ordinarios*

TSJ-SC (610)

25-3-2002

Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando

Caso: Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) vs. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

En los casos en que se denuncian violaciones al debido proceso y al derecho a la defensa como consecuencia de error, fraude o ausencia de citación del demandado en juicio, el recurso de invalidación constituye un medio idóneo para lograr el restablecimiento de la situación jurídica que se alega infringida y no la acción de amparo.

Corresponde al Poder Judicial hacer efectivo, conforme lo ordena el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el derecho que tienen todas las personas de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus intereses, incluso los colectivos o difusos, a través de una tutela efectiva de los mismos sin dilaciones indebidas. Ello se traduce, en que todos los órganos judiciales devienen tutores de los derechos fundamentales.

En apoyo de dicho principio, la Constitución señala en su artículo 49 las garantías procesales destinadas a asegurar a los interesados el tránsito por procesos en donde estén vedadas causas de inadmisión irrazonables o injustificadas, en donde impere la igualdad en cuanto a la alegación y la probanza y en los que la sentencia se ejecute; es decir, que la Constitución ha construido un sistema reforzado de garantías procesales.

Entre los medios de defensa de los derechos y garantías constitucionales, se encuentra la acción de amparo constitucional prevista en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual, está destinada a restablecer, a través de un procedimiento breve, los derechos lesionados o amenazados de violación, y constituye un medio adicional a

los ordinarios en la tarea de salvaguardar los derechos fundamentales. Por lo que, dicha acción no entraña un monopolio procesal en cuanto al trámite de denuncias respecto a violaciones a la regularidad constitucional.

Con respecto al ejercicio de la acción de amparo constitucional, la Sala precisó en sentencia N° 1496 del 13 de agosto de 2001, caso: Gloria América Rangél Ramos, lo siguiente:

“2.- En consecuencia, es criterio de esta Sala, tejido al hilo de los razonamientos precedentes, que la acción de amparo constitucional opera bajo las siguientes condiciones:

- a) Una vez que los medios judiciales ordinarios han sido agotados y la situación jurídico constitucional no ha sido satisfecha; o
- b) Ante la evidencia de que el uso de los medios judiciales ordinarios, en el caso concreto y en virtud de su urgencia, no dará satisfacción a la pretensión deducida.

La disposición del literal a), es bueno insistir, apunta a la comprensión de que el ejercicio de la tutela constitucional por parte de todos los jueces de la República, a través de cualquiera de los canales procesales dispuestos por el ordenamiento jurídico, es una característica inherente al sistema judicial venezolano; por lo que, en consecuencia, *ante la interposición de una acción de amparo constitucional, los tribunales deberán revisar si fue agotada la vía ordinaria o fueron ejercidos los recursos, que de no constar tales circunstancias, la consecuencia será la inadmisión de la acción, sin entrar a analizar la idoneidad del medio procedente, pues el carácter tuitivo que la Constitución atribuye a las vías procesales ordinarias les impone el deber de conservar o restablecer el goce de los derechos fundamentales, por lo que bastaría con señalar que la vía existe y que su agotamiento previo es un presupuesto procesal a la admisibilidad de la acción de amparo.*

La exigencia del agotamiento de los recursos a que se refiere el aludido literal a), no tiene el sentido de que se interponga cualquier recurso imaginable, sino sólo los que permitan reparar adecuadamente lesiones de derechos fundamentales que se denuncian. No se obliga, pues, a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación que puedan estar previstos en el ordenamiento procesal, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiesten ejercitables y razonablemente exigibles. En consecuencia, por ejemplo, ante el agotamiento de la doble instancia en un juicio civil, el actor tendrá la posibilidad de recurrir en casación o en amparo constitucional, pues es sabido que aquélla constituye una vía extraordinaria de revisión. De cara al segundo supuesto, *relativo a que la acción de amparo puede proponerse inmediatamente, esto es, sin que hayan sido agotados los medios o recursos adjetivos disponibles, el mismo procede cuando se desprenda de las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean la pretensión, que el uso de los medios procesales ordinarios resulta insuficiente al restablecimiento del disfrute del bien jurídico lesionado.*

Alguna de tales circunstancias podría venir dada cuando, por ejemplo, la pretensión de amparo exceda del ámbito intersubjetivo para afectar gravemente al interés general o el orden público constitucional; en caso de que el recurrente pueda sufrir una desventaja inevitable o la lesión devenga irreparable por la circunstancia de utilizar y agotar la vía judicial previa (lo que no puede enlazarse el hecho de que tal vía sea costosa o menos expedita que el procedimiento de amparo); cuando no exista vía de impugnación contra el hecho lesivo, o ésta sea de imposible acceso; cuando el peligro provenga de la propia oscuridad o complejidad del ordenamiento procesal; o ante dilaciones indebidas por parte los órganos judiciales, tanto en vía de acción principal como en vía de recurso.” (Subrayado de este fallo)

Precisado lo anterior, la Sala observa que en el caso de autos, la presunta agraviada acudió a la vía de amparo para denunciar supuestas violaciones intra procesales, referidas a la falta de citación para la contestación de la demanda, de las que presume la existencia de infracciones constitucionales, sin haber utilizado los mecanismos procesales de impugnación destinados a atacar la resolución judicial con la finalidad de provocar su reforma o anulación.

En relación a lo anterior, la Sala advierte que la decisión accionada podía haberse impugnado mediante el recurso de invalidación previsto en el Título IX del Código de Procedimiento Civil, el cual, según lo dispone el numeral 1 del artículo 328 de la mencionada ley adjetiva, procede en el caso de ausencia de citación o cuando la misma esté afectada de error o fraude.

Considera la Sala que en los casos en que se denuncian violaciones al debido proceso y al derecho a la defensa como consecuencia de error, fraude o ausencia de citación del demandado en juicio, el recurso de invalidación constituye un medio idóneo para lograr el restablecimiento de la situación jurídica que se alega infringida, por cuanto, la declaratoria de invalidación, en estos casos, conlleva a la reposición del juicio al estado de interponer nuevamente la demanda, tal como lo prevé el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, así como impedir la ejecución de la decisión judicial que se ataca, siempre que el recurrente otorgue la caución pertinente prevista en el artículo 333 *eiusdem*.

Existiendo entonces mecanismos procesales idóneos que permiten que la situación jurídica que se alega infringida no se haga irreparable, éstos constituyen la vía para reparar la lesión y no la acción de amparo.

La Sala también observa que el apoderado judicial de la accionante, en la oportunidad de celebrarse la audiencia oral del presente proceso, manifestó con respecto a la no utilización del recurso de invalidación, que “el mismo no constituye para mí mandante una vía rápida y expedita que garantice sus derechos ante la ejecución...”. De lo expuesto por el apoderado judicial de la presunta agraviada, juzga la Sala que no constituyen elementos suficientes que permitan deducir que es la acción de amparo y no el recurso de invalidación, el medio idóneo para lograr la efectiva tutela judicial de los derechos y garantías constitucionales que se dicen conculcados, por lo que en el presente caso se ha configurado la causal de inadmisibilidad prevista en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

TSJ-SC (631)

26-3-2002

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: La Fontana D'Orazio, C.A. vs. Alcaldía del Municipio Piar del Estado Bolívar.

Cuando se trate de amparos interpuestos contra actos administrativos, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo es un supuesto de improcedencia y no de admisibilidad el que existan vías ordinarias idóneas para obtener el mismo fin pretendido con el amparo.

De conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo que, como ocurre en el presente caso, se incoe contra actos administrativos, procede cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional, es decir, que existiendo una vía ordinaria dentro de las leyes administrativas adjetivas, que permita la obtención del mismo fin que se obtendría con la interposición de la acción de amparo, es esa vía a la que debe acceder, en primer término, quien considere infringidos sus derechos constitucionales.

Así también establece, que la acción de amparo contra actos administrativos de efectos particulares o contra conductas omisivas de la Administración, puede ser interpuesta conjuntamente con el recurso contencioso administrativo, en cuyo caso, cuando el recurso se fundamente en infracción de algún derecho constitucional, “el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la ley y no será necesario el agotamiento de la vía administrativa”.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece que cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias, la acción de amparo que interponga será inadmisibile, supuesto que no opera en el caso referido “*ut supra*”.

Igualmente establece que cuando el agraviado haya optado por el ejercicio de la vía ordinaria pero alegando violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, el juez que conozca del asunto deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la citada Ley, con el objeto de ordenar la suspensión del acto cuestionado.

Con vista las normas expuestas, la jurisprudencia de los tribunales de la República ha asentado frecuentemente que la acción de amparo es inadmisibile cuando existe otro medio expedito, breve, sumario y eficaz para la obtención del mismo fin perseguido con la interposición de la acción de amparo, lo cual, en criterio de esta Sala, cuando se trata de amparo incoado contra actos administrativos de conformidad con el artículo 5 comentado “*supra*”, es un supuesto de improcedencia y no de inadmisibilidat, y solo operaría como supuesto de inadmisibilidat, a criterio del juez competente, siempre que no se trate de acción de amparo incoada contra actos administrativos que se dicen constitutivos de lesiones constitucionales, sino de cualquier otra especie de amparo.

Ahora bien, en sentencia de 28 de julio de 2000 (Caso: Luis Alberto Baca), esta Sala se refirió, previéndola, a la opción del agraviado entre el ejercicio del recurso de apelación y la acción de amparo contra decisiones judiciales, y en sentencia de 8 de agosto de 2000 (Caso: Stefan Mar, C.A.), esta Sala señaló:

“Constata este Máximo Tribunal que en el fallo apelado, el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón declaró sin lugar el amparo ejercido, fundamentándose en la causal de inadmisibilidat prevista en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, según la cual se debían agotar previamente los medios ordinarios conferidos a las partes por las leyes, para poder ejercer la acción de amparo.

En este contexto es menester indicar que la postura que sirve de fundamento al fallo apelado ha sido corregida progresivamente por esta Sala hasta el punto de considerar que la parte actora puede optar entre el ejercicio de la acción de amparo y la vía de impugnación ordinaria (vid sentencia de fecha 15 de febrero de 2000 entre otras); no obstante, para ello debe poner en evidencia las razones por las cuales decidió hacer uso de esta vía -amparo- ya que de lo contrario se estarían atribuyendo a este medio procesal los mismos propósitos que el recurso de apelación, lo cual no ha sido en ningún momento la intención del legislador.”

Es decir, que el supuesto de la inadmisibilidat de la acción de amparo consistente en el hecho de existir vías ordinarias idóneas para obtener el mismo fin pretendido con el amparo (que en realidad es producto de interpretaciones jurisprudenciales del contenido de las normas comentadas “*supra*”, ya que no está clara y tajantemente establecido en el numeral 5 del artículo 6 de la ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), ha sido atenuado en recientes sentencias de esta Sala.

Ahora bien, en el presente caso la acción de amparo fue incoada contra una Resolución Administrativa, distinguida con el n° 38 de fecha 12 de julio de 1999, dictada por la Dirección de Hacienda Municipal del Municipio Piar del Estado Bolívar, mediante la cual se formuló un reparo fiscal y se impuso una multa por motivos relacionados con los impuestos de patente de industria y comercio, es decir contra un acto administrativo de efectos particulares, por lo que la presente acción se subsume en el supuesto específico a que se refiere el artículo 5 comentado “*supra*”.

El sentenciador *a quo*, consideró que, en el presente caso, el recurso contencioso tributario, (porque su interposición suspende los efectos del acto cuestionado y no requiere del agotamiento de la vía administrativa), es una vía ordinaria idónea acorde con la pretensión constitucional que tenía abierta la accionante y que debió agotar antes de la interposición de la presente causa, con relación a lo cual, observa esta Sala lo siguiente:

El recurso contencioso tributario, de conformidad con el Código Orgánico Tributario vigente tanto para la fecha de interposición de la presente acción como para la fecha en que fue dictada la sentencia objeto de la presente apelación (ahora derogado), procedía contra actos de la administración tributaria de efectos particulares que determinarían tributos, aplicarían sanciones o, en cualquier forma, afectarían los derechos de los administrados y estaba previsto, de conformidad con las normas que lo regulaban, tal como lo señaló el *a quo*, como de tramitación breve, aunque sujeta a fases y lapsos preclusivos, y su interposición efectivamente suspendía los efectos del acto recurrido además de que no requería del agotamiento de recurso administrativo alguno. Ahora bien, la acción de amparo supone ser de tramitación más expedita que la del recurso contencioso tributario, no obstante, al quedar suspendidos desde la interposición de éste los efectos del acto recurrido, esa interposición producía los mismos efectos impeditivos de la concreción de lesión que se obtendrían con el amparo en la situación jurídica constitucional que se dijere lesionada o amenazada de serlo por el acto recurrido, con lo cual se lograría el restablecimiento inmediato de la situación jurídica que es, por determinación legal, el mismo objeto de la acción de amparo.

Siendo ello así, considera esta Sala que, como lo declaró el *a quo*, la presente acción de amparo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales era improcedente porque para la fecha de su interposición, la accionante disponía de un medio ordinario acorde con la pretensión constitucional que debió ejercer y no lo hizo. Así se declara.

C. *Objeto: Amparo contra sentencias*

TSJ-SC (580)

25-3-2002

Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando

Caso: Darwin A. Díaz T. vs. Juzgado Trigésimo Tercero de Control de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Cuando la detención ha sido adoptada en virtud de una orden proveída por un órgano jurisdiccional competente, ésta podrá cuestionarse mediante el procedimiento de amparo invocando igualmente la protección del derecho a la libertad o de cualquier otro derecho que se estime lesionado, todo de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que consagra la acción de amparo contra sentencias o resoluciones judiciales, siempre y cuando contra dicho fallo no haya un medio judicial preexistente.

Al respecto, señala la Sala que la solicitud de mandamiento de hábeas corpus no procede, cuando la detención ha sido dictada mediante orden escrita por un Tribunal competente; el procedimiento en cuestión ha sido concebido para la protección a la libertad y seguridad personal, en aquellos casos en que una persona haya sido detenida o limitada en su libertad personal ambulatoria, bien por particulares o cualquier otra autoridad del poder público de forma ilegítima, es decir, cuando dicha detención no cumpla con la normativa legal y consti-

tucional, según la cual, nadie puede ser detenido sin una orden escrita emanada de un Juez competente, salvo que se trate de delitos flagrantes, pues, dicha acción tiene como propósito la puesta a disposición judicial de manera inmediata de aquella persona.

Por ello, cuando la detención ha sido adoptada en virtud de una orden proveída por un órgano jurisdiccional competente, ésta podrá cuestionarse mediante el procedimiento de amparo invocando igualmente la protección del derecho a la libertad o de cualquier otro derecho que se estime lesionado, todo de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que consagra la acción de amparo contra sentencias o resoluciones judiciales, pero siempre y cuando contra dicho fallo no haya un medio judicial preexistente -como la apelación y la revisión en este caso concreto-, por cuanto, de existir, la acción de amparo deberá ser declarada inadmisibile de conformidad con el artículo 6, numeral 5 *eiusdem*, por no haberse agotado la vía ordinaria antes de instar la protección constitucional, tal y como ha sido señalado por la jurisprudencia de esta Sala (*Vid.* Sentencias N° 848/00; 1592/00; 331/01), a menos que esa vía haga irreparable la situación jurídica lesionada o no satisfaga de manera alguna lo que debe ser la tutela constitucional (*Vid.* Sent. N° 2369/01).

De lo anterior se concluye entonces, que la Corte de Apelaciones resolvió erróneamente la solicitud de amparo constitucional bajo la figura de un *habeas corpus*, omitiendo así el procedimiento oral y público establecido para la tramitación del mismo previsto por esta Sala Constitucional.

D. *Procedimiento: Apelación*

TSJ-SC (1232)

7-6-2002

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Zaida Escalona I. vs. Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital.

El plazo de treinta (30) días que tiene el tribunal de alzada para decidir la apelación de la sentencia de amparo constitucional, debe considerarse como preclusivo para que las partes consignen cualquier escrito relacionado con el caso; siendo esos días continuos (calendario).

Como punto previo esta Sala precisa que, tal como quedó asentado en sentencia de 4 de abril de 2001, caso Estación Los Pinos, habiendo la ley establecido un plazo de treinta (30) días para que el tribunal de alzada decida la apelación de la sentencia de amparo constitucional, este plazo debe considerarse como preclusivo para que las partes consignen cualquier escrito relacionado con el caso, por lo tanto esta Sala no admite el escrito de fundamentos de la apelación consignado el 8 de noviembre de 2001, puesto que el recurso de apelación fue oído por el tribunal de la causa el 8 de agosto de 2001. Debe la Sala puntualizar que, dado el carácter de urgencia del amparo, los treinta días deben considerarse que son continuos (calendario), y así se declara.

E. *Sentencia: Consulta obligatoria*

TSJ-SPA (426)

5-3-2002

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Eduardo García vs. Banco Central de Venezuela

Las consultas formuladas en materia de amparo constitucional no se encuentran sometidas a la institución procesal de la perención, en razón del orden público involucrado en los mismos que impide la terminación del proceso por inactividad procesal de las partes y por disponerlo así la ley.

Del análisis del expediente se evidencia que la situación planteada versa sobre la consulta legal de la decisión dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 17 de septiembre de 1998, mediante la cual se declaró improcedente la acción de amparo cautelar incoada conjuntamente con recurso de nulidad por inconstitucionalidad, interpuesta por el ciudadano Eduardo García, contra la resolución dictada por el Banco Central de Venezuela el 13 de enero de 1998, a través de la cual se estableció una banda de flotación para el precio de la divisa norteamericana.

Al respecto, el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales dispone la revisión oficiosa de las sentencias en materia de amparo, como una excepción al principio dispositivo según el cual, el conocimiento de un determinado asunto por parte de un órgano jurisdiccional procede sólo a instancia de parte, es decir a través del ejercicio efectivo de la acción.

Efectivamente, la consulta ordenada conforme al artículo *supra* referido es un medio de control de las sentencias de amparo, mediante el cual, a falta de apelación interpuesta por parte de los sujetos intervinientes en el proceso se somete la decisión a la revisión del tribunal superior al que dictó la sentencia, en virtud de la naturaleza constitucional de los derechos cuya tutela se pretende.

Ciertamente, el legislador conciente del carácter constitucional de los derechos salvaguardados por el amparo constitucional atribuyó a la materia una segunda instancia inmediata y oficiosa, cuyos principales efectos son en primer término garantizar la tutela efectiva de los derechos alegados mediante una ulterior valoración de la situación planteada, con ocasión del orden público inherente a la materia de derechos constitucionales y en segundo término, constituir al juez de alzada en la obligación de revisar la decisión dictada, a través de la ejecución ineluctable de la actividad jurisdiccional constitucional.

Así, el deber impuesto al juez *ad quem* de decidir la consulta planteada, no cesa aun en los casos de paralización de la causa, toda vez que, el mismo no deriva de la acción de los sujetos intervinientes en el proceso de amparo, sino de una obligación directamente establecida en la ley que regula la materia.

En consecuencia, visto que el deber de proveer sobre la decisión consultada no dimana del interés de las partes, sino del orden público involucrado en los procesos de amparo constitucional, mal podría la inactividad de los sujetos del proceso o del mismo tribunal extinguir la obligación de decidir las apelaciones o consultas formuladas en materia de amparo, toda vez que, la naturaleza de la materia constitucional trasciende el interés particular de las partes.

Por tanto, las consultas formuladas en materia de amparo constitucional no se encuentran sometidas a la institución procesal de la perención, en razón del orden público involucrado en los mismos que impide la terminación del proceso por inactividad procesal de las partes y por disponerlo así la ley así se declara.

6. *Resolución de Controversias Constitucionales entre Órganos del Poder Público*

TSJ-SC (579)

22-3-2002

Magistrado Ponente: José M. Delgado Ocando

Caso: Rafael Salazar Serrano vs Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia.

La atribución que le otorga a la Sala Político-Administrativa el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal es preconstitucional y colide con el artículo 336.9 de la Constitución, que prescribe la competencia de la Sala Constitucional para “dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del poder público”.

Del análisis del fallo objeto de revisión, esta Sala advierte que la Sala Político Administrativa se consideró competente para conocer del “conflicto de autoridades” planteado por el Alcalde Interino del Municipio Antolín del Campo del Estado Nueva Esparta, con fundamento en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en concordancia con el numeral 34 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Se observa que, conforme al artículo 266.4. de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el acápite final del mismo artículo, la Sala Político Administrativa es competente para “*dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro Tribunal*”.

Ahora bien, la Sala Político Administrativa reconoce en el fallo impugnado que ha conocido un “*conflicto de autoridades*” suscitado “*con motivo de la doble titularidad en cuanto a la persona del Alcalde del Municipio Antolín del Campo del Estado Nueva Esparta*” y que, en relación con tal conflicto, ha debido analizar la posible antinomia entre el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual no se ajusta a la competencia que le confiere el artículo 266.4 *eiusdem*. La atribución del artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por lo demás, es preconstitucional y colide con el artículo 336.9. que prescribe la competencia de la Sala Constitucional para “*dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del poder público*”. Siendo el Alcalde o Alcaldesa el órgano a quien corresponde “*el gobierno y administración del Municipio*”, a más de ser su “*primera autoridad civil*”, conforme al artículo 174 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y siendo discutida la legitimidad de su investidura *por mor* de un alegado conflicto entre el artículo 69 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal y el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala juzga que el asunto decidido por la Sala Político Administrativa es un conflicto constitucional entre autoridades municipales, a saber, entre el Alcalde elegido y el Alcalde designado por la “*cámara*” y, en consecuencia, materia de su competencia conforme al artículo 336.9 *eiusdem*.

La Sala debe considerar, en relación con el asunto planteado, que la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24-05-95, terminó por sostener que “es necesario e indispensable que se trate de una controversia atinente a las funciones, atribuciones y gestiones que cumplen los diferentes funcionarios de la entidad, esto es, una controversia relativa a la competencia de ellos y respecto de la cual se disputa o contiende acerca de quién es el encargado de cumplirla o llevarla a cabo. Se trata de dirimir el enfrentamiento en virtud del cual dos o más funcionarios pretenden que a ellos les corresponda ejercer o cumplir determinada actividad funcional...”; y que las controversias entre las autoridades, entendidas en los términos que anteceden, se producen mediante el desconocimiento de la legitimidad de una autoridad por otra” (*Vid.* decisión de la Sala de fecha 30 de noviembre de 1989; caso: *Caría Marchel*). Debe considerar, también, el voto disidente del mismo fallo en el que se hace una distinción conforme a la cual el conflicto de autoridades municipales, es propiamente “un problema de determinación de legitimidad, *en este caso, de alguno de los dos ciudadanos que se afirman Alcaldes, y no un conflicto de autoridades, ya que sólo uno de ambos sería legítima autoridad en el orden local*”; por lo que afirmó “que sí sería un conflicto de autoridades la disputa entre un Alcalde en funciones y el Concejo Municipal”. (*Obiter dictum*, por lo demás, el control político del Concejo Municipal previsto en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal produce una disputa de este orden, pero en el caso *sub iudice* no se ha planteado tal conflicto y la Sala, por tanto, se abstiene de considerarlo). La Sala comparte lo decidido por la sentencia citada y no la interpretación del voto disidente, pues la determinación de la legitimidad de la investidura cuestionada, en el conflicto suscitado entre autoridades que se atribuyen la misma dignidad, supone la controversia entre dichas autoridades, sin la que la determinación de la legitimidad de la investidura sería lógicamente imposible. Es obvio que tal determinación zanja la controversia y que, sólo *ex post facto*, puede decirse que el conflicto era aparente, siendo que, por supuesto, como lo anota el voto salvado únicamente “uno de ambos sería legítima autoridad, en el orden local”. Resulta claro, por tanto, que *la determinación de la legitimidad de la investidura* supone el conflicto de quienes afirman su dignidad, y que tal determinación no es un problema distinto del de la controversia entre ellos. Aparte esto, e independientemente de que el problema sea “de determinación de la legitimidad” o de “conflicto de autoridades”, lo decisivo es que para resolver el problema es necesario hacer una exégesis de la Constitución, a fin de determinar “cuál de los órganos en conflicto tiene atribuida una función y cuál estaría eventualmente usurpando funciones de otros entes”, para cuya decisión se ha otorgado competencia a la Sala Constitucional (*cf.* Allan R. Brewer-Carías, *El Sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 109 y 110). No siendo, pues, el caso de autos una controversia administrativa de las que prevé el artículo 266.4 *eiusdem*, y siendo el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal preconstitucional, la Sala considera que la competencia de la Sala Político Administrativa prescrita por dicho artículo ha sido derogada por los artículos 266.4 y 336.9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se decide.

TSJ-SC (3191)

11-12-2002

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Controversia Constitucional entre el Distrito Metropolitano de Caracas y el Poder Ejecutivo Nacional por órgano del Ministro del Interior y Justicia.

La Sala Constitucional establece los requisitos de admisibilidad de la acción de resolución de conflictos entre órganos del Poder Público.

Resuelto lo anterior, esta Sala pasa de seguidas a precisar los requisitos de admisibilidad de la acción de resolución de conflictos entre órganos del Poder Público, en atención al objeto y alcance de la misma. Así, será inadmisibile la acción cuando se alguno de los siguientes supuestos:

1.- Cuando el accionante sea una persona distinta a un ente que ejerza potestades de Poder Público Constitucional.

2.- En caso de que el conocimiento de la acción compete a otro tribunal. Deja así esta Sala claramente establecido que la acción de conflicto constitucional no sustituye los recursos procesales existentes, de modo que resultará inadmisibile si el recurrente persigue adelantar un pronunciamiento sobre un asunto planteado ante otro órgano jurisdiccional o pretende sustituir algún medio ordinario a través del cual el juez pueda solventar la controversia.

Salvo que, presentes los requisitos apuntados en el capítulo anterior, el asunto revista una gravedad tal que aconseje su solución por esta Sala; o el nivel en que se plantee la controversia exija un fallo sólo destinado a resolver el asunto constitucional planteado sin que tenga efectos en la demanda de instancia; o la situación, aun teniendo elementos resolubles en las demás jurisdicciones, involucre hechos o situaciones que la Sala Constitucional deba, por las especiales circunstancias, resolver. En fin, cuando el objetivo de mantener la paz social, el orden democrático o el principio de separación de poderes exija la intervención de la Sala. De no ser así, se dejaría sin contenido la atribución a que se contrae el citado artículo 336.9, pues, en abstracto, prácticamente cualquier controversia podría ser encauzada por una vía ordinaria.

3.- Cuando se acumulen acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles;

4.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible;

5.- Si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos o es de tal modo ininteligible o contradictoria que resulte imposible su tramitación;

6.- Cuando sea manifiesta la falta de representación que se atribuya el actor.

7.- Cuando en sentencias de esta Sala, anteriores a su interposición, se haya resuelto el punto, y no sea necesario modificarlo. Este motivo de inadmisibilidat no opera en razón de la precedencia de una decisión respecto al mismo asunto planteado, sino a la persistencia en el ánimo de la Sala del criterio sustentado en la decisión previa.

ÍNDICES

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

Acción. Extinción. 335
Actividad administrativa. 290
Actos procesales. Inconstitucionalidad. 372
Administración Central. Procuraduría General de la República. 213
Administración Descentralizada. 218
Administración de justicia. Principios. 175
Administración Pública
- Organización. 213
- Potestad sancionadora. 209
Alcalde. Referendo. 232
Amparo
- Admisibilidad. 390
- Existencia de Medios Judiciales. 395
- Legitimación. 390
- Competencia. 388
- Objeto. 399
- Procedimiento. 400
- Sentencia. 401
Amparo contra sentencias. 399
Arbitraje. Procedimientos. 205
Árbitros arbitradores. 205
Avocamiento. 177

-C-

Carrera Administrativa. 357
Constitución. Régimen transitorio. 80
Contencioso administrativo
- Competencia. 300
- Extinción de la acción. 335
- Notificación. 328
- Órganos. 306
- Perención. 343
- Procedimiento. 328
- Sentencia. 332
- Suspensión de efectos. 315
Contencioso administrativo de los conflictos. 369
Contencioso administrativo de los contratos. Competencia. 345

Contencioso administrativo de los servicios públicos. Competencia. 350
Contencioso administrativo electoral
- Admisibilidad. 362
- Reforma del libelo. 368
Contencioso administrativo funcional. Competencia. 354
Contencioso administrativo tributario. Medidas Cautelares. 360
Contratos administrativos. 298
Control de la constitucionalidad. 370
Control difuso
- Efectos. 370
- Inconstitucionalidad de actos procesales. 372
- Principio del "favor constitucione". 375
Controversias constitucionales. 402
Créditos laborales. 150
Cultura. Valores. 148

-D-

Debido proceso. Garantías. 135
Defensa. Derecho. 135
Delitos de lesa humanidad. Violación. 118
Democracia. Principio de alternabilidad. 109
Derecho. Estado social. 91
Derechos Culturales. 148
Derechos humanos. Violación. 118
Derecho a la huelga. 163
Derecho a la participación. 148
Derecho a la participación política. Referendo revocatorio. 165
Derecho a la sindicalización. 152
Derecho a un ambiente de trabajo. 149
Derecho al sufragio. 163
Derechos individuales. 148
Derechos laborales. 149
Derechos políticos. 163
Derechos sociales. 148
Distrito Metropolitano de Caracas. Régimen de transición. 229

- E-
 - Empresas del Estado. 218
- G-
 - Garantías Constitucionales. Restricción. 134
- H-
 - Huelga. Derecho. 163
- I-
 - Inconstitucionalidad. Acción. 382
 - Competencia. 382
 - Medidas cautelares. 385
 - Inconstitucionalidad de actos procesales. 372
 - Informes administrativos. 293
 - Interpretación constitucional. Recurso. 379
 - Inspectores de trabajo. 300
 - Impuestos municipales. Patente de Industria y Comercio. 286
- J-
 - Jueces. Sanciones disciplinarias. 203
 - Justicia. Principios. 175
- L-
 - Leyes. Procedimiento de formación. 164
 - Leyes orgánicas. 87
 - Lesía humanidad. Delitos. 118
 - Libertad económica. Derecho. 235
- M-
 - Mero Derecho. Declaratoria. 207
 - Municipios.
 - Aplicación supletoria de la Ley de Carrera Administrativa. 357
 - Autonomía Tributaria. 284
 - Impuestos. 284
 - Patente de Industria y Comercio. 286
 - Referendo. 232
- O-
 - Ordenanzas. Nulidad. 382
 - Órganos del Poder Público. Resolución de controversias. 402
- P-
 - Perención. 343
 - Poder Electoral. Atribuciones. 226
 - Poder Estatal. Procuraduría. 228
 - Poder Judicial. 175
- Poder Legislativo. Leyes. 174
- Poder Municipal. 229
- Poder Nacional. 174
- Política habitacional. 243
- Procedimiento administrativo. 290
 - Lاپso de decisión. 296
 - Potestad de autotutela. 290
 - Pruebas. 293
- Procuraduría General de la Republica. 213
- Procuraduría General de los Estados. 228
- Propiedad. Política habitacional. 243
- Pruebas. Informes administrativos. 293
- R-
 - Recurso. Interpretación Constitucional. 379
 - Recurso. Revisión Constitucional. 380
 - Referendo municipal. 232
 - Referendo revocatorio. 165
 - Régimen cambiario. 240
 - Responsabilidad Patrimonial del Estado. 110
- S-
 - Sentencia. Extensión de sus efectos. 332
 - Sentencias. Aclaratorias y ampliaciones. 208
 - Seguridad ciudadana. Órganos. 222
 - Sindicalización. Derecho. 152
 - Sufragio. Derecho. 163
 - Suspensión de efectos. 315
- T-
 - Trabajo. Derecho. 149
 - Tribunal Supremo de Justicia
 - Facultad de avocamiento. 177
 - Sala Plena. 306
 - Tributos. Autonomía Tributaria. 284
 - Tutela Judicial Efectiva. 146
- V-
 - Vacaciones judiciales. 187

ÍNDICE DE LAS NORMAS CITADAS EN LA JURISPRUDENCIA

I. NORMAS CONSTITUCIONALES

1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1999)

Artículos	Páginas
1	121
2	92, 97, 98, 111, 117, 130, 147, 158, 166, 176, 188, 265
3	97
4	171
5	158, 171
6	111
7	112
18	229, 290
19	115, 130, 135
20	97
21	92, 101
22	130
23	116
25	112, 115
26	113, 134, 146, 147, 176, 187, 188, 209, 313, 317, 335, 337, 361, 395
27	130, 135, 150, 389, 393, 394, 395
29	112, 118, 120, 121, 122, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134
30	112, 113, 114, 115, 117
31	380
34	290
46	112, 373
49	112, 113, 124, 128, 130, 131, 135, 137, 141, 143, 144, 178, 187, 188, 311, 331, 373, 395
62	148, 158, 169
63	164
66	168
70	97, 158, 167
71	234
72	165, 166, 168, 170, 172, 233, 234, 402
75	200
78	200
79	97, 98
80	97, 98

Artículos	Páginas
81	97, 98
82	97, 98, 99, 105, 248, 256, 260, 261, 265
83	97, 99
84	350
86	97, 99, 350
87	99, 150, 151
90	97, 105, 198, 202
91	105, 151
92	151
93	151
94	98
95	110, 156, 159
99	105, 148, 150
102	97, 99, 350, 356
103	350
108	350
111	200
112	97, 99, 100, 102, 227
113	97, 100, 102, 103, 237
114	100, 102, 103, 259, 262, 263, 267, 268
115	97, 100, 102, 103, 112, 262, 267
117	100, 103, 259
118	88, 227
120	98
127	97
128	97
132	97, 98, 103
135	98
136	188
139	112, 115
140	112, 113, 114, 115
141	111, 112, 134
156	116, 197, 350
164	350
165	224
168	224, 285
169	285
174	402
178	124, 350, 384
179	286, 384
180	287
187	133, 197
196	350
199	112
207	187, 188
233	172
232	181
253	188, 206
255	112, 141
257	128, 134, 146, 147, 176, 187, 188
258	124, 206

Artículos	Páginas
259	112, 124, 301, 303, 312, 327, 350, 351, 361
260	124
261	124
262	180, 181
266	125, 126, 127, 128, 393, 402, 403
272	379, 380
280	155
281	112, 350, 351, 392
285	112, 121, 122, 132, 133
287	133
293	85, 169, 226, 227
296	85, 86
297	124
299	98, 102
302	219
303	219
307	97, 98
326	98, 102
334	143, 290, 383, 384, 393
335	106, 370, 393
336	381, 384, 385, 402, 403
339	134, 303

2. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA (1961)

Artículos	Páginas
31	286, 289
47	11, 112, 114
57	95
60	135
68	135, 137, 143, 317
73	244
95	95
96	95, 134
97	95
98	95
99	95
110	164
118	317
119	317
136	197, 289
139	197
204	317
206	317
214	174
241	134

3. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEL PODER PÚBLICO

Artículos	Páginas
39	80, 81, 83, 84
40	83
41	85

II. CONVENCIONES INTERNACIONALES**1. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

Artículos	Páginas
4	117

2. CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

Artículos	Páginas
15	373

3. CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA

Artículos	Páginas
10	373

4. ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Artículos	Páginas
7	119

III. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Artículos	Páginas
3	117

IV. CÓDIGOS

1. CÓDIGO CIVIL

Artículos	Páginas
655	280
693	281
701	280, 281
1010	261
1120	261
1123	261
1132	261
1135	259
1350	261
1157	254
1168	298
1276	255
1274	255
1275	255
1276	255
1277	255
1419	279, 281
1746	264, 278
1977	340, 341, 343

2. CÓDIGO DE COMERCIO

Artículos	Páginas
524	254
528	254
530	251, 253, 255, 263
778	280
850	280
1099	137, 138, 139, 140

3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Artículos	Páginas
10	373
12	362
15	144, 145, 362
16	326
20	143
201	187, 193, 195, 199, 200, 201, 202
243	279

Artículos	Páginas
249	279, 280, 282
252	208, 209, 282
267	343, 345
270	145, 146
317	136
318	136
320	136
328	396
333	397
336	397
340	364
343	368
344	368
396	364
398	362
442	280
506	298
585	140, 361, 386
588	322, 361, 386
589	141, 142
590	140, 141, 142
601	141
602	137, 139, 140, 141, 142
603	140
618	206
813	145

4. CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL

Artículos	Páginas
7	124
11	122
28	374, 375
42	126
172	197
190	375
326	375
328	374, 375
329	375
377	125, 127, 128
378	125, 128
381	127

5. CÓDIGO ORGÁNICO TRIBUTARIO

Artículos	Páginas
1	285
173	322
211	361

IV. LEYES

A. LEYES ORGÁNICAS

1. LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Artículos	Páginas
4	389, 390, 394, 399, 400
5	313, 322, 390, 397, 398, 399
6	339, 397, 398, 400
7	390
8	311, 390
9	305, 306, 313, 390
13	194
23	398
24	398
26	398
35	401
41	393, 394, 395

2. LEY ORGANICA DE EDUCACIÓN

Artículos	Páginas
76	356
86	309, 356
87	309, 356
92	356
96	356
126	309, 354
134	356

3. LEY ORGANICA DE HIDROCARBUROS

Artículos	Páginas
9	103

4. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Artículos	Páginas
76	222
45	315

5. LEY ORGÁNICA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Artículos	Páginas
42	177, 178, 179, 180, 183, 184, 304, 306, 307, 314, 315, 345, 347, 348, 349, 378, 402
43	177, 178, 179, 180, 183, 184, 306, 348
86	344
88	344, 362, 386
94	208
119	200
124	357
125	330
131	200
134	339
135	207
136	315, 316, 318, 322, 328
181	304
182	304
183	350
185	303, 304, 311, 314

6. LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Artículos	Páginas
94	217
95	217
96	217

7. LEY ORGÁNICA DE LOS CONSEJOS LEGISLATIVOS DE LOS ESTADOS

Artículos	Páginas
45	228, 229
46	228

8. LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Artículos	Páginas
5	296, 297
19	360
48	297
54	295
57	295
83	292
94	357, 358

9. LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y AL USUARIO

Artículos	Páginas
6	101
7	103
10	279
19	253
20	253
21	253
80	101
108	264, 277, 278

10. LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DEL NIÑO Y ADOLESCENTE

Artículos	Páginas
2	161
101	161
142	161
143	161
148	161
177	389
453	389

11. LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL

Artículos	Páginas
69	232, 233, 234, 402, 403
74	358
114	285
166	369, 402, 403

12. LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

Artículos	Páginas
3	103
2	248
52	103

13. LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Artículos	Páginas
11	121

14. LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Artículos	Páginas
91	203
93	203
94	203, 204

15. LEY ORGÁNICA DEL SUFRAGIO Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Artículos	Páginas
25	84, 86
32	295
50	86
55	295
216	365, 367
217	365, 367
218	367
219	367
220	367
221	367
223	367
230	363, 364
237	365, 366
238	362
244	368

16. LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO

Artículos	Páginas
23	153
396	155
397	155, 156, 157
400	160
401	156, 157, 160
402	156, 157, 160
403	156, 157
404	160
407	156, 157, 158
408	156, 157, 148
412	160
423	156, 157, 160
433	156, 157
435	156, 158
436	154, 160
441	156, 158
447	160
451	156, 158
452	156, 158
458	158
469	158
475	158
497	158
586	304
588	304
589	304
590	304

B. LEYES ORDINARIAS

1. LEY DE ARRENDAMIENTOS INMOBILIARIOS

Artículos	Páginas
24	255, 256
27	256

2. LEY DE CAJAS DE AHORRO Y FONDOS DE AHORRO

Artículos	Páginas
19	227
32	227
33	227

3. LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA

Artículos	Páginas
5	309, 310, 311, 356
26	309, 356
73	311
82	339

4. LEY DE CARRERA JUDICIAL

Artículos	Páginas
47	195

5. LEY DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD CIUDADANA

Artículos	Páginas
3	223, 226
8	224
12	226
16	222, 223, 225
17	224
19	224
22	222
23	224

6. LEY DE MEDICAMENTOS

Artículos	Páginas
51	385, 386, 387
66	385, 386, 387

7. LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO

Artículos	Páginas
25	328, 329
40	328, 329, 330, 332
43	328, 329, 330, 332
82	328, 329
84	328, 329
89	328, 329
90	328, 330

8. LEY DE TRANSICIÓN DEL DISTRITO FEDERAL AL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS

Artículos	Páginas
2	230, 231
8	232
9	230, 232

9. LEY DE POLÍTICA HABITACIONAL

Artículos	Páginas
1	244
3	244
18	247
25	244, 247
26	244, 247
35	247
36	244, 247, 258
44	246
53	247
54	247
57	247

10. LEY QUE REGULA EL SUBSISTEMA DE VIVIENDA Y POLÍTICA HABITACIONAL

Artículos	Páginas
1	248
3	257
5	248, 250
8	248
9	248
12	258, 266
16	248
21	248, 257, 265
22	257, 265
23	250
35	258, 266
36	266
40	250
43	250
53	250

11. LEY DE REGULACIÓN FINANCIERA

Artículos	Páginas
22	151, 152
27	151

12. LEY DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Artículos	Páginas
34	115

13. LEY DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA

Artículos	Páginas
7	278, 284
21	256, 278, 284
38	284
39	284
40	284
46	257
49	258, 278, 249

14. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE AHORRO Y PRÉSTAMO

Artículos	Páginas
2	243

15. LEY GENERAL DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

Artículos	Páginas
7	243
8	243
9	243
10	264
16	243
32	258
40	243
99	254
109	243
141	243
212	265, 276
235	265

16. LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Artículos	Páginas
1	328
5	235, 237, 238
6	239
7	239
8	239
9	239
10	239
11	239
12	239
13	239
17	239
35	319
36	319
38	317, 319, 320, 321, 322, 326, 328
49	211, 213
50	211
51	211
52	209, 211, 212, 213
54	320, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328
58	320

17. LEY SOBRE ELECCIÓN Y REMOCIÓN DE LOS GOBERNADORES DE ESTADO

Artículos	Páginas
16	173
18	173
19	173
21	173

18. LEY SOBRE VENTAS CON RESERVA DE DOMINIO

Artículos	Páginas
13	264, 268

C. LEYES ESTADALES

1. CONSTITUCIÓN DEL ESTADO AMAZONAS

Artículos	Página
15	229
40	228

D. ORDENANZAS

1. ORDENANZA SOBRE PATENTE E IMPUESTOS DE INDUSTRIA Y COMERCIO, SERVICIOS E ÍNDOLE SIMILARES DEL MUNICIPIO SAN CRISTÓBAL

Artículos	Páginas
-----------	---------

1	288
40	288, 290

2. ORDENANZA DE PATENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO DEL MUNICIPIO SAN JOAQUIN DEL ESTADO ZULIA

Artículos	Páginas
-----------	---------

53	190, 191
----	----------

V. REGLAMENTOS

1. NORMAS DE OPERACIÓN DE LA LEY DE POLÍTICA HABITACIONAL

Artículos	Páginas
-----------	---------

3	248
124	246
125	246
128	246, 258, 266

2. NORMAS DE OPERACIÓN DE LA LEY QUE REGULA EL SUBSISTEMA DE VIVIENDA Y POLÍTICA HABITACIONAL

Artículos	Páginas
-----------	---------

3	257
4	257
21	249
23	257
102	265
118	265
121	249, 263, 268
122	250
128	267

3. REGLAMENTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO DE RELACIONES INTERIORES

Artículos	Páginas
26	222

4. DECRETO SOBRE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL

Artículos	Páginas
2	222
4	227

