

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Tercer Trimestre de 2008

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogado

Secretaria de Redacción de la Revista

Marianella Villegas Salazar
Abogado Asistente

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios Fundamentales del Estado*. A. Estado Social de Derecho. 2. *El Ordenamiento Jurídico*. A. Clases: Leyes orgánicas (objeto de regulación). B. Interpretación de la Ley. C. Derogación. 3. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Régimen General de los Derechos Humanos: Tratados que establezcan normas más favorables*. 2. *Garantías Constitucionales*. A. Regulación por una ley ordinaria. B. Tutela Judicial Efectiva. C. Las garantías del debido proceso: Derecho a la defensa. 3. *Derechos Sociales*. A. Derechos Laborales: Derecho a la estabilidad laboral.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Régimen de la Administración Pública: Potestad sancionatoria. a. Principio de proporcionalidad. B. Administración Descentralizada. a. Fundaciones del Estado: Régimen jurídico. b. Corporaciones de Derecho Público no Estatales: Corporativos. Colegios Profesionales. C. Poder Judicial: Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial. Constitución. D. Poder Ciudadano. a. Contraloría General de la República: Naturaleza jurídica. b. Competencia. E. Poder Municipal. a. Alcaldes: Requisitos de postulación. b. Concejos Municipales. Funciones del Secretario Municipal (*Gaceta Municipal*).

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *El Régimen de los Derechos Económicos: Derecho a la calidad de bienes y servicios*.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Principios generales del Régimen Tributario*. A. *Principio de legalidad tributaria*. B. Sanciones administrativas tributarias. 2. *Impuestos Municipales: Impuesto a las Actividades Económicas*.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Poder discrecional*. 2. *Procedimiento Administrativo*. A. Principio de la Legalidad. 3. *Actos Administrativos*. A. Requisitos de forma: Motivación. B. Vicios de fondo. a. Incompetencia. b. Usurpación de funciones. 4. *Contratos Administrativos*. A. Modificación. B. Consentimiento. C. Cláusulas exorbitantes. D. Caducidad.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Contencioso Administrativo. Concepción.* 2. *El Contencioso Administrativo de Anulación.* A. Regulación del procedimiento: Reducción de lapsos. B. Suspensión de efectos del acto administrativo. C. Sentencia. Vicio de Incongruencia. D. Perención. 3. *El Contencioso Administrativo Especial: El Contencioso Administrativo Electoral. Intervención de terceros.*

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad.* A. Admisibilidad: Requisitos del libelo. B. Medidas Cautelares. 2. *Acción de Colisión de Leyes.* 3. *Revisión de sentencias en materia constitucional.* 4. *Acción de Amparo Constitucional.* A. Diferencia con la acción de *habeas data.* B. Objeto. a. Omisiones administrativas. b. Vías de hecho: Inadmisibilidad. D. Admisibilidad. a. Corrección y omisiones del libelo. b. Legitimación: Carácter personalísimo. E. Sentencia. a. Apelación: Escrito de fundamentos.

IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Ingreso a la Administración Pública: Estabilidad provisional de los funcionarios que hayan ingresado sin concurso público.* 2. *Derechos: Jubilación.* 3. *Responsabilidad administrativa: Sanciones accesorias dictadas por la Contraloría General de la República.*

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Principios Fundamentales del Estado*A. *Estado Social de Derecho*

CSCA

14-8-200

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Oscar Alfonso Escalante Zambrano vs. Cabildo Metropolitano de Caracas.

La cláusula de Estado Social influye o repercute tanto en el plano de la creación normativa (a través del reconocimiento, respeto y protección de los principios reconocidos constitucionalmente que han de informar a la legislación positiva, excluyendo normas que contradigan esos principios) como en el de la interpretación y aplicación del Derecho (a través de la búsqueda de la interpretación más favorable para la consecución efectiva de aquellos principios).

... Del Estado Social de Derecho:

La acepción generalizada de Estado de Derecho designa la forma política que sustituye al Estado policia por el “gobierno de las normas [...] donde sin distinciones de ninguna naturaleza se respeten los derechos subjetivos del hombre y el Derecho objetivo vigente” (*Enciclopedia Jurídica OPUS*, 1994). La expresión Estado de Derecho significa también que la comunidad humana se encuentra sometida, toda ella, sin excepción, a normas fundamentales, cuya vigencia y aplicación ha de excluir la arbitrariedad. La sola existencia de una Constitución basta para afirmar que el “Estado de Derecho creado por ella excluye todo el derecho que no nazca de ella explícita o implícitamente” (*Enciclopedia Jurídica OMEBA*, 1966).

En este sentido, se puede afirmar que la preponderancia de la Carta Magna involucra que ésta se encuentra en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico de un país y ésta es precisamente el atributo principal de la configuración de todo Estado de Derecho.

La noción de Estado de Derecho (concepto propio de la ideología o bagaje cultural político alemán: Sozialstaat) consiste primordialmente en que el poder se ejerce exclusivamente por medio de normas jurídicas, por lo tanto, la ley ha de regular absolutamente toda la actividad Estatal y, específicamente, la de toda la Administración Pública.

En atención a lo expuesto, la Constitución tiene un significado propio: es el documento indispensable para la organización política y jurídica de la sociedad, es decir, para la existencia del Estado de Derecho. Sobre la definición de Estado de Derecho existen profundas divergencias. Para algunos autores, entre los que destaca Hans Kelsen, todo Estado lo es de Derecho, puesto que se rige por normas jurídicas, cualquiera sea su procedencia o la autoridad de que dimanen. Es lo que se llama la teoría monista del Derecho, pues “el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera” (KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina, 1981).

Pero no sólo introdujo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 esta noción de Estado de Derecho, sino que lo adminiculó estrechamente con el concepto de Estado Social, lo cual se deduce de la lectura del artículo 2 Constitucional, que, aunque no lo define como tal, sí permite perfilar su alcance.

Sobre el marco de todo lo anteriormente expuesto, tenemos que los orígenes del Estado Social se remontan al cambio profundísimo que se produjo en la sociedad y el Estado a partir, aproximadamente, de la Primera Guerra Mundial (ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Principios de Derecho Público Económico*. Editorial Comares. Granada-España, 2001, pp. 88)

La idea del Estado Social fue constitucionalizada por primera vez en 1949 por la Constitución de la República Federal de Alemania, al definir a ésta en su artículo 20 como un Estado federal, democrático y social, y en su artículo 28 como un Estado democrático y social de Derecho. Por su parte, la Constitución española de 1978 establece en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho. Así, tanto el esclarecimiento de su concepto como la problemática que comporta esta modalidad de Estado han sido ampliamente desarrollados, aunque no únicamente, por los juristas y tratadistas políticos alemanes.

En este punto, resulta oportuno destacar que el Estado Social pretende garantizar los denominados derechos sociales mediante su reconocimiento en la legislación (trabajo y vivienda dignos, salud, educación o medio ambiente) y mediante políticas activas de protección social, de protección a la infancia, a la vejez, frente a la enfermedad y al desempleo, de integración de las clases sociales menos favorecidas, evitando la exclusión y la marginación, de compensación de las desigualdades, de redistribución de la renta a través de los impuestos y el gasto público.

Así pues, Estado y sociedad ya no van a ser realidades separadas ni opuestas. Por el contrario, el Estado social parte de que la sociedad, dejada a sus mecanismos autorreguladores, conduce a la pura irracionalidad y de que sólo la acción del Estado puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado.

Como ya se ha expuesto, el Estado Social es un Estado que se responsabiliza de que los ciudadanos cuenten con mínimos vitales a partir de los cuales poder ejercer su libertad. Si el Estado Liberal quiso ser un Estado mínimo, el Estado Social quiere establecer las bases económicas y sociales para que el individuo, desde unos mínimos garantizados, pueda desenvolverse. De ahí, que los alemanes hayan definido al Estado Social como Estado que se responsabiliza de la procura existencial (Daseinvorsorge) concepto formulado originariamente por Forsthoff y que puede resumirse en que el hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones y de bienes y servicios materiales e inmateriales, en pocas palabras, por unas posibilidades de existencia a las que Forsthoff designa como espacio vital.

Dentro de esta perspectiva, este Órgano Jurisdiccional precisó en reciente sentencia del 6 de junio de 2008, caso *Carmen Nina Sequera de Callejas vs. Compañía Anónima Hidrológica de la Región Capital (HIDROCAPITAL)*, que el Estado Social tiene por finalidad satisfacer las necesidades que tengan un interés general y colectivo, cuyo cumplimiento incida en el incremento de la calidad de vida del pueblo. De manera que, tal como lo señala el autor Manuel García Pelayo, en su obra *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*:

“Los valores básicos del Estado democrático-liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. El estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizar el uno sin el otro (...). De este modo, mientras que el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado social se sustenta en la justicia distributiva; mientras el primero asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material; mientras que aquel era fundamentalmente un Estado Legislador, éste es, fundamentalmente, un Estado gestor a cuyas condiciones han de someterse las modalidades de la legislación misma (predominio de los decretos leyes, leyes medidas, etc.), mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal; el otro se extiende a la justicia legal material.

Mientras que el adversario de los valores burgueses clásicos era la expansión de la acción estatal, para limitar la cual se instituyeron los adecuados mecanismos -derechos individuales, principio de legalidad, división de poderes, etc-, en cambio lo único que puede asegurar la vigencia de los valores sociales es la acción del Estado, para lo cual han de desarrollarse también los adecuados mecanismos institucionales. Allí se trataba de proteger a la sociedad del Estado, aquí se trata de proteger a la sociedad por la acción del Estado. Allí se trataba de un Estado cuya idea se realiza por la inhibición, aquí se trata de un Estado que se realiza por su acción en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional”. (GARCÍA PELAYO, Manuel: *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*. Editorial Alianza Universidad. Madrid-España 1989. p. 26) (Negrillas de esta Corte).

En razón de ello, señaló el citado autor expresa que:

“[bajo] estos supuestos, el Estado social ha sido designado por los alemanes como el Estado que se responsabiliza por la ‘procura existencial’ (Deseinvorsorge), concepto formulado originalmente por Forsthoﬀ y que puede resumirse del siguiente modo. El hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones y de bienes y servicios materiales e inmateriales, en una palabra, por unas posibilidades de existencia a las que Forsthoﬀ designa como espacio vital. Dentro de este espacio, es decir, de este ámbito o condición de existencia, hay que distinguir, el espacio vital dominado, o sea, aquel que el individuo puede controlar y estructurar intensivamente por sí mismo o, lo que es igual, espacio sobre el que ejerce señorío (que no tiene que coincidir necesariamente con el derecho de propiedad) y, de otro lado, el espacio vital efectivo constituido por aquel ámbito en que el individuo realiza fácticamente su existencia y constituido por un conjunto de cosas y posibilidades de que se sirve, pero sobre las que no tiene control o señorío.

Así por ejemplo (...) el servicio de agua, los sistemas de tráfico o telecomunicación, la ordenación urbanística etc. (...). Esta necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que carece de poder de ordenación y disposición directa, produce la ‘menesterosidad social’, es decir, la inestabilidad de la existencia. Ante ello, le corresponde al Estado como una de sus principales misiones la responsabilidad de la procura existencial de sus ciudadanos, es decir llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo, tarea que, según Forsthoﬀ, rebasa tanto las nociones clásicas de servicio público como la política social” (*Op. Cit.* pp. 26, 27 y 28) (Negrillas y corchetes del fallo citado).

Dentro de este modelo de Estado Social de Derecho, se da impulso a los denominados derechos económicos, sociales y culturales (propiedad, salud, trabajo, vivienda, familia, entre otros); mediante estos derechos se busca garantizar progresivamente niveles de vida dignos que permitan el acceso real y efectivo a los demás derechos y libertades, además se busca establecer niveles de igualdad entre los grupos que generalmente no ostentan el poder y los que históricamente sí lo han detentado.

Un elemento más del Estado Social de Derecho es el goce efectivo de los derechos en lugar de la mera enunciación de los mismos, en este sentido se establece un régimen de garantías concebidos como el medio o camino para su real eficacia. Las garantías cumplen varias funciones: Una preventiva ante la inminente afectación de un derecho; una protectora ante la afectación presente y real que busca el cese de la afectación de los derechos; y, una conservadora o preservadora de derechos que está encaminada al resarcimiento de los daños causados. Tal como lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en opiniones consultivas como en sus fallos, la existencia de los recursos o garantías debe trascender el aspecto meramente formal, es decir no basta con su mera enunciación normativa, sino en su incidencia como medio idóneo para la real protección de derechos.

Podemos afirmar sobre la base de sus elementos que el Estado Social de Derecho es un régimen eminentemente garantista de los derechos humanos tanto por las medidas que adopta el gobierno como por el grado de intervención que tiene la sociedad dentro del proyecto político.

La cláusula de Estado Social influye o repercute tanto en el plano de la creación normativa (a través del reconocimiento, respeto y protección de los principios reconocidos constitucionalmente que han de informar a la legislación positiva, excluyendo normas que contradigan esos principios) como en el de la interpretación y aplicación del Derecho (a través de la búsqueda de la interpretación más favorable para la consecución efectiva de aquellos principios) (ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Principios de Derecho Público Económico*. Editorial Comares. Granada-España, 2001, pp. 94).

Para Delgado Ocando el Estado social de Derecho se caracteriza básicamente por dos aspectos: primero, el desarrollo de la administración prestacional, en búsqueda de la “procura existencia” o “espacio mínimo vital cónsono con un bien común que permita el desarrollo y el enriquecimiento de la persona humana”; y luego, el establecimiento de los derechos exigencias, es decir, de los derechos sociales, económicos y culturales (frente a los derechos resistencias o libertades civiles y políticas). El Estado social de Derecho, democrático por naturaleza, debe generar las garantías indispensables para que los derechos exigencias sean respetados, por ello se habla de un Estado manager o de un Estado administrador, “cuya legitimidad es por performance, es decir, por resultados, no la que deriva del origen y del ejercicio del poder conforme a las normas preestablecidas” (DELGADO OCANDO, José Manuel: “El Estado Social de Derecho”. *Revista Lex Nova del Colegio de Abogados del Estado Zulia*, N° 240, Maracaibo, Venezuela, 2000).

En otras palabras, esta forma de Estado se sostiene entonces sobre una Administración que se orienta mayormente a dar cumplimiento a las necesidades sociales, impulsando los instrumentos más idóneos para este fin democrático.

Esta concepción de equidad social fue perfectamente recogida en nuestra Carta Magna, cuando consagra en el artículo 2, lo que se transcribe a continuación:

“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”.

Precisamente, ese concepto de Estado Social fue desarrollado de manera muy prolija por el Máximo Tribunal en una decisión de capital importancia en la materia, en la cual definió las bases fundamentales de esta importante noción, dada su relevancia a partir de la vigencia de nuestra Carta Magna.

Es así como, en decisión N° 85 del 24 de enero de 2002, recaída en el caso *ASODEVI-PRILARA vs. SUDEBAN e INDECU*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia precisó que 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”, agregando la Sala que “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”. (Subrayado de esta Corte)

A mayor abundancia tenemos, que el Estado Social viene a robustecer 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, disminuyendo la salvaguarda de los más fuertes, ya que, como bien lo afirmó la Sala en dicha decisión, un Estado Social tiene en sus hombros la ineludible obligación de prevenir los posibles daños a los débiles, patrocinando sus intereses amparados en la Norma Fundamental, en especial, por medio de los distintos Órganos Jurisdiccionales; y frente a los que tienen más poder, tiene el deber de tutelar que su libertad no sea una carga para todos.

Por sobretodo, el Estado Social trata de armonizar intereses antagónicos de la sociedad, sin permitir actuaciones ilimitadas a las fuerzas sociales, y mucho menos existiendo un marco normativo que impida esta situación, ya que ello conduciría inevitablemente, no sólo a que se desvirtúe la noción en referencia, con lo cual se infringiría una norma constitucional, sino que de alguna forma se permitiría que “los económicos y socialmente más 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”, como bien lo afirmó la Sala en la decisión *in commento*.

En el marco de las consideraciones anteriores, el Estado Social y de Derecho bien puede entenderse como habilitación y mandato constitucional, no sólo al legislador para que se interese en los asuntos sociales, adoptando un orden social justo, sino también a los mismos jueces para que interpreten las normas constitucionales, con apego a todo lo desarrollado previamente en este fallo.

Entonces, no es posible hablar de estado de derecho mientras no exista justicia social y a su vez no podemos ufarnos de ella, mientras un pequeño grupo goza de privilegios que no le han sido dados como un don divino sino que ha sido la misma sociedad quien les ha cedido dichos privilegios; lo que en palabras de J.J. Rouseau “es simplemente contrario a la ley de la naturaleza... mientras la multitud hambrienta no puede satisfacer las necesidades básicas de la vida”.

El fundamento legal del estado de derecho en Venezuela lo encontramos en el artículo 2 de la Carta Magna, el cual contiene en sí mismo, el verdadero espíritu, razón y propósito del legislador frente al estado social de derecho, a tono con el espíritu del pueblo Venezolano. Son muchos los motivos por los que se incluye el artículo 2 en nuestra Constitución, entre ellos la inspiración política que mueve a las mayorías, y que intenta plasmar el deseo del pueblo de obtener garantías personales y políticas, en la tradición del respeto a los terceros y sin divinizar al Estado.

La búsqueda de un estado social de derecho implica no sólo alcanzar el mínimo de desigualdades, sino fortalecer las condiciones económicas de los más desposeídos en aras de las cuales se establecen leyes de carácter social.

Así, la doctrina ha reconocido que 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, a la ignorancia, a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación.

Luego, es de observar que si bien el artículo 2 consagra el estado social de derecho, lo hace como desarrollo lógico y consecuente del preámbulo de la Constitución, que sienta las bases de esos derechos intrínsecos de los pueblos como son: el derecho a la libertad, la soberanía la democracia participativa; y que además soporta los valores de la libertad, independencia, paz, solidaridad, bien común, integridad territorial, convivencia y el imperio de la ley en el tiempo; así como el derecho a la vida, el trabajo, la cultura, educación, justicia social, igualdad, insubordinación, y autodeterminación de los pueblos, que en conjunto conforman las tan nombrada garantía universal de los derechos humanos.

El ordenamiento no se agota y continúa soportándose en el artículo 3 de la Constitución, que confía en manos de todos los órganos del Estado la garantía de cumplimiento de los principios, derechos y deberes que consagra la Constitución y es que corresponde, a los Poderes Públicos velar por esos fines esenciales del Estado como son la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, así como la construcción de una sociedad justa y amante de la paz.

2. *El Ordenamiento Jurídico*

A. *Clases: Leyes orgánicas (objeto de regulación)*

TSJ-SC (1259)

31-7-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo.

El intérprete constitucional deberá discriminar si en efecto el objeto de regulación recae en un derecho o en una garantía o atributo inherente al mismo, pues los segundos, como nociones de protección vinculadas a su efectividad, son susceptibles de ser desarrollados en el marco de leyes ordinarias, y no se insertan, en principio, en la calificación de leyes orgánicas.

Como premisa conceptual del análisis subsiguiente, esta Sala en sentencia N° 537 del 12 de junio de 2000, caso *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, fijó el alcance de aquellas nociones que sirven para calificar las leyes -u otro acto que detente el mismo rango emanado por una autoridad constitucionalmente habilitada para ello- como orgánicas, prevista en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, utilizando dos criterios de división lógica distintos, a saber: uno, obedece a un criterio técnico-formal, es decir, a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional de su carácter de ley marco o cuadro; el otro, obedece a un principio material relativo a la organización del Poder Público y al desarrollo de los derechos constitucionales. En tal sentido, se estableció que el pronunciamiento de la Sala Constitucional era necesario para cualquiera de las categorías señaladas, excepto para las leyes orgánicas por denominación constitucional, pues el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiere a “(...) las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas”.

Conforme a su ámbito de regulación material, a la luz del artículo 203 de la Constitución de 1999 son materias reservadas a la ley orgánica: (i) las que en casos concretos así haya considerado el propio Texto Constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), y aquellas relativas (ii) a la organización de los Poderes Públicos, (iii) al desarrollo de derechos constitucionales, y (iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes.

Precisa la Sala que los mencionados supuestos a que se refiere el artículo 203 de la Constitución poseen carácter normativo, lo que implica que cualquier ley a la cual se pretenda considerar como orgánica debe estar incluida en cualquiera de ellos para que se le estime y se le denomine como tal.

No desconoce esta Sala que, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la concepción de las leyes como orgánicas obedecía a parámetros distintos a los adoptados por la Constitución de 1999. En este sentido, podían considerarse tales, además de las que así denominara esa Constitución, las que hubiesen sido investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley (ex artículo 163). Así pues, su consideración como orgánica involucraba una determinada consecuencia que la misma norma reconocía señalando que “Las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas”.

Sin embargo, en la actualidad la Constitución ha fijado un criterio objetivo para designar a las leyes, al cual se encuentra condicionada la actividad legislativa. Al respecto, esta Sala en sentencia N° 1971 del 16 de octubre de 2001, caso *Victor Rafael Hernández Mendi-ble*, sostuvo el siguiente criterio:

“La Leyes Orgánicas, desde el punto de vista de la organización jerárquica de las fuentes del Derecho, se encuentran en el escaño superior siguiente al de las leyes ordinarias dictadas en las materias reguladas por Leyes Orgánicas, dicho de otra manera:

‘Las leyes ordinarias que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán siempre a las normas de éstas, pues ha querido el constituyente 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.’ (LARES Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 53).

Entonces, esta categoría de leyes constituyen, conjuntamente con las dos reglas primordiales para la aplicación de una norma (*lex posterior non derogat legi priori* y *lex generalis non derogat legi speciali*), los criterios de exclusión en caso de conflicto en la aplicación de preceptos jurídicos.

Sin embargo, ‘no puede afirmarse que las leyes orgánicas tengan un rango superior a todas las leyes no investidas de ese carácter, la supremacía de la ley orgánica sólo existe respecto a las leyes dictadas en materias reguladas por ella, no obstante que esas estén destinadas a regir supuestos de hecho de mayor singularidad y aunque entre en vigor después de aquella’ (LARES Martínez, Eloy, *Op. Cit.*, p. 55).

No obstante, particular estudio merece, la investidura del carácter ‘orgánico’ a determinados Decretos legislativos mediante la delegación expresa por parte del Cuerpo Legislativo facultando al Presidente de la República para modificar o derogar Leyes Orgánicas (como es el caso que nos ocupa), técnica aplicada con cierta frecuencia durante la vigencia de la Constitución de 1961. Un ejemplo de esto lo encontramos con la promulgación de los últimos Códigos Orgánicos Tributarios por vía de Decreto legislativo, en aplicación de la facultad otorgada por una Ley Orgánica Habilitante.

Tal técnica legislativa, aun cuando pudiera ser merecedora de críticas por algún sector de la doctrina más autorizada, debe observarse el criterio material que plantea el artículo 203 de la Constitución vigente, cuando refiere que serán leyes orgánicas aquellas que sirvan de marco normativo a otras leyes, independientemente del procedimiento que se siga para su creación.

Atendiendo al caso concreto, hay que tener en cuenta que, por una parte, el Decreto legislativo objeto de impugnación fue promulgado y publicado durante la vigencia de la Constitución de 1961 (25 de Octubre de 1999), es decir, bajo la vigencia de la 'investidura parlamentaria' como medio de producción de Leyes Orgánicas y que, por lo tanto, quedaba a discreción del parlamento otorgar tal carácter a la Ley Habilitante del 26 de Abril de 1999, como en efecto se hizo, y delegar en el Presidente de la República la potestad de modificar o derogar actos del mismo rango; en el entendido de que las reglas formales que rigen el proceso de formación de las leyes, son las establecidas en las disposiciones constitucionales vigentes al momento de su creación”.

Además del análisis de los criterios formales y materiales que debe tomar en consideración la autoridad legislativa para calificar una ley como orgánica, la Sala ha hecho énfasis en el alcance restrictivo de aquellas previsiones constitucionales que establecen reservas en favor de una ley orgánica y que condicionan la anterior denominación. En tal sentido, esta Sala Constitucional recientemente afirmó, al reexaminar los subtipos normativos inmersos en el artículo 203 constitucional, lo siguiente:

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

Ello conduce a sostener, igualmente, el alcance restrictivo que debe darse a la interpretación de las previsiones constitucionales que establecen reservas de ley orgánica, particularmente en relación con expresiones como ‘organizar los poderes públicos’ y ‘desarrollar los derechos constitucionales’, teniendo en cuenta que, tal como se ha advertido del nuevo precepto constitucional que regula las leyes orgánicas (artículo 203) se desprende ‘la voluntad de la Constitución de crear una diversidad de tipos normativos sustentados en su objeto, el cual es definido a partir del correspondiente ámbito competencial material, debidamente acotado por la propia Constitución,....’ (PEÑA SOLÍS, José, *Los Tipos Normativos en la Constitución de 1999*, Colección Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 66).

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

tinta a la allí expresada, como podría ser la de servir de marco normativo de otras leyes”. (Vid. Sentencia de esta Sala N° 229 del 14 de febrero de 2007, caso *Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia*).

Respecto del subtipo normativo relativo a las leyes orgánicas dictadas para desarrollar los derechos constitucionales y sus rasgos configuradores, esta Sala Constitucional en la sentencia N° 229/2007, *supra* citada, precisó el ámbito material de regulación que debe contener esta categoría legislativa en los siguientes términos:

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

A partir de la tesis interpretativa restrictiva del precepto constitucional que regula a las leyes orgánicas para desarrollar los derechos constitucionales, que permite la armonización conceptual de las variables ‘desarrollo’ y ‘derechos constitucionales’ y reducir al mínimo su contenido, ha de construirse, a juicio de esta Sala, el ámbito material reservado a este nuevo subtipo de leyes orgánicas. Acerca del significado de tales expresiones, salvando las diferencias, pueden encontrarse abundantes precisiones de orden concreto en la doctrina y jurisprudencia constitucional españolas acerca del alcance que debe darse al supuesto de reserva constitucional de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales, en razón de que, como ha dicho la doctrina patria, el precepto constitucional que regula las leyes orgánicas en Venezuela, tiene su fuente en la Constitución española de 1978 (PEÑA SOLÍS, José, *ob. cit.*, pp. 92-93). En este sentido, el mencionado autor destaca que, a partir de la teoría ‘minimalista’ o del ‘complemento indispensable’ manejada por la doctrina y la jurisprudencia española (*vid.*, entre otros, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 4ª ed., Madrid, 2002, p. 242; y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas, S.A., 5ª ed., Madrid, 1989, pp. 155-159), y con las que guarda congruencia la posición seguida por el constituyente venezolano de 1999, las normas que reservan al Poder Legislativo Nacional el desarrollo de derechos constitucionales, específicamente mediante leyes orgánicas, aluden a que la regulación de un derecho sea efectuada de forma directa, frontal y global, excluyendo todo intento tendente a disciplinarlo de manera indirecta.

De modo que, observa la Sala, si cualquier regulación que de forma incluso parcial o indirecta afecta el régimen de los derechos y libertades se encuentra reservada a la ley orgánica, llevaría sin duda al absurdo de considerar que la inmensa mayoría de las leyes formales deberían ser leyes orgánicas, descartando toda posibilidad de que el legislador, mediante la aprobación de leyes a través de un procedimiento menos reforzado, pueda incidir, aun indirectamente, en el efectivo ejercicio de derechos constitucionales. En otras palabras, interpretado el término ‘desarrollo’ en un sentido estricto, sólo cabe atribuir a la ley orgánica toda regulación general de la norma constitucional que reconoce un derecho o lo que afecta a cuestiones básicas y esenciales de dicha regulación, que contribuya a la mejor aplicación del precepto constitucional porque incida en aspectos propios de la eficacia del mismo; pero no así cualquier supuesto en que se incida de manera más o menos directa en la esfera de un derecho constitucional, ni siquiera todo lo que se pueda considerar regulación de su ejercicio. De esta forma, la Sala debe reiterar el criterio sentado en sentencia N° 1723 del 31 de julio de 2002, que declaró que el ‘Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Venezolano para la Calidad’ no tiene el carácter orgánico que le atribuyó la Asamblea Nacional, luego ratificado en

sentencia N° 2573 del 16 de octubre de 2002 ('Ley Orgánica contra la Corrupción'), de acuerdo con el cual no podrá extenderse el sentido del primer párrafo del artículo 203 de la Constitución de 1999 con el fin de dar cabida en él a normativas calificadas por la Asamblea Nacional como leyes orgánicas que '...b) rocen aspectos secundarios de algún derecho fundamental, ya sea por consagrar alguna modalidad en su ejercicio o por establecer ciertas condiciones o restricciones a su goce, sin que tal regulación constituya un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales de tales derechos fundamentales, o una restricción no autorizada por la propia Constitución de los mismos, pues, una hipersensibilidad respecto a este tema 'convertiría al ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental' (cf. Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 791)'.

Con criterios también restrictivos hay que comprender la expresión 'derechos constitucionales'. Esta ha sido la posición que acertadamente ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español cuando, basándose en el deseo de evitar una innecesaria y perjudicial petrificación del ordenamiento jurídico, viene sosteniendo que sólo son susceptibles de ser desarrollados mediante ley orgánica aquellos derechos fundamentales consagrados en la Sección Primera, del Capítulo II, del Título I, denominado 'De los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas', integrada por los artículos 15 al 29 de la Constitución española de 1978.

Seguir estrictamente este ejemplo en nuestro caso, conduciría básicamente a entender que la reserva de ley orgánica para el desarrollo de derechos constitucionales en Venezuela no se refiere al Título III de la Constitución de 1999, denominado 'De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías', en su totalidad, pues, de otro modo, podría resultar prácticamente imposible lograr una legislación ordinaria que regule el ejercicio de los derechos que allí se consagran, máxime cuando en dicho Título se comprenden los principios rectores de la política social y económica que pueden entrar en juego mediata o inmediatamente en cualquier normativa.

Al respecto, cabe observar que orientada esta Sala esencialmente por la concepción material que preside a las leyes orgánicas tantas veces mencionada, estima importante precisar que, con la expresión 'derechos constitucionales', el artículo 203 de la Constitución de 1999 se refiere exactamente a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en el aludido Título III, exceptuando obviamente el Capítulo X, denominado 'De los Deberes', así como cualquier contenido que se encuentre en los artículos que van del 19 al 129, que aludan a simples reservas específicas de ley que no pueden estar sujetas a su vez a ley orgánica y que, por ende, deban ser regulados por las leyes ordinarias.

Ello obligaría, en un grado más profundo de la cuestión aquí planteada, a que cuando se presente al examen de esta Sala Constitucional una ley designada orgánica por la Asamblea Nacional que no reúna los requisitos impuestos por el propio artículo 203 constitucional, o en cuyo contenido se adviertan preceptos reservados a la ley ordinaria, deba sancionarse tal infracción constitucional con el instrumento de la descalificación, sea de todo el texto legal o de los particulares preceptos apuntados, con la debida advertencia de que en el segundo supuesto planteado tales normas se tendrán por ordinarias y, en consecuencia, susceptibles de modificación o derogación por una mayoría simple de parlamentarios, tal como así se estableció expresamente en sentencia de esta Sala N° 1723 del 31 de julio de 2002.

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

Las anteriores premisas cobran especial relevancia en la medida que esta Sala debe analizar si el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo, en virtud de su objeto de regulación, marcado por el ánimo del legislador de establecer mecanismos que permitan reforzar la estabilidad como garantía del derecho al trabajo, reúne las condiciones para ser calificado como de carácter orgánico en virtud de desarrollar un derecho constitucional o, por el contrario, se trata de un conjunto normativo que regula algún aspecto incidental del derecho al trabajo, en la medida que la estabilidad, como institución laboral, constituya un atributo específico de este derecho y, por tanto, reservado al ámbito de regulación de la ley ordinaria.

El criterio de distinción que permite considerar orgánica una ley que regula los derechos fundamentales, parte entonces, del objeto de normación, puesto que si la regulación de ese derecho sólo toca algún aspecto secundario o indirecto del mismo, la ley carecerá de tal carácter. Sin embargo, el intérprete constitucional deberá discriminar si en efecto el objeto de regulación recae en un derecho o en una garantía o atributo inherente al mismo, pues los segundos, como nociones de protección vinculadas a su efectividad, son susceptibles de ser desarrollados en el marco de leyes ordinarias, y no se insertan, en principio, en la calificación de leyes orgánicas.

Como consecuencia del razonamiento que precede, considera la Sala que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo carece del carácter orgánico que le fue atribuido, al no subsumirse en alguno de los supuestos contenidos en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se decide.

B. *Interpretación de la Ley*

TSJ-SPA (0895)

30-7-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Recurso de interpretación del numeral 9 del artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

En la doctrina hermenéutica clásica se ha sostenido que todo intérprete en la realización de cualquier labor hermenéutica debe tener en cuenta, al menos, cuatro elementos básicos, ellos son: el elemento literal, gramatical o filológico, el elemento lógico, racional o razonable; el elemento histórico, y el elemento sistemático. A estos cuatro elementos la doctrina le ha añadido otros que se consideran relevantes, tales como: elemento teleológico, es decir, entender que la ley se dicta para lograr finalidades sociales dentro de la organización estatal; y el elemento sociológico o de la realidad, el cual ayuda a entender el texto a partir de la comprensión de la realidad social, económica, política y cultural donde el texto se va a aplicar.

En el caso de autos, el recurso de interpretación ha sido interpuesto por la ciudadana Ángela María Porcaro Valente, en su carácter de Contralora Municipal del Municipio El Hatillo del Estado Miranda en virtud, según sostiene, de la coexistencia de dos Gacetas Municipales, una emanada de la Secretaría del Concejo Municipal y otra del Alcalde, así como la incertidumbre generada para dar cumplimiento a la obligación de publicar en *Gaceta Municipal* las actuaciones de la Contraloría, toda vez que no se conoce con certeza a cuál de los órganos mencionados corresponde la competencia para tal fin.

Ahora bien, observa la Sala que la norma a interpretar contenida en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, consagra:

“Artículo 113. Son atribuciones del Secretario o Secretaria del Concejo Municipal:

...*Omissis*...

9. Coordinar la publicación y emisión de la *Gaceta Municipal*, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley y la Ordenanza respectiva”.

A los fines de dar respuesta a la duda planteada por la parte solicitante, estima la Sala necesario realizar las siguientes consideraciones:

La interpretación o hermenéutica en su aspecto general significa actividad de mediación en los mensajes; es decir, hablar de interpretación es referirle a la labor de atribuirle sentido y significación a los mensajes emitidos. Conforme a la conocida tradición romana, interpretar es desentrañar los mensajes, las cosas y la existencia.

En la doctrina se considera tres grandes aspectos o funciones de la interpretación: una primera de mero conocimiento, de mera comprensión, lo que se ha llamado interpretación meramente reconocitiva, que es simplemente entender o comprender lo que se trata de interpretar; una segunda denominada función reproductiva o representativa de la interpretación; y por último, la conocida interpretación normativa, esto es, cuando se trata de darle a la interpretación una función de criterios para tomar decisiones o pautas para juzgar conductas, lo cual nos ubica en la denominada interpretación o hermenéutica jurídica.

En la interpretación que se realiza en nuestro campo jurídico, tiene una extraordinaria importancia el tema de qué es lo que se interpreta, es decir: el denominado objeto de la interpretación; así tenemos que, en principio, pareciera que sólo se interpretan son las leyes (se incluyen aquí la Constitución y demás leyes del ordenamiento jurídico); de esta forma, si observamos la doctrina podemos encontrar que ella, fundamentalmente, centra su atención en el problema de los textos normativos; pero si vemos al derecho desde una óptica más amplia podemos descubrir que también se interpretan los contratos, los testamentos, los hechos, el material probatorio, las conductas, y otras cuestiones de relevancia jurídica. Esto permite afirmar que no solamente se interpretan textos legales, proposiciones jurídicas o enunciados normativos.

Por otra parte, el objeto interpretado juega un papel importante, así no es lo mismo interpretar la Constitución que interpretar un testamento, será muy diferente interpretar un contrato que interpretar un reglamento; todo ello atendiendo al carácter mismo del texto normativo.

De esta forma, el objeto interpretado exige, en cada caso, algunas pautas o reglas diferentes de acuerdo a sus características especiales. Si lo que se está interpretando es un contrato, por ejemplo, el principio de cómo las partes lo entienden y cumplen sus obligaciones tiene vital importancia, porque esa práctica de cómo ellos han venido dándole aplicación tiene en la realidad del contrato especial interés. Pero si lo que se está tratando de interpretar es una norma tributaria, por ejemplo, cómo es que los contribuyentes entienden que debían que hacer las retenciones, el problema de la práctica que ellos tengan es de poca relevancia, ya que los intereses que se protegen son distintos a los predominantes cuando hacemos referencia al contrato.

Cuando se interpretan textos jurídicos, usualmente, ellos son susceptibles de generar diversas soluciones, la elección de una de ellas como propuesta implica el darle al texto el carácter de norma, la cual se aplicará para resolver el caso; en otras palabras, si el texto permite u ofrece varias respuestas y diversas maneras de ser comprendido y varios sentidos que puedan atribuírsele, cada uno de esos sentidos es una norma diferente; de ahí se escoge una para la solución del caso. Dentro de esta interesante visión cabe destacar que las normas no se interpretan, sino que ellas son los resultados de la labor interpretativa.

Como corolario de lo expuesto tenemos: si el texto permite varias interpretaciones, dentro de éste se encuentran contenidas varias normas; esto es, si ofrece dudas y da aparente solución a un problema, pero permite inferir dos o más interpretaciones diferentes, esto significa que dentro de ese texto hay dos o más normas expresadas. Muy vinculado con esta cuestión encontramos un antiguo y conocido aforismo: *in claris no fit interpretatio*, es decir, lo que está claro no necesita interpretación, cuando la ley es clara no se interpreta o la ley clara se aplica sin interpretar.

Sin embargo, ahora la doctrina sostiene que todo texto requiere ser interpretado; así, una cosa es que el sentido del texto resulte de fácil comprensión y no requiera mayor esfuerzo hermenéutico, y otra es que no se interprete; en este sentido, la interpretación siempre se va a dar; es ella la que nos permitirá que el texto en cuestión es claro. Por ello se debe ser muy cuidadoso en el empleo de tal aforismo, ya que pudiera ser un caso de petición de principio. Esta necesaria precaución en su uso, no le quita su importante efecto persuasivo en la argumentación jurídica.

En este orden de ideas y en cuanto al objeto de la interpretación, tenemos que más allá de interpretar textos, los Jueces debemos interpretar el Derecho, partiendo de una concepción amplia del mismo; así debe comprenderse que el Derecho no es solamente la legislación en general, sino que tiene dos necesarios componentes más: la realidad social a la que la legislación se va a aplicar y los valores que el Derecho pretende realizar. Es la unidad de estos tres componentes la que nos da la mejor idea del Derecho. Entonces el Derecho no se queda sólo en los textos, el Derecho los trasciende y el sentido que se les atribuye viene dado por la comprensión de la realidad a la que el texto se va a aplicar; además se debe preguntar cuál es la finalidad que se persigue con el texto, es decir, cuáles son los valores que están detrás del texto, lo que sin duda ayuda a hacer la mejor elección de cuál de las interpretaciones posibles es la indicada para la solución del problema jurídico a resolver.

Lo anterior genera la importante cuestión de, qué es lo que se debe, necesariamente, tener en cuenta para la labor interpretativa sea completa. En la doctrina hermenéutica clásica se ha sostenido que todo intérprete en la realización de cualquier labor hermenéutica debe tener en cuenta, al menos, cuatro elementos básicos, ellos son: el elemento literal, gramatical o filológico, que es el punto de partida de toda interpretación, se parte de lo que el texto dice, es lo que está recogido en el artículo 4 de nuestro Código Civil; el elemento lógico, racional o razonable; el elemento histórico, en este sentido se comprende que el texto se inserta dentro de una realidad, que tiene unos orígenes, y que ha pasado por una evolución, una forma de comprensión, y esa manera de entenderse a lo largo del transcurrir histórico tiene importancia para poder ahora atribuirle un sentido, y por último, el elemento sistemático o de comprensión integral del derecho como sistema de regulación de la vida social.

Se ha afirmado, que en toda interpretación se deben tener los cuatro elementos referidos; expresamente se ha señalado que no son cuatro clases de interpretación entre las cuales puede escogerse según el gusto o el capricho, sino cuatro operaciones distintas cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que algunos de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar.

Así se colige, que en la labor interpretativa no podemos quedarnos sólo con el elemento literal, gramatical o filológico.

Por último, debe destacarse que a estos cuatro elementos la doctrina le ha añadido otros que se consideran relevantes, tales como: elemento teleológico, es decir, entender que la ley se dicta para lograr finalidades sociales dentro de la organización estatal; y el elemento sociológico o de la realidad, el cual ayuda a entender el texto a partir de la comprensión de la realidad social, económica, política y cultural donde el texto se va a aplicar.

C. *Derogación*

TSJ-SC (1259)

31-7-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo.

La Sala reitera una vez más su jurisprudencia sobre derogación de normas insertas en leyes orgánicas por normas consagradas en leyes ordinarias.

Efectuado el anterior pronunciamiento, se impone para esta Sala efectuar un pronunciamiento en torno a la eficacia de la cláusula derogatoria contenida en ese texto normativo, tomando en cuenta las consideraciones anteriores.

En cuanto a los efectos de la Disposición Derogatoria Única, por la cual se derogan, y, en consecuencia, pierden sus efectos jurídicos en virtud de la entrada en vigencia del nuevo texto legal los preceptos contenidos en los artículos 34, 96, 384, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457 y 458 ambos inclusive; único aparte del artículo 506; el artículo 520; el literal f) del artículo 533; párrafo único del artículo 538 “en lo relativo a la inamovilidad”; el artículo 617; artículo 639; el literal g) del artículo 647 y el artículo 674, todos ellos de la Ley Orgánica del Trabajo, así como del articulado inserto en “el Título VIII, Capítulo I De la Estabilidad en el Trabajo” de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y del artículo 44 “en lo relativo a la inamovilidad” de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, esta Sala considera pertinente reproducir las consideraciones expuestas en su fallo N° 2.573/2002, supra citado; respecto del replanteamiento del principio derogatorio de las normas, en el supuesto de derogación de normas insertas en leyes orgánicas por normas consagradas en leyes ordinarias, en los siguientes términos:

“(…) 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 p. 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 júdice* 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 Díez-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 esta 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’. (*ibídem*, p. 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”.

Como se observa la Sala efectuó, 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, un replanteamiento del principio derogatorio de las leyes, consagrado por el artículo 218 de la Constitución vigente, ello con el propósito de 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 o que, en virtud del dinamismo de las circunstancias sociales o históricas que den lugar a la legislación, éstas requieran ajustarse normativamente a las proposiciones o reglas contenidas en el Texto Fundamental.

En virtud de la especialidad de la materia objeto de normación, y de su evidente importancia en el ámbito social y económico, cual es la garantía de estabilidad en las relaciones de trabajo, estima esta Sala que, bajo la adaptación esbozada en el fallo citado, desde una perspectiva constitucional, opera con plena eficacia la derogatoria de las normas contenidas en leyes orgánicas a que aluden expresamente la Disposición Derogatoria Única contenida en el Decreto Ley examinado. Así se declara.

3. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*

TSJ-SPA (1028)

24-9-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Arelys Josefina Perozo Sánchez vs. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE).

La sala señala que aun cuando nada dice la normativa legal vigente sobre la indemnización que puede conceder el juzgador a familiares y cónyuge en supuestos distintos a la muerte de la víctima, ella puede en obsequio de la justicia y obrando según su prudente arbitrio, acordar a favor de particulares indemnizaciones por daño moral, si ello revistiere una afición de índole emocional o psíquica, en obsequio de la justicia y obrando según su prudente arbitrio.

Pasa entonces la Sala a referirse al régimen conforme al cual deberá analizarse la controversia sometida a su consideración.

Se observa que la demandada ELEOCCIDENTE (hoy CADAFE) es un ente organizado bajo las normas jurídicas propias del derecho privado, aun cuando el Estado venezolano figure como su único accionista.

Al respecto, establece el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Administración Pública lo siguiente:

“Las empresas del Estado se regirán por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la presente Ley. Las empresas del Estado creadas por ley nacional se regirán igualmente por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la ley.”

De acuerdo a la norma transcrita, el régimen aplicable a la demanda es el de la legislación ordinaria, sin perjuicio de la aplicación especial de normas de derecho público cuando ello resulte pertinente.

En este orden de ideas, ha sido jurisprudencia pacífica de esta Sala que la responsabilidad civil general, establecida en el artículo 1.185 del Código Civil, comporta tres condiciones o elementos concurrentes que deben ser probados fehacientemente a fin de que sea declarada procedente la pretensión reparatoria del demandante, a saber: **a)** una actuación imputable al accionado; **b)** la producción de un daño antijurídico; y **c)** un nexo causal que vincule la actuación del demandado con la producción del daño que se denuncia.

Sin embargo, por cuanto los daños reclamados le son imputados a ELEOCCIDENTE por estimar la actora que ésta ostenta la guarda de los transformadores que se encontraban ubicados en un poste de electricidad, la Sala analizará la posible responsabilidad de la men-

cionada empresa del sector eléctrico, a la luz de la norma contenida en el artículo 1.193 del Código Civil. Así, no obstante que ésta es también una responsabilidad objetiva, será preciso establecer los siguientes elementos: **a)** el daño sufrido por la parte actora; **b)** la intervención de la cosa en la producción del daño alegado; **c)** la condición de guardián que tiene la demandada sobre la cosa generadora del daño.

5. Para decidir es menester establecer si están dados los extremos arriba indicados, por ser éstos presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual que pudiera tener ELEC-CIDENTE frente a los hechos denunciados por la ciudadana Arelys Josefina Perozo Sánchez. Antes, sin embargo, se estima conveniente analizar algunas de las probanzas incorporadas al expediente por las partes a los efectos de facilitar la comprensión del presente fallo, y sin perjuicio de que al abordar el análisis del tema debatido, la Sala se refiera a cualquier otra prueba que no haya sido ya referida.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Régimen General de los Derechos Humanos: Tratados que establezcan normas más favorables*

TSJ-SC (1265)

5-8-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Ziomara Del Socorro Lucena Guédez vs. Contraloría General de la República. (Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

La Sala Constitucional analiza la potestad del Contralor General de República establecida en el artículo 105 de la Ley que rige sus funciones (sanciones accesorias), con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos. En tal sentido establece que es inadmisibles la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional, contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República.

Véase: Página 608 de esta *Revista*

2. *Garantías Constitucionales*

- A. *Regulación por una ley ordinaria*

TSJ-SC (1259)

31-7-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo.

La garantía constitucional consiste en una técnica o medio que tiene como propósito tutelar y asegurar la eficacia de los valores o contenidos esenciales de los derechos y libertades consagrados en la Constitución. Al tratarse de medios de protección que tocan aspectos secundarios o están al margen del derecho constitucional, de tal suer-

te que su regulación recae en el ámbito de una ley ordinaria y no de una ley orgánica, al no afectar cuestiones básicas, esenciales o institucionales medulares de un derecho constitucional.

B. *Tutela Judicial Efectiva*

CSCA

15-09-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Procuradora General del Estado Trujillo vs. Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental.

La exigencia de una sentencia justa impone al juez la obligación de acertar en la escogencia de la ley aplicable, que debe ser siempre la ley vigente; acertar igualmente en su interpretación y aplicación; y, además, acertar igualmente en la apreciación de los hechos que se someten a su conocimiento, pues lo contrario representará una posible violación al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

C. *Las garantías del debido proceso: Derecho a la defensa*

TSJ-SPA (1049)

24-9-2008

Magistrado Ponente: Emiro Antonio García Rosas

Caso: Domingo Antonio Palacios vs. Contraloría General de la República.

Alegó el recurrente la violación del derecho al debido proceso y al principio de legalidad, fundamentado en la supuesta falta de proporcionalidad, racionalidad y adecuación en la aplicación de la sanción de inhabilitación, ratificada en el acto recurrido.

Asimismo denunció la parte actora la violación del derecho al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica y al principio de legalidad, supuestamente porque la sanción de inhabilitación fue impuesta en un acto distinto al que contiene la sanción de responsabilidad administrativa y por haberse aplicado además, en su opinión, la referida sanción en un lapso inoportuno. Sobre este aspecto, la Sala advierte lo siguiente:

De conformidad con el criterio pacífico y reiterado, el derecho al debido proceso comprende un derecho complejo que encierra un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado, que implican el derecho a acceder a la justicia, a ser oído, a ser notificado de la decisión administrativa, a tener acceso al expediente, a la articulación de un proceso debido, a presentar pruebas que permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración, a ejercer las defensas correspondientes, a obtener una decisión motivada, a un proceso sin dilaciones indebidas, a impugnar la decisión dictada, a recibir oportuna respuesta a sus solicitudes, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia, y que se desprenden de la interpretación hermenéutica del artículo 49 de la Carta Magna.

Asimismo, la tutela judicial efectiva comprende conforme lo indica el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el derecho de toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, el derecho a obtener oportunamente la decisión correspondiente, a una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, responsable, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Con referencia a la seguridad jurídica, esta Sala ha establecido (sentencia N° 0570 del 10 de marzo de 2005), lo siguiente:

“Se ha entendido que el principio de seguridad jurídica, protege la confianza de los administrados que ajustan su conducta a la legislación vigente. Es decir, la seguridad jurídica ha de ser entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación de la Administración en la aplicación del Derecho.”

Respecto a la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, esta Sala en sentencia N° 947 del 12 de agosto de 2008, haciendo referencia a lo establecido por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en sentencia N° 1.265 del 5 de agosto de 2008, dispuso lo siguiente:

“(...) por decisión de reciente data, a saber, la N° 1.265 del 5 de agosto de 2008 (Exp. N° 05-1853), la misma Sala Constitucional estableció categóricamente el carácter constitucional de ese precepto normativo, por considerar, entre otros aspectos, que:

(i) El procedimiento administrativo llevado por la Contraloría General de la República para el establecimiento de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos investigados, comprende tres etapas que garantizan el derecho a la defensa y el debido proceso de los imputados administrativamente; guardando así plena y efectiva compatibilidad con lo previsto en el artículo 49 constitucional.

(... Omissis...)

(iii) La Contraloría General de la República no debe desarrollar otro procedimiento adicional para la imposición de las sanciones accesorias como la inhabilitación, esto debido a que, con el sano desarrollo del procedimiento principal -tendente a la comprobación de la responsabilidad administrativa del imputado- se garantizan los derechos que asisten a los funcionarios públicos cuestionados.

(iv) No se ve tampoco afectado el principio non bis in idem, ya que no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Valga acotar, que lo proferido por la Sala Constitucional en la comentada decisión se compeadece perfectamente con lo que esta Sala Política-Administrativa ha venido sosteniendo pacífica y reiteradamente con relación a los alcances del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en las sentencias siguientes: N° 00868 del 21-07-04; N° 00217 del 07-02-07; 00738 del 17-05-07; N° 00808 del 30-05-07; N° 01383 del 01-08-07; N° 00595 del 14-05-08 y 00742 del 19-06-08, entre otras; de cuyo contenido se desprende que:

(i) La imposición de las sanciones disciplinarias a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, requiere como único presupuesto la declaratoria de responsabilidad administrativa. Es decir, dichas sanciones, aparte de la pecuniaria, son consecuencias jurídicas que, según la Ley, derivan de la declaratoria de responsabilidad administrativa, “sin que medie ningún otro procedimiento”, porque se erigen como actos-consecuencias, que resultan de un procedimiento o iter previo, preparatorio y necesario para su aplicación, el de la determinación de la responsabilidad administrativa, que es en el que se comprueba el ilícito administrativo y se determina dicha responsabilidad.

(ii) En tal sentido, las medidas de suspensión sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, viene precedida de un procedimiento, por lo que es dable afirmar que la relación entre la decisión de responsabilidad administrativa y las medidas disciplinarias en cuestión es de causa y efecto; de allí que el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa es el procedimiento que motiva las sanciones disciplinarias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

(iii) *Por virtud de lo anterior, iniciar un nuevo procedimiento administrativo para la imposición de las sanciones establecidas en dicha norma sería un contrasentido, pues además de que se iniciaría con base en los mismos hechos, se desnaturalizaría el tratamiento de la sanción como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad...?*

Ahora bien, en el caso de autos, el haber impuesto la sanción de inhabilitación en un acto distinto al que determinó la responsabilidad administrativa, no configura -en principio- el desconocimiento de los derechos constitucionales denunciados por el recurrente, pues no implicó la disminución de sus posibilidades de defensa en el procedimiento sancionatorio y, lejos de apartarse de la regulación legal de dicho procedimiento, resulta cónsono con el orden previsto en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, pues de conformidad con el texto de dicho dispositivo, la aplicación de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, debe estar precedida de la declaratoria de responsabilidad administrativa por las conductas sancionadas en los artículos 91 y 92 *eiusdem*, sin que para ello sea necesario que medie otro procedimiento, por ser un acto-consecuencia que resultó de la comprobación del ilícito administrativo que implicó la declaratoria de responsabilidad, lo cual aparentemente sucedió en el caso de autos, por lo que la Sala desestima la denuncia bajo análisis (*Vid.* sentencia N° 1.061 del 27 de abril de 2006). Así se decide.

3. *Derechos Sociales*

A. *Derechos Laborales: Derecho a la estabilidad laboral*

TSJ-SC (1259)

31-7-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo.

La estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía instituida por el Constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del “derecho” que tiene el empleador a dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique.

En esa línea de razonamiento, la Sala observa que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo tiene como objeto regular y garantizar la estabilidad en el trabajo y, con el propósito de tornarla operativa, crea la estructura administrativa y procedimental pertinente.

La estabilidad en el trabajo como noción doctrinal es “(...) la institución jurídico-laboral que protege a los trabajadores contra los despidos sin justa causa, garantizando la permanencia y continuidad en las labores, siempre que no medie una causa que permita legalmente su finalización” (*Cfr.* GARCÍA VARA, Juan, *Estabilidad Laboral en Venezuela*, Editorial Pierre Tapia, Segunda Edición, 1996, pp. 29-30).

Conforme al ordenamiento constitucional vigente, la estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía instituida por el Constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del “derecho” que tiene el empleador a dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique. Dicho concepto se asocia a la nota de durabilidad o permanencia del trabajador en su empleo y constituye un atributo del derecho al trabajo -y del deber de trabajar- que establece el artículo 87 del Texto Constitucional.

La estabilidad laboral puede ser relativa o absoluta, dependiendo de la intensidad de la protección dada al nexo laboral. Tales manifestaciones de esta garantía ya han sido analiza-

das por esta Sala en sentencia N° 1.185 del 17 de junio de 2004, caso: *Alí Rodríguez Araque y otro*; efectuando para ello, las siguientes distinciones:

“(…) la noción ‘estabilidad absoluta y relativa’ utilizada por la doctrina y parte de la jurisprudencia patria, ha sido constantemente empleada para demarcar el grado de protección que tienen el trabajador dentro de la relación de trabajo, y la posibilidad del patrono para rescindir el vínculo existente entre ambos. Con base en el manejo de estos términos, se distinguió que el despido –de mediar justa causa- debía sujetarse bajo distintos parámetros dependiendo del fuero o del régimen regular que invista al trabajador. De allí que, en los casos determinados bajo la ‘estabilidad absoluta’, catalogada por algunos como ‘causales de inamovilidad’ el patrono debe apegarse a un procedimiento administrativo previo ante un funcionario calificado con competencia en materia del trabajo para que éste califique el despido so pena de que sea ordenado su reenganche. Tales supuestos pueden ocurrir cuando medie a favor del trabajador alguno de los supuestos contentivos de los fueros especiales. Mientras que, en los casos de ‘estabilidad relativa’, el trabajador no se encuentra amparado bajo elementos derivados de circunstancias excepcionales o accidentales que le den protección, siendo en ese caso que, el patrono bajo justa causa de conformidad con la ley, rescinde la relación de trabajo, quedando bajo la diligencia del trabajador actuar ante el juez laboral para que se determine si efectivamente procedía el despido, siendo un medio expedito de revisión de la culminación del contrato de trabajo.

Por su ubicación en el entramado constitucional, la garantía de estabilidad laboral se inserta en el artículo 93 del Capítulo V, signado “De los Derechos Sociales y de las Familias”, del Título III, “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes” del Texto Constitucional vigente. Dicha norma se articula con aquellas que establecen las reglas objetivas y los principios rectores a los que debe atender el legislador para regular el trabajo como hecho social y como bien jurídico que tiene un régimen de protección especial por parte del Estado Venezolano, postulados en los artículos 87 (derecho y deber de trabajar), 88 (derecho al trabajo e igualdad), 89 (protección al trabajo), 90 (jornada de trabajo), 91 (derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados), 92 (derecho a un salario suficiente), 94 (responsabilidad de los patronos y contratistas), 95 (derecho a la sindicalización), 96 (derecho a la negociación colectiva) y 97 (derecho a la huelga) *eiusdem*.

En efecto, el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, garantiza expresamente la estabilidad laboral en los siguientes términos:

“Artículo 93. La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos”.

Como se observa, por la configuración de la norma, el constituyente impone en cabeza del legislador la obligación de garantizar la estabilidad en el trabajo y, en tal sentido, deberá limitar toda forma de despido no justificado. Desde un enfoque gramatical, el uso de la preposición “en”, vincula la noción a un instituto de proyección más amplia, del cual forma parte: el derecho al trabajo como hecho social y como derecho subjetivo de especial protección por parte del Estado, lo que torna a la estabilidad como un elemento creado con el propósito de reforzar la eficacia de ese derecho, esto es, una garantía objetiva del derecho al trabajo.

El derecho al trabajo, como noción continente, se inscribe en los derechos de naturaleza social, sustentados, además del concepto de necesidades básicas del ser humano que enfatiza sus posiciones subjetivas, en el principio de solidaridad -entendido doctrinalmente como “un deber colectivo de ayuda mutua”, en términos de M. BORGETTO, citado por Carlos BERNAL PULIDO en su obra *El Derecho de los Derechos*, publicada por la Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 297-. Tal enunciado se erige en un valor superior del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado de acuerdo al artículo 2 del Texto Constitucional.

Consecuencia de su inserción dentro del elenco de normas continentales de los llamados derechos sociales, desde una perspectiva subjetiva, su regulación está dirigida a la protección de una categoría de sujetos que, en el marco del Estado Social, reciben el tratamiento de “débiles jurídicos”, quienes ocupan una posición de desigualdad en determinadas relaciones jurídicas (*vgr.* trabajadores, arrendatarios, niños, niñas y adolescentes, etc.). Esta categoría de derechos fundamentales se caracterizan porque su sustento teórico descansa sobre un ideal colectivo: la construcción de una sociedad igualitaria basada en el principio de solidaridad. Sobre este particular, ha apuntado la Sala:

“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.” (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 85 del 24 de enero de 2002, caso *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA)*, reiterada en sentencia N° 790 del 11 de abril de 2002, caso *Lidia Cropper y Juan Enrique Márquez Frontado*).

Dicho derecho no se agota en el ámbito del titular, sino conlleva una proyección que trasciende su esfera, ello lo convierte, al menos desde una perspectiva procesal, en objeto de tutela no sólo de aquellas acciones jurisdiccionales ejercitables individualmente por el traba-

jador para su protección como derecho constitucional (vgr. amparo constitucional), sino también su defensa, cuando afecta a un conglomerado de sujetos, puede canalizarse a través acciones dirigidas a la defensa de intereses colectivos o difusos que le atañen. Desde una perspectiva material del contenido de ese derecho, esta Sala, en su sentencia N° 3.029 del 4 de noviembre de 2003, caso *José Eduardo Guzmán Alemán y Aiskel de Lourdes Blanco Pérez*, ha precisado respecto del artículo 87 constitucional que consagra el derecho-deber de trabajar lo siguiente:

“El precepto constitucional transcrito contempla al trabajo en su doble dimensión de deber y derecho, el cual, está referido a la realización y promoción de la persona en el desempeño de una actividad efectiva, por lo que éste es inherente a la persona humana, sin embargo, su ejercicio no se agota en la libertad de trabajar, ya que su configuración constitucional también presenta un aspecto colectivo que implica un mandato a los Poderes Públicos para que diseñen y ejecuten políticas destinadas a procurar la plena ocupación de la población. Así, el derecho al trabajo, en su dimensión colectiva, constituye un bien jurídico inescindible de todas las personas que habitan o residen en el territorio de la República, que puede verse afectado en la medida en que los hechos denunciados como lesivos impidan el desarrollo de las condiciones necesarias y suficientes para el logro del fomento del empleo, en los términos establecidos en el artículo 87 de la Constitución”.

Una de las formas de asegurar la efectividad de ese derecho social, consiste en dotarlo de continuidad o permanencia en su ejercicio y, en tal sentido, se impone al legislador adoptar “lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado” (ex artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en la medida que se entiende que toda forma de despido no justificado perturba el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Ello permite asegurar que este mandato constituye una cobertura de protección a ese derecho o, dicho en otros términos, una garantía de su ejercicio. Para una mejor comprensión, se entiende que la garantía no es una noción contrapuesta del derecho al cual brinda protección, es, en esencia, una noción de carácter objetiva instituida con el propósito de reforzar la eficacia de un derecho. En una primera aproximación conceptual, la garantía es un mecanismo de aseguramiento o técnica de protección jurídica que torna eficaz el ejercicio de los derechos constitucionales o, en una concepción más amplia, de los derechos fundamentales. Esta nota de eficacia, presupone una reacción suficiente y obligatoria de los órganos del Poder Público para sancionar las violaciones cuando aparezcan y restablecer la vigencia de los derechos tutelados por el ordenamiento jurídico, ello como se desprende de la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos en la Constitución, como fin del Estado, conforme al artículo 3 del Texto Constitucional y de la garantía de respeto de los derechos humanos postulada en el artículo 19 *eiusdem*.

Sin embargo, no es correcta la contraposición de las nociones de derecho y garantía para arribar a un concepto unívoco de cada una, pues ambas nociones están vinculadas en su formulación. En ese sentido, la doctrina foránea ha afirmado que “Los derechos fundamentales abarcan no sólo derechos subjetivos sino también garantizan positivamente ámbitos de actuación del particular, o aseguran la pervivencia de determinadas organizaciones (por tanto encierran a su vez garantías institucionales y mandatos al legislador) y, de otro lado, ambos conceptos responden a la misma idea de erigirse en límite último a la discrecionalidad política del legislador” (Vid. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial (Derecho a la Educación; Autonomía Local; Opinión Pública)*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid-Civitas, primera edición, 1994, pp. 52-53).

Así, la dogmática de los derechos fundamentales abarca en su formulación tanto la dualidad de su naturaleza jurídica, en su concepción público-subjetiva y como valores superiores del ordenamiento jurídico, como las garantías de su ejercicio en un “supraconcepto”, en términos del citado autor, lo cual dificulta una formulación teórica única para la definición de cada categoría.

La problemática en torno a su correcta definición surge de la indeterminación de su propia consagración normativa, por tanto, para la Sala establecer un concepto único a la luz del orden constitucional vigente, no sólo dependería de la labor de sistematización del contenido esencial y limitaciones de los derechos y garantías expresamente consagrados en la Constitución, en tanto los términos de su consagración así lo permita, sino que habría que añadir aquellos derechos y garantías no enunciados en el Texto Fundamental -y que carecen a priori de elementos que permitan fijar una teoría estructurada y material de su contenido-, en virtud del efecto expansivo de la cláusula contenida en el artículo 22 de la Carta Magna vigente.

Sin embargo, siendo esta Sala Constitucional el máximo y último intérprete de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como así lo reconoce el artículo 335 de ese cuerpo normativo primario, considera que su labor jurisprudencial no puede orientarse a establecer tipificaciones constitucionales estáticas, pues es perfectamente verosímil que la definición de un derecho y la precisión de sus contornos y limitaciones, así como de los medios de protección, deben analizarse no sólo a partir de la formulación de la norma constitucional que lo consagra (que define el contenido constitucionalmente protegido), sino que debe armonizarse con los demás preceptos o principios que conforman el ordenamiento primario, así como con aquellas circunstancias históricas y sociales cuya regulación se pretende, con el propósito de realizar una interpretación congruente y unitaria del sistema jurídico.

Concluye la Sala entonces que la garantía constitucional consiste en una técnica o medio que tiene como propósito tutelar y asegurar la eficacia de los valores o contenidos esenciales de los derechos y libertades consagrados en la Constitución. En tal sentido, se orienta a la protección del núcleo esencial del derecho, de las estructuras típicas tradicionales que lo conforman o bien la forma fundamental de un determinado instituto jurídico. Su regulación, entonces, en el marco de la problemática que aquí se analiza, no incide en forma directa en la esfera de un derecho constitucional, al tratarse de medios de protección que tocan aspectos secundarios o están al margen del derecho constitucional, de tal suerte que su regulación recae en el ámbito de una ley ordinaria y no de una ley orgánica, al no afectar cuestiones básicas, esenciales o institucionales medulares de un derecho constitucional, en este caso, del derecho al trabajo.

Sobre la base del anterior aserto, no queda duda para la Sala que la estabilidad es un atributo del derecho al trabajo y su naturaleza es la de una garantía vinculada a éste, al formar parte del conjunto básico de preceptos que persiguen su protección, por ello, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Estabilidad en el Trabajo al crear los órganos y articular los procedimientos que deben materializar la justicia laboral administrativa, no regula de forma directa el ejercicio del derecho-deber constitucional al trabajo sino que refuerza o protege, a través de las instituciones creadas en su texto, un aspecto tangencial del derecho consagrado en el artículo 87 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en tanto desarrolla aspectos procedimentales y técnicos supeditados a los principios y reglas que rigen en materia laboral, contemplados tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en la Ley Orgánica del Trabajo.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*

A. *Régimen de la Administración Pública: Potestad sancionatoria*

TSJ-SC (1265)

5-8-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Ziomara Del Socorro Lucena Guédez vs. Contralor General de la República (Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

La Sala Constitucional analiza la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República, a la luz del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Véase: Página 608 de esta *Revista*

TSJ-SC (1266)

6-8-2008

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Nidis Gutiérrez de Atencio vs. Contralor General de la República (Art. 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

Véase: Página 608 de esta *Revista*

a. *Principio de proporcionalidad*

CSCA

12-8-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Banco Exterior C.A. Banco Universal vs. Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) (hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, INDEPABIS).

El principio de proporcionalidad constituye un límite de adecuación sobre los verdaderos alcances y finalidades de las sanciones, que implica para el caso de las sanciones que tienen carácter pecuniario, que la afectación patrimonial no sea distorsionada respecto del bien que sirve de medida para castigar una determinada conducta.

.....Por otro lado, indicó que el acto recurrido, se encuentra viciado por violación al principio de racionalidad administrativa, en tanto que “[con] la sanción interpuesta, no hay la debida proporcionalidad ni adecuación con la situación fáctica planteada. La racionalidad consiste en la debida proporcionalidad y adecuación al supuesto de hecho. Al no mencionar, ni valorar las pruebas promovidas, ni fundamentar los presuntos ilícitos dentro de las normas aplicables, la sanción no guarda proporcionalidad ni racionalidad. No hay proporción ni adecuación con la situación específica planteada. Existen pruebas promovidas en el expediente que no son valoradas, por lo cual no se puede entablar relación entre la situación jurídica planteada, la norma aplicable y la sanción (...)”.

En cuanto a la denuncia de violación al principio de racionalidad administrativa, alegado por la sociedad mercantil recurrente, expuso el Ministerio Público que “(...) se constata que el INDECU realizó una relación de los hechos que dieron origen al procedimiento administrativo mediante el cual se le impuso la sanción al recurrente, de conformidad con lo establecido en la Ley para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario, siendo esta una decisión confirmatoria del contenido del recurso de reconsideración interpuesto con ocasión de dicha medida, por lo que este Organismo verificó que tales decisiones se han producido en el marco de un procedimiento, llevan implícito los hechos y fundamentación que culminó con la imposición de la sanción, por lo que se ha observado la ausencia de relación entre los hechos y el derecho invocado por la parte recurrente (...)”.

Destacado lo anterior, debe esta Corte observar que el principio de proporcionalidad encuentra funcionalidad práctica, desde el punto de vista de la racionalización de las penas y medidas de seguridad frente al delito, encontrando origen, por tanto, en el derecho penal. Ahora bien, dicho principio general de proporcionalidad, como expresión del principio de legalidad de la Administración, regula e informa el proceso de producción y aplicación del Derecho Administrativo, en base a una justificada ponderación –en el caso concreto– de los bienes, derechos e intereses jurídicamente protegidos, y en función de los valores constitucionales de libertad, justicia material y del derecho a la autonomía.

De esta forma, el principio de proporcionalidad deriva técnicamente del principio de legalidad conformando la extensión y ejercicio de las potestades administrativas en la situación concreta ante la que se encuentra la Administración, por cuanto su utilización desproporcionada, representa dentro del proceso de producción y aplicación del derecho administrativo una quiebra importante del principio de legalidad. Así, el principio de proporcionalidad sirve directamente al proceso regular de producción y aplicación normativa del derecho administrativo. (*Vid.* LÓPEZ GONZÁLEZ, José. *El Principio General de Proporcionalidad en Derecho Administrativo*. Ediciones del Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla N° 52, Sevilla 1988, p. 113 y ss.).

En este sentido, debe destacarse que actualmente el principio de proporcionalidad se considera como un principio inherente al Estado de Derecho que deriva del “valor justicia” y de la propia “dignidad de la persona”, proclamados en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales impide toda intervención innecesaria o excesiva que grave al ciudadano más allá de lo estrictamente indispensable para la protección de los intereses públicos y que se erigen, por ello, en canon de constitucionalidad de la actuación de aquellos.

Ahora bien, la posibilidad de aplicar los efectos lesivos de un ilícito administrativo determinado, es una actividad que se encuentra sometida tanto a límites formales, como a límites sustanciales dentro de los cuales se encuentra el principio de proporcionalidad de las sanciones, que proviene del valor superior de justicia según el cual, la lesión del bien jurídico o desvalor de resultado tipificado en la norma sancionatoria, no debe conllevar una coacción desproporcionada.

De este modo, el principio de proporcionalidad constituye un límite de adecuación sobre los verdaderos alcances y finalidades de las sanciones, que implica para el caso de las sanciones que tienen carácter pecuniario, que la afectación patrimonial no sea distorsionada respecto del bien que sirve de medida para castigar una determinada conducta.

Así, el principio de proporcionalidad, encuentra su soporte axiológico en el acomodamiento que debe darse entre la sanción y su finalidad, es decir, es una garantía de equilibrio frente a lo que se califica como el exceso de punición que se produce cuando la pena no se ajusta a la tésis represiva que la sustenta.

En este contexto, permite evaluar el ajuste entre los medios empleados y los fines perseguidos y ello, para el supuesto de las multas como las de autos, conlleva a que en ningún caso se produzca una afectación de tal entidad, que implique la pérdida del patrimonio o parte sustancial del mismo, pues en tal circunstancia, se presenta una inequidad manifiesta, que es proscrita por el Texto Fundamental (*Vid.* Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Número 144, de fecha 6 de febrero de 2007, caso *Agencias Generales Conaven, C.A. y otros*).

Ahora bien, respecto del contenido del principio de proporcionalidad que debe informar la actuación administrativa en materia sancionadora, se muestra en primer término como criterio para la selección de los comportamientos antijurídicos merecedores de la tipificación

como infracciones, postulando que el ámbito de la tipificación de las infracciones quede reservado para aquellos supuestos en que el restablecimiento del orden jurídico alterado por el comportamiento ilícito no puede ser realizado por otros medios. En segundo término, el principio opera como límite a la actividad administrativa de determinación de las sanciones sin que, por tanto, exista posibilidad alguna de opción libre, sino una actuación vinculada a la correspondencia entre infracción y sanción.

Así, se destaca que las normas sancionadoras no pretenden más que prevenir o evitar aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro determinados bienes que se reputan valiosos o dignos de protección, para lo cual establecen mandatos y prohibiciones cuya contravención lleva aparejada la imposición de una sanción. De ahí que su función esencial sea la preventiva o disuasoria, la de evitar los comportamientos que puedan lesionar tales bienes. Si tales normas consideran que para la protección de un bien jurídico es suficiente y adecuado imponer una determinada sanción a los sujetos que con su comportamiento lesionan tales bienes, la imposición de dos o más sanciones por la realización de un tal comportamiento nada añade a esa finalidad preventiva y protectora de la norma sancionadora.

Por otra parte, en cuanto a la segunda de las perspectivas consideradas, esto es, como principio general que fuerza a la Administración a buscar la sanción adecuada dentro de las posibles, el principio de proporcionalidad encuentra su ámbito natural de aplicación como inspiradora de las normas relativas a la graduación de las sanciones. En este sentido, el principio de proporcionalidad despliega todos sus efectos sobre el procedimiento para sancionar las infracciones, determinando la consideración de la actividad de graduación de las sanciones como estrictamente jurídica, de manera que se encuentra limitada, en esta materia, una inadmisibles discrecionalidad administrativa en la aplicación de las sanciones, que quede así moderada en función de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean a la contravención. De esta forma, no existiría discrecionalidad administrativa en la determinación de la sanción, sino una facultad para valorar las circunstancias presentes en el caso concreto a los fines de imponer la sanción correspondiente, dentro de los límites permitidos por la ley. (*Vid. ZORZOZA PÉREZ, Juan J. El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*. Civitas, Madrid 1992. p. 113 y ss).

De lo anterior, han de derivarse las oportunas consecuencias, porque al establecerse en el cuerpo de la ley determinados criterios de graduación de las sanciones, incluso si su valoración no se encuentra absolutamente reglada, su aplicación puede y debe ser objeto de revisión judicial, ello por cuanto la proporcionalidad vincula igualmente al control que sobre la actividad de la Administración pueda realizar el poder judicial.

Es, pues, por este razonamiento, que ante la generalizada indeterminación legal que existe en las sanciones administrativas en orden a su graduación entre los límites máximo y mínimo fijados por la Ley, debe asumirse el principio general de la proporcionalidad y deducir de él todas sus consecuencias. Principio que forzará a la Administración a buscar la sanción adecuada dentro de las posibles, una vez que el hecho haya sido tipificado, sin que, por tanto, exista posibilidad alguna de opción libre, sino una actuación vinculada a la correspondencia entre infracción y sanción. De ahí que, en caso de violación de esta proporcionalidad, el juez podrá anular la sanción impuesta por la Administración e imponer la que juzgue adecuada. (*Vid. TORNOS MAS, Joaquín. "Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa" en Revista Española de Derecho Administrativo*).

Ahora bien, en el caso concreto, tal como se destacó con anterioridad, la parte recurrente denunció que "[con] la sanción interpuesta, no hay la debida proporcionalidad ni adecuación con la situación fáctica planteada. La racionalidad consiste en la debida proporcionalidad y adecuación al supuesto de hecho".

En este sentido, debe esta Corte aludir a lo expresamente establecido en el artículo 104 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario aplicable *ratione temporis* que, respecto a la imposición de las sanciones administrativas precisaba lo siguiente:

“Para la imposición de las sanciones se tomarán en cuenta los principios de equidad, proporcionalidad y racionalidad, apreciándose especialmente:

1. La gravedad de la infracción;
2. La dimensión del daño;
3. El carácter de primera necesidad del bien o servicio de que se trate;
4. El monto de la Patente de Industria y Comercio del ejercicio en curso; y,
5. La reincidencia”.

Ahora bien, se debe señalar que el principio de racionalidad, se encuentra tipificado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual es del tenor siguiente:

“Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

Sobre este principio se puede establecer que la Administración, dentro de su potestad sancionatoria, debe procurar adecuar la proporción de sus sanciones a la gravedad del hecho originador; en tal sentido, se evidencia que el artículo 95 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, *ut supra* transcrito, establece una sanción pecuniaria entre dos (2) límites, a saber, multa entre veinte (20) días de salario urbano hasta dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano.

En situaciones análogas a la establecida en la Ley ejusdem, el Código Penal Venezolano, establece una solución a situaciones análogas a la presentada en el artículo 95 de la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario, en tal sentido, establece el artículo 37 de dicho Código, lo siguiente:

“Cuando la ley castiga un delito o falta con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad; se la reducirá hasta el límite inferior o se la aumentara hasta el superior, según el merito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurren en el caso concreto, debiendo compensárselas cuando las haya de una y otra especie.

No obstante, se aplicara la pena en su límite superior o en el inferior, cuando así lo disponga expresamente la ley, y también se traspasara uno u otro límite cuando así sea menester en virtud de disposición legal que ordene aumentar o rebajar la pena correspondiente al delito en una cuota parte, que entonces se calculara en proporción a la cantidad de pena que el Juez habría aplicado al reo si no concurriese el motivo del aumento o de la disminución.

Si para el aumento o rebaja mismo se fijaren también dos límites, el Tribunal hará dentro de estos el aumento o rebaja respectivo, según la mayor o menor gravedad del hecho”.

Así las cosas, al aplicar el anterior criterio a la norma contenida en el artículo 95 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, tenemos que la pena a ser aplicada, sería de mil diez (1.010) días de salario, monto mucho mayor al establecido por el Instituto recurrido -trescientos (300) días de salario- por lo cual resulta infundada la denuncia formulada por la sociedad mercantil Banco Exterior, toda vez que la multa que le fue impuesta es incluso inferior al monto medio que arrojaría aplicar la fórmula establecida en el Código Penal al caso de marras. En consecuencia, carece de fundamento el alegato de irracionalidad del acto recurrido expuesto por la recurrente.

B. *Administración Descentralizada*a. *Fundaciones del Estado: Régimen jurídico*

TSJ-SC (1171)

14-6-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Minerva Haydee Calatrava Villarrollo vs. Fundación Salud del Estado Monagas (FUNDASALUD).

Los conflictos intersubjetivos surgidos entre las fundaciones del Estado y sus trabajadores deben ser conocidos y decididos por los órganos jurisdiccionales especializados en materia laboral y no por la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que las fundaciones no despliegan en tales relaciones actividad administrativa alguna cuya legalidad pueda ser objeto material de control por los jueces competentes en esta materia.

De un estudio adminiculado de los argumentos expuestos por la solicitante, así como de los recaudos probatorios cursantes al expediente, observa la Sala que el problema planteado se circunscribe a la determinación del régimen jurídico procesal aplicable a aquellas reclamaciones dirigidas contra las fundaciones del Estado, como categoría inserta dentro de los entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho Privado, es decir, si éstos mantienen relaciones de naturaleza laboral o de sujeción especial regidas por la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Una primera aproximación al problema, obliga a esta Sala a analizar su naturaleza jurídica y su inserción dentro de las figuras organizativas en el Derecho Administrativo, todo ello a la luz de la Ley Orgánica de la Administración Pública y, conforme a las particularidades de su objeto y los fines que persigue, establecer si las relaciones que mantienen con su personal -tanto material como procesalmente- se rigen por las normas de Derecho del Trabajo o de Derecho Administrativo Funcionarial.

El artículo 300 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tanto basamento constitucional de los entes descentralizados funcionalmente con fines sociales o empresariales, como categoría jurídica general, a texto expreso señala:

“La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan”.

Conforme a la norma constitucional, es el legislador quien fijará las condiciones de creación de entes descentralizados funcionalmente, ello con la finalidad de establecer mecanismos eficaces que aseguren la productividad de los recursos públicos invertidos por el Estado. Tales condiciones están insertas a nivel legislativo en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Sobre la base del esquema organizativo diseñado en dicha ley, la Administración Pública Nacional está integrada por: a) Los órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central, como lo son el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, los Ministros y los Viceministros; b) Los órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, a saber, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y los gabinetes ministeriales (*ex* artículo 45), y c) La Administración Descentralizada, la cual a su vez se subdivide en dos categorías, la Administración Descentralizada Territorialmente, conformada por los entes político-territoriales (Estados y Municipios); y la Administración

Descentralizada Funcionalmente, conformada por los Institutos Autónomos; personas jurídicas de Derecho Público con forma societaria (empresas del Estado), asociaciones civiles y fundaciones pertenecientes al Estado.

El respaldo legislativo concreto de estas últimas entidades se encuentra en la misma Ley Orgánica de la Administración Pública, dentro del Título IV, intitulado “*De la Desconcentración De la Descentralización Funcional (sic)*”; Capítulo II, “*De la Descentralización Funcional*”; Sección III denominada “*De las Fundaciones del Estado*”. Dicho instrumento jurídico reúne en los artículos 108 al 112 aquellas disposiciones aplicables a las denominadas “*Fundaciones del Estado*”, en tanto denominación dada por el legislador a las fundaciones de carácter público.

Como noción general, las fundaciones son personas jurídicas constituidas mediante la afectación de un patrimonio al cumplimiento de una finalidad de interés público, es decir, constituyen un conjunto de bienes destinados en forma permanente a un fin lícito que puede ser artístico, científico, literario, benéfico o social (*ex* artículo 20 del Código Civil). Las fundaciones se constituyen mediante un negocio jurídico de Derecho Privado de carácter unilateral, que es el acto de constitución, el cual puede ser adoptado tanto por personas naturales como por personas jurídicas, de Derecho Privado o de Derecho Público, estatales o no estatales (*Cfr.* Sentencia de la Sala Plena de este Alto Tribunal N° 25 del 1 de marzo de 2007, caso *Dina Rosillo*).

Lo atinente al objeto de tales entes también fue recogido por el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que amplía la definición del Código Civil -destacando el sustrato real que subyace en su noción- y fija los elementos de Derecho Público que les caracteriza, al definir a las fundaciones del Estado como “*(...) los patrimonios afectados a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, social u otros, en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o algunos de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta Ley, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al cincuenta por ciento*”. Así, al menos por la índole de su objeto, una fundación -sea ésta privada o pública- siempre va a perseguir finalidades de interés general, tal es la conclusión que se extrae de las coincidencias existentes en el artículo 19 del Código Civil y 108 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Otras normas que insertan elementos de Derecho Público en la constitución de las fundaciones del Estado, como disposiciones que inciden en su creación conforme al mandato del constituyente de 1999, son las recogidas en los artículos 109, 110 y 111 de la mencionada Ley Orgánica, cuyos textos disponen:

“Creación de las fundaciones del Estado

Artículo 109. *La creación de las fundaciones del Estado será autorizada respectivamente por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, los gobernadores o gobernadoras, los alcaldes o alcaldesas, según corresponda, mediante decreto o resolución. Adquirirán la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o del medio de publicación oficial estatal o municipal correspondiente donde aparezca publicado el decreto o resolución que autorice su creación”.*

“Obligatoriedad de Publicación de los Documentos de las Fundaciones del Estado.

Artículo 110. *El acta constitutiva, los estatutos, y cualquier reforma de tales documentos de las fundaciones del Estado será (sic) publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en el respectivo medio de publicación oficial, estatal o municipal, con indicación de los datos correspondientes al registro”.*

“Obligatoriedad del Señalamiento del Valor de los Bienes que integran el Patrimonio de una Fundación del Estado

Artículo 111. *En el acta constitutiva de las fundaciones del Estado se indicará el valor de los bienes que integran su patrimonio, así como la forma en que serán dirigidas y administradas”.*

Ahora bien, respecto del régimen aplicable a las fundaciones estatales, resulta indubitable a que, a la luz de las prescripciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública, éstas se rigen por las normas de Derecho común, con excepción de aquellas especificidades que incorporó para su constitución el legislador. Tal aserto surge de lo plasmado en el artículo 112 de la Ley Orgánica mencionada, por el cual:

“Las Fundaciones del Estado se regirán por el Código Civil y las demás normas aplicables, salvo lo establecido en la ley”.

Como se aprecia de la redacción de la norma, no fue la intención del legislador establecer un régimen exclusivo de Derecho Público para las fundaciones públicas (o del Estado, en términos de la ley), sino fijar algunas particularidades para su creación de forma expresa en el texto de la Ley Orgánica de la Administración Pública y dejar otros aspectos a la regulación propia de este tipo de personas jurídicas contenidas en el Código Civil y en otras leyes.

La utilidad de este tipo de personificación jurídica radica en la prestación de servicios y la realización de actividades de necesaria atención por parte del Estado y cuya naturaleza no requiere del ejercicio de la potestad pública para su organización y funcionamiento, distinto a aquellas figuras que han quedado reservadas para aquellos servicios y actividades que el Estado, por mandato de la ley, debe asumir en régimen de Derecho Público con el propósito de asegurar su continuidad y regularidad (*i.e.* institutos autónomos). Lo anterior denota la intención del legislador de flexibilizar la estructura orgánica del aparato estatal con el propósito de acometer la diversidad de fines constitucionalmente asignados al Estado (*ex* artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Así, en el caso particular, se presenta lo relativo al régimen jurídico de su personal. Mientras que la jurisprudencia de esta Sala se había inclinado por afirmar que las relaciones que mantienen las fundaciones del Estado con su personal están regidas por la Ley del Estatuto de la Función de la Pública, por una interpretación extensiva del ámbito subjetivo de aplicación de la mencionada ley (*Vid.* Sentencia de esta Sala Constitucional N° 1.361, del 4 de julio de 2006, caso *Orangel Fuentes Salazar*), se impone, desde una perspectiva extraprocesal, el reexamen de tal posición para armonizar el régimen jurídico aplicable al personal que labora en tales entes conforme a su naturaleza jurídica y, desde una perspectiva intraprocesal, fijar cuales son las normas procesales aplicables a las controversias que se susciten en este campo, con el propósito de salvaguardar el derecho al juez natural que postula el artículo 49.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Respecto del derecho al juez predeterminado por la ley, mejor conocido en nuestro ámbito como derecho del juez natural, lo justifica Pérez Royo en el imperativo de que *“(…) la voluntad general tiene que ser previa a la resolución del conflicto, tanto en la definición de la norma sustantiva y de la norma procesal con base en la cual tiene que ser resuelto como en la previsión del órgano judicial y de las personas que lo van a componer, que van a intervenir en su solución”.* Para este autor, *“(…) se trata de una exigencia de la neutralidad de la voluntad general, que no admite que se pueda designar a posteriori un juez o tribunal ad hoc, así como tampoco que pueda el ciudadano elegir el juez que va a entender de su conducta”* (v. *“Curso de Derecho Constitucional”*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 500). (*Vid.* Sentencias de esta Sala N° 2.995 del 11 de octubre de 2005, caso *Oscar Ronderos Rangel* y 5.074 del 15 de diciembre de 2005, caso *Aeropostal Alas de Venezuela, C. A.*).

En relación con la consagración de dicho derecho, esta Sala ha determinado al respecto, que el derecho al juez predeterminado por la ley, supone, “(...) *en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica; en segundo lugar, que ésta lo haya investido de autoridad con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial; en tercer lugar, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional para el caso; y, en cuarto lugar, que la composición del órgano jurisdiccional sea determinado en la Ley, siguiéndose en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros, vale decir, que el Tribunal esté correctamente constituido. En síntesis, la garantía del juez natural puede expresarse diciendo que es la garantía de que la causa sea resuelta por el juez competente o por quien funcionalmente haga sus veces*” (Vid. Sentencia N° 520 del 7 de junio de 2000, caso *Mercantil Internacional, C.A.*).

Así pues, la garantía del juez natural implica que sea el juez predeterminado por la ley el llamado a decidir sobre el mérito de la causa, pues constituye una máxima del Derecho Procesal que la competencia es un presupuesto de la sentencia y no del proceso, y para ello deben atenderse a los criterios tradicionales de materia, territorio y cuantía que fijan las leyes procesales para su correcta determinación.

Con el propósito de fijar en el presente caso cual es el órgano jurisdiccional competente, y con ello determinar si el pronunciamiento que puso fin al juicio es válido o no, debe considerarse que las fundaciones públicas son entes insertos en la estructura administrativa del Estado, con un régimen preponderante de Derecho Privado y algunas particularidades de Derecho Público, lo cual impide darle un tratamiento legal uniforme para la diversidad de relaciones jurídicas que desarrolla. De allí que se hace necesario acudir al análisis de la relación jurídica en concreto que se quiera regular para establecer el conjunto normativo aplicable, esto es, si se rige por normas estatutarias o normas de Derecho común. En esta línea argumentativa, el profesor Antonio Moles Caubet revisa en su obra *“La personalidad jurídica del Estado”* la insuficiencia de los criterios doctrinales foráneos que pretenden desarrollar un criterio unívoco para fijar el carácter público o privado de una persona jurídica inserta en el esquema organizativo del Estado. La utilidad de tal distinción radica, al menos para lo que interesa a esta Sala, en la determinación del régimen jurídico más apropiado para cada una de las relaciones jurídicas que desarrolla. En ese sentido, pone de relieve como elemento distintivo para su identificación el *“status”* que ocupa la persona jurídica en una relación determinada. Así, afirma que:

“No se pretenderá establecer a priori, como ha venido haciéndose hasta ahora, el carácter público o Privado de la persona jurídica, cuando lo que procede, ante todo, es precisar el ‘status’ que le corresponde en una relación jurídica dada. No se trata tanto de que la persona jurídica tenga uniformemente una calidad pública o privada sino de esclarecer la especialidad del ‘status’ que le corresponde en cada uno de sus actos. Es la naturaleza jurídica de estos actos -identificada por definición o por los efectos producidos- que determina el ‘status’ público o Privado, independientemente que la configuración de la persona misma, sea un ‘establecimiento público’, un ‘establecimiento de utilidad pública’, una ‘empresa pública’ o una sociedad mercantil concesionaria de un servicio público. De otra parte, lo mismo sucede en los demás dominios. Por ejemplo, a una persona cualquiera le corresponde o no le corresponde un ‘status’ laboral según sea la naturaleza del acto en virtud de la relación jurídica, aplicándose entonces el Derecho del Trabajo o el Derecho común” (Vid. MOLES CAUBET, Antonio, *“La Personalidad Jurídica del Estado”* en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 8, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1956, pp. 21 a 55).

Como se aprecia, la anterior postura se apoya en el análisis concreto de la situación subjetiva en cada relación jurídica a los fines de determinar el régimen aplicable. Así, pese a la naturaleza del sujeto, la regulación aplicable será aquella que se adapte a la índole del negocio o relación jurídica que sostenga.

En tal sentido, considera esta Sala Constitucional que las relaciones de subordinación que se desarrollan en el seno de las fundaciones estatales no se rigen por los parámetros de la Ley del Estatuto de la Función Pública, a menos que en su acto de creación exista una disposición expresa que así lo disponga, pues en principio éstas no dictan actos administrativos dirigidos a conducir, gestionar, remover o retirar al personal a su servicio, ello por su propia condición de personas jurídicas de Derecho Privado. El desarrollo de su actividad es eminentemente de carácter privado y ello dota a dicho ente de la capacidad de negociar las condiciones para la prestación de algún servicio o labor -sea ésta intelectual o manual-, al amparo de las normas laborales, civiles o mercantiles vigentes, y no insertarlo, salvo disposición expresa en contrario, en el régimen preexistente en la mencionada ley.

En efecto, conforme al artículo 1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el ámbito objetivo de regulación de ese conjunto normativo se centra, según su texto, en lo siguiente:

“Artículo 1. La presente Ley regirá las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales, lo que comprende:

1. El sistema de dirección y de gestión de la función pública y la articulación de las carreras públicas.

2. El sistema de administración de personal, el cual incluye la planificación de recursos humanos, procesos de reclutamiento, selección, ingreso, inducción, capacitación y desarrollo, planificación de las carreras, evaluación de méritos, ascensos, traslados, transferencia, valoración y clasificación de cargos, escalas de sueldos, permisos y licencias, régimen disciplinario y normas para el retiro.

....Omissis... ”.

Del artículo parcialmente transcrito, aprecia esta Sala que dicha ley recoge un conjunto de normas que fungen como marco preconstituido para regular aspectos generales de la función pública, tales como el ingreso, permanencia, situaciones administrativas ó formas de finalización de la carrera funcionarial, entre otras. De allí, su gran diferencia con el régimen laboral: la inexistencia de margen alguno de negociación, al menos individual, para el funcionario que ingresa a la Administración Pública, distinto de la nota contractual que rigen las relaciones laborales. Ello en razón de la especial naturaleza de las personificaciones jurídicas de que se vale la Administración Pública para la consecución de sus fines, que en todo caso -con excepción de algunas formas jurídicas de Derecho Privado, ya mencionadas- son sujetos creados y regulados por normas de Derecho Público.

La Sala insiste en afirmar que mal puede calificarse a los trabajadores que ejecutan una labor remunerada bajo dependencia en una fundación estatal como funcionarios públicos o que éstos en forma alguna presten una función pública, pues ello supondría dotarlos de un *status* no previsto por los actos de creación o actos fundacionales de la persona jurídica y, en consecuencia, reconocerles un conjunto de derechos, obligaciones y situaciones de servicio, contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, que son incompatibles con la naturaleza jurídica de la persona que funge como patrono.

En apoyo del anterior planteamiento, la Sala Plena de este Alto Tribunal ha reexaminado el régimen jurídico aplicable al personal que labora para las fundaciones del Estado y, en ese sentido, ha dejado clara la naturaleza laboral de esa relación jurídica, remitiendo entonces su regulación tanto en sus aspectos materiales como procesales a las normas de la Ley Orgánica del Trabajo y a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En efecto, en sentencia de la Sala Plena de este Alto Tribunal N° 182 del 3 de julio de 2007, caso *Hiromi Nakada Herrera*, se analizó la naturaleza de esa categoría de entes descentralizados funcionalmente con forma de Derecho Privado y se arribó a la conclusión de que

son los órganos jurisdiccionales con competencia en materia laboral quienes ejercen el control jurídico de aquellas controversias surgidas en el marco de una relación de subordinación entre las fundaciones del Estado y su personal. El análisis judicial se concentró en los siguientes aspectos:

“Ahora bien, en cuanto al régimen jurídico aplicable a las fundaciones o asociaciones civiles en sus relaciones laborales, la doctrina ha señalado que: ‘las fundaciones son creadas de acuerdo con el sistema establecido en el Código Civil, por lo cual, son entes Privados, aun cuando su constitución derive de la voluntad de una persona pública que puede ser el Estado, u otra de cualquier naturaleza tanto territorial como institucional.’ (RONDÓN, Hildgard, ‘Teoría de la Actividad Administrativa’. Editorial Jurídica Venezolana, 2da. Edición, Caracas 1986, p. 213).

Por su parte, Jesús Caballero Ortiz en su libro ‘Institutos Autónomos’ pág. 44 señala:

‘(...) en las personas jurídicas de derecho público el acto del poder público debe ser constitutivo del ente, tal como ocurre con los institutos autónomos, las universidades y la sociedad creada por Ley. En cambio, las personas jurídicas de derecho Privado no pierden su condición de tales porque exista una voluntad expresa del Estado que decida crear un determinado organismo, pero que no adquirirá existencia propia sino a partir del cumplimiento de las mismas formalidades legales exigidas a los particulares. Nos referimos concretamente a las fundaciones creadas por el Estado, en las que habitualmente un decreto ordena que se proceda a constituir la fundación y en el que se determina su objeto y la integración de su patrimonio. Sin embargo, la fundación no adquirirá existencia propia sino a partir de la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil.

Tampoco constituye elemento que distorsione la caracterización de las personas jurídicas de derecho Privado el que su creación esté condicionada a la autorización de la Comisión de Finanzas de la Cámara de Diputados, como ocurre con la constitución de sociedades o la adquisición de acciones de sociedades ya creadas, pues se trata de simples actos autorizatorios no constitutivos del ente.

Las principales figuras jurídicas de derecho Privado a las cuales recurre el Estado son las sociedades anónimas, las asociaciones civiles y las fundaciones. Con respecto a las primeras existe una amplia regulación en el Código de Comercio. Las dos últimas se encuentran previstas en el Código Civil, donde existen pocas normas que las rijan. No obstante, día a día han sido mayores las regulaciones dictadas para esta categoría de personas de derecho Privado, regulaciones estas contenidas en leyes orgánicas, leyes ordinarias, reglamentos e instructivos. Sin embargo, no por ello pierden su naturaleza jurídica de personas de derecho Privado, pues el régimen jurídico aplicable no constituye un factor que influya sobre su naturaleza. Por el contrario, es la consecuencia de su previa calificación’.

Dicho autor distingue entre personas públicas y personas privadas, incluyendo dentro de las personas de derecho Privado a las Fundaciones, Asociaciones Civiles y Sociedades Anónimas.

Volviendo al contenido del artículo 114 de la Ley Orgánica de Administración Pública en su aparte in fine, indica: ‘A las asociaciones y sociedades civiles del Estado les será aplicable lo establecido en los artículos 110, 111 y 112 de esta ley’.

El artículo 112 señala: ‘Las fundaciones del Estado se regirán por el Código Civil y las demás normas aplicables, salvo lo establecido en la ley’.

Bajo el entendido de que la Ley Orgánica del Trabajo es la norma general y que de manera excepcional a los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales o municipales, se les aplicará las normas sobre carrera administrativa, aplicándose a éstos, la LOT supletoriamente (artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo).

Podríamos afirmar que la regla general es que las relaciones laborales entre los entes descentralizados nacionales y sus trabajadores, se rige por las mismas normas y principios que rigen estas relaciones en cualquier ente creado por particulares, es decir, que el régimen jurídico aplicable a las fundaciones y sociedades civiles del Estado es la jurisdicción laboral ordinaria, salvo que en el Acta Constitutiva y/o en sus Estatutos Sociales otorguen expresamente el carácter de funcionarios públicos a sus empleados, toda vez que:

'(...) cabe la posibilidad de que en el acto de creación de dichos organismos se disponga un régimen distinto por la voluntad de la autoridad competente para ello; en este caso, será necesario establecer expresamente el carácter de funcionarios públicos de los empleados del ente, así como las condiciones especiales (Estatuto Especial de Función Pública) o generales (Ley del Estatuto de la Función Pública) que regirán la relación de servicio'. (Caso Fontur Sentencia de fecha 26 de julio de 2005, Sala Político Administrativa de este Máximo Tribunal (...)).

Considerando lo anterior, esta Sala concluye que 'Fundemos sociedad civil' es una institución sin fines de lucro, que se rige por la legislación civil, toda vez que aunque se trate de una asociación civil del Estado, en principio, las relaciones laborales entre ésta y su personal se rigen por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo, salvo que sus estatutos indiquen lo contrario".

A partir del precedente citado, cuyos fundamentos jurídicos considera esta Sala como válidos con el propósito de uniformar el tratamiento procesal del asunto, se concluye que los conflictos intersubjetivos surgidos entre las fundaciones del Estado y sus trabajadores deben ser conocidos y decididos por los órganos jurisdiccionales especializados en materia laboral y no por la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que las fundaciones no despliegan en tales relaciones actividad administrativa alguna cuya legalidad pueda ser objeto material de control por los jueces competentes en esta materia. Por otra parte, también desde el ámbito procesal, la incidencia de los intereses patrimoniales en juego como criterio que justifique la aplicación de normas estatutarias funcionariales tampoco tiene asidero jurídico sustentable, pues las fundaciones tienen un patrimonio propio que no está directamente vinculado al patrimonio del sujeto público o sujetos públicos que fungen como fundadores. En el caso de las fundaciones de origen estatal no puede afirmarse que se trata de una simple afectación o separación del presupuesto público porque, estructuralmente, las fundaciones tienen un patrimonio propio que administran para sus fines, que se puede incrementar con liberalidades de diverso origen. Empero, la jurisprudencia de esta Sala ha sido conteste en afirmar que los intereses de la República u otras entidades político-territoriales en las fundaciones, cuando éstas forman parte de un litigio son de carácter indirecto, razón que justifica procesalmente la intervención del representante judicial de la República, del estado o del municipio, según sea el caso (Al respecto, véase sentencia de esta Sala N° 1.240 del 24 de octubre de 2000, caso *Nohelia Coromoto Sánchez Brett*).

Fijadas las anteriores premisas, en el caso bajo examen la Sala observa que el tratamiento procesal dado a la mencionada causa debió ajustarse a las reglas contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, tanto en los aspectos sustantivos aplicables a la relación jurídica previa como en el trámite procesal para la resolución de la controversia, pues al tratarse de una demanda dirigida contra un ente integrado a la Administración Descentralizada Funcionalmente, rige para sus trabajadores las normas laborales contenidas en dichos textos legislativos.

Así, la fundación pública bajo examen, Fundación Salud del Estado Monagas (FUNDASALUD), constituye, conforme al artículo 1° de su acta constitutiva un "(...) ente sin fines de lucro con personalidad jurídica de derecho Privado y patrimonio propio y por lo tanto con capacidad para realizar actos de administración y disposición, así como todo acto necesario o útil para el cumplimiento de sus objetivos, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil vigente". Asimismo, no aprecia igualmente la Sala alguna cláusula estatutaria expresa que califique a sus empleados como funcionarios públicos.

De allí que, en atención al eminente carácter de orden público que revisten las normas sobre competencia procesal, la Sala considera que mal podían los tribunales competentes en materia contencioso administrativa tramitar y decidir la pretensión sometida a su conocimiento, pues la querellante no ostenta la condición de funcionaria pública, siendo competentes por la materia los tribunales laborales para conocer del conflicto suscitado con ocasión de la terminación de la relación de trabajo mantenida entre la ciudadana Minerva Haydee Calatrava Villarrollo y la Fundación Salud del Estado Monagas (FUNDASALUD).

En virtud de lo expuesto, esta Sala a fin de garantizar la uniformidad en la interpretación de normas y principios constitucionales, así como el derecho al juez natural, y en ejercicio de las potestades que tiene atribuidas en materia de revisión, declara ha lugar la revisión ejercida, anula el procedimiento contencioso administrativo funcional tramitado tanto por el Juzgado Superior Quinto Agrario y Civil (Bienes) de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas como por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, así como las decisiones dictadas y ordena la remisión del expediente al Juzgado de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Nuevo Régimen Procesal del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas que resulte competente según el sistema de distribución implantado en esa Coordinación del Trabajo. Así se decide.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 21, aparte 18, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y en virtud del carácter vinculante del criterio competencial fijado, se ordena la publicación de esta sentencia en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos efectos procesales se verificarán *ex nunc* o hacia el futuro a partir de la fecha de la publicación ordenada. Así se decide.

- b. *Corporaciones de Derecho Público no Estatales: Corporativos. Colegios Profesionales*

CSCA

16-9-2008

Juez ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Federación Farmacéutica Venezolana vs. Colegio de Farmacéuticos del Distrito Metropolitano de Caracas y Estados Miranda y Vargas.

Los Colegios Farmacéuticos son corporaciones profesionales, con personalidad jurídica y patrimonio propio, constituidas con el fin de procurar que todos los profesionales del ramo se guarden entre sí respeto y consideración; que observen una conducta irreprochable en el ejercicio profesional en el cumplimiento de sus obligaciones gremiales y trabajen para el perfeccionamiento de las ciencias farmacéuticas y el de las otras que con ella se relacionan. (Art. 1, Ley de Colegiación Farmacéutica)

El artículo 5 de la Ley de Colegiación Farmacéutica, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 2.146 Extraordinaria, de fecha 28 de enero 1978, dispone que:

“Los Colegios de Farmacéuticos son corporaciones profesionales con personalidad jurídica y patrimonio propio, constituido a los fines previstos en el artículo 1° de la presente Ley”. [Negrillas y subrayado de esta Corte].

Conforme a la norma citada *ut supra*, se concluye que los Colegios Farmacéuticos son corporaciones profesionales, con personalidad jurídica y patrimonio propio, constituidas con el fin de procurar que todos los profesionales del ramo se guarden entre sí respeto y consideración; que observen una conducta irreprochable en el ejercicio profesional en el cumplimiento de sus obligaciones gremiales y trabajen para el perfeccionamiento de las ciencias farmacéuticas y el de las otras que con ella se relacionan.

Estos Colegios Profesionales tienen patrimonio propio, por cuanto los recursos necesarios para cumplir con sus fines provienen tanto de las contribuciones y aportes efectuados por sus miembros.

Por otra parte, observa esta Corte que la parte accionante de la presente acción de amparo constitucional se encuentra constituida por la Federación Farmacéutica Venezolana, la cual de conformidad con el artículo 18 de la Ley de Colegiación Farmacéutica “[...] es una corporación de carácter profesional y gremial, sin fines de lucro, con personalidad jurídica y patrimonio propio, constituida por los colegios de farmacéuticos de Venezuela, para la defensa de la moral y dignidad profesional, de los intereses económicos y gremiales de la profesión farmacéutica y de los de la Nación, en cuanto atañe al ejercicio profesional y para promover ante la sociedad el reconocimiento de las altas misiones inherentes a la profesión farmacéutica”. [Negrillas y subrayado de esta Corte].

Como se observa, la Federación Farmacéutica Venezolana está constituida por todos los Colegios de Farmacéuticos del país.

En tal sentido, merece hacer especial referencia a la decisión dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 16 de diciembre de 1987, caso *Criollitos de Venezuela*, en la cual se expresó lo siguiente:

“(...) existe la circunstancia que en la sociedad surgen grupos que dirigen sus propios asuntos, y que por eso se autodetermina, lo cual les permiten ejercer poderes o potestades sobre los sujetos que están unidos a ellos por un vínculo específico que puede ser disciplinario, científico, económico, deontológico, profesional, deportivo u organizativo. En base a estos vínculos, de donde se derivan aquellos poderes o potestades, se establece una supremacía de naturaleza unilateral que según el autor italiano Zanobini, es una autarquía, que consiste en la ‘capacidad propia de administrar sus intereses desarrollando una actividad administrativa de Estado’. Es así, entonces, como aparecen en la sociedad entes privados o integrados por particulares, a quienes se les encarga la organización de algunos servicios públicos, como el profesional, el científico, el cultural o el deportivo (...)”.

Así las cosas, esta Corte observa que las partes intervinientes en la presente litis, son dos entes jurídicos distintos, ambos creados por la Ley de Colegiación Farmacéutica, con el objeto de velar por el ejercicio de su profesión, con capacidad propia de administrar sus intereses y velar por el cumplimiento de sus obligaciones gremiales, a los fines de perfeccionar las ciencias farmacéuticas y el de las otras que con ella se relación.

C. *Poder Judicial: Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial. Constitución*

TSJ-SPA (0982)

13-8-2008

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Ever Contreras vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Es deber del miembro de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial sobre el cual recaiga una causal de inhibición, de abstenerse de intervenir en las deliberaciones y decisiones de aquellos asuntos, y presentar por escrito ante la prenombrada Comisión las razones de su inhibición.

Corresponde a este Alto Tribunal pronunciarse sobre el recurso de nulidad ejercido por el ciudadano EVER CONTRERAS contra el acto administrativo S/N de fecha 18 de noviembre de 2004, dictado por la COMISIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL, a través del cual se le destituyó del cargo de “...*Juez del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por encontrarlo responsable (...) de las*

faltas disciplinarias previstas (...) en los numerales 2 y 11 del artículo 40 de la Ley de Carrera Judicial ...". A tal efecto, esta Sala pasa a decidir conforme a las siguientes consideraciones:

1- El recurrente adujo que el acto administrativo impugnado es nulo por cuanto uno de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, en una errada interpretación del artículo 10 del Reglamento de la referida Comisión, se abstuvo indebidamente de intervenir en las deliberaciones y de suscribir el acto impugnado, sin especificar la razón para ello y sin sustentar con su firma tal abstención. Asimismo indicó que la decisión fue tomada sin existir el *quórum* necesario para que el órgano disciplinario se considere válido y legalmente constituido, porque el acto sólo fue suscrito por dos (2) de los tres (3) miembros del mencionado órgano administrativo.

Al respecto resulta oportuno indicar que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial *es un órgano colegiado* creado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público (publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.857 del 27 de diciembre de 1999, reimpresso en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.920 del 28 de marzo de 2000), conformado originariamente por siete (7) miembros principales y tres (3) suplentes (según designación de la referida Asamblea publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.878 de fecha 26 de enero de 2000), al cual inicialmente le correspondió asumir las competencias de gobierno, administración, inspección y vigilancia de los tribunales, defensorías públicas, y demás funciones asignadas al extinto Consejo de la Judicatura, así como la atribución disciplinaria judicial -hasta tanto este Alto Tribunal organizara la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y la Asamblea Nacional aprobara la legislación que determine los procesos y tribunales disciplinarios-, de conformidad con lo establecido en los artículos 22, 24 y 28 del mencionado Decreto.

En la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial dictada por la Sala Plena de este Alto Tribunal en fecha 2 de agosto de 2000 (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.014 del 15 de agosto de 2000, artículos 1° y 30), se creó la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, órgano que asumió las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, permaneciendo la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial en ejercicio de la competencia disciplinaria judicial, *siendo constituida por tres (3) miembros principales y tres (3) suplentes*, conforme a sesión de la Sala Plena de este Máximo Tribunal de fecha 9 de agosto de 2000 (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.019 del 22 de agosto de 2000).

En fecha 29 de septiembre de 2000 la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial dictó el Reglamento, aplicable *ratione temporis*, en el cual reguló su organización y funcionamiento interno (publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.080 del 17 de noviembre de 2000, derogado por el Reglamento publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.317 del 18 de noviembre de 2005), cuyos artículos 7, 10, 15 y 16 disponen lo siguiente:

“Artículo 7. El quórum necesario para deliberar y decidir la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial será de dos (2) miembros, uno de los cuales deberá ser su Presidente.

La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial deliberará en sesión privada y para la validez de sus decisiones se requiere el voto favorable de por lo menos dos (2) de sus miembros.

Los miembros suplentes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial tendrán derecho de asistir a las reuniones celebradas por la Comisión, con derecho a voz”.

“Artículo 10. Los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, deberán abstenerse de participar en las deliberaciones y en la decisión de aquellos asuntos en los cuales tengan interés directo o indirecto, o bien exista éste por parte de su cónyuge, o de sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

“Artículo 15. Los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y el Inspector General de Tribunales no estarán sujetos a recusación, pero deberán inhibirse en los casos previstos en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, mediante escrito o diligencia que propondrán ante la Comisión expresando las razones de su inhibición.

De la inhibición de estos funcionarios conocerá la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial sin la presencia del inhibido y contra la decisión que la resuelva no se oír ni admitirá recurso alguno”.

“Artículo 16. Son causales de inhibición de los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y del Inspector General de Tribunales, las siguientes:

- 1. Cuando personalmente, su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en el procedimiento.*
- 2. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento.*
- 3. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar ya la resolución del asunto.*
- 4. Cuando tuvieren relación de servicio o de subordinación con cualquiera de aquellos directamente interesados en el asunto”.*

El artículo 7 antes transcrito prevé que se considerarán válidas las deliberaciones y decisiones de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial con la concurrencia de por lo menos dos (2) de sus miembros -entre los cuales debe encontrarse su Presidente-. Este supuesto se aplica cuando algún miembro no puede participar por un motivo debidamente justificado, diferente del previsto como causal de inhibición en los artículos 10 y 16 de ese reglamento, pues en este último caso no se considerará conformada la voluntad de la Administración al no estar constituido adecuadamente dicho órgano disciplinario colegiado.

En tal sentido, las normas transcritas no dejan dudas en cuanto al deber del miembro de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, sobre el cual recaiga una causal de inhibición, de abstenerse de intervenir en las deliberaciones y decisiones de aquellos asuntos, y presentar por escrito ante la prenombrada Comisión las razones de su inhibición, conforme lo prevé el citado artículo 15, a los fines de que sea convocado -en caso de ser procedente la inhibición- el respectivo suplente que constituirá el órgano disciplinario accidental.

En el caso de autos se observa que si bien el acto administrativo impugnado fue suscrito por dos (2) comisionados, lo cual constituye la cantidad mínima de miembros requeridos de acuerdo con el artículo 7 *eiusdem* para que exista *quórum* en la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, no obstante consta en dicho acto que un miembro se abstuvo de firmarlo por encontrarse impedido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judi-

cial, referido al deber de inhibirse que tienen estos funcionarios cuando personalmente, su cónyuge o familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tengan un interés directo o indirecto en la resolución del asunto. En efecto, en el acto recurrido se indicó que *“El Comisionado DR. BELTRAN HADDAD, se abstuvo en la presente decisión con base a lo establecido en el artículo 10 del Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial...”*.

Al respecto, como se advierte, si la abstención del comisionado de suscribir el acto impugnado se fundamentó en la referida norma, debió inhibirse con antelación o por lo menos en la oportunidad de la deliberación, con el objeto de que se difiriera el acto y, de ser procedente, se convocara al respectivo suplente para que quedara constituido el mencionado órgano disciplinario de acuerdo con los principios de transparencia e imparcialidad que rigen los procedimientos administrativos y judiciales, en garantía del debido proceso y el derecho a la igualdad, todo conforme a lo previsto en los artículos 1, 2, 21.2, 49 y 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En cuanto a la oportunidad para inhibirse resulta pertinente reproducir lo dispuesto por esta Sala en un caso análogo al planteado, en el que se declaró la nulidad del acto recurrido, la reposición de la causa al estado de que se constituyera adecuadamente el órgano disciplinario -convocando necesariamente para ello al respectivo suplente-, y se procediera a dictar el acto administrativo correspondiente. Tal decisión es del siguiente tenor:

“(...) la norma antes transcrita [artículo 10 del Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial] le impone a los miembros de la referida Comisión que se abstengan de participar en las deliberaciones y en la decisión de determinados asuntos, cuando tengan un interés directo e indirecto, o bien exista éste por parte de su cónyuge, o de sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

(...omissis...)

(...) a criterio de esta Sala, el miembro o los miembros de la prenombrada Comisión que, en atención a lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, deban abstenerse de participar en las deliberaciones y en la decisión de ciertos asuntos, deben manifestarlo con antelación al acto de deliberación, o en caso de expresar su abstención en la misma oportunidad de deliberar, debe diferirse dicho acto a los fines de que se convoque el respectivo Suplente y de garantizar el principio de transparencia e imparcialidad que impera en todo procedimiento administrativo.

Así las cosas, visto que en el presente caso la Comisionada (...), manifestó su voluntad de abstenerse en el propio acto administrativo impugnado, suscribiendo dicho acto, estima esta Sala que en la decisión recurrida no se garantizó el principio de transparencia e imparcialidad, toda vez que la voluntad de la Administración no se había conformado de manera adecuada, viciando de nulidad absoluta el acto impugnado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos...” (negritas del presente fallo) (Sentencia N° 1.520 del 8 de octubre de 2003).

Asimismo, resulta oportuno citar lo dispuesto recientemente por esta Sala al declarar parcialmente con lugar el recurso de nulidad interpuesto por el mismo recurrente de autos contra el acto administrativo de fecha 20 de mayo de 2004, mediante el cual la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial resolvió destituirlo del cargo de juez, oportunidad en la que se ordenó la reposición de la causa al estado de que se constituyera la prenombrada Comisión y se procediera a dictar el acto administrativo correspondiente, pues no se había conformado válidamente el órgano disciplinario, dado que el comisionado ponente se abstuvo de suscribir la decisión y no constaba la designación del nuevo ponente que aparecía suscribiéndola. Al respecto, esta Sala estableció lo siguiente:

“Denuncia el recurrente la violación de los principios de transparencia e imparcialidad, debido a que la ponencia del acto administrativo recurrido fue asignada inicialmente al Dr. Beltrán Haddad y posteriormente sin que en el expediente administrativo se dejara constancia, la misma se reasignó a la Dra. Laurence Quijada, quien con tal carácter suscribió la providencia recurrida.

Asimismo, alega que la decisión impugnada fue tomada sin el quórum de validez requerido, al no estar firmada por todos los integrantes del mencionado Cuerpo Colegiado y al dejarse constancia en la misma de que ‘...El comisionado Dr. BELTRAN HADDAD se abstiene en la presente decisión con base a lo establecido en el artículo 10 del Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial...’.

(...omissis...)

(...) en el presente caso, una vez designado ponente al Comisionado Beltrán Haddad, éste no sólo manifestó su voluntad de abstenerse de suscribir la decisión en la misma oportunidad de su emisión, sino que, el acto administrativo dictado aparece suscrito por la Comisionada Laurence Quijada, quien supuestamente fue designada ponente en la causa, sin que conste en autos dicha actuación.

Respecto a los hechos antes descritos, la Sala ha mantenido el criterio según el cual, dichas actuaciones configuran una irregularidad de forma que determinan la violación del principio de transparencia e imparcialidad que debe regir en todo proceso.

En ese sentido, mediante la referida sentencia N° 00779 publicada el 7 de julio de 2004, estableció:

‘(...Omissis...)

(...) visto que en el presente caso la Comisionada (...) había sido designada como ponente para conocer la causa y luego, sin que conste en el expediente administrativo que dicha ponencia haya sido reasignada, la decisión la suscribe como ponente otro Comisionado, la Sala considera que en la decisión recurrida, no se garantizó el principio de transparencia e imparcialidad, viciando de nulidad el acto impugnado.

Por las razones antes expuestas, se declara con lugar el recurso de nulidad interpuesto y, en consecuencia, se anula el acto administrativo de fecha 15 de abril de 2003, emanado de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, mediante el cual se sancionó a la abogada (...), con amonestación en su condición de Jueza Suplente del Juzgado (...).

Con vista a lo establecido por este órgano jurisdiccional en la sentencia parcialmente transcrita y dado que los hechos originados en la presente causa son similares a los analizados en aquella oportunidad, debe esta Sala declarar la nulidad del acto administrativo recurrido, por no haberse garantizado en el procedimiento administrativo correspondiente el principio de transparencia e imparcialidad, al haber sido suscrito el acto recurrido por otro Comisionado no designado ponente en la causa.

En consecuencia, se ordena a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, una vez recibidas las actuaciones administrativas correspondientes, reponer el procedimiento administrativo al estado de que se constituya adecuadamente el órgano y se proceda a dictar el acto administrativo respectivo, previa notificación de las partes” (negritas del presente fallo) (Sentencia N° 1.729 del 31 de octubre de 2007).

Conforme a lo antes transcrito, al evidenciarse que uno de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (comisionado Beltrán Haddad) se abstuvo de intervenir en la resolución del procedimiento administrativo de autos, por encontrarse incurso en una de las causales de inhabilitación, sin que conste que hubiera sido convocado el respectivo suplente para que constituyera el órgano disciplinario accidental, se deduce que el acto administrativo impugnado fue dictado sin haberse conformado válidamente la voluntad de la Administración como órgano colegiado, por no estar constituida la prenombrada comisión. Por tanto, el acto recurrido resulta violatorio de los principios de transparencia e

imparcialidad que rigen los procedimientos administrativos y judiciales, en garantía del debido proceso, previstos en los artículos 49 y 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, razón por la que esta Sala debe declarar su nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, resultando por lo tanto inoficioso pronunciarse sobre los restantes argumentos del recurrente. Así se declara.

En consecuencia, se ordena a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, que luego de recibidas las actuaciones administrativas, reponga el procedimiento administrativo al estado que se constituya el órgano disciplinario y se proceda a dictar el acto administrativo correspondiente, previa notificación del interesado.

Finalmente, la Sala observa que el recurrente es sujeto pasivo de sanciones disciplinarias, recurridas por él ante esta Sala, a saber: el primer recurso, ya sentenciado, declarado parcialmente con lugar porque sólo se ordenó a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial dictar nuevo acto, pero se negó la restitución al cargo y el pago de sueldos. El segundo caso es el presente, en el que el recurrente únicamente está pidiendo nulidad. Por tales razones, la Sala debe declarar con lugar el presente recurso, por haberse constituido ilegalmente la Comisión, como ha quedado establecido, por lo tanto, el caso deberá ser nuevamente resuelto por dicha Comisión, razón por la que no será reincorporado al cargo de Juez. Así se determina.

D. Poder Ciudadano

a. Contraloría General de la República: Naturaleza jurídica

TSJ-SC (1265)

5-8-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Ziomara Del Socorro Lucena Guédez vs. Contralor General de la República (Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

La Contraloría General de la República es un órgano de rango constitucional que forma parte del Poder Ciudadano. Se presenta así como el órgano que tiene a su cargo “...el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a lo mismo...”; para lo cual goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y cuya actuación va dirigida a ejercer funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a control.

Corresponde a esta Sala pronunciarse respecto del recurso de nulidad incoado por la ciudadana Ziomara Del Socorro Lucena Guédez contra el acto administrativo de efectos particulares contenido en la Resolución N° 01-00-173 del 28 de junio de 2005, dictada por el Contralor General de la República, por medio de la cual declaró sin lugar el recurso de reconsideración ejercido por la hoy recurrente contra la Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005, emanada de ese mismo funcionario y mediante la cual le aplicó la sanción de destitución del cargo de Directora Nacional de Comunidades Educativas y la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el período de tres (3) años; y contra la decisión del 23 de noviembre de 2004, dictada por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, adscrita a la Dirección General de Procedimientos Especiales de la Contraloría General de la República, en la cual se determinó la responsabilidad administrativa de la referida ciudadana y la imposición de una multa por la cantidad de doscientos ochenta y cinco mil seiscientos bolívares (Bs. 285.600,00), por cuanto en su condición de Concejal del Municipio

Libertador, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1996 y el 15 de marzo de 1999, ratificó con su voto, siete órdenes de pago, mediante las cuales el Alcalde del Municipio Libertador del extinto Distrito Federal, ordenó la transferencia de aportes por parte del aludido Municipio al Instituto de Previsión Social del Concejal del Municipio Libertador (INPRECONCEJAL).

Precisado lo anterior, y visto que los actos administrativos impugnados tienen como base legal el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, esta Sala estima pertinente analizar en primer término la constitucionalidad de la disposición *in commento*, para lo cual considera indispensable esbozar algunas consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República, así como del instrumento legal a través del cual se erige el desarrollo de sus atribuciones. En tal sentido, observa:

La Contraloría General de la República es un órgano de rango constitucional que forma parte del Poder Ciudadano, Poder Público este que, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tiene como fundamento teleológico el Proyecto de Constitución presentado por el Libertador Simón Bolívar al Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, bajo la idea de crear un Poder Moral como “...*institución que tendría a su cargo la conciencia nacional, velando por la formación de ciudadanos a fin de que pudiera purificarse <lo que se haya corrompido en la República, que acuse la ingratitud, el egoísmo, la frialdad del amor a la patria, el ocio, la negligencia de los ciudadanos >...*”, teniendo entre sus misiones “...*velar por la educación de los ciudadanos, en cuyo proceso se debía sembrar el respeto y el amor a la Constitución y a las instituciones republicanas, sobre la base de que <si no hay un respeto sagrado por la patria, por las leyes, por las autoridades, la sociedad es una confusión, un abismo...>*”.

Precisamente, inspirado en las ideas del Libertador, y adaptándolas a nuestros tiempos, el Constituyente de 1999 crea el Poder Ciudadano, el cual se ejerce a través del Consejo Moral Republicano, integrado por el Fiscal General de la República, el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo (este último órgano instaurado *ex novo* en el nuevo Texto Constitucional), los cuales tendrán a su cargo “...*la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa...*”; además de velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, por el cumplimiento y aplicación del principio de legalidad en toda la actividad administrativa del Estado (artículo 274 del Texto Constitucional)

Por su parte, la Contraloría General de la República se presenta así como el órgano que tiene a su cargo “...*el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a lo mismo...*”; para lo cual goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y cuya actuación va dirigida a ejercer funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a control (artículo 287 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Las competencias que tiene atribuida la Contraloría General de la República, dejan en evidencia su importancia dentro de la estructura organizativa y funcional del Estado, cuyas tareas se refieren a áreas esenciales de la Hacienda Pública, tales como: ingreso público, gasto público, presupuesto público y crédito público; correspondiéndole al mismo tiempo, ser el ente rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, conformado por un entramado de órganos, estructuras y procesos que coordinadamente se orientan a lograr la unidad de dirección de los sistemas y procedimientos de control fiscal, los cuales tienen como objetivo procurar un mejor funcionamiento de la Administración Pública y el manejo ético y transparente de los recursos del Estado.

Ahora bien, a los fines de alcanzar el cumplimiento de las atribuciones que el Texto Constitucional le asigna a la Contraloría General de la República, el Constituyente dispuso desarrollar, a través de una ley, todo lo relativo “...a su organización y funcionamiento...”. Fue así como a través de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada el 17 de diciembre de 2001, en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.347, se materializó un amplio desarrollo de todas sus atribuciones dentro de la cual se encuentra la potestad sancionatoria que posee sobre los órganos respecto de los cuales ejerce sus competencias y que tiene su fundamento en el artículo 289, cardinal 3 de la Carta Magna, al establecer como una de sus facultades la imposición de “...reparos y aplicación de sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley...”.

La existencia de esta potestad sancionatoria a favor de la Contraloría General de la República y de los órganos que integran el sistema nacional de control fiscal (Contraloría de los Estados, de los Distritos Metropolitanos y de los Municipios, la Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional y las Unidades de Auditoría Interna descrita en la Ley), se encuentra administrada con la “...ética y la responsabilidad social...” como valores supremos del Estado venezolano previstos en el artículo 2 Texto Fundamental, y con los principios de “...honestidad, participación, celeridad, eficacia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública...”, que rigen el desempeño de la Administración y que se encuentran previstos en el artículo 141 *eiusdem*.

b. *Competencia*

La Contraloría General de la República y su competencia para la imposición de sanciones accesorias de suspensión del ejercicio de cargo, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

Véase: Página 608 de esta *Revista* (Funcionarios Públicos: Responsabilidad Administrativa)

E. *Poder Municipal*

a. *Alcaldes: Requisitos de postulación*

TSJ-SE (119)

7-8-2008

Magistrado Ponente: Luis Alfredo Sucre Cuba

Caso: Lisandro Cabello vs. Consejo Nacional Electoral.

Una persona que haya cumplido su mandato constitucional como Alcalde o Alcaldesa reelecto, no podría optar como candidato al mismo cargo en otro Municipio donde no ha residido, en razón de que ello podrían traducirse en un menoscabo del criterio objetivo de vinculación espacial entre electores y elegido, que tiende a establecer una mayor conexión con aspectos propios de la vida local y un conocimiento mayor acerca de la idoneidad de las políticas públicas que el candidato que aspire optar al cargo de Alcalde o Alcaldesa debe implementar en su programa de gobierno.

...Bajo este contexto, la Sala Electoral pasa a resolver la pretensión de amparo cautelar y, en tal sentido, observa que el artículo 10 de la Resolución impugnada, establece:

“Artículo 10. Podrán postularse como candidatas o candidatos a Alcaldesa o Alcalde de un Municipio que conforma un Área Metropolitana, las Alcaldesas o Alcalde que hubiesen sido reelegidos en otro de los Municipios que conforman dicha Área Metropolitana. En estos casos, la Alcaldesa o Alcalde deberá separarse del ejercicio del cargo antes de su postulación”.

Ahora bien, el artículo 174 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala:

“...Para ser Alcalde o Alcaldesa se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años y de estado seglar. El Alcalde o Alcaldesa será elegido o elegida por un período de cuatro años por mayorías de las personas que votan, y podrá ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”.

Mientras que el artículo 177 *eiusdem*, establece:

“La ley nacional podrá establecer principios, condiciones y requisitos de residencia, prohibiciones, causales de inhabilitación e incompatibilidades para la postulación y ejercicio de las funciones de Alcaldes o Alcaldesas y concejales o concejales”.

A propósito de lo anterior, el artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal exige como uno de los requisitos para ser Alcalde o Alcaldesa residir en el municipio de que se trate, durante al menos los tres (3) últimos años previos a su elección y, en caso de que el candidato sea venezolano por naturalización, cumplir con el requisito de residencia ininterrumpida en Venezuela durante al menos los quince (15) años previos al ejercicio.

Ello así, cabe preguntarse si es posible que una persona que haya sido Alcalde o Alcaldesa de un municipio que conforma un Área Metropolitana, pueda optar al mismo cargo en otro municipio que conforma dicha Área Metropolitana, aún cuando no haya residido en él y venga de cumplir el período constitucional como consecuencia de su reelección.

La respuesta, por supuesto, corresponde al análisis de fondo que debe hacer esta Sala Electoral en la sentencia definitiva, sin embargo, y sin que ello signifique prejuzgar sobre el mérito del asunto, este órgano judicial estima *prima facie* que una persona que venga de cumplir su mandato constitucional como Alcalde o Alcaldesa reelecto, no podría optar como candidato al mismo cargo en otro municipio donde no ha residido, en razón de que ello podrían traducirse en un menoscabo del criterio objetivo de vinculación espacial entre electores y elegido, que tiende a establecer una mayor conexión con aspectos propios de la vida local y un conocimiento mayor acerca de la idoneidad de las políticas públicas que el candidato que aspire optar al cargo de Alcalde o Alcaldesa debe implementar en su programa de gobierno.

Por esta razón, la Sala Electoral considera satisfecho el *fumus bonis iuris* constitucional, en tanto que el artículo 10 de la Resolución impugnada constituye en apariencia una amenaza de violación al orden constitucional, al establecer la posibilidad de postulación como candidatos al cargo de Alcalde o Alcaldesa de un municipio donde no han residido, a personas que ya han ocupado ese mismo cargo en otros municipios que conformen el Área Metropolitana, luego de haber cumplido su mandato constitucional en el anterior. Por consiguiente, la pretensión de amparo cautelar resulta procedente, y así se decide”.

- b. *Concejos Municipales. Funciones del Secretario Municipal (Gaceta Municipal)*

TSJ-SPA (0895)

30-7-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Recurso de interpretación del numeral 9 del artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

De la interpretación del numeral 9 del artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal se desprende que es al Secretario o Secretaria del Concejo Municipal a quien corresponde la redacción, edición, administración, publicación y distribución de la Gaceta Municipal.

Ahora bien, siguiendo las anteriores premisas, en el caso bajo estudio, advierte la Sala que de un análisis previo al sentido evidente de los términos en que fue redactado el numeral 9 del artículo 113 en referencia, conforme lo preceptuado en el artículo 4 del Código Civil, antes mencionado, se desprende que corresponde inequívocamente al Secretario o Secretaria del Concejo Municipal la función de coordinar la publicación y emisión de la *Gaceta Municipal*, es decir, concertar los medios y esfuerzos necesarios para divulgar los actos que requieren publicación, y emanan de los entes que conforman los órganos del Poder Público Municipal. Debe destacarse entonces, que dicha función se cumple respecto a todo acto del ente político territorial, que amerite conforme a la ley su publicación en dicho instrumento. A su vez, la referida norma establece que el Secretario o Secretaria del Concejo Municipal llevará a cabo dichas funciones, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y en la Ordenanza respectiva. En relación a la Ordenanza respectiva, advierte la Sala que consta en autos del folio 52 al 56 del expediente la Ordenanza Sobre *Gaceta Municipal*, publicada en la *Gaceta Municipal Extraordinaria* N° 06/2006 de fecha 06 de febrero de 2006, en la cual se determinó:

“Artículo 2. La Gaceta Municipal será redactada, editada, administrada, publicada y distribuida por la Secretaría Municipal.

Artículo 3. El Secretario o Secretaria Municipal coordinará la puntual publicación y emisión de la *Gaceta Municipal*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116, numeral 9 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. A tal efecto utilizará los servicios de la unidad de reproducción de la Secretaría Municipal o en su defecto contratará su edición, mediante los procedimientos legalmente establecidos.”

Por otra parte, advierte la Sala que no existe evidencia en autos de que la referida Ordenanza fuese anulada, a pesar de que en su escrito de opinión la representación de la Alcaldía reconoce como válido a otro instrumento anterior, esto es, la Ordenanza sobre *Gaceta Municipal* publicada el 13 de enero de 1993 que, a su decir, atribuía la facultad de publicar las ordenanzas al Alcalde. En consecuencia, en principio no existe duda de que conforme a la disposición a interpretar es al Secretario o Secretaria del Concejo Municipal a quien corresponde redactar, editar, administrar y distribuir la *Gaceta Municipal*, funciones que además deberá cumplir según se dictamine en la ordenanza que se promulgue al respecto en cada Municipio o que esté vigente en esa materia. Del mismo modo, observa la Sala que en el caso en concreto del Municipio El Hatillo, según se aprecia de lo expuesto por los distintos intervinientes en sus escritos de opinión, la duda acerca de la competencia para publicar la *Gaceta Municipal* surge a raíz de una confusión respecto del significado del término “promulgar”; esto tiene su origen en que, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y en el numeral 12 del artículo 88 de la misma ley, corresponde al Alcalde o Alcaldesa:

“Artículo 54. El Municipio ejercerá sus competencias mediante los siguientes instrumentos jurídicos:

1. Ordenanzas: son los actos que sanciona el Concejo Municipal para establecer normas con carácter de ley municipal, de aplicación general sobre asuntos específicos de interés local. Las ordenanzas recibirán por lo menos dos discusiones y en días diferentes, deberán ser promulgadas por el Alcalde o Alcaldesa y ser publicadas en la *Gaceta Municipal* o Distrital, según el caso. ...*Omissis*...”

“Artículo 88. El Alcalde o Alcaldesa tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones:

...*Omissis*...”

Presentar a consideración del Concejo Municipal proyectos de ordenanzas con sus respectivas exposiciones de motivos, así como promulgar las ordenanzas sancionadas por el Concejo Municipal y objetar las que considere inconvenientes o contrarias al ordenamiento legal, de conformidad con el procedimiento previsto en al ordenanza sobre instrumentos jurídicos municipales. ...*Omissis*...” (Negrillas de la Sala)

En las referidas disposiciones se establece que es al Alcalde o Alcaldesa a quien corresponde promulgar las ordenanzas; así, advierte la Sala que el término “promulgar”, según el diccionario de la Real Academia Española significa hacer que algo se divulgue y propague mucho en el público, del mismo modo significa publicar formalmente una Ley u otra disposición de la autoridad, a fin de que sea cumplida y hecha cumplir como obligación.

Ahora bien, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en la Sección Cuarta, referida a la formación de las leyes, específicamente en el artículo 215, establece que la Ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente “cúmplase” en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*.

Esto es, según nuestro texto fundamental el promulgar una Ley supone dos etapas: la primera, cuando el Presidente de la República luego de los trámites pertinentes le da el visto bueno o el “cúmplase”; y la segunda, que consiste en su publicación en la *Gaceta Oficial* respectiva.

En consecuencia, resalta la Sala que, en efecto, en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal se otorgó, indiscutiblemente, al Alcalde o Alcaldesa la facultad para promulgar las ordenanzas en lo que se refiere a darles el visto bueno o “cúmplase”; otorgándosele a su vez al Secretario o Secretaria del Concejo Municipal, la función de publicarlas en la *Gaceta* y por ende, realizar todas las gestiones necesarias para tal fin; debiendo hacerse la precisión de que además, no son las ordenanzas los únicos actos que requieren de publicidad en dicho instrumento, conforme a lo precisado en este fallo.

Por tanto, considera la Sala que conforme lo previsto en el numeral 9 del artículo 113 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el Secretario o Secretaria Municipal, como órgano auxiliar del Concejo Municipal, es el competente para la redactar, editar, administrar, publicar y distribuir la *Gaceta Municipal*. Sin que pueda admitirse la posibilidad jurídica de que existan dos *Gacetas Municipales* en el mismo ente.

Queda así interpretado por la Sala el numeral 9 del artículo 113 de la referida Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Así se decide.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *El Régimen de los Derechos Económicos: Derecho a la calidad de bienes y servicios*

CSCA

12-8-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Banco Exterior C.A. Banco Universal vs. Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) (hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, INDEPABIS).

El artículo 117 Constitucional cumple el papel de cláusula general que tienen por objeto prevenir que el contenido de los contratos de adhesión no contravengan los principios de justicia, orden público y buena fe, con exclusión de las situaciones abusivas.

Efectuada la lectura del expediente y analizados los alegatos formulados por la parte recurrente y por la representación del entonces Instituto para la Defensa y Educación al Consumidor y el Usuario (INDECU) (actualmente Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios), así como la opinión presentada por la representación del Ministerio Público, corresponde a la Corte pronunciarse sobre el recurso contencioso admi-

nistrativo de nulidad interpuesto por los apoderados judiciales de la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A. Banco Universal, contra la Resolución S/N emanada del Consejo Directivo del otrora Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y Usuario (INDECU), de fecha 19 de octubre de 2004, a través de la cual declaró sin lugar el recurso jerárquico interpuesto y, en consecuencia, ratificó la sanción de multa acordada en fecha 30 de septiembre de 2003 contra el recurrente, por el monto equivalente a Trescientos (300) días de salario mínimo urbano.

Tal sanción obedeció a la denuncia interpuesta por la ciudadana Elisabel Pérez Regos contra la sociedad mercantil recurrente, por el supuesto pago indebido a la cuenta corriente, de la cual es titular, por un monto de Novecientos Mil Bolívares (Bs. 900.000,00), afirmando la denunciante que la firma del cheque era “distinta con la de ella ya que la firma del cheque [era] tipo caligrafía palmer y no redonda y derecha como la de ella”.

Visto lo anterior, esta Corte realiza las siguientes consideraciones:

Derecho del consumo y tutela del consumidor.

Como bien ha advertido el autor español Rivero Alemán, después de las privaciones padecidas por la sociedad occidental con motivo de la Segunda Guerra Mundial, en los últimos treinta y cinco años se ha apoderado de los ciudadanos la fiebre por la adquisición de bienes y servicios en el marco de lo que ha dado en calificarse como sociedad de consumo; creándose la necesidad de proceder a una cierta publicación del Derecho para de algún modo, proteger los legítimos intereses de la gran masa de ciudadanos convertidos en consumidores y usuarios. (Vid. RIVERO ALEMÁN, Santiago: *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 27).

No obstante, continúa el citado autor, la posibilidad de que el consumidor resulte seducido -a pesar de las cautelas legales- es en extremo comprensible si se tiene en cuenta que se trata de un sujeto aislado, no organizado, al que se le causan de ordinario daños y perjuicios de cuantías individuales no muy relevantes; situación en la que opta por declinar de sus reclamaciones ante las molestias, dilaciones y costes que ello le supone; sin que pueda desconocerse que la importancia y repercusión de las medidas que se adopten para su tutela están condicionadas por el poder de los grupos empresariales a la par que éste es contrarrestado por el avance de las ideas sociales. (*Ob. cit.* p. 29).

Por otro lado, las nuevas situaciones provocadas por la tecnología van conformando los usos sociales actuales que requieren de nuevo tratamiento, pues el poder impresionante irradiado por la irrupción de la televisión en los hogares ha terminado por domesticar a las familias, unido a la irrefrenable propensión al consumo cuyo control ejercen los grandes almacenes y, respecto del crédito, las entidades financieras, con el resultado de debilitar la posición del consumidor. La facilidad operativa en las adquisiciones y el pago diferido que permite el uso de medios electrónicos -en particular, la tarjeta de crédito- sumen al ciudadano en el consumismo sugerido de manera más o menos abierta o subliminal; y, de este modo, puede afirmarse que a nuevas situaciones se hacen necesarios nuevos remedios y nuevas soluciones normativas. (*Ob. cit.* p. 29).

En este mismo sentido, el maestro español Alejandro Nieto va más allá, al sostener que: “Los individuos han sido adiestrados para comprar y usar lo que se les indica y en las condiciones que se les impone. No adquieren lo que verdaderamente necesitan sino lo que la publicidad -directa o indirecta, perceptible o imperceptible- les dice que necesitan; son consumidores y usuarios compulsivos y, lo más grave del caso, es que no saben que lo son y que, si lo saben, no se resisten y aun les gusta.

Hacemos, por descontado y como siempre, lo que otros nos dicen; pero ahora ha habido un salto cualitativo que va de la persuasión y la influencia a la coerción, cuyo objetivo, ya logrado, es provocar una incapacidad cultural para tomar decisiones racionales. (NIETO, Alejandro, *Balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 288).

Así las cosas, se puede afirmar que la protección al consumidor viene determinada por la existencia de situaciones nuevas que necesitan una defensa contra la agresividad desplegada por los empresarios en el mercado y una especial protección no alcanzable con las normas generales que regulan el tráfico económico.

Estas situaciones están influidas por la lucha determinada por la penetración de las ideas sociales en el ámbito del derecho y el creciente poder de los empresarios, quienes se encuentran en situación de ventaja contractual por la ingente masa de bienes y servicios existentes para satisfacer las necesidades y por la utilización de la publicidad, que más que informar pretende influir en el consumidor. Son múltiples, pues, las razones que aconsejan el amparo del consumidor en su indefensión: desde equilibrar el mayor poder de los empresarios hasta alcanzar más altos grados de derechos individuales, pasando por consideraciones éticas, políticas y de otra naturaleza.

Como opina E. Polo, la defensa y protección jurídica del consumidor concierne, por su amplitud, a casi todos los sectores del ordenamiento jurídico, en tanto que no sólo afecta a la esfera jurídico-privada, sino a la pública: penal, administrativa, procesal y, especialmente, constitucional. Esta generalización conlleva el que se pueda calificar de público al interés de los consumidores como colectividad y, por esta razón, tal interés no es el que los sitúa en una posición jurídica concreta (comprador, arrendatario, asegurado) en la regulación patrimonial clásica, sino que se trata de un interés, además de privado, de la comunidad ciudadana y, por ello, digno de protección por parte del Estado. (Citado por RIVERO ALEMÁN, *Ob. cit.* p. 33).

Una de las razones por las que el llamado Derecho del Consumo no encaja en los cuadros del derecho común (privado) se debe al carácter colectivo de los conflictos cuya problemática no se resuelve con la aplicación analógica de las instituciones jurídico-privadas, que no neutralizan la indefensión real si se enfoca la protección desde las reglas individuales del Derecho Privado sin crear mecanismos de tutela colectiva. La dialéctica producción-consumo trasciende de lo individual para afectar a la política económica, salud pública, disciplina del mercado y otros aspectos que requieren la tutela del interés colectivo para evitar que éste resulte perjudicado por las prácticas comerciales. Este interés digno de protección es el que se identifica como difuso, que no consiste en la suma de intereses individuales sino en aquel que es compartido por una universalidad inorganizada de sujetos. (*Ob. cit.* p. 34).

El Derecho del Consumidor ha sido definido por la doctrina como la disciplina jurídica de la “vida cotidiana del habitante de la sociedad de consumo”. Surge de la revolución industrial, pues los consumidores han existido siempre, sólo que el Derecho no ha tenido con anterioridad una percepción clara de su marco aunque sí ha contado con mecanismos de tutela desde la época clásica, con soluciones liberales no acordes con las necesidades por haber sido pensadas para el individuo como titular de derechos subjetivos y no para la colectividad. (*Ob. cit.* p. 52).

Trubeck, por ejemplo, niega que el Derecho del Consumidor sea simplemente una nueva lectura de normas existentes y pertenecientes a otros ramos, con lo que propugna su autonomía sin que ello signifique aislamiento o exclusivismo, destacando, eso sí, la supraindividualidad de su contenido, en defensa de grupos que no están debidamente representados por otros estamentos sociales. (Citado por RIVERO ALEMÁN, *Ob. cit.* p. 52).

Esta exigencia que impone que la protección de los consumidores y los usuarios, sea estudiada a través de un derecho especial se encuentra en el postulado fundamental que parte de considerar que entre éstos y los proveedores de bienes y servicios no existe igualdad real. Así, en condiciones ordinarias el tráfico mercantil se procura a través de contratos basados en el principio de la libre e igual autonomía de la voluntad de las partes. Se entiende, sin embargo, que existe un fallo de mercado que impide que tal igualdad contractual pueda presentarse fácilmente, representada en la desigual posición en la que se encuentran los consumidores y los usuarios frente al empresario. Esa desigualdad hace inaplicable el régimen general de garantías que, a favor de esa categoría de sujetos, contiene ya el ordenamiento jurídico privado: instituciones como la nulidad del contrato por error o la garantía de saneamiento y evicción han sido establecidas, precisamente, a favor de los consumidores y usuarios. Sólo que el fallo del mercado constatado hace insuficiente ese régimen ordinario, siendo preciso acudir a un régimen exorbitante de Derecho común.

Tal es, si se quiere, la justificación económica del régimen jurídico administrativo de defensa de los consumidores y usuarios. Un régimen que pivota sobre el reconocimiento de potestades de ordenación y limitación a la Administración, la cual pasa a regular la actividad comercial de los proveedores. Auténtica “invasión” del Derecho administrativo en áreas propias del Derecho Mercantil.

La consideración de esta situación de desvalimiento del consumidor ha desembocado en el reconocimiento de un principio favorable a su protección, generador de diversas particularidades en el concreto sector contractual en que intervienen los consumidores; de ahí que se haya extendido la fórmula de Derecho de consumo y que algunos autores detectan aquí la aparición de un nuevo sector del Derecho de obligaciones y contratos.

De esta forma, la necesidad de proteger al consumidor proviene de la constatación elemental de que la abrumadora mayoría de las personas, si no la totalidad, se encuentra en la imposibilidad de adquirir y obtener la prestación de los servicios en razonables condiciones de seguridad, precios, calidad, duración y demás características esenciales. De manera que las razones que explican estos hechos son evidentes, pues, tal como se destacó con anterioridad, debido a la ampliación de los mercados, a los avances de la técnica, a la importancia que cobra la organización empresarial, particularmente en las grandes empresas, a la influencia cada vez mayor de los medios de comunicación social que permiten la realización de eficaces campañas publicitarias, el hecho es que en la actualidad y como regla general el consumidor individual no tiene apenas ninguna posibilidad de defender sus legítimos intereses.

Ello así, resulta normal que el consumidor no esté en condiciones de juzgar por sí mismo sobre la bondad de los productos o precios, no tiene la posibilidad de influir en el mercado, ni en cuanto a precio ni en cuanto a calidad; se ve sometido, por tanto, a una extraordinaria presión por medio de la publicidad, que tiende a reducir su capacidad crítica, y es tal la desproporción entre los medios de que dispone el consumidor normal y los que poseen las empresas cuyos productos o servicios adquiere, que apenas tiene ninguna posibilidad efectiva de hacer respetar sus derechos.

Bajo estas perspectivas, se advierte que, actualmente, todo es derecho del consumidor: el derecho a la salud y a la seguridad; el derecho a defenderse de la publicidad engañosa y falaz; el derecho a exigir las cantidades y calidades pactadas; el derecho a la información sobre los productos, los servicios y sus características, sobre el contenido del contrato y sobre sus medios de protección y defensa; el derecho a la libertad de elección y a la igualdad en la contratación; el derecho a intervenir en la fijación del contenido del contrato; el derecho de no someterse a las cláusulas abusivas; el derecho a reclamar judicialmente por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los contratos; el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos; el derecho a asociarse para la protección de sus intereses; el

derecho, en fin, como usuarios, a un eficaz prestación de los servicios públicos e incluso la protección del medio ambiente (*Vid. Morles Hernández, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil*, UCAB, Caracas 2006. p. 181).

De esta manera, queda claro que la protección al consumidor y al usuario es materia de especial relevancia en la sociedad contemporánea, siendo elevada dicha protección a rango constitucional, como se verá de seguidas:

La tutela al consumidor y al usuario en nuestro Derecho.

La Constitución de 1999 incorporó varias disposiciones que establecen el marco fundamental de los derechos de los consumidores, siguiendo la tendencia de otros países que no sólo han dictado regulaciones legales y reglamentarias sobre la protección de los consumidores, sino que le han dado rango constitucional. En este sentido, el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, centra la protección de los consumidores en sus derechos a disponer de bienes y servicios de calidad, información adecuada y no engañosa, a la libertad de elección y a un trato digno y equitativo. Adicionalmente, exige que se establezcan los mecanismos para garantizar esos derechos y el resarcimiento de los daños ocasionados.

De esta forma, el sentimiento social de protección de los consumidores y usuarios se tradujo en la sensibilización del Constituyente venezolano, al incorporar su tutela al rango de derechos de rango constitucionales. En efecto, la importancia conferida a este tema hizo que nuestra Constitución elevara, se reitera, la tutela del consumidor al rango constitucional. Así, el artículo 117 de la Constitución establece que:

“Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen; a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar estos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”.

Como se observa, 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 bancarios. En otro sentido, impone igualmente la Constitución, la obligación en cabeza del legislador de establecer los mecanismos necesarios que garantizarán 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 lesionado en su 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.

De esta forma, se consagra entonces en el ordenamiento constitucional un derecho a la protección del consumidor y del usuario cuyo desarrollo implica, de acuerdo con las directrices que se desprende del artículo 117 Constitucional, a) asegurar que los bienes y servicios producidos u ofrecidos por los agentes económicos sean puestos a disposición de los consumidores y usuarios con información adecuada y no engañosa sobre su contenido y características; b) garantizar efectivamente la libertad de elección y que se permita a consumidores y usuarios conocer acerca de los precios, la calidad, las ofertas y, en general, la diversidad de bienes y servicios que tienen a sus disposición en el mercado; y, c) prevenir asimetrías de información relevante acerca de las características y condiciones bajo las cuales adquieren bienes y servicios y asegurar que exista una equivalencia entre lo que pagan y lo que reciben; en definitiva, un trato equitativo y digno.

Es significativo que se hayan incluido como principios fundamentales el derecho a disponer de bienes y servicios y el derecho a la libertad de elección. Para el constituyente venezolano, una de las formas de proteger a los consumidores, es proveerles de alternativas de elección. Los oferentes en competencia, buscan captar las preferencias de los consumidores, quienes pueden optar entre las distintas ofertas que presentan los proveedores.

Así las cosas, se observa entonces que el propio Texto Constitucional induce a la existencia de un régimen jurídico de Derecho Público que ordene y limite las relaciones privadas entre proveedores y los consumidores o usuarios. Desprendiéndose de su artículo 117 el reconocimiento del derecho de los consumidores y usuarios de “disponer de bienes y servicios de calidad”, lo que entronca con la garantía de la libre competencia, preceptuada en el artículo 113, siendo la ley –según dispone la norma constitucional- la que precise el régimen de protección del “público consumidor”, el “resarcimiento de los daños ocasionados” y las “sanciones correspondientes por la violación de esos derechos”.

Ahora bien, en criterio de esta Corte aunque en la Constitución no se hubiesen consagrado expresamente los derechos a que se refiere el artículo 117, especificados con anterioridad, la obligación de tutelar los intereses legítimos de los consumidores y usuarios se podría deducir de los postulados del “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”.

Así, observamos que, a partir del artículo 2 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia Número 85, de fecha 24 de enero de 2002, ha expresado lo siguiente:

“(…) 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 sometiénolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación. (...) 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 (...). 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 (...)” (Negrillas de esta Corte). (Caso *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal Vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras*).

A la luz de la doctrina expuesta, considera esta Corte que, en nuestro ordenamiento jurídico, la tutela de los intereses legítimos de consumidores y usuarios resulta un auténtico principio general del derecho de rango constitucional, derivado del propio concepto de Estado Social y Democrático y Derecho que propugna la Constitución, la cual –de acuerdo a su valor normativo- sujeta a todas las personas y a los órganos que ejercen el poder público (artículo 7). Como afirma la doctrina más calificada, los principios generales del derecho “expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico; son aquellos sobre los cuales se constituyen como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad” (García de Enterría). Según Federico De Castro y Bravo, son “las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación”. Asimismo, la doctrina del Tribunal Supremo Español, en el orden contencioso-administrativo, ha expresado que los principios generales del Derecho resultan la “atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas” (STS de 30 de abril de 1988).

Puede concluirse, a partir de aquí, que los principios generales del Derecho son principios, en primer lugar, por su carácter básico. Generales, en cuanto trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos. Y del Derecho, puesto que no se trata de meros criterios morales. En definitiva, considera esta Corte que a los principios generales del Derecho, incluido el de tutela de los intereses legítimos de los consumidores y usuarios, se le pueden reconocer –entre otras- las siguientes funciones básicas:

a) Servir como fuente supletoria de la ley o la costumbre. En efecto, a los principios generales del Derecho se les reconoce, en primer lugar, una función integradora de las lagunas existentes.

b) Servir como elementos de interpretación e informadores de las normas jurídicas. Los principios generales del Derecho no sólo están para suplir posibles vacíos normativos. Por encima de ello, estos principios cumplen una función informadora de todo el ordenamiento jurídico, y en este dato reside su auténtico valor, lo que obliga a interpretar las normas de acuerdo con ellos. Los principios generales del Derecho, incluidos o no en el derecho positivo, tienen valor normativo o aplicativo, y no meramente programático, e informan en su totalidad al ordenamiento jurídico, el cual debe ser interpretado de acuerdo con los mismos.

c) Servir como directivas a los órganos encargados de elaborar las normas. Una tercera función básica que se le reconoce a los principios es la fundamentadora o directiva, que condiciona la elaboración de las normas jurídicas.

d) Servir como regla de “justiciabilidad”, con fundamento en la cual se puede recurrir de cualquier norma o acto jurídico que desconozca el valor insertado en dicho principio. Los principios generales del Derecho operan como garantía de los derechos constitucionales, lo que significa que su desconocimiento por los poderes públicos puede suponer un menoscabo de tales derechos; y, en consecuencia, pueden ser objeto de control, cuando tal lesión constitucional se produzca. (CASTILLO BLANCO, F., *La protección de confianza legítima en el Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 43).

Fundamento legal.

Antes de entrar en vigencia la Constitución de 1999, se encontraba en vigencia la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 17 de mayo de 1995 (aplicable *rationae temporis* al caso que nos ocupa), la cual establecía en su artículo que dicho instrumento tendría por objeto: “la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, su organización, educación, información y orientación así como establecer los ilícitos administrativos y los procedimientos para la aplicación de las sanciones”.

Por su parte, el artículo 2 del mencionado cuerpo normativo consideraba consumidores y usuarios “a las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes y servicios cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan, faciliten, suministren, presten u ordenen”. Siendo que las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que sin ser destinatarios finales, adquieran, almacenen, usen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en los procesos de producción, transformación y comercialización, no tendrían el carácter de consumidores y usuarios.

En tanto que el artículo 3 *eiusdem* consideraba proveedores a “las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización de bienes, prestación de servicios a consumidores o usuarios por los que cobren precios o tarifas”.

Asimismo, el artículo 6 de dicha Ley consagraba los derechos de los consumidores y usuarios entre los cuales se encontraban, el derecho a la “información adecuada sobre los diferentes bienes y servicios, con especificaciones de cantidad, peso, características, compo-

sición, calidad y precios, que les permita elegir conforme a sus deseos y necesidades; el derecho a la “la promoción y protección de sus intereses económicos, en reconocimiento de su condición de débil jurídico en las transacciones del mercado”; el derecho a “la educación e instrucción sobre la adquisición y utilización de bienes y servicios”; así como el derecho a obtener compensaciones “efectivas o de la reparación de los daños y perjuicios”.

La inclusión de los servicios bancarios dentro del ámbito de aplicación de la mencionada Ley, se deduce de la obligación que expresamente imponía el artículo 7 de dicho texto legal, al consagrar que “Las personas naturales o 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 seguro y reaseguros, las empresas emisoras de tarjetas de crédito, cuyas actividades están reguladas por leyes especiales, así como las empresas que presten 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 prestarlo en forma continua, regular y eficiente”.

Realizadas las anteriores precisiones sobre la protección del consumidor y del usuario que se desprende de las propias exigencias del Texto Constitucional, debe esta Corte de segundas atender a las pretensiones planteadas en el caso de autos por la parte recurrente, para lo cual observa lo siguiente:

PRIMERO: En primer lugar, constata esta Corte que el acto producto del procedimiento administrativo sancionatorio seguido en contra de la recurrente, dictado en fecha 30 de septiembre de 2003, por el Presidente del entonces Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) (Hoy Instituto para la Defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios), concluyó que, en el caso concreto, existió una “(...) transgresión a lo dispuesto en el Artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, por parte de la sociedad mercantil Banco Exterior, al incumplir con los términos y condiciones inherentes a la naturaleza del servicio prestado, siendo necesario señalar que por tratarse de un servicio de interés colectivo, están obligados a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua, regular y eficiente, así como cumplir todas las actuaciones necesarias para el resguardo y seguridad del dinero que les confían adoptando y ejecutando medidas de seguridad suficientemente efectivas”. (Negrillas de esta Corte).

Frente a esta declaración, producto de la cual fue impuesta a la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A. Banco Universal la multa impugnada, como fundamento del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto, la mencionada entidad financiera alegó que el entonces Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario, supuestamente habría omitido una serie de pruebas tales como “(...) el CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE suscrito por la denunciante ELISABEL PÉREZ REGOS y el BANCO EXTERIOR, C.A. BANCO UNIVERSAL, identificado con el Número: 007-001168-1 (...)”, de cuyas cláusulas y condiciones puede advertirse no sólo la obligación de la aludida sociedad mercantil de contrastar los cheques y otros instrumentos antes de proceder a su pago, sino también, la responsabilidad del cuentahabiente en el resguardo, cuidado y manejo de las chequeras (Mayúsculas y negrillas del original).

En tal sentido, la entidad bancaria recurrente, pretende justificar la exoneración de su responsabilidad en el contenido de las cláusulas firmadas al momento en que se dio inicio a la relación entre ambas partes, concretamente a partir de la fecha en que se abrió la correspondiente cuenta corriente a nombre de la ciudadana Elisabel Pérez Regos. De esta forma, en su escrito de pruebas la mencionada sociedad mercantil promovió el Contrato de Cuenta Corriente suscrito en fecha 18 de julio de 2000 conjuntamente con la denunciante, resaltando lo establecido en las cláusulas segunda y octava de dicho contrato, la cual es del tenor siguiente:

“SEGUNDA: El ‘TITULAR’ declara, bajo su única y exclusiva responsabilidad, que sólo están autorizados para la movilización de ‘LA CUENTA’, la persona o personas cuyas firmas aparezcan vigentes en la(s) Tarjeta(s) de ‘REGISTRO DE FIRMAS’, que reposan en los archivos del ‘BANCO’ como firmas vigentes. Dichas firmas conservarán vigencia y validez en tanto el ‘TITULAR’ no notifique al ‘BANCO’, por escrito, la anulación o sustitución de las firmas, dentro del cual no tendrá responsabilidad alguna derivada de tal situación.

El ‘BANCO’ sólo reconocerá aquella firma que, a su juicio, sean razonablemente similares o coincidentes en sus rasgos generales, con las que aparezcan en las ya referidas Tarjetas de ‘REGISTRO DE FIRMAS’.

OCTAVA: Los talonarios o libretas de cheques están confiados al ‘TITULAR’, quien se obliga a custodiarlos y guardarlos cuidadosamente, bajo su única y exclusiva responsabilidad, debiendo tomar las precauciones necesarias para evitar que personas no autorizadas puedan hacer uso de aquellos. Para obtener talonarios o libretas de cheques, el ‘TITULAR’ deberá presentar al ‘BANCO’ solicitud escrita, suscrita con la firma debidamente autorizada conforme a las antes mencionadas Tarjetas de ‘REGISTRO DE FIRMA’, y si el talonario o libreta de cheques correspondiente no hubiere de ser recibido personalmente por quien suscribe la respectiva solicitud, ésta deberá estar firmada también, por la persona que sea designada para recibir el respectivo talonario o libreta de cheques, el ‘BANCO’ se reserva el derecho el derecho de entregar el correspondiente talonario o libreta de cheques, dentro de un plazo no menor de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la fecha de recibo de la respectiva solicitud. El ‘BANCO’ no será responsable por la entrega del talonario (s) de cheques cuando la(s) firma(s) que aparezca(n) en la respectiva solicitud sea(n), a simple vista, razonablemente parecida(s) a la(s) firma(s) autorizadas estampada(s) en el ‘REGISTRO DE FIRMAS’.

Queda expresamente entendido que el ‘TITULAR’ declara someterse a las ‘Condiciones de entrega de chequera(s), impresas al dorso de la ‘Solicitud de Chequeras’ que figuran en cada uno de los talonarios de cheques, los cuales se considerarán (*sic*) parte integrante del presente Contrato” (Negrillas y Mayúsculas del original). (Subrayado de esta Corte).

Así las cosas, en primer lugar, debe esta Corte observar que las Instituciones Bancarias, entendidas como prestadoras de un servicio, deben adecuar su actividad a la tutela especial, la cual se manifiesta en dos vertientes, a saber:

1. Tutela Indirecta: la cual proviene del equilibrio de intereses entre la actividad de las mismas empresas y/o prestadores de un servicio, lo cual va orientado a asegurar que la libre competencia, no asuma vertientes oligopólicas o desleales, tales mecanismos se circunscriben a: i) garantizar relaciones de libre competencia; ii) velar por un correcto comportamiento en la dinámica de la competencia; iii) establecer controles de estabilidad y transparencia, llamados a su vez a garantizar la estabilidad jurídica. (*Vid.* BARBER, Eduardo Antonio, *Contratación Bancaria*. Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2002. p. 43 y ss.).

2. Tutela Directa: dicha protección proviene del equilibrio de intereses que debe existir entre las empresas bancarias y los usuarios. Es allí, precisamente, donde radica el régimen especial de protección hacia los consumidores y usuarios, los cuales no pueden ser tratados en igualdad de condiciones con respecto a las instituciones bancarias, pues estas últimas, a diferencia de los usuarios, cuentan con medios especiales para manejar los montos en ellos depositados, de los cuales carece el usuario. A su vez, se observa igualmente que la actividad desplegada por dichas entidades, representa indistintamente para éstas un lucro, entendiendo por tal “(...) la ganancia, provecho, utilidad o beneficio que se obtiene de alguna cosa (...)” (*Vid.* Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, 2002, p. 241), el cual queda reflejado en las “comisiones” que éstas obtienen por la apertura de cuentas y demás transacciones que se realizan a través de las entidades bancarias, en razón de ello,

mal pueden las sociedades mercantiles bancarias pretender obtener un lucro o beneficio absoluto, obviando cualquier tipo o género de responsabilidad que la guarda y custodia del dinero, como activo líquido, genera.

A su vez este control directo se manifiesta sobre el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, condicionándolo o limitándolo, en el sentido que no pueda este principio de autonomía de la voluntad servir como instrumento para desmejorar las condiciones de trato equitativo y digno que deben recibir los usuarios de un servicio, en la forma establecida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, tal como destacó en su oportunidad el autor DE CASTRO Y BRAVO, considerado el autor español más relevante del siglo XX, en cuanto al área del derecho se refiere, puede hablarse de una crisis del contrato y de una mayor crisis de la autonomía de la voluntad, las cuales se han convertido en un lugar común, frase que no puede ser lamentada cuando se trata de justificar por medio de ella la implementación de medidas que limitan el ámbito de la autonomía, para conservar el principio sustantivo de este principio. Así, debe recordarse que el carácter “sagrado” que se atribuye al contrato descansa en los presupuestos de una contratación libre y entre personas iguales; mientras sirva para el “libre desenvolvimiento de la personalidad”. No obstante ello, puede calificarse como degradación o abuso pretender amparar bajo el nombre de libertad de contratación los pactos que se confeccionan e imponen al dictado con el propósito de aumentar la posición de la parte que se encuentra en posición de primacía, por lo que, para evitarlo, se ponen límites a la autonomía de la voluntad, en salvaguarda de los derechos de la persona sobre la cual puede recaer la desigualdad (*Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes. Cuadernos Civitas, Segunda Edición, Madrid 1987, p. 82*).

Contratos de Adhesión.

Precisado lo anterior, advierte este Órgano Jurisdiccional que del examen del Contrato de Cuenta Corriente suscrito en fecha 18 de julio de 2000 entre la denunciante y la recurrente, se observa que dicho contrato reúne las características de los denominados “contratos de adhesión”, en los cuales queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes, pues las cláusulas son previamente determinadas por uno sólo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido establecido por el primero (*Vid. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia Número 962, de fecha 1º de julio de 2003, caso Soluciones Técnicas Integrales, C.A.*), en contraposición a lo que sucede en los contratos típicos u ordinarios, donde las partes pueden convenir, discutir y acordar el contenido mismo del contrato, así como de las obligaciones contraídas, existiendo la posibilidad para ellas de hacer reserva de ciertas cláusulas.

Así, el artículo 18 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.897 Extraordinario, de fecha 17 de mayo de 1995, establecía expresamente que por contrato de adhesión podría entenderse “aquél cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido”, especificando que, en tales casos, “la inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión”. El contrato suscrito en cuestión es un auténtico contrato de adhesión en los términos legales. En este sentido, resulta oportuno destacar que en la actualidad la contratación en masa constituye una de las características más significativas de la sociedad, erigiéndose en instrumento inseparable de la actividad empresarial. Así, su empleo ha surgido por exigencias de la economía, cuando a la producción a gran escala sigue la negociación uniforme y repetitiva, extendiendo el crédito y el consumo a sectores de la población con menos recursos económicos. En esta conformación del mercado confluyen intereses generales y particulares, colectivos y de los contratantes.

En esta etapa, las empresas recurren a los llamados contratos de adhesión, de escueto diseño y rápida conclusión, que permiten una cierta uniformidad y economía, de tiempo y coste. Así, tal como se precisó con anterioridad, la particularidad de este tipo de actuaciones se encuentra en que la contratación en serie, característica de la actividad comercial, obliga a la redacción de contratos-tipo con un contenido generalmente uniforme, predispuesto y rígido. En estos casos, el consumidor si quiere adquirir el bien o recibir el servicio no tiene otra posibilidad, en dichos contratos de adhesión, que adherirse al contrato redactado por el proveedor, el cual con frecuencia se aprovecha de su condición de parte fuerte en la relación para introducir cláusulas abusivas.

De este modo, se entiende que este tipo de contratación ha surgido en el marco de la economía de mercado, con el propósito de simplificar la contratación, ahorrar tiempo en la negociación y unificar el sentido interpretativo de las estipulaciones, sirviendo a la rápida circulación de bienes. Se crea así una categoría de contratos tipos caracterizados por el hecho de que su contenido queda determinado por una de las partes o bien por un tercero ajeno al contrato al que los contratantes *se someten* (Vid. RIVERO ALEMÁN, Santiago. Crédito, Consumo y Comercio Electrónico, Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 132).

Su empleo en los contratos bancarios viene influido, además, por condicionamiento de tipo económico y de organización empresarial, cuales son: i) la reducción y conocimiento anticipado de costes en la contratación, que permite automatizar el proceso de negociación y formalización una vez puestos de acuerdo en la retribución, plazo y cuotas de amortización; ii) la facilidad de la división de tareas y uniformización de los contratos negociados por las distintas agencias o sucursales; iii) la mejor coordinación en el seno de la propia empresa bancaria, reduciendo o eliminando la necesidad masiva de contactos entre los departamentos comerciales y los jurídicos.

En general, se utilizan cláusulas predispuestas por los empresarios, las cuales habrán de someterse a los principios de buena fe, equidad y justo equilibrio de prestaciones, con ausencia de fraude de ley y de abuso de derecho. Además, en materia de consumo se produce la ampliación del concepto de orden público en detrimento de la autonomía y libertad de pactos.

Otra expresión que suele utilizarse para aludir al mismo fenómeno contractual es la de condiciones generales de contratación. En realidad, un contrato de adhesión es básicamente un contrato celebrado sobre la base de unas condiciones generales prerredactadas. Quizá existe una diferencia de matiz, y es que mientras con éstas se subraya el aspecto de su predisposición por una de las partes, la expresión contrato de adhesión parece centrarse más en la otra parte, es decir, aquella a la que se le impone su contenido. No obstante esto, podría sostener entonces que los contratos de adhesión no son más que contratos que contienen condiciones generales, de manera que, no hay diferencia relevante entre condiciones generales de contratación y contratos de adhesión.

En este sentido, entonces puede considerarse como condiciones generales de contratación las cláusulas predispuestas, cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes (en caso de contrato de consumo, necesariamente el profesional), con independencia de la autoría material de la misma (puede ser las Condiciones de una Asociación Empresarial), de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, y aunque alguno de sus elementos hayan sido negociado. Por tanto, han de reunir tres características, a saber: predisposición, uniformidad (lo que es igual a generalidad) y rigidez (o imposición).

Dentro de este contexto se puede afirmar con carácter general que la contratación bancaria se materializa mediante los contratos en serie, concluidos mediante la adhesión por parte del cliente a las condiciones contractuales predispuestas por el banco. Éste, mediante condi-

ciones generales rígidas y uniformes, trata de racionalizar al máximo sus relaciones con las clientelas. Esta técnica contractual, tal como se ha advertido con anterioridad, puede implicar graves formas de restricción de la libertad de la clientela en general y a los usuarios de los servicios bancarios, en particular.

En este sentido, se destaca que DE CASTRO, invocando a GARRIGUES en su obra *Contratos Bancarios*, señalando que: una definición, que no se puede tachar de parcial, se describen las condiciones generales de los contratos bancarios como: “un marco dibujado a gusto del Banco y precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad”. (Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Cuadernos Civitas, Madrid: 1985, p. 13).

La utilización de condiciones generales por los bancos en sus relaciones con la clientela, conlleva el riesgo de que se le imponga a la parte débil cláusulas inicuas o vejatorias, sin que exista la efectiva posibilidad por parte de ésta de eludir su aplicación, quedando en situación de desequilibrio frente a la parte predisponente.

De manera que, si bien se ha sostenido que las condiciones generales cumplen la función de dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico, regulando de forma prolija y detallada las recíprocas prestaciones de las partes, eliminando, con ello, las incertidumbres y dudas, así como las posibles controversias que pudiera suscitar la aplicación y ejecución de los contratos, reduciendo el número de litigios y los costes a ellos asociados; no por ello debe soslayarse un hecho que sí parece evidente, como lo muestra la realidad actual, pues, sucede que en dichos contratos, debe estar presente los legítimos derechos e intereses del usuario o cliente de la institución bancaria, que representan un elemento de protección tan dignos, si no más, que los del propio banco, ya que éste último, mediante la inserción de cláusulas particularmente ventajosas –exclusión de responsabilidad, pacto de liquidez, repercusión en los gastos, etc.-, pretenderá conseguir la mayor seguridad en sus relaciones contractuales y defensa de sus intereses económicos, quedando por ello disminuidos los intereses de los usuarios que desean la prestación del servicio, verificándose con ello una auténtica desigualdad en la contratación. (Vid. Martínez De Salazar Bascuñana, Lucio. “Cláusulas de vencimiento anticipado y cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en los contratos bancarios concluidos mediante condiciones generales” en *Protección de los particulares frente a las malas prácticas bancarias*. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Estudios de Derecho Judicial 55, Madrid: 2005, p. 153).

De esta forma, frente a las ventajas que pueden señalarse del empleo de los contratos de adhesión, pueden anteponerse concretas desventajas que el uso de tales contratos comportarían para los consumidores y los usuarios que se ven impelidos, en tanto pretendan adquirir un producto o beneficiarse de un servicio determinado, a la suscripción de tales contratos, pues los mismos pueden presentarse como vehículo que da lugar a excesos y a prácticas abusivas, vejatorias o injustas, que podrían llegar a vulnerar los derechos e intereses de los consumidores.

Así, la utilización de este tipo de contratos de adhesión, ha conllevado incluso a considerar, entre los aspectos desfavorables, la posible desaparición de la libertad contractual devenida de la redacción unilateral del contrato por una de las partes, unido a ciertas desventajas en la formación de voluntad debido a su ambigüedad, formato de letra apenas visible o porque no se entrega copia al adherente.

Toda esta realidad, ha conllevado al extremo de sensibilizar al legislador en la elaboración de reglas para el control de los contratos de adhesión, a través de medios legislativos, administrativos, de autocontrol y judiciales; extendiendo los supuestos de control fundados en el orden público, la moral y la costumbre de la época.

Es por esto que, frente a tales realidades, debe considerarse reforzada la especial tutela que deben brindarse a los consumidores o usuarios que contratan la adquisición de bienes o servicios formalizados por medio de cláusulas generales de contratación, a los fines de proteger sus derechos, en el entendido que, dichas condiciones generales podrían resultar contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o constituir un abuso de derecho, debiendo advertirse igualmente que por medios de ellas, como elemento más frecuente y más fácil de diagnosticar, se pretenderá contener, oculta o abiertamente, la renuncia de ciertas leyes.

En este sentido, las estipulaciones que pretendan alcanzar tal propósito, debe entenderse como auténticas cláusulas abusivas, concepto que se utiliza para justificar el control sustancial del contrato cuando existen cláusulas predisuestas que han sido impuestas al consumidor y su contenido favorece especialmente al predisponente. En atención a ello, debe tenerse en consideración que el parámetro que define el desequilibrio entre las partes no es la desigualdad económica, sino que hay que orientarlo hacia la superioridad funcional que ostenta el predisponente, de manera que es la inexistencia de negociación individual, unida a un funcionamiento defectuoso del mercado, lo que permite al predisponente disfrutar de unos términos más favorables en sus relaciones con el adherente, por lo que, las exoneraciones de responsabilidad, o las condiciones que pretendan ser impuestas a los consumidores en detrimentos de sus derechos, deben consideradas, entonces, como verdaderas cláusulas abusivas.

Cláusulas abusivas:

Así, esta Corte comparte la definición de “cláusulas abusivas” expuesta por el autor Rivero Alemán, en cual las define como “(...) las previamente redactadas que no han sido objeto de negociación por separado, sino impuestas al consumidor que no ha podido influir en su contenido y al que le causan un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones; o bien implica una ejecución del contrato significativamente diferente de lo que de éste pudiera legítimamente esperarse (...)” (Vid. Rivero Alemán, Santiago *Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 274). (Resaltado de esta Corte).

De esta forma, ocurrirá algunas veces que de una simple lectura de las condiciones generales insertas en los formularios bancarios, se percibirá la idea de que las entidades de crédito tratan de exonerar o limitar lo más posible su responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones que les incumbe.

En este orden de ideas, en su oportunidad destacó el Profesor DE CASTRO Y BRAVO, que “[la] historia no se repite, sí los artificios (...) un grupo social poderoso [es este caso, los prestadores de un servicio] emplean la forma de contrato para aumentar su poder, desplazar el Derecho legislativo, crear nuevas normas e imponer una jurisdicción a su servicio [destacando que] las cláusulas de exoneración pueden ser impugnadas por varios motivos; cuando el resultado a que se llegue choque gravemente con los principios de justicia conmutativa o con la buena fe (resolviendo según aconseje la justicia y la equidad al caso concreto); cuando se deje prácticamente al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la prestación principal, y en el caso de que uno de los contratantes se desprenda simplemente de las acciones o excepciones que le correspondan (...) la agravación de las responsabilidades impuesta al cliente y la exoneración de responsabilidades concedida al empresario, no pueden resultar por la especialidad del contrato concertado y hacen que, normalmente se les pueda calificar como renuncia de leyes y, en consecuencia, como cláusulas nulas” (Vid. De Castro y Bravo, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, Cuadernos Civitas, Madrid: 1987, p. 78). (Destacados de esta Corte).

En este sentido, advierte esta Corte que el artículo 21 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario expresaba que “no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que: 1. Otorguen a una de las partes la facultad

de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades por correo, a domicilio o por muestrario; 2. Establezcan incrementos de precio por servicio, accesorios, aplazamientos, recargos o indemnizaciones, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén expresadas con la debida claridad y separación; 3. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor; 4. Priven al consumidor o al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; 5. Estén redactados en términos tan vagos o imprecisos; o no impresos en caracteres legibles, visibles y destacados que faciliten su comprensión”. (Negrillas de esta Corte).

Ello así, deduce esta Corte entonces que la justicia, el orden público y la buena fe han de considerarse como conceptos delimitadores de las buenas o malas prácticas en materia de contratación de consumidores y usuarios. En este sentido, se observa que la Constitución incorporó la obligación de “trato equitativo y digno” al consumidor y usuario como elemento de ponderación de intereses entre estos y sus proveedores (artículo 117).

Por su parte, el Código Civil, aplicable a título supletorio a esta materia, por remisión expresa del artículo 88 de la vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en su artículo 1160 dispone que: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a toda las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”. Así, la justicia, la equidad, el orden público y la buena fe, entre otros, constituyen sin duda conceptos jurídicos indeterminados que el operador jurídico deberá utilizar, en todo momento, como elementos de ponderación de intereses entre consumidores y usuarios y proveedores, considerando las circunstancias particulares del caso, y atendiendo a la realidad social vigente.

En síntesis, en atención a las disposiciones legales vigentes, las cuales desarrollan el enunciado constitucional que pretende erigir auténticas normas de derecho público que actúen en función de la protección de los consumidores y de los usuarios, puede este Órgano Jurisdiccional señalar que el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela cumple el papel de cláusula general que tienen por objeto prevenir que el contenido de los contratos de adhesión no contravengan los principios de justicia, orden público y buena fe, con exclusión de las situaciones abusivas.

Esta disposición, a juicio de esta Corte, viene a concretar la obligación de trato equitativo y digno que impone la Constitución, lo cual, a modo de consecuencia inmediata, lleva necesariamente también al justo equilibrio de las prestaciones, por cuanto si no existe equilibrio existe abuso o desproporción, que operaría como causa de nulidad de la cláusula o estipulación en cuestión.

En efecto, en criterio de esta Corte, el trato equitativo y digno y el debido respeto a los principios de justicia, orden público y buena fe se contraviene en estos contratos cuando no existe un debido equilibrio de prestaciones o cuando el proveedor ejerza sus derechos de manera abusiva, en detrimento de los intereses económicos y sociales de consumidores y usuarios. Este principio está llamado a prestar importantes servicios en el contexto de la parte débil en determinados contratos y en desarrollo del principio de protección de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, destacado lo anterior, en el caso de autos, tal como fue destacado con anterioridad, el apoderado judicial de la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A. Banco Universal, aduce que se verificaron sistemáticas omisiones y vicios por el ente recurrido durante el procedimiento administrativo, destacando la falta de pronunciamiento sobre las pruebas documentales promovidas, en especial sobre las obligaciones establecidas en el denominado contrato de cuenta corriente suscrito entre la ciudadana Elizabeth Pérez Regos y la mencionada sociedad mercantil.

Ello así, del mencionado Contrato de Cuenta Corriente se desprende, particularmente de la cláusula segunda que “El ‘BANCO’ sólo reconocerá aquella firma o firmas que, a su juicio, sean razonablemente similares o coincidentes en sus rasgos generales, con las que aparezcan en las Tarjetas del CENTRO DE FIRMAS”.

Por su parte, observa igualmente este Órgano Jurisdiccional que se desprende de la cláusula octava del aludido Contrato de Cuenta Corriente, lo siguiente “Los talonarios o libretas de cheques están confiados al ‘TITULAR’, quien se obliga a custodiarlos y guardarlos cuidadosamente, bajo su única y exclusiva responsabilidad, debiendo tomar las precauciones necesarias para evitar que personas no autorizadas puedan hacer uso de aquellos” (Resaltado de esta Corte).

De lo anterior, se aprecia entonces unas cláusulas impuestas al usuario, a través de un contrato de adhesión de la cual se ha valido la entidad financiera prestadora del servicio a los fines de exonerarse de cualquier tipo de responsabilidad que podría devenirle como consecuencia de la guarda y custodia del dinero depositado en la cuenta corriente cuya titular es la ciudadana Elizabeth Pérez Regos, en el entendido que el banco quedaría libre de responsabilidad en caso de presentarse ante sus taquillas un cheque con la aparente firma del librador, lo cual conllevaría a considerar que, tratándose de una aparente omisión en el resguardo de dicho instrumento por parte del titular de la cuenta corriente, no podría recaer sobre la entidad financiera obligación alguna de verificar las características de los elementos empleados para complementar el mismo y ser diligente en el resguardo del dinero del titular de la cuenta.

Siendo esto así, debe esta Corte destacar los elementos que pueden constituir una efectiva protección de los intereses económicos y sociales del consumidor y usuario frente a las cláusulas contenidas en un contrato de adhesión.

En este sentido, se destaca que de la legislación se pueden establecer tres momentos diferentes en la tarea de hacer efectivo el control concreto del clausulado de un contrato de adhesión: el control de incorporación, el de interpretación y el de contenido. En el proceso de análisis de las cláusulas o estipulaciones se sigue la siguiente secuencia: el control de inclusión en primer lugar, para proceder luego a la interpretación conforme a los criterios o requisitos de la hermenéutica y, por último con arreglo a ellos, efectuar el control del contenido de la cláusula.

El operador jurídico que se encuentre en presencia de cláusulas generales que afecten a un consumidor, ha de plantearse la secuencia apuntada para determinar si las mismas han superado el control de inclusión y pueden ser integradas formando parte del contrato en sentido jurídico, en tarea previa a la interpretación; pues únicamente habrán de ser interpretados los pactos que se consideren parte del acto negocial, sin ser suficiente que el consumidor haya expresado su consentimiento para que pueda estimarse la validez de aquellas cláusulas que no reúnan ciertos y determinados requisitos en su redacción y plasmación.

La inclusión considera los requisitos que han de cumplir las condiciones generales para ser integradas en el contrato y, una vez superado éste, el control de contenido es el que concierne a la existencia de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones exigibles, con rechazo de las cláusulas abusivas.

Control de incorporación.

Como se señaló anteriormente, el artículo 117 de la Constitución reconoce a todas las personas la “libertad de elección”, así como el derecho a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen. Por su parte, el artículo 6, numeral 2, de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995 establecía que son derechos de los consumidores y de los usuarios “La

información adecuada sobre los diferentes bienes y servicios, con especificaciones de cantidad, peso, características, composición, calidad y precios, que les permita elegir conforme a sus deseos y necesidades”.

Los requisitos de incorporación tienen por objeto garantizar que el cliente consienta legítimamente. Su función primordial es hacerle saber de la existencia de condiciones aplicables al contrato y permitirle disponer de ellas durante la vida del mismo para que adapte su conducta (función de publicidad).

El dato que primero debe advertirse en los contratos de adhesión se refiere al consentimiento, pues se afirma que: “se consiente sobre lo conocido y entendido”. Muchas veces, por su complejidad, algunas cláusulas de los contratos de adhesión no pueden ser entendidas por los clientes. Faltaría, por tanto, en esos casos, un requisito esencial para que puedan formar parte del contenido del contrato (artículo 1141, ordinal 1º del Código Civil). En estos supuestos, se estaría ante una cuestión de hecho: averiguar si hubo o no tal consentimiento.

Al respecto, por una parte, se puede decir que no cabe suponer conocido por un comprador cualquiera, lo que requiere el estudio de un especialista. De otra parte, se alega que quien no se entera de las condiciones generales es culpable por negligente y que debe, por tanto, pechar con las consecuencias de su falta de diligencia. Dificultades que no se salvan con la cláusula por la que el cliente se declara enterado de todas y conforme con todas las disposiciones de las cláusulas generales, porque ella plantea a su vez la pregunta de si fue debidamente entendida y querida. (*Vid.* De Castro. *Ob. cit.* p. 60).

Se ha señalado también que la libertad, fundamento de la autonomía de la contratación, no existe verdaderamente en el consumidor, que ha de aceptar las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por monopolio de hecho o de derecho, o bien porque todas las empresas del ramo las imponen. Este defecto, a pesar de su importancia, se considera en general insuficiente para la impugnación de las cláusulas, pues la coacción implícita que determina su aceptación no llega a ser uno de los vicios de la voluntad enumerados por la ley.

De allí que, para que unas cláusulas queden incorporadas al contrato válidamente han de estar redactadas con un mínimo de comprensibilidad y legibilidad. Estas reglas se aplican literalmente a los contratos que habitualmente se documentan por escrito y analógicamente a los contratos que habitualmente se celebran en forma oral, de manera que pueda afirmarse que el predisponente ha dado a conocer de forma suficiente la existencia y contenido de las condiciones generales.

Así, el artículo 19 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, establecía que “Los contratos de adhesión serán redactados en términos claros e impresos en caracteres visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor”; en tanto que el artículo 20 *eiusdem* expresamente establecía que “Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor, deberán ser impresas en caracteres destacados, que faciliten su inmediata y fácil comprensión”.

De esta forma, cualquier cláusula que no cumpliera con estos requisitos no puede entenderse válidamente incorporada al contrato de adhesión y, por lo tanto, ha de considerarse nula de pleno derecho. De acuerdo con la doctrina, tampoco quedarían incorporadas al contrato las denominadas cláusulas sorprendentes, es decir, aquellas que sean tan insólitas que al adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia. Son tales aquellas cláusulas cuyo contenido contradice las expectativas que razonablemente se hubiera podido hacer el adherente atendiendo al tipo de contrato celebrado.

En conclusión, la conculcación de la buena fe contractual puede dar lugar a vicios contractuales del consentimiento, en tanto que es capaz de producir error excusable, como expresión del engaño producido a través de la publicidad, de una redacción contractual poco clara

y ambigua o, incluso, por un sistema de venta agresivo dentro o fuera del establecimiento. En suma, estas transgresiones se sitúan más allá de la frontera que el ordenamiento jurídico ha de establecer en beneficio del común de sus ciudadanos y, en nuestro caso, del consumidor o usuario.

Control de interpretación

Superado el control de inclusión previo, sigue la interpretación de las cláusulas generales que conforman el contrato de adhesión, lo que comporta el análisis de las mismas a partir de ciertas reglas o criterios. Así, en el ámbito de la interpretación de los contratos de adhesión, tiene especial importancia la regla contra proferentem por ser aplicable a todos los supuestos en los que la oscuridad o duda sea imputable de manera exclusiva a uno de los contratantes.

En efecto, frente al proveedor que redacta o impone las cláusulas se utiliza la antigua regla “contra proferentem” y, así, en la duda sobre el significado de dichas condiciones, la interpretación se hará de modo que no favorezca al proveedor, por ser la parte que ocasionó la oscuridad.

Además, es aplicable la llamada regla de la prevalencia del acuerdo individual sobre el general en caso de contradicción entre ambos. La regla se modificaría, sin embargo, en el caso de que el adherente sea un consumidor porque, en tal caso, el conflicto se resuelve aplicando la condición más favorable para el débil jurídico, con independencia de que sea la condición general o el acuerdo individual. Asimismo, en caso de contradicción entre dos cláusulas, la cuestión no debe resolverse a favor de aquella que sea más conforme con el tipo y la causa del contrato celebrado, sino se aplicará la regla contra proferentem, por ser la parte que ocasionó la contradicción.

Control de contenido

Las cláusulas que hayan quedado válidamente incorporadas al contrato sólo son válidas si no se consideran como cláusulas abusivas, por ejemplo, aquellas que hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor, tal como lo establecía el artículo 21, numeral 3 de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

En consideración de este Órgano Jurisdiccional, mayor alcance puede tener el control de contenido que se ejerza a través de la invocación de esta cláusula, como límite irrebasable de la legalidad de las estipulaciones de un contrato de adhesión. Podría llegarse con ella incluso a la eliminación de cláusulas que concedan ventajas injustificadas al proveedor. Esto último nos llevan irremisiblemente a la cuestión fundamental: cuándo una cláusula se considera abusiva.

Para determinar si una cláusula de un contrato de adhesión resulta conforme con esta garantía, el operador jurídico ha de analizar cada caso en concreto y, en especial, las siguientes circunstancias: en primer lugar, cuál sería la regulación aplicable al contrato en caso de no existir la cláusula, es decir, la que resultaría de la aplicación del derecho dispositivo, de los usos o de una valoración equilibrada de los intereses de ambos contratantes. En segundo lugar, comparar dicha regulación con la que resulta de la aplicación de la cláusula. Si existe una discrepancia entre ambas y tal discrepancia no está justificada por circunstancias generales (relativas al tipo de contrato celebrado) o particulares (relativas al contrato concreto), habrá de concluirse que la cláusula es abusiva y, por tanto, nula. Por tanto, buena fe significa conformidad de la cláusula con el reparto de riesgos recogido en el Derecho positivo o, a falta de éste, con el que resulta de una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes.

Ahora bien, en este punto es menester revisar, como se dijo anteriormente, el tema de la existencia de límites inmanentes de la autonomía de la voluntad, pues resulta obvio que la mayoría de las veces las condiciones impuestas por el proveedor en un contrato de adhesión son incorporadas a éste con el consentimiento legítimo del usuario o consumidor; condiciones o cláusulas que incluyen frecuentemente la renuncia de ciertas leyes o derechos de éstos. En este sentido, considera esta Corte relevante traer a colación lo que la doctrina más calificada ha dicho al respecto:

Los Códigos mercantil y civil han mantenido la secular tradición que viene afirmando la importancia central del principio de la autonomía de la voluntad. Se reconoce a los participantes el poder de iniciativa para reglar a su conveniencia los propios asuntos y se pone a su disposición la fuerza coactiva del Estado para hacer cumplir lo por ellos establecido. Reflejo en la esfera del Derecho privado de las ideas de libertad e igualdad, los contratos que merecen la protección legal “han de ser libres y en ellos ha de imperar la justicia” y, a tal efecto, se excluyen “todos los privilegios o monopolios a favor de gremios, corporaciones o personas”; amplísima libertad para contratar, siempre “dentro de los principios eternos del Derecho y de la moral”. El principio de la libertad de contratación se defiende, desde el siglo XVIII, como derecho del hombre a desarrollar su personalidad y también como instrumento destructor de desigualdades, de los privilegios que trataban, hasta anquilosarle, el antiguo régimen. (*Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, 77*).

En este sentido, resulta oportuno destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español no parece mostrarse remisa en atribuirse el poder de vigilar la validez de las cláusulas contenidas en las condiciones generales y, en su caso, en declarar su ineficacia. Las ha fundado, según se nos dice, en la consideración de que, respecto de los efectos del contrato, “en la determinación de estos efectos, podrá el juez buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de las partes y que, en los contratos de adhesión el juez tiene un poder excepcional de interpretación” e incluso un poder de revisión para modificar el contrato en la parte injusta, doctrina muy a tono con el espíritu social que impregna gran parte de nuestra legislación. Así hay una serie de sentencias que han declarado la ineficacia de las cláusulas exonerando a los Bancos de responsabilidad por pagar cheques indebidamente y por entregar, del mismo modo, lo recibido en depósito. (*Vid. DE CASTRO Y BRAVO. Ob cit. p. 85 y ss.*).

De lo dicho ha de deducirse que la invalidez de una cláusula puede darse lo mismo en el caso de estar contenida en un contrato ordinario que en el de encontrarse en un contrato de adhesión. La especialidad de los contratos de adhesión reside, en otra parte, en la peligrosidad intrínseca de este modo de proceder; pues, redactadas por una empresa o grupo de empresarios, es presumible se considere en ellas sólo el interés de éstos; prefabricadas, sin atender a ningún contrato concreto, quedan separadas, independizadas del contrato al que se les añade. Por todo ello, la agravación de responsabilidad impuesta al cliente y la exoneración de responsabilidades concedida al empresario, no pueden resultar justificadas por la especialidad del contrato concertado y hacen que, normalmente, se les pueda calificar como renuncia de leyes y, en su consecuencia, como cláusulas nulas.

Consecuencias de la ilicitud de las cláusulas abusivas

Finalmente, será necesario tratar, aunque sea brevemente, la cuestión de si la nulidad de una cláusula arrastra consigo la nulidad de todo el contrato de que forma parte (*vitiatur et vitiat*) o si, por el contrario, el contrato sigue siendo eficaz, aunque haya de serlo con la modificación de estimar como no puesta la cláusula (*pro scripta non habetur*) y como válido todo lo demás convenido (*vitiatur sed non vitiat*).

De no ser posible la integración por la aportación objetiva del juez que mantenga la duda de la existencia de la voluntad de la parte adherente en la continuidad del contrato, procederá la declaración de ineficacia total por iniquidad, supuesto éste no siempre conveniente para el consumidor que al pretender la nulidad de una cláusula, se encuentre con la invalidez de todo el contrato y perjudicado, más que beneficiado, por su acción.

Siendo ello así, el ámbito material de la nulidad viene determinado por el concepto de cláusula en sentido material. No cabe la nulidad parcial de una cláusula. De esta forma, el recurso a la buena fe significa valoración equilibrada (es decir, conforme con la valoración que realiza el legislador) de los intereses de las partes. Así, la nulidad total del contrato es absolutamente excepcional. Se trata de un supuesto de rescisión para los casos en los que no pueda exigirse al predisponente continuar vinculado al contrato tal como ha quedado tras la amputación de las cláusulas nulas y la integración de conformidad con el Derecho dispositivo.

De esta forma, la nulidad de la cláusula contractual como elemento que produzca o traiga aparejada la nulidad del contrato de adhesión en su totalidad, como se dijo, debe ser considerada como una situación excepcional, como elemento para proteger los demás derechos del consumidor reconocidos en la convención a la cual se ha adherido, de manera que la sola nulidad de una cláusula debe considerarse limitada en sus efectos, de forma que tal circunstancia no afecte al contrato en general.

Ahora bien, en el caso de autos, del mencionado Contrato de Cuenta Corriente se desprende, particularmente de la cláusula segunda que “El ‘BANCO’ sólo reconocerá aquella firma o firmas que, a su juicio, sean razonablemente similares o coincidentes en sus rasgos generales, con las que aparezcan en las Tarjetas del CENTRO DE FIRMAS”. Por su parte, observa igualmente este Órgano Jurisdiccional que se desprende de la cláusula octava del aludido Contrato de Cuenta Corriente, lo siguiente “Los talonarios o libretas de cheques están confiados al ‘TITULAR’, quien se obliga a custodiarlos y guardarlos cuidadosamente, bajo su única y exclusiva responsabilidad, debiendo tomar las precauciones necesarias para evitar que personas no autorizadas puedan hacer uso de aquellos” (Resaltado de esta Corte).

En este sentido, se advierte que la ciudadana Elizabeth Pérez Regos, en fecha 3 de abril de 2002, presentó ante la Dirección de Inspección y Fiscalización, Recepción de Denuncias del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario denuncia en contra de la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A. Banco Universal, afirmando que dicha institución financiera habría realizado “un pago indebido a la cuenta corriente por un monto de 900.000 en el cual (...) la firma del cheque en donde se canceló tal monto son distintas con la de ella ya que la firma del cheque es tipo caligrafía palmer y no redonda y derecha como la de ella (...)”.

Ello así, se aprecia que para la fecha en que se verificó la aludida denuncia, y aun los hechos que dieron motivo a la misma, se encontraba vigente, como se ha dicho anteriormente, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.897 Extraordinario, de fecha 17 de mayo de 1995, siendo por tanto el mencionado cuerpo normativo la ley aplicable al caso de autos.

Respecto a este punto, en primer lugar se aprecia que el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995, establecía expresamente que “Todo proveedor de bienes o servicios estará en la obligación a respetar los términos, plazos, fechas, condiciones, modalidades, garantías, reservas o circunstancias, ofrecidas o convenidas con el consumidor o el usuario para la entrega del bien o la prestación del servicio. Si el proveedor incumpliere con las obligaciones antes mencionadas, el consumidor o usuario tendrá el derecho de desistirse de la compra o de la contratación del servicio, quedando el proveedor obligado a reembolsarle el pago recibido”.

Por otra parte, se observa igualmente que el artículo 21 *eiusdem* expresamente establecía que “No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que: (...omississ...) 3. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor (...)”.

Ahora bien, a los fines de resolver la presente controversia, considera esta Corte que debe de partirse de una idea inicial, y es que un correcto cumplimiento de las condiciones inherentes al servicio bancario supone que –como lo señalara el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) en el acto impugnado- los bancos deban de cumplir todas las actuaciones necesarias para el resguardo y seguridad del dinero que les confían los usuarios, adoptando y ejecutando medidas de seguridad suficientemente efectivas.

De esta forma, la institución financiera debe actuar con suma diligencia en las cantidades de dinero que le han sido colocadas bajo su guarda. Así lo ha acogido la doctrina de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia Número 134, de fecha 31 de enero de 2007, caso *Banco de Venezuela, S. A., Banco Universal*), al señalar que las entidades financieras deben de garantizar de manera efectiva la vigilancia del dinero y bienes que los clientes colocan bajo su custodia, implementando mecanismos de seguridad y control a prueba de errores.

En efecto, soluciones como la que ofrece el banco equivalen a trasladar exclusivamente al usuario la responsabilidad por una deficiencia esencialmente atribuible al banco, quien no puede a través de una cláusula contractual prerredactada relajar su obligación de custodia del dinero implementando mecanismos de seguridad y control a prueba de errores; estableciendo así en contra del usuario un reparto desequilibrado de los riesgos que ofrece la contratación del servicio y en las obligaciones. En criterio de esta Corte, dado que la obligación de custodia del dinero corresponde al banco en los términos expuestos, la responsabilidad en casos como el presente corresponderá en principio a la entidad financiera, a menos que se pueda demostrar que el fraude no se pudo haber cometido sino debido a una conducta dolosa o negligente imputable al usuario, en cuyo caso es el banco quien tiene la carga probatoria de demostrar la responsabilidad del cliente.

De esta forma, debe quedar claro que corresponde al banco en todo momento actuar diligentemente comprobando de manera minuciosa, bajo los elementos de seguridad necesarios para ello, los elementos que componen el título cambiario presentado antes sus taquillas, diligencias que debe extremarse en los cheques de elevada cuantía, incluso consultando al cliente cuando le surja alguna duda acerca de su autenticidad.

Así, se advierte que, por ejemplo, ante la presentación de un cheque cuya firma del librador pueda haber sido falsificada o alterado alguno de los elementos de dicho instrumento sin que, ante tales circunstancias, pueda considerarse como elemento de exoneración, la simple responsabilidad del titular de la cuenta en el resguardo y protección de los talonarios o cheques, pues ello no representa una circunstancia que facilite o conlleve a que la institución financiera pueda desprenderse de ejercer sus medidas para resguardar el dinero depositado.

De manera que, como se aprecia, corresponde a la institución financiera emplear de manera sistemática, efectivos y oportunos mecanismos de seguridad, con la finalidad de proteger al cliente que deposita en ella no sólo su dinero sino también su confianza, los cuales deben extremarse en casos de que se presenten en taquilla cheques por elevadas cantidades de dinero.

Así las cosas, se aprecia que las mencionadas cláusulas contractuales han pretendido exonerar de responsabilidad a la entidad financiera recurrente, en cuanto a su obligación de resguardar el dinero depositado en la cuenta corriente de la ciudadana Elizabeth Pérez Regos, pues, por una parte, no han existidos parámetros objetivos a los fines de determinar el criterio bajo el cual pudo considerarse razonablemente similar o coincidente en sus rasgos generales la firma colocada en el cheque presentado ante la taquilla correspondiente, respecto de la tarjeta que se encuentra en el denominado Centro de Firmas en el que aparece la firma autorizada por la cuentadante.

Por otra parte, y en estrecha relación con lo anterior, se observa que la cláusula contractual octava incluida en el Contrato de Cuenta Corriente, pretende igualmente hacer reposar en la sola persona del titular de la cuenta corriente el resguardo y custodia de los talonarios o libretas de cheques, disposición en la cual se ha fundamentado la mencionada institución financiera a los fines de quedar exenta de responsabilidad por el pago del cheque por la cantidad de Novecientos Mil Bolívares (Bs. 900.000,00), siendo que tal circunstancias de modo alguno le exoneraba de cumplir con su obligación de constatar la identidad entre la firma colocada en el aludido título cambiario y la perteneciente a la titular de la cuenta corriente.

De manera que, en atención a las consideraciones antes realizadas, las cláusulas contractuales antes especificadas constituyen disposiciones sobre las cuales la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A., Banco Universal, ha pretendido exonerarse de su responsabilidad en el pago de un cheque librado en contra de la cuenta corriente de la denunciante y frente al cual ha debido la mencionada institución financiera extremar en sus diligencias a los fines de cumplir con sus obligaciones previamente adquiridas en el resguardo del dinero depositado en dicha cuenta corriente.

En este sentido, no se puede considerar que la sola presentación en taquilla de un cheque que en apariencia guarde similitud con los datos del titular de la cuenta, en especial con la firma autorizada e incluida en los registros de la institución financiera, constituyan elementos que por sí solos representen una actitud negligente del librador en la protección y custodia de los talonarios del cheque, por lo que, alegando la plena aplicación de la cláusula octava antes referida, mal podría el banco exonerarse de responsabilidad y quedar exento de su obligación de colocar especial diligencia al momento de abonar el documento bancario en la cuenta de su titular. Por el contrario debe considerarse que siempre está presente la actuación de la institución financiera, y de sus dependientes, de comprobar los requisitos intrínsecos del cheque, así como la identificación del librador y del tenedor que los presenta al cobro.

De esta forma, al banco le incumbe la obligación de examinar atentamente si el cheque está correctamente emitido y si cumple todos y cada uno de los requisitos que lo conforman, en especial, estas actuaciones deben ser extremadas si la suma que se ordena pagar presenta especiales signos que harían presumir su alteración o falsificación.

En este sentido, podría afirmarse que la sola alegación de la cláusula contractual antes especificada, que como se recordará impone al titular la cuenta la única responsabilidad de custodiar los títulos cambiarios, ante circunstancias concretas como la analizada en el caso de autos, impondría al usuario un deber de diligencia muy riguroso, máxime si como contrapartida a su incumplimiento se pretenda el banco exonerar de su responsabilidad de cumplir con las diligencias antes especificadas, alegando entonces que el instrumento cambiario no fue correctamente custodiado y que, por ello, no existe responsabilidad de su parte.

Ello así, no se podría imputar al usuario del servicio el posible daño que se pueda producir en los supuestos en que se verifique el pago de un cheque, si previamente la institución financiera no emprende sus obligaciones a los fines de constatar la veracidad del mismo, pues no se puede considerar que el simple hecho de haber sido presentado en taquilla represente una prueba de la actuación negligente del librador en la custodia del mismo, si no se acompaña de otros elementos objetivos que corroboren dicha actuación.

De esta manera, debe tenerse en consideración que, de manera similar a como sucede en el contrato de depósito oneroso, regulado en el artículo 1.250 y siguientes del Código Civil venezolano vigente, el banco actúa como consecuencia de haber recibido una cantidad de dinero determinada bajo la obligación de guardarla y restituirla al titular de la cuenta corriente, por lo que debe actuar con la debida diligencia en guarda y protección del dinero que ha sido otorgado para guardarlo.

Por lo tanto, en atención al contenido de las cláusulas contractuales antes señaladas, no podría entenderse que existe una exención de responsabilidad del banco por considerarse que el titular de la cuenta corriente no ha cumplido con su obligación de resguardar efectivamente las chequeras que han sido otorgadas, pues si ésta pretendiera ser la argumentación de la institución financiera para librarse de responsabilidad, en tales casos se colocaría de su lado la carga de prueba, debiendo por ello demostrar que, en efecto, el cliente ha sido negligente en la custodia de los títulos cambiarios.

Ante tales circunstancias, se observa entonces que, en el caso de autos, la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A., Banco Universal invocando las cláusulas segunda y octava del contrato general de cuenta corriente pretende exonerarse de su responsabilidad, por lo que, ante tal circunstancia, se recuerda que el antes citado artículo 21 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995, establecía expresamente que “No producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que: (...*omississ...*) 3. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor (...)”.

Como se puede apreciar, las cláusulas contractuales analizadas se presentan, en consideración de esta Corte, como cláusulas abusivas por cuanto las mismas, siendo previamente redactadas y que, asimismo, no han sido objeto de negociación por separado, pretendió serle impuesta a la usuaria del servicio sin que haya podido incluir en su contenido, causándole un desequilibrio importante en sus derechos e intereses. Siendo ello así, bajo la especial consideración de cláusulas abusiva debe ser tratada de acuerdo a las disposiciones contenidas en las reglas legales vigentes para el momento en que se verificaron los hechos.

De allí que, como antes señalamos, a tenor del artículo 21 de la Ley de 1995 se consideraba sin efecto cualquier cláusula o estipulación incluida en un contrato de adhesión que hiciera responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor. En materia de contratos bancarios, podríamos señalar que sería nula cualquier cláusula que trasladara la responsabilidad al usuario por deficiencias del banco en el cumplimiento de implementar mecanismos de seguridad y control a prueba de errores a fin de garantizar de manera efectiva la vigilancia del dinero que los clientes colocan bajo su custodia. Así, en criterio de esta Corte, en casos como el que aquí nos ocupa, donde fue denunciada la sustracción de una suma de dinero de la cuenta corriente de la ciudadana Elizabeth Pérez Regos, la entidad financiera no podría eludir su responsabilidad basándose en que la firma del cheque presentado a taquilla era “razonablemente parecida” a la firma del titular de la cuenta.

Siendo ello así, respecto a la responsabilidad del banco por haber pagado un cheque presuntamente falsificado, debe observarse por una parte que la actividad bancaria entraña riesgos naturales que deben ser asumidos por quien la ejerce profesionalmente, esto es, quien de manera reiterada, pública y masiva, se beneficia con los resultados de la misma. Si el banco tiene como negocio manejar los dineros ajenos, si como consecuencia de los depósitos constituidos surge un crédito a favor del titular de la cuenta y si, finalmente, la obligación primaria de la institución crediticia es reembolsar a ese titular los dineros en la forma en que lo indique y a favor de quien él establezca, es evidente que el riesgo derivado de una eventual suplantación de un cheque, etc.; no puede perjudicar a ese titular, sino que debe ser asumirse por el banco, por ser este quien puede asumir las medidas necesarias para resguardar el dinero del depositante.

Por otra parte, se podría establecer una calificación subjetiva enderezada a precisar en qué condiciones pudo el banco apreciar una probable falsificación o adulteración de un cheque presentado ante la taquilla y en qué medida el titular de la cuenta contribuyó por su culpa a la existencia de falsificación. En otras palabras, la conducta de las partes frente a las circunstancias de hecho en que se produce el pago o sus antecedentes, es determinante para evaluar la eventual responsabilidad.

Bajo este parámetro, entonces, por aplicación de principios generales de responsabilidad, el establecimiento de culpa a cargo de una de las partes puede llevar a responsabilidad integral de la misma o la eventual presencia de culpas compartidas puede traducirse en una repartición de la responsabilidad que, a su turno, conduce a una repartición proporcional de los perjuicios pecuniarios sufridos.

En todo caso el principio general, aún dentro de esta teoría, sigue siendo que el banco es responsable por el pago de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado. Por consiguiente, corresponde al banco probar que hubo dolo o culpa del titular de la cuenta corriente en el resguardo de los cheques y que, como consecuencia de ello, se habría verificado el cobro del cheque. (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Biblioteca Felaban, Tercera Edición, Bogotá: 1985. p. 195).

Visto de otra manera: ante la reclamación del cliente debe el banco asumir la responsabilidad que derive del riesgo profesional y de la negligencia propia y de sus dependientes, por lo que basta presentar el cheque con base en cuyo pago procedió el banco a cargarlo a la cuenta de su cliente, ante lo cual éste deberá denunciar oportunamente la existencia de una falsificación o adulteración, siendo responsable la institución financiera en los casos en que, por ejemplo tal pago se haya verificado por complicidad interna de sus dependientes, en atención a las disposiciones generales contenidas en el artículo 1.191 del Código Civil venezolano vigente, relativas a la responsabilidad de los dueños, principales y directores por los daños causados por sus sirvientes y dependientes.

No obstante lo anterior, para eximirse de responsabilidad, el banco debe estar en condiciones de probar la culpa o el dolo del titular, tomando en consideración que en tales casos el banco asumirá la carga de la prueba, a los fines de demostrar que ha existido por parte del titular de la cuenta corriente una posible negligencia en el resguardo de los cheques o cheques, así como una posible actitud dolosa de su parte, casos en los cuales no podría obligarse a la institución financiera de que se trate a asumir la obligación de reparar los daños ocasionados.

De esta forma, la conclusión a la cual puede arribarse es que no resulta procedente la denuncia esgrimida por la recurrente al señalar que la Administración no valoró ni tomó en cuenta las pruebas aportadas por ella en la fase del procedimiento administrativo, pues: las cláusulas segunda y octava del contrato de cuenta corriente, sobre la cual se erige la defensa de la recurrente para excusar su responsabilidad en el retiro de fondos a través de los cheques sustraídos a la ciudadana Elisabel Pérez Regos, no podría producir efectos válidos por ser una cláusula abusiva y exonerativa de responsabilidad hacia la entidad bancaria; y, por otra parte, ii) no se desprende de autos que la parte recurrente haya demostrado que existió falta de diligencia o dolo por parte de la denunciante, ciudadana Elisabel Pérez Regos, respecto del resguardo del cheque que fue presentado ante la taquilla del Banco Exterior, S.A., Banco Universal, por lo que no podría excusarse en tales cláusulas para, como se dijo, librarse de su responsabilidad de actuar diligentemente en la obligación de examinar atentamente si el cheque se encontraba correctamente emitido, en especial la comparación de la firma colocada en el mismo y con la previamente autorizada y que reposaba en sus registros.

En consecuencia de lo anterior, esta Corte no encuentra que haya existido violación alguna al deber de valoración de la prueba establecida en el artículo 146 de Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, pues como se señaló en el párrafo anterior, tales pruebas en modo alguno afectaban la validez del acto recurrido. Así se declara.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. Principios generales del Régimen Tributario

A. Principio de legalidad tributaria

TSJ-SPA (0962)

13-8-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Consorcio Precowayss vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.)

El principio de legalidad tributaria constituye un límite formal a la imposición, en cuanto garantiza cuál va a ser el órgano productor de la norma, es decir, el Poder Legislativo, y salvo delegación expresa y excepcional, el Poder Ejecutivo. La Sala Político Administrativo analiza la legalidad de las contribuciones especiales de paro forzoso.

Ahora bien, habiéndose declarado la nulidad del fallo recurrido en los términos expuestos, debe esta Máxima Instancia de conformidad con lo previsto en el artículo 209 del referido Código de Procedimiento Civil, conocer y decidir el fondo del asunto controvertido en la presente causa, referente a si el Sistema de Autoliquidación Nacional de Empresas (S.A.N.E.) del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.) al exigir del Consorcio Precowayss el pago de aportes de paro forzoso para el año 2003 y desde el mes de enero a junio de 2004, violó su derecho constitucional a la propiedad y el principio de legalidad tributaria, previstos en los artículos 115 y 317 de la Carta Magna, respectivamente, toda vez que liquidó mensualmente las cotizaciones por el mencionado concepto equivalentes al 2,2 %, sin que existiese base legal que le sirviera de fundamento.

En orden a lo anterior, se observa que la representación judicial del Consorcio Precowayss expresa que la Sala Constitucional del Máximo Tribunal en la sentencia N° 91 de fecha 02 de marzo de 2005, dejó sentado que *“la contribución de paro forzoso se encuentra derogada y por tanto, no puede ser objeto de cobro o cotización alguna, argumento éste que hemos venido pregonando desde el momento en el que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) pretendió arbitrariamente exigir a mi Representada el pago de la referida contribución, siendo que tal exigencia no tenía fundamento legal alguno y, adicionalmente, era violatorio de disposiciones constitucionales.”*. (Destacado del contribuyente).

Asimismo, alegan que en la aludida sentencia la Sala Constitucional consideró que el mencionado aporte, transgredía el derecho a la propiedad y el principio de legalidad tributaria, por cuanto exigía el pago de una contribución sin existencia de norma alguna que lo contemple. Además, añaden que *“la Sala ratifica mediante ese fallo (24-03-04), el criterio sentado por el Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, vale destacar, el mismo órgano jurisdiccional que, mediante la sentencia recurrida, ha plasmado un criterio absolutamente contrario y divorciado del sentado en aquella oportunidad...”*.

Con vista a lo expuesto, por cuanto las apoderadas judiciales del recurrente denuncian que el referido Instituto al pretender el cobro de las facturas impugnadas violó el derecho a la propiedad de su representada y el principio de legalidad tributaria, consagrados en los artículos 115 y 317 de nuestra Carta Magna, respectivamente, esta Sala considera necesario transcribir, en primer término, el contenido de la última de las mencionadas normas, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 317. No podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones o rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.

No podrán establecerse obligaciones tributarias pagaderas en servicios personales. La evasión fiscal, sin perjuicio de otras sanciones establecidas por la ley, podrá ser castigada penalmente. En el caso de los funcionarios públicos o funcionarias públicas se establecerá el doble de la pena.

Toda ley tributaria fijará su lapso de entrada en vigencia. En ausencia del mismo se entenderá fijado en sesenta días continuos. Esta disposición no limita las facultades extraordinarias que acuerde el Ejecutivo Nacional en los casos previstos por esta Constitución.

La administración tributaria nacional gozará de autonomía técnica, funcional y financiera de acuerdo con lo aprobado por la Asamblea Nacional y su máxima autoridad será designada por el Presidente o Presidenta de la República, de conformidad con las normas previstas en la ley”.

Respecto al principio de legalidad tributaria la Sala en Sentencia N° 00056 de fecha 18 de enero de 2006, Caso *Colegio Venezolano de Agentes de la Propiedad Industrial (COVA-PI)*, estableció lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 317: (...).

De la disposición citada se desprende, que el Texto Constitucional prevé como requisito indispensable para el cobro de cualquier tributo, que éste se encuentre establecido en una norma de rango legal, siendo uno de los fundamentos de esta exigencia la seguridad jurídica de los potenciales sujetos pasivos de la obligación tributaria.

Tal principio reviste una especial importancia en cuanto a los límites del Estado para ejercer su potestad tributaria, específicamente respecto a la exigibilidad del tributo, ya que esa exigencia dependerá de su consagración legal (...).”.

De la norma citada y de la sentencia *supra* transcrita, observa esta Alzada que el principio de legalidad tributaria, está referido a la imposibilidad de cobrar impuestos, tasas o contribuciones que no estén establecidos en la Ley, así como tampoco podrán concederse exenciones, rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. De esta manera, el aludido principio constituye un límite formal a la imposición, en cuanto garantiza cuál va a ser el órgano productor de la norma, es decir, el Poder Legislativo, y salvo delegación expresa y excepcional, el Poder Ejecutivo.

Circunscribiendo el análisis al caso concreto, aprecia esta Alzada que el Sistema de Autoliquidación Nacional de Empresas (S.A.N.E.) del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.) emitió a cargo del Consorcio Precowayss las facturas impugnadas, correspondientes a los períodos impositivos 2003 y desde enero hasta junio de 2004, cuyo monto asciende a la cantidad de Ochenta y Siete Millones Quinientos Doce Mil Novecientos Cincuenta y Tres Bolívares con Cuarenta y Ocho Céntimos (Bs. 87.512.953,48), expresados ahora en Ochenta y Siete Mil Quinientos Doce Bolívares con Noventa y Cinco Céntimos (Bs. 87.512,95), por concepto de paro forzoso.

En orden a lo indicado, es preciso referir que la Sala Constitucional mediante sentencia N° 446 de 24 de marzo de 2004, Caso *Otepi Consultores C.A.*, se pronunció acerca de la ausencia de base legal de la contribución especial de paro forzoso, como consecuencia de que el artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social derogó expresamente el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, estableciendo lo siguiente:

“En primer lugar, este órgano jurisdiccional juzga correcta la apreciación del a quo, en tanto y en cuanto el cobro de la contribución especial de Paro Forzoso no se encuentra regulada en norma legal alguna, por lo que, en virtud del principio nullum tributum sine lege, reconocido por el artículo 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal cobro vulneraría el derecho a la propiedad privada, consagrado en el artículo 115 eiusdem.

En tal sentido, tenemos el artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.600 del 30 de diciembre de 2002, que, textualmente, dispone lo siguiente:

(...)

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

Por ello, apropiada fue la declaratoria del Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el sentido de declarar que el cobro del Paro Forzoso es inconstitucional, por ser una contribución especial de seguridad social y, por ende, un tributo (cfr. artículo 12 del Código Orgánico Tributario), así como una limitación al derecho a la propiedad privada, no estipulados en un acto con rango de ley”. (V. igualmente Sentencia 02 de marzo de 2005, N° 91. Caso Organización Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA). Revista Derecho Público N° 101, p. 100 y ss).

Asimismo, es prudente resaltar que la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, mediante sentencia N° 124 del 31 enero de 2007, Caso *Seguros Altamira C.A.*, con fundamento en los fallos antes transcritos, precisó que el cobro de la contribución especial de paro forzoso, desde el 30 de diciembre de 2002 (fecha en que quedó derogado expresamente el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral) hasta el 02 de marzo de 2005 (fecha en la que esa Sala declaró la ultra actividad del aludido Decreto hasta tanto el Poder Legislativo dictase la norma reguladora de tal contribución) transgredía el principio de legalidad tributaria previsto en los artículos 317 de la Carta Fundamental y 3 del vigente Código Orgánico Tributario.

En sintonía con lo señalado, constata esta Alzada que mediante *Gaceta Oficial* N° 38.281 del 27 de septiembre de 2005, entró en vigencia la Ley del Régimen Prestacional de Empleo, que regula el Sistema Nacional de Protección Frente a la Pérdida del Empleo y al Desempleo, así como los *“mecanismos, condiciones, términos, cobertura y demás requisitos para la prestación del beneficio social en caso de desempleo”*.

Ahora bien, atendiendo a los parámetros trazados por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal y a la entrada en vigencia del aludido régimen prestacional de empleo, pasa esta Sala a verificar si en el caso objeto de análisis, era legal o no, el cobro de los montos determinados a cargo del consorcio contribuyente en las facturas objeto de impugnación y, en tal sentido, observa:.....

.....Con vista a lo antes expresado, a juicio de la Sala las contribuciones especiales de paro forzoso exigidas en las facturas impugnadas al consorcio recurrente, vulneraban el principio de legalidad tributaria previsto en el artículo 317 de la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela, toda vez que el artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social derogó el mencionado Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, donde estaba contemplada la aludida contribución, quedando ésta sin norma alguna.

Así, es pertinente agregar que, si bien es cierto que la Sala Constitucional en su decisión N° 91 del 2 de marzo de 2005, subsanó el mencionado vacío legal al acordar una medida cautelar innominada consistente en la ultra actividad del referido Decreto Ley, siendo exigible el cobro de la contribución de paro forzoso, no lo es menos que para el momento en que ocurrieron los hechos, la norma en cuestión se encontraba derogada, razón por la cual el Sistema de Autoliquidación Nacional de Empresas (S.A.N.E.) del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.) no debió liquidar a cargo del consorcio contribuyente las contribuciones en referencia. Así se declara.

Sobre la base de las consideraciones realizadas, esta Alzada declara con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Precowayss, y conociendo del fondo del asunto controvertido, declara con lugar el recurso contencioso tributario ejercido por el aludido consorcio contra las *Facturas* recurridas, las cuales se anulan. Así se declara.

Finalmente, esta Máxima Instancia de la revisión de los autos y de conformidad con lo establecido en el párrafo único del artículo 327 del vigente Código Orgánico Tributario, aprecia que la representación judicial del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), tuvo motivos racionales para litigar, en virtud de las dudas que surgieron respecto a la vigencia de la legislación que regula la materia aquí debatida, motivo por el cual se le exime de la condenatoria en costas. Así se declara.

B. *Sanciones administrativas tributarias*

TSJ-SPA (0948)

13-8-2008

Ponencia Conjunta

Caso: Fisco Nacional vs. Decisión Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central.

La Sala Político-Administrativa modifica la interpretación que ha venido realizando respecto a la aplicación de la figura del delito continuado en la materia de sanciones administrativas tributarias, concretamente en lo atinente al impuesto al valor agregado.

.....Planteada la controversia en los términos expuestos, pasa este Máximo Tribunal a analizar lo dispuesto por los artículos 79 y 101 primer aparte del vigente Código Orgánico Tributario y 99 del Código Penal, los cuales son del tenor siguiente: Código Orgánico Tributario de 2001

“Artículo 79.- Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los ilícitos tributarios, con excepción a los previstos en la normativa aduanera, los cuales se tipificarán y aplicarán de conformidad con las leyes respectivas.

A falta de disposiciones especiales de este Título, se aplicarán supletoriamente los principios y normas del Derecho Penal, compatibles con la naturaleza y fines del Derecho Tributario”.

“Artículo 101.-Constituyen ilícitos formales relacionados con la obligación de emitir y exigir comprobantes:

(...)

2).- Emitir facturas u otros documentos obligatorios con prescindencia total o parcial de los requisitos y características exigidos por las normas tributarias.

(...)

Quien incurra en los ilícitos descritos en los numerales 2, 3 y 4 será sancionado con multa de una unidad tributaria (1 U.T.) por cada factura, comprobante o documento emitido, hasta un máximo de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.) por cada período, si fuere el caso”.

Código Penal

“Artículo 99.- Se considerarán como un solo hecho punible las varias violaciones de la misma disposición legal, aunque hayan sido cometidas en diferentes fechas, siempre que se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución, lo que produce un aumento de la pena correspondiente al hecho, de una sexta parte a la mitad”.

Ahora bien, se observa que la conducta infraccional llevada a cabo por la contribuyente y sancionada por la Administración Tributaria, fue la establecida en el artículo 101, numeral 2 del vigente Código Orgánico Tributario, al emitir facturas sin cumplir con los requisitos establecidos en la Resolución N° 320 de fecha 28 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.859, del 29 del mismo mes y año, al no señalar en cada factura si la operación fue de contado o a plazo, lo cual fue constatado en los ejercicios fiscales de los meses comprendidos entre los meses de noviembre de 2004 y mayo de 2005. Precisado lo anterior y atendiendo a los fundamentos de la apelación, esta Sala advierte que en el presente caso debe determinarse el mecanismo y el alcance del período de imposición del impuesto al valor agregado, para así poder establecer la forma de aplicación de la sanción prevista en el artículo 101 del vigente Código Orgánico Tributario a la contribuyente Distribuidora y Bodegaón Costa Norte, C.A. y, en consecuencia, analizar la solicitud efectuada por el Fisco Nacional respecto a que “sea reinterpretado el criterio fijado sobre el particular en la Sentencia N° 877, de fecha 17-06-2003, dictada por la Sala Político-Administrativa”.

En tal sentido, esta Alzada observa que la posición que ha mantenido respecto al asunto controvertido, se encuentra plasmada en sentencia de esta Sala N° 877 del 17 de junio de 2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*, ratificada en forma pacífica hasta el momento, en la cual se estableció lo siguiente:

() Con respecto a la forma de cálculo de las sanciones impuestas por incumplimiento de deberes formales que aplicó la Administración Tributaria, mes a mes, objeto de esta controversia, la Sala pasa a decidir, sobre la base de las siguientes consideraciones:

Como norma rectora de nuestro sistema tributario, en segunda reforma se promulgó el Código Orgánico Tributario de 1994, aplicable al caso sub júdice *ratione temporis*, el cual establece en su Sección Primera, las Disposiciones Generales, contenidas en el Título III, de las Infracciones y Sanciones, Capítulo I Parte General, regulatorias de estos ilícitos tributarios; en cuyo artículo 71 dispone que:

()

En razón de los anteriores preceptos, debe esta Sala considerar los principios y normas del Derecho Penal, para resolver los casos que no hubieren sido previstos en el mencionado Código Orgánico Tributario.

Analizado y examinado dicho cuerpo normativo en su parte general, observa la Sala que no existe normativa que regule la calificación del hecho punible o ilícito tributario, cuando es producto de una conducta continuada o repetida. En virtud de lo cual, y por mandato expreso del referido artículo 71 *eiusdem*, es de obligatorio proceder, según las reglas del concurso continuado, previstas en el Código Penal. Normas y principios aplicados a las infracciones y sanciones, que forman el ilícito tributario, ya que éste participa de los caracteres generales del ilícito penal, como garantía constitucional de los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad de la pena consagrados en nuestra Carta Fundamental.

En este orden de ideas, se hace necesario analizar los requisitos de procedencia de la figura del delito continuado, aplicable también a las infracciones tributarias, cuyo precepto está contenido en el artículo 99 al establecer que:

Ahora bien, este tema ha sido objeto de estudio de reconocida doctrina nacional y extranjera, que ha sostenido la existencia de una ficción legal, por lo que la disciplina de hecho único que le es atribuida no se corresponde con una realidad de hecho único. Se trata de varios hechos constitutivos de diversas violaciones de la ley penal, que a los efectos sólo de la pena, ésta considera como un delito único, entendiendo que a los demás efectos, el tratamiento que se le dará será de varios delitos en concurso legal.

En este mismo orden de ideas, sostiene otra parte de la doctrina que, el delito continuado configura una forma especial de delito único, donde la unicidad de los distintos hechos constitutivos de la infracción viene dada por la unidad de la intención del sujeto agente, sea que ésta venga dada por dolo, culpa o error.

Es así como se ha definido el delito continuado, a través de las siguientes características, a saber: 1. Pluralidad de hechos, o conductas físicamente diferenciables, aún si son cometidas en fechas diferentes; 2. Que sean atribuibles o imputables a un mismo sujeto; 3. Constitutivas de violaciones a una misma disposición legal, y 4. Productoras de un único resultado anti-jurídico. Es decir, la consumación del delito continuado presupone que la serie de actos anti-jurídicos desarrollados por el sujeto agente sean ejecutivos de una única resolución o desig-nio, de una única intencionalidad, sea que ésta venga dada por dolo, culpa o error.

En el caso de autos, observa la Sala que la Administración Tributaria liquidó multas, mes a mes, por incumplimiento de deberes formales para el libro de compras, previstos en los literales d) y h); para el libro de ventas, previstos en los literales c) y d), de los artículos 78 y 79 del Reglamento de la Ley del Impuesto al valor agregado, respectivamente, y por la omisión de datos en las facturas emitidas por la contribuyente, previstas en los literales h) y m) del artículo 63 del Reglamento eiusdem, de conformidad con el artículo 106 del Código Orgánico Tributario.

Pues bien, del análisis de las actas procesales, a la luz de las características de la figura del delito continuado supra señaladas, se advierte, en el caso de autos, que existen varios hechos, cada uno de los cuales reúne las características de la infracción única, pero como se dijo anteriormente, por la ficción que hace el legislador, no se consideran como varias infracciones tributarias sino como una sola continuada, en virtud de la unicidad de la intención o designio del sujeto agente (la contribuyente recurrente). Así se observa, que mediante una conducta omisiva, en forma repetitiva y continuada, viene violando o transgrediendo, durante todos y cada uno de los períodos impositivos investigados, la misma norma, contentiva del ilícito tributario por concepto de incumplimiento de deberes formales, previsto en los artículos 106 del Código Orgánico, 78, 79 y 63 del Reglamento del impuesto al valor agregado. Comportamiento omisivo reflejado en forma idéntica en cada uno de los meses investigados, tal como se puede ver de los anexos 01, 02 y 03 de la resolución de sanción impugnada. Por todas estas razones, la disposición del artículo 99 del Código Penal debe ser aplicada, en este caso particular, por darse los elementos del concurso continuado, aplicable también a las infracciones tributarias, por expreso mandato del artículo 71 del Código Orgánico Tributario, en consecuencia, las multas estimadas procedentes en este fallo, deben ser calculadas como una sola infracción, en los términos del dispositivo del mencionado artículo 99, por no tratarse de incumplimientos autónomos como erradamente lo afirmó la Administración Tributaria. Así se declara.

Siendo ello así, la Sala ha venido considerando que en materia de infracciones tributarias el delito continuado tiene lugar cuando se violan o se transgreden en el mismo o en diversos períodos impositivos una idéntica norma, y su ratio radica en que dicha conducta constituye una actuación repetida y constante, que refleja una unicidad de intención en el contribuyente.

No obstante lo antes expuesto, un estudio más detallado de la cuestión debatida lleva ahora a la Sala a un replanteamiento respecto a su resolución, en atención a la naturaleza del impuesto al valor agregado y a los elementos que componen el hecho imponible. En efecto, en el caso del impuesto al valor agregado, el período impositivo es de un (1) mes calendario, conforme a lo previsto en el artículo 59 de la Ley que regula dicho Impuesto, cuestión que determina dentro del marco normativo previsto en la Ley de Impuesto al Valor Agregado,

que los contribuyentes están obligados a declarar el monto de los ingresos obtenidos producto de la ocurrencia del hecho imponible de ese tributo, así como cumplir con los demás deberes formales a los que se encuentran sometidos por su condición de sujetos pasivos, durante cada mes o período de imposición.

En otras palabras, esta Sala aprecia que el impuesto al valor agregado comprende períodos de imposición mensuales, a diferencia del ejercicio fiscal de un (1) año previsto para el caso del impuesto sobre la renta, por lo cual los contribuyentes están obligados a cumplir con determinados deberes formales previstos en la ley y el reglamento respectivo, por cada uno de estos períodos impositivos, los cuales son distintos uno del otro.

En tal sentido, se advierte que la aplicación de las sanciones por incumplimiento de deberes formales durante diversos períodos de imposición mensuales, en ningún caso viola el principio del non bis in idem, pues atiende a conductas infractoras que fueron determinadas y acaecidas en diversos períodos de imposición, vale decir, mes a mes, al momento de efectuarse la fiscalización correspondiente, circunstancia que permite verificar el cumplimiento o no de las obligaciones que deben soportar los contribuyentes por su misma condición de sujeto pasivo, en este tipo de tributo.

Igualmente, tampoco podría considerarse que con tal proceder se incurra en violación de dicho principio constitucional, debido a que no es posible suponer que por haber sido detectada en una misma actuación fiscalizadora una infracción cometida en varios períodos, se esté en presencia del delito continuado, pues la transgresión o incumplimiento ocurrido se circunscribe únicamente para el ejercicio respectivo, no pudiendo extenderse los efectos del ilícito a diversos períodos fiscales.

Así las cosas, aprecia la Sala que la figura del delito continuado prevista en el artículo 99 del Código Penal, es una ficción legal, que tiene como finalidad el aumento del cálculo de la pena de un delito considerado único, que presupone que la serie de múltiples actos anti-jurídicos violatorios de una misma disposición legal desarrollados por el sujeto agente, sean ejecutivos de una única resolución o designio, de una única intencionalidad, lo que en realidad no ocurre en materia de infracciones tributarias por incumplimiento de deberes formales en lo que se refiere al Impuesto al Valor Agregado, toda vez que cada período mensual es autónomo, aislado uno del otro y genera sus propias consecuencias, por lo que no puede considerarse que exista una única intencionalidad del contribuyente infractor, dada la manera en que se verifica la temporalidad del hecho imponible en este tipo de impuesto.

Sobre este particular, la Sala estima que la aplicación de los principios y garantías del derecho penal común, como es el establecido en el aludido artículo 99 del Código Penal, al ámbito del derecho tributario sancionador, únicamente tendría su justificación frente a un vacío u oscuridad de la ley tributaria, siempre y cuando ofrezca una solución compatible con las características propias del derecho tributario como ley especial.

Ello es así, en atención a que el Código Orgánico Tributario prevé una serie de situaciones específicas aplicables a la materia fiscal, contemplando dentro de su marco regulatorio todo lo referente a las infracciones e ilícitos tributarios, siendo que en su artículo 79 expresamente señala que *“Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los ilícitos tributarios, con excepción a los previstos en la normativa aduanera, los cuales se tipificarán y aplicarán de conformidad con las leyes respectivas”*. Adicionalmente, establece que **“A falta de disposiciones especiales de este Título, se aplicarán supletoriamente los principios y normas del Derecho Penal, compatibles con la naturaleza y fines del Derecho Tributario”**. (Resaltado de la presente decisión).

Bajo este orden de ideas, debe destacarse que el Código Orgánico Tributario regula en su artículo 101 lo relativo a la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales, como en el presente caso, en el cual se verificó el incumplimiento de los requisitos

establecidos en la Resolución N° 320 de fecha 28 de diciembre de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.859, del 29 del mismo mes y año, al no señalar la contribuyente en cada factura si la operación fue de contado o a plazo.

En virtud de lo anterior, conviene advertir que dada la existencia de reglas específicas para la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales, en el texto especial que regula la relación adjetiva que nace entre el sujeto activo y el contribuyente, no corresponde aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Penal, concretamente del artículo 99, toda vez que no se verifica vacío legal alguno, ya que de acuerdo con el artículo 101 del Código Orgánico Tributario la aplicación de las sanciones por el acaecimiento de ilícitos formales se realiza por cada período o ejercicio fiscal.

Por otra parte, considera esta Sala necesario observar que las reglas del concurso continuado conllevan en el caso de incumplimiento de deberes formales, a una injusta aplicación de las sanciones, ya que la repetición en el tiempo de una conducta antijurídica, sólo trae como consecuencia que se aumente la pena de una sexta parte a la mitad, sin tomar en cuenta la cantidad de períodos consecutivos en que haya sido infringida la norma por la contribuyente, ya que siguiendo tales lineamientos no se impone la sanción por cada ejercicio fiscal, cuestión que en el caso del impuesto al valor agregado pudiera conllevar a una desnaturalización de la temporalidad de su hecho imponible, habida cuenta que los contribuyentes están obligados a cumplir con determinados deberes formales previstos en la ley y el reglamento respectivo, por cada uno de los períodos impositivos mensuales, los cuales -como ya se indicara- son distintos uno del otro y generan sus propias consecuencias.

En definitiva, se estima importante señalar que la transferencia de normas del Código Penal al ámbito de los ilícitos tributarios, debe hacerse con carácter supletorio y respetando la compatibilidad que ha de existir con el ámbito especial del derecho tributario.

En tal sentido y con base a las consideraciones antes expuestas, no resulta apropiado aplicar en forma directa, en los términos del artículo 79 del Código Orgánico Tributario vigente, la noción del delito continuado a la imposición de sanciones por la comisión de ilícitos formales derivados del impuesto de tipo valor agregado, ya que el hecho punible y la forma de imponer la sanción han sido adecuadas a los términos previstos en el artículo 101 eiusdem, con apego a los elementos en que ocurre el hecho imponible en el mencionado tributo, es decir, por cada período mensual o ejercicio fiscal.

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala reconsidera el criterio que había venido sosteniendo respecto de la aplicación del delito continuado en casos como el de autos, en los que se impone una sanción producto de incumplimiento de deberes formales del impuesto a las ventas, adoptado en la sentencia N° 877 del 17 de junio de 2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*, posteriormente ratificada en forma pacífica en diversos fallos hasta la presente fecha, estableciendo que el artículo 99 del Código Penal no es aplicable a las infracciones tributarias que se generen con ocasión de los deberes formales en materia de Impuesto al Valor Agregado, por los motivos aludidos en el presente fallo. Así se decide.

Ahora bien, en atención a que el nuevo criterio no resulta aplicable a la situación de autos, esta Alzada con fundamento en la sentencia N° 877 de fecha 17 de junio de 2003, caso: *Acumuladores Titán, C.A.*, considera que la contribuyente al haber cometido en forma repetida y continua la conducta infractora establecida en el artículo 101, numeral 2 del vigente Código Orgánico Tributario, debe aplicársele la disposición del artículo 99 del Código Penal y, en consecuencia, la sanción que se le ha de imponer tiene que ser calculada como si se tratase de una sola infracción, tal como lo estableciera el *a quo*. Por las razones expuestas, se impone confirmar el fallo apelado. Así se declara.

2. *Impuestos Municipales: Impuesto a las Actividades Económicas*

TSJ-SC (1115)

10-7-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Comercializadora SNACKS, S.R.L., vs. Dirección de Hacienda Pública Municipal de la Alcaldía del Municipio Valencia del Estado Carabobo. (Revisión de Sentencia)

Independientemente de que el establecimiento permanente del comitente se encuentra ubicado fuera del Municipio y no tenga un establecimiento permanente, en cuanto a industria se refiere, lo relevante es si éste realiza de manera habitual y permanente actividades de comercio en dicho territorio, a fin de exigir parte de los ingresos brutos derivados de las ventas realizadas en su Municipio y no fuera de aquel, lo cual se patentiza cuando las ventas producto de la comisión son realizadas dentro del respectivo Municipio, en cuyo caso sólo podrá gravar las ventas derivadas de la comisión realizadas en el mismo y, no las realizadas fuera del referido Municipio.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Poder discrecional*

TSJ-SC (1265)

5-8-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Ziomara del Socorro Lucena Guédez vs. Contralor General de la República (Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

La potestad discrecional para ser legal y legítima debe ser necesariamente parcial, ya que el dispositivo legal debe establecer algunas condiciones o requisitos para su ejercicio, dejando las demás a la estimación del órgano competente.

Con relación a la violación del principio de tipicidad de las sanciones administrativas, este órgano jurisdiccional observa, que los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal consagran las conductas ilícitas objeto de control, mientras que las sanciones aplicables a los ilícitos administrativos se determinan de acuerdo a parámetros razonables (en atención al ilícito cometido y a la gravedad de la irregularidad); parámetros estos que ya existían en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República derogada (en los Títulos VIII y IX).

Ahora bien, asumiendo que la sanción (en este caso accesoria) que aplica la Contraloría General de la República es de naturaleza “*administrativa*” (y no judicial); debe insistirse en la conformidad a derecho de estas llamadas por la doctrina “*potestades discrecionales*”, por oposición a las “*potestades vinculadas o regladas*”. En efecto, la “*potestad discrecional*” no es contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es una expresión concreta del principio de legalidad.

Ahora bien, esta potestad discrecional, para ser legal y legítima es necesariamente parcial, ya que el dispositivo legal (en este caso la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), debe establecer algunas condiciones o requisitos para su ejercicio, dejando las demás a la estimación del órgano competente.

Al respecto, SANTAMARÍA expone que el poder discrecional no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad a la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa (atribuida expresamente por una norma legal).

En este orden de ideas, GARCÍA DE ENTERRÍA argumenta que "...no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico. Es falso, pues, la tesis, bastante común por otra parte, de que hay potestad discrecional, allí donde no hay norma...". El núcleo de esa potestad discrecional es la libertad de selección, de opción, de escogencia, entre varias alternativas, todas justas.

En tal sentido, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, exige que la medida o providencia a juicio de la autoridad competente debe mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, lo cual es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa; lo que es inaceptable es pretender la declaratoria de nulidad de una norma general por el solo hecho de contener una potestad discrecional.

El control jurisdiccional del acto discrecional podría implicar la nulidad del acto discrecional, si se advierte incompetencia del ente que lo dicte, incongruencia fáctica (falso supuesto de hecho), incongruencia teleológica (desviación de poder) o incongruencia formal (vicio de procedimiento).

En relación a la potestad discrecional administrativa, esta Sala, en el fallo N° 1260/2002, precisó que:

"...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."

Asimismo, en sentencia N° 1394/2001 de esta misma Sala Constitucional, al aludirse a la discrecionalidad como elemento distintivo entre la actividad sancionatoria administrativa y la penal, en la que se reitera la debida sujeción al bloque de la legalidad, reproduce el fallo de la Sala Político Administrativa del 04 de agosto de 1994, que sostiene que:

"...es reiterada la diferencia que ha precisado el contencioso administrativo respecto de la jurisdicción penal. En efecto, la administración, en relación a la actividad sancionatoria, tiene como nota característica la discrecionalidad, la cual no puede equipararse en modo alguno a la que prescribe el derecho penal, pues en este ordenamiento, cuando han de aplicarse reglas para aumentar o rebajar la pena, se cuenta previamente con la clara identificación de las circunstancias que atenúan o agravan el delito cometido..."

Ahora bien, esto no significa que la sanción a imponer quede al arbitrio de la administración y que en su actividad sancionatoria pueda el funcionario evadir la legalidad del acto en incurrir en abuso de poder, sino que debe someterse a los límites establecidos en el precepto a aplicar..."

En consecuencia de lo expuesto, al estar debidamente tipificados en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, tanto los hechos lícitos (artículos 91 y 92), como las sanciones administrativas (artículos 93, 94 y 105); la potestad discrecional del órgano contralor no es una "norma en blanco", pues debe ajustarse a los parámetros expresamente establecidos en la Ley Orgánica; y así se declara.

2. *Procedimiento Administrativo*A. *Principio de la Legalidad*

CSCA

12-8-2008

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Banco Exterior C.A. Banco Universal vs. Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) (hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, INDEPABIS).

La legalidad otorga a la Administración un marco de actuación, encargándose de definir cuidadosamente sus límites, apoderándola, habilitándole para su acción, confiriéndole al efecto poderes jurídicos.

.....Declarado lo anterior, aprecia esta Corte que la parte recurrente igualmente destacó que el vicio de inmotivación denunciado, al no adecuarse a los hechos verificados en el caso de autos, habría producido igualmente la violación del principio de legalidad, sin que para ello haya extremado en sus consideraciones sobre la manera en que tal violación se produjo.

No obstante ello, respecto del alegado vicio de violación del principio de legalidad, observa esta Corte que el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el mencionado principio, conforme al cual la Administración sólo puede obrar cuando haya sido legalmente facultada, cuestión que constituye una de las características propias del moderno Estado de Derecho, que comporta la subordinación del poder de obrar de la Administración a la Constitución y las leyes; tal asunto comporta el establecimiento de las relaciones entre el ordenamiento jurídico en general y el acto o actos emanados de la Administración.

Por estos motivos, resulta evidente que dicho principio de legalidad, tal como ha sido concebido por nuestro Constituyente, se erige como un estatuto obligatorio para las distintas ramas del poder, es decir, como un mandamiento dirigido propiamente al Estado para establecer los límites del ejercicio de las potestades conferidas a éste.

Siendo ello así, la funcionalidad práctica del principio de legalidad, respecto de la actuación de la Administración Pública, se erige en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración. Así, la legalidad otorga a la Administración un marco de actuación, encargándose de definir cuidadosamente sus límites, apoderándola, habilitándole para su acción, confiriéndole al efecto poderes jurídicos.

De esta manera, la acción de la Administración se convierte en el ejercicio de un poder que ha sido previamente atribuido por la ley, construyéndolo y delimitándolo, de manera que sin la atribución legal previa de potestades, aquélla simplemente no podría actuar (*Vid.* García De Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson-Civitas. Duodécima Edición, Madrid: 2004. p. 448).

De esta forma, el principio de la legalidad permite determinar de una manera sencilla, *prima facie*, la validez de un acto administrativo, mediante la constatación de la atribución o no a la Administración de la potestad invocada para dictar dicho acto.

3. *Actos Administrativos*A. *Requisitos de forma: Motivación***CSCA****12-8-2008**

Juez Ponente: Emilio Ramos González

Caso: Banco Exterior C.A. Banco Universal vs. Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) (hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, INDEPABIS).

....A este respecto estima Corte que toda resolución administrativa resulta motivada cuando contiene, aunque no todos, los principales elementos de hecho y de derecho, esto es, cuando contemple el asunto debatido y su principal fundamentación legal, de modo que el interesado pueda conocer el razonamiento de la Administración y lo que la llevó a tomar la decisión.

En efecto, es jurisprudencia reiterada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha precisado que la insuficiente inmotivación de los actos administrativos, sólo da lugar a su nulidad, cuando no permite a los interesados conocer los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron los motivos en los que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión, pero no cuando, a pesar de la sucinta motivación, permite conocer la fuente legal, las razones y los hechos apreciados por el funcionario. Así, una resolución puede considerarse motivada cuando ha sido emitida sobre la base de hechos, datos o cifras concretas y cuando éstos consten efectivamente y de manera explícita en el expediente. (Sentencia N° 009, de fecha 9 de enero de 2003, caso *Luis A. Delegado*).

Al respecto, observa esta Corte que la sanción impuesta por el Instituto recurrido, tuvo su fundamento en el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.898 Extraordinario del 17 de mayo de 1995, el cual es del tenor siguiente:

“Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, plazos, fechas, condiciones, modalidades, garantías, reservas o circunstancias, ofrecidas o convenidas con el consumidor o el usuario para la entrega del bien o la prestación del servicio. Si el proveedor incumpliere con las obligaciones antes mencionadas, el consumidor o usuario tendrá el derecho de desistir de la compra o de la contratación del servicio, quedando el proveedor obligado a reembolsarle el pago recibido”.

En tal sentido, se debe acotar que la sanción *in commento* obedeció a: (i) el incumplimiento de la recurrente en la prestación adecuada y diligente de los servicios financieros ofrecidos, y (ii) la falta de respuesta que la Entidad bancaria recurrente tuvo ante la denuncia formulada por la denunciante; sobre este último particular el apoderado judicial del Banco Exterior, Banca Universal C.A., en la oportunidad del acto de informes oral y público, en el minuto dieciséis (16) de dicho acto de informes, ante la pregunta del Juez Alexis José Crespo Daza, inherente a que “(...) en el entendido que estamos claros que el origen de la sanción no tiene que ver con que se pagó o no el cheque, sino que el origen de la sanción fue que simple y llanamente no se le dio oportuna respuesta [a la denunciante por parte de la Entidad bancaria] (...) ¿en su momento le contestaron o no le contestaron o no el reclamo a la persona [denunciante]?”, el apoderado judicial de la sociedad mercantil recurrente, respondió que “no, en el momento no se le contestó [a la denunciante]” [Corchetes de esta Corte].

Es decir, según el conocido aforismo a “confesión de parte, relevo de pruebas”, la representación judicial del Ente recurrente aceptó su incumplimiento en el deber de dar respuesta a la usuaria denunciante, ante el hecho por el cual se sustrajo una cantidad de dinero de una de

sus cuentas, mantenida en dicha Institución Financiera, con lo cual es evidente la infracción de la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A., al artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en tanto no cumplió con su deber de dar respuesta, oportuna y específica a la denunciante sobre los montos hurtados a su cuenta corriente.

No obstante, aún constatada la confesión de los hechos por parte del apoderado judicial de la recurrente, esta Corte, en aras de lograr un estudio profundizado de la presente causa, observa que el acto recurrido en su motivación estableció que confirmaba en todas y cada una de sus partes el acto originario dictado por el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario en fecha 30 de septiembre de 2003, el cual señaló que:

“[es] criterio de [ese] despacho desestimar lo alegado por el representante del establecimiento de autos, por cuanto su dicho resulta insuficiente a objeto de desvirtuar los hechos denunciados así como los soportes a los mismos, siendo oportuno precisar que los hechos denunciados versan sobre el reclamo efectuado por la ciudadana denunciante respecto a la no similitud o semejanza de la firma de la persona que suscribió el cheque con la de ella, la cual debe estar en el registro de firmas del Banco y cuya copia no fue consignada en [ese] expediente.

De manera pues, que hecha la observación precedente resulta concluyente la transgresión a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, por parte de la sociedad mercantil Banco Exterior, al incumplir los términos y condiciones inherentes a la naturaleza del servicio prestado, siendo necesario señalar que por tratarse de un servicio de interés colectivo, están obligados a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua, regular y eficiente, así como cumplir todas las actuaciones necesarias para el resguardo y seguridad del dinero que les confían adoptando y ejecutando medidas de seguridad eficientemente efectivas.

De igual forma se le señala a la sociedad mercantil de autos que por ser un proveedor de servicios bancarios, se encuentra legalmente obligado a presentar en caso de reclamo las pruebas demostrativas correspondientes al usuario, debiendo remitir su respuesta en un plazo no mayor de quince (15) días continuos a partir de la reclamación. En el caso de autos no consta la respuesta por parte de la sociedad mercantil así como las pruebas de la misma y es el caso que hasta la fecha de dictar la presente decisión no existe comunicación escrita debidamente sustentada en donde se le explique al ciudadano denunciante la no procedencia de su reclamo, lo cual evidencia la conducta omisa por parte de la sociedad mercantil denunciada” [Corchetes y negrillas de esta Corte], (*Vid.* Folios 161 al 163 del Expediente Administrativo).

La anterior declaración, al ser cotejada con la pruebas que cursan tanto en el expediente judicial como administrativo, se evidencia que la sociedad mercantil recurrente no aportó prueba alguna que lograra desvirtuar la sanción impuesta por el Ente recurrido, a saber: (i) Contrato de Cuenta Corriente suscrito en fecha 18 de julio de 2000 por la denunciante y su representada; especialmente lo establecido en la cláusula octava (8º) de dicho contrato; (ii) el cheque pagado, signado con el N° 45-07064949 de fecha 30 de enero de 2004 por la cantidad de Novecientos Mil Bolívares con Cero Céntimos (Bs. 900.000,00) y la tarjeta de registro correspondiente a la denunciante (*Vid.* Folios 182 al 184 del expediente administrativo). Así como tampoco presentó prueba alguna que permitiera verificar al Ente recurrido ni a esta Corte que la sociedad mercantil Banco Exterior, dio la debida respuesta a la denunciante ante el reclamo interpuesto.

Es decir, la recurrente consignó las mismas pruebas en vía administrativa, que las que utilizara en el procedimiento administrativo para desvirtuar el acto recurrido, en tal sentido, debe esta Corte insistir en el argumento expuesto en el punto PRIMERO de la presente motivación, donde quedó establecido que dichas pruebas en modo alguno varían las razones que originaron en acto recurrido, dado que: a) la autonomía de la voluntad en materia contractual, no opera plenamente cuando se trata de contratos de adhesión; b) la parte recurrente no pro-

movió la experticia correspondiente que permitiera corroborar la identidad entre las firmas presentadas. En consecuencia, el Ente recurrido incumplió su deber de buen custodio de los bienes depositados, así como en el máximo deber de diligencia en los servicios por ellos prestados; y, c) no presentó medio de prueba para demostrar la culpa o dolo de la denunciante. Igualmente, se debe mencionar que lo anterior constituye una violación a lo estipulado en el artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, toda vez que en dicho artículo se establece el deber de cumplimiento en las obligaciones contraídas por parte de los prestadores de servicios, verbigracia la custodia de los bienes que deben tener las Entidades bancarias sobre los ahorros de sus usuarios; es decir, el acto recurrido sí contiene las razones de hecho y de derecho en los cuales se fundamentó.

En consecuencia, siendo que la sociedad mercantil Banco Exterior, C.A., incumplió tal obligación, considera esta Corte que se encuentra fundamentada la sanción que le fuera impuesta por el Instituto recurrido a dicha sociedad mercantil, dado que así lo establece el artículo 95 de la entonces vigente Ley para la Protección al Consumidor y la Usuario, el cual es del tenor siguiente:

“Los proveedores que no respeten las estipulaciones a que se refiere el Artículo 15 serán sancionados con multa, equivalente en bolívares, de veinte (20) a dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano”.

Visto lo anterior, no resulta viable la denuncia formulada por la sociedad mercantil Banco Exterior, inherente a que “[no] hay referencia a los hechos, ni a los fundamentos legales aplicables a los mismos”, pues como ha quedado establecido en la presente motivación, la sanción impuesta obedeció a la falta de repuesta y falta de diligencia debida por parte de la recurrente en los servicios prestados en la cuenta corriente de la ciudadana Elisabel Pérez Regos, así como el deber de la Institución bancaria recurrente en darle oportuna y adecuada respuesta a la recurrente de conformidad a lo establecido en el artículo 86 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, el cual señala:

“Es de la competencia del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU):

(...)

16. Velar por que a los usuarios de los servicios de agua, gas, teléfono, áreas conexas, energía eléctrica, servicios bancarios, financieros, de seguro y otros similares, se les presenten, en caso de reclamo, las pruebas demostrativas correspondientes; A requerimiento del usuario podrán practicarse conjuntamente con funcionarios técnicos, debidamente calificados, inspecciones destinadas a certificar el buen funcionamiento de los instrumentos técnicos destinados a la medición del consumo o a la prestación del servicio. El usuario podrá solicitar experticias técnicas en aquellos instrumentos que no estén a la vista.

Igualmente el consumidor y el usuario, podrán exigir de toda empresa que otorgue servicio de cualquier naturaleza, información, costo y garantía del servicio a cancelar. La empresa se obliga a remitir al consumidor y al usuario respuesta adecuada dentro de un plazo no mayor de quince (15) días continuos a partir de la reclamación” (Negrillas de esta Corte).

De esta forma, respecto a la denuncia de inmotivación e ilegalidad del acto recurrido que hiciera la sociedad mercantil recurrente, debe destacarse que “(...) el objeto de la motivación es, en primer lugar, permitir a los órganos competentes el control de la legalidad del acto emitido y, en segundo lugar, hacer posible a los recurrentes el ejercicio del derecho a la defensa”, de manera que, comparte esta Corte el argumento expuesto por la representantes del Ministerio Público en la audiencia de informes celebrados en forma oral, al afirmar que “(...) un acto administrativo puede considerarse motivado cuando ha sido dictado con base en hechos, datos o cifras concretas y cuando éstos consten efectivamente y de manera explícita en el expediente considerado en forma íntegra y formado en función del acto de que se trate y de sus antecedentes, siempre que el administrado haya tenido acceso a ellos”.

Así, en el caso concreto analizado se observa que la entidad bancaria recurrente tuvo conocimiento desde el inicio de lo reclamado por la ciudadana Elizabet Pérez Rego, ante el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), le notificó del inicio del procedimiento administrativo, ejerció de manera efectiva su derecho a la defensa, consignó escrito de descargo, aportó las pruebas que estimó pertinente, ejerció el recurso jerárquico, es decir, conocía ampliamente las razones en que se fundamentó la administración para emitir el acto sancionatorio, e incluso acude ante este sede jurisdiccional con pleno conocimiento de la problemática debatida con anterioridad.

Por otra parte, siendo que el ente recurrente no consignó prueba alguna que permitiera demostrar que efectivamente sí le dio respuesta a la denunciante, sobre los montos sustraídos a su cuenta corriente a través del cheque en referencia, a la vez de la infracción que constituyó la falta de cuidado y custodia de los montos depositados en dicha entidad financiera, esta Corte encuentra que efectivamente sí hubo violación al artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, tipificado a su vez como una sanción al artículo 95 de la Ley *ejusdem*. Por lo tanto se declara sin lugar la presente denuncia. Así se declara.

B. *Vicios de fondo*

a. *Incompetencia*

TSJ-SPA (1035)

2-9-2008

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Suramericana de Obras Públicas, C.A., vs. Ministerio del Popular para el Ambiente.

La Sala ratifica su jurisprudencia sobre la procedencia del vicio de incompetencia, cuando una autoridad administrativa determina dicta un auto para el cual no estaba legalmente autorizada, por lo que debe quedar precisado, de manera clara y evidente, que su actuación infringió el orden de asignación y distribución de las competencias o poderes jurídicos de actuación de los órganos públicos administrativos, consagrado en el ordenamiento jurídico. La competencia le confiere a la autoridad administrativa la facultad para dictar un acto para el cual está legalmente autorizada y ésta debe ser expresa, por lo que sólo en los casos de incompetencia manifiesta, los actos administrativos estarían viciados de nulidad absoluta.

b. *Usurpación de funciones*

TSJ-SPA (1034)

24-9-2008

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Procesadora Venezolana de Cereales (PROVENSA), Derivados de Maíz Seleccionados (Industria Nutritiva C.A.) vs. Gobernación del Estado Portuguesa.

La Sala reitera una vez mas su jurisprudencia referente a que la usurpación de funciones se constata cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, violentando de ese modo el principio de separación de los poderes según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias.

4. *Contratos Administrativos*A. *Modificación*

Del ejercicio del *ius variandi* deriva fundamentalmente de la prohibición de alterar la esencia misma del contrato original, de allí que cualquier modificación en uso de dichas potestades debe estar dirigida a satisfacer los intereses y las necesidades públicas.

B. *Consentimiento*

TSJ-SPA (0753)

2-7-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Rosario Salazar vs. Alcalde del Municipio Chacao (Nulidad del Contrato de Concesión para la prestación del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Chacao).

Vistas las denuncias expuestas, la Sala considera necesario revisar en primer término, la validez del denominado Documento Suplementario o Primer Addendum al contrato de concesión original y en tal sentido, es preciso analizar si en el presente caso, se cumplieron los extremos legales o requisitos esenciales para la formación y validez de los contratos establecidos en el artículo 1.141 del Código Civil, a saber: el consentimiento de las partes, que el objeto pueda ser materia del contrato y la causa lícita, pues como se precisará seguidamente, los contratos administrativos se encuentran sujetos a un régimen mixto de derecho público y de derecho privado; de allí que las referidas disposiciones o exigencias del mencionado Código les sean plenamente aplicables, pues a pesar de que en todo lo relativo a su naturaleza, alcance y términos se rigen preponderantemente por el derecho público, los preceptos del referido Código son supletorios de lo establecido en las cláusulas contractuales y en las leyes especiales.

En virtud de lo anterior, en relación al primero de los requisitos indicados (consentimiento), es preciso advertir ciertas diferencias derivadas precisamente del referido régimen preponderante de derecho público que rige estos contratos de naturaleza administrativa, en los cuales, a diferencia de los contratos privados sujetos al derecho común, el consentimiento de la Administración, más propiamente, la formación de la voluntad administrativa, es el producto de un procedimiento, que en el caso particular de las concesiones de servicio público como el que se analiza, se contrae al procedimiento administrativo de licitación pública previsto en las leyes vigentes para la fecha en que fueron suscritos los documentos suplementarios denunciados. (Actualmente dicho procedimiento se efectúa conforme a las diversas modalidades de contratación previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas vigente).

Adicionalmente, se debe indicar que dichas exigencias jurídicas operarán con mayor fuerza para el caso que se analiza, relativo a la posibilidad de la Administración de modificar o no el referido contrato de concesión, cambiando su contenido original y prorrogando el lapso de extinción.

Así, en el caso particular del cumplimiento de los extremos legales exigidos para la suscripción del denominado Documento Suplementario o Primer Addendum al contrato de concesión original, se observa, tal y como fue indicado por la accionante, que en forma general, las condiciones mínimas exigidas por el ordenamiento en los casos de concesiones de servicios públicos otorgadas mediante licitación pública, se encontraban establecidas en el numeral 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, de la manera siguiente:

“...Artículo 42. Cuando se trate de las concesiones de servicios públicos a que se refiere el ordinal 5° del artículo anterior o de las concesiones para la explotación de bienes de la entidad por particulares, regirán las siguientes condiciones mínimas:

...*Omissis*...

10. Traspaso gratuito al Municipio, libre de gravámenes, de todos los bienes, derechos y acciones objeto de la concesión al extinguirse ésta por cualquier causa.

Se entiende por bienes afectos a la reversión, todos los necesarios para la prestación de servicios, salvo aquellos propiedad de terceros, cuya utilización hubiere sido expresamente autorizada por el Municipio.

Cuando por la naturaleza del servicio se requieren inversiones adicionales a las previstas en el contrato original, la reversión operará de acuerdo con las condiciones establecidas en los contratos suplementarios que se suscriban al efecto y en los cuales se establecerán la forma de indemnizar al concesionario la parte no amortizada...”. (negritas de la sentencia).

C. *Cláusulas exorbitantes*

TSJ-SPA (0753)

2-7-2008

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Rosario Salazar vs. Alcalde del Municipio Chacao (Nulidad del Contrato de Concesión para la prestación del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Chacao).

Ahora bien, en virtud que se ha dejado suficientemente establecido el carácter y la naturaleza administrativa de este documento cuya nulidad se solicita, así como también, la presencia indiscutible del elemento material, esto es, la satisfacción del interés público, resulta relevante a su vez, tener en cuenta, que el elemento formal de los contratos administrativos está constituido por los poderes exorbitantes de los cuales goza la Administración. Por consiguiente, su análisis resulta indispensable a la Sala a fin de establecer el estricto cumplimiento o no del primero de los requisitos de validez de los contratos establecidos en el referido artículo 1.141 del Código Civil.

En relación a dicho régimen exorbitante ha dicho la jurisprudencia de la Sala, que éste puede manifestarse en cláusulas expresas desarrolladas en el documento del contrato, pero que necesariamente debe traducirse en una serie de prerrogativas o privilegios en favor de la Administración, inexistentes en las relaciones de derecho privado.

Lo expuesto resulta relevante para este Máximo Tribunal, ya que precisamente la figura de la reversión constituye una de las llamadas cláusulas exorbitantes expresas, de allí la necesidad de que ésta se encuentre concretamente establecida en una ley o en un contrato y dicha cláusula consiste en que al término del contrato o una vez finalizada la gestión de servicio, comúnmente el concesionario debe traspasar gratuitamente al ente concedente los bienes y equipos afectados a la prestación del servicio.

Conforme a lo anterior se debe destacar que el Municipio Chacao, como cualquier otra entidad político territorial al contratar con un particular a los efectos de la prestación del servicio público, cuenta también, como se ha indicado, con una serie de prerrogativas exorbitantes que no aparecen estipuladas expresamente en una ley o en el propio texto del contrato de concesión y entre estas potestades destaca con particular relevancia la potestad de modificar unilateralmente el contrato (*ius variandi*), definido por la Sala, como la facultad de cambiar unilateralmente alguno o algunos de los términos del contrato original, no solamente en sentido cuantitativo, sino también, en ciertos casos, en sentido cualitativo.

Sin embargo, la misma jurisprudencia y la doctrina nacional han establecido que dicho poder se encuentra limitado o sujeto a ciertos parámetros, así a los efectos de determinar su legitimidad y legalidad, no sólo ha de tenerse en cuenta el hecho de haberse expresado en un documento formal que se adecue a los requisitos exigidos en la legislación vigente, el cual conforme al análisis que viene efectuando la Sala se considera cumplido en principio, sino

que dicha legitimidad, en el caso del ejercicio del *ius variandi*, deriva fundamentalmente de la prohibición de alterar la esencia misma del contrato original, de allí que cualquier modificación en uso de dichas potestades debe estar dirigida a satisfacer los intereses y las necesidades públicas.

D. *Caducidad*

TSJ-SPA (0847)

17-7-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Minas de San Miguel C.A. vs. Ministerio de Energía y Minas (hoy Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería).

La Administración no está obligada a abrir un procedimiento administrativo a los fines de declarar la caducidad de las concesiones mineras por imperar la discrecionalidad en su actuación, la cual siempre debe estar orientada a satisfacer el interés general en procura del bien común como finalidad primigenia del Estado social de derecho y de justicia previsto en el artículo 2 de la Constitución.

.....Conforme a la jurisprudencia antes transcrita la Administración en uso de su potestad de autotutela, no está obligada a iniciar un procedimiento administrativo toda vez que en materia de minas, las decisiones administrativas deben tener como fundamento una justa valoración y equilibrio entre un interés primario -el interés general- y un interés secundario - público o privado- que, en algunos casos y por razones de conveniencia deben ser dejados de lado en favor de ese interés primario.

Así pues, observa la Sala que, en casos como el de autos, la Administración no está obligada a abrir un procedimiento administrativo a los fines de declarar la caducidad de las concesiones mineras por imperar la discrecionalidad en su actuación, la cual siempre debe estar orientada a satisfacer el interés general en procura del bien común como finalidad primigenia del Estado social de derecho y de justicia previsto en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte, debe indicarse que ante los actos dictados por la Administración, los particulares cuentan con el control de la jurisdicción contencioso administrativa, la cual se erige como una garantía de los derechos de los administrados cuya esfera jurídica subjetiva resulte afectada.

En este sentido, advierte la Sala que en el caso bajo examen la Administración en uso de su potestad de autotutela para la consecución del interés general, al ser la materia de minas de eminente orden público, declaró la caducidad de los contratos de concesión minera suscritos entre la recurrente y la Corporación Venezolana de Guayana, mediante un acto administrativo en el cual se concluyó que la concesionaria incumplió con el lapso establecido en el contrato de concesión para dar inicio a la explotación de las minas de oro y diamantes de veta y aluvión, lo que va en detrimento de los intereses de la República Bolivariana de Venezuela.

Con fundamento en lo expuesto, debe concluirse que el Ministerio de Energía y Minas no se encontraba obligado a iniciar un procedimiento administrativo formal para dictar la Resolución recurrida. Así se declara.

.....Con fundamento en lo señalado, concluye la Sala que al dictar la Resolución recurrida la Administración no hizo más que aplicar las disposiciones contenidas en el Decreto N° 295 con Rango y Fuerza de Ley de Minas y, por tanto, actuó ajustada a derecho, razón por la cual se desestiman los alegatos formulados por la recurrente referentes a la improcedencia de la caducidad de los contratos de concesión de exploración y subsiguiente explotación de minas de oro y diamantes de veta y aluvión. Así se declara.

Desechados los alegatos esgrimidos por la parte actora contra la Resolución N° 388 del 17 de diciembre de 2004, debe esta Sala declarar sin lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto. Así se declara.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Contencioso Administrativo. Concepción*

CSCA

14-8-2008

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Oscar Alfonso Escalante Zambrano vs. Cabildo Metropolitano de Caracas.

Nuestro Sistema Contencioso Administrativo cambió de tener una concepción meramente objetiva (juicio al acto), a tener una concepción subjetiva (restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas) de las controversias jurídicas planteadas ante los distintos jueces que componen dicho sistema.

- Del carácter subjetivo del Sistema Contencioso Administrativo, como reflejo del Estado Social de Derecho y de Justicia consagrado en el Texto Fundamental:

A raíz de la influencia directa de la noción de Estado Social de Derecho y de Justicia - consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- nuestro Sistema Contencioso Administrativo cambió de tener una concepción meramente objetiva (juicio al acto), a tener una concepción subjetiva (restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas) de las controversias jurídicas planteadas ante los distintos jueces que componen dicho sistema.

En este propósito, es importante traer a colación que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 9 de mayo de 2006, caso *Cervecerías Polar Los Cortijos C. A.* y otras contra el artículo 211 del Decreto N° 1.546 con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, estableció la justificación e implicaciones de este cambio de concepción, de la siguiente forma:

“De este modo, el legislador, de acuerdo con el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, está facultado para establecer las condiciones de actuación del juez contencioso administrativo, para lo cual debe legislar en términos de disponer lo necesario para que el órgano jurisdiccional pueda lograr su cometido constitucional, como es el restablecimiento de las situaciones jurídicas de los particulares ante la actuación administrativa, independientemente del sentido activo o negativo de dicha actuación, lo cual conlleva a que frente a la omisión de la actividad administrativa, el juez contencioso pueda intervenir restableciendo los derechos o intereses eventualmente vulnerados.

Es esta la *ratio* de los poderes inquisitivos del juez contencioso, como un efecto de la concepción social y de justicia del Estado venezolano, caracterizado por una institucionalidad que se adecua a lo que sea oportuno y posible en un momento determinado. Para ello, se tiene en cuenta la situación real de los ciudadanos y se adoptan normativas que persiguen disminuir las desigualdades sociales, permitiendo que las personas ajenas al poder público o privado obtengan una mejor calidad de vida.

Ello implica que en materias relacionadas con el interés general, el Poder Público se abra paso mediante la intervención directa sobre determinadas circunstancias, a los fines de tutelar a la colectividad, lo cual guarda una incontrovertible relación con el *supra* referido carácter subjetivo del contencioso administrativo, cuyo desarrollo persigue la protección de las situaciones jurídicas de los particulares”. (Énfasis añadido por esta Corte)

De esta forma, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo considera que la situación planteada en el presente caso amerita la intervención de esta Sede Contencioso Administrativa, a los fines de considerar tanto la protección de situaciones jurídicas particulares (como la de los funcionarios públicos), como la adopción de medidas que disminuyan ciertas desigualdades que en materia de función pública han podido evidenciarse históricamente, ya que los órganos del Poder Público y dentro de éstos los Órganos Jurisdiccionales, deben desarrollar sus competencias con miras a equilibrar las situaciones de afectación tanto particular como colectivas, cuando existan razones de interés general u orden público.

A propósito de dichas competencias, en los procedimientos judiciales sobre materias que trascienden el interés particular, el Juez Contencioso Administrativo tiene poderes inquisitivos que se han de reflejar, en especial, en salvaguarda de las necesidades de la población o de un sector en particular, ya que es un atributo del Estado Social de Derecho y de Justicia, dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la actividad de los particulares y del propio Estado, en beneficio del colectivo.

Conforme a estos poderes, es que la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, en sentencia dictada el 9 de agosto de 2000, en el caso *Manuel Guevara*, declaró que, para restablecer la constitucionalidad de una determinada situación jurídica, el Juez tiene la potestad de determinar de oficio, en ejercicio de sus poderes inquisitivos, la mejor manera de restablecer la situación jurídica infringida al accionante, sin que éste haya realizado pedimento expreso al respecto.

Precisado lo anterior, arguye la parte apelante “que el [querellante] no presentó concurso alguno que lo clasificara como Funcionario de Carrera y no de Libre Nombramiento y Remoción”, circunstancia que, en virtud de lo que se indicará *infra*, justifica la intervención del juez contencioso administrativo, pretendiendo esta Corte evidenciar y aminorar el choque entre el modelo teórico que existe en nuestro sistema de función pública y la propia realidad, tomando en consideración que “si el sistema choca con la realidad, es aquél quien se rompe y que nuestro deber de juristas es el de constatarlo, tirar fuera los restos inútiles e ir formando otro que sea capaz de superar durante algún tiempo la gran prueba de la vida [...]” (Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón y NIETO, Alejandro: *El Derecho y el Revés, Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ediciones Ariel. Barcelona, España, 1998, p. 251). (Negritas de esta Corte)

Aunado a lo anterior, esta Corte evidencia el hecho de que, la cláusula del Estado de Derecho afecta directamente las principales manifestaciones jurídico-administrativas del Estado como tal, en especial, al tipo de normas jurídicas a las que queda sometida la Administración. De allí, que pueda considerarse que “[L]a Administración es el Estado personificado”, según la autora Josefa CANTERO MARTÍNEZ (Cfr. *El Empleo Público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Ediciones Marcial Pons, Barcelona, España. 2001. p. 37), por lo cual esta Sede Jurisdiccional considera que la conformación de la función pública en Venezuela debe responder a los postulados constitucionales, en especial a la visión de Estado que se encuentra consagrado en ésta, esto es, al Estado Social de Derecho y de Justicia, motivo por el cual no deberían tener lugar los modelos del Estado Liberal en materia de empleo público, tal como se precisará más adelante.

2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Regulación del procedimiento: Reducción de lapsos*

TSJ-SPA (0944)

6-8-2008

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: David Uzcátegui Campins vs. Contraloría General de la República.

Tratándose la reducción de lapsos de una situación excepcional que puede afectar sensiblemente el derecho al debido procedimiento de las partes, su uso debe ser restrictivo.

Analizados los alegatos expuestos por las partes en la oportunidad de los informes orales celebrados el 31 de julio de 2008, corresponde a la Sala pronunciarse sobre los pedimentos realizados en dicha oportunidad por la parte actora relativos a la supresión de la segunda etapa de la relación de la causa y a la medida cautelar subsidiaria que suspenda temporalmente los efectos del acto administrativo cuestionado.

I. En tal sentido se advierte que el recurrente solicitó la supresión de la segunda etapa de la relación de la causa y que la Sala pasara a dictar sentencia definitiva en el presente caso, al respecto se observa que la posibilidad de eliminar dicha etapa procesal no se encuentra prevista de manera expresa en las normas que rigen las funciones de este Alto Tribunal, previéndose, no obstante, en el aparte 15 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lo siguiente: “El Tribunal Supremo de Justicia podrá dictar sentencia definitiva, sin relación, ni informes, cuando el asunto fuere de mero derecho”.

Sobre esta posibilidad se ha pronunciado en anteriores oportunidades la Sala (sentencia N° 2583 del 5 de mayo de 2005 y sentencia N° 1.315 del 26 de julio de 2007), indicando al respecto lo siguiente:

“...Dispone el aparte 15 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, lo siguiente:

“(...) El Tribunal Supremo de Justicia podrá dictar sentencia definitiva, sin relación, ni informes, cuando el asunto fuere de mero derecho. (...)”

Al respecto, estima la Sala que no obstante haber sido consagrada la tramitación de mero derecho como una facultad que los jueces acuerdan de oficio en las causas sometidas a su potestad jurisdiccional, debe entenderse que tal situación excepcional de reducción de lapsos, puede ser también solicitada por las partes, cuando estén dados los extremos que serán aludidos infra.

En este orden de ideas, conviene destacar que la anormal reducción de las fases de relación e informes en el proceso contencioso, constituiría *prima facie* una sensible limitación a derechos fundamentales como el debido proceso y a la defensa de las partes (artículo 49 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), todo lo cual impone un uso restrictivo de este instituto procesal. Así, se advierte del estudio de la mencionada ley, que el legislador especial omitió dilucidar respecto de los escasos escenarios en los cuales procede esta peculiar reducción de lapsos, circunstancia que obliga a esta Máxima Instancia a precisar en el presente fallo, las causales de procedencia de la figura procesal en estudio.

En tal sentido, ante la ausencia de previsión legal que regule el supuesto sub examine, es menester acudir a las normas del proceso ordinario que consagren situaciones análogas, en cuanto sean compatibles con los principios sobre los cuales se erige el proceso contencioso administrativo, todo con el fin de obtener parámetros jurídicos racionales, para la procedencia de la solicitud anterior.

Dicho esto, constata la Sala la existencia de una figura procesal genérica consagrada en el artículo 389 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la reducción del lapso probatorio en el juicio ordinario, el cual prevé:

“Artículo 389: No habrá lugar a lapso probatorio:

1° Cuando el punto sobre el cual versare la demanda, aparezca, así por ésta como por la contestación, ser de mero derecho.

2° Cuando el demandado haya aceptado expresamente los hechos narrados en el libelo y haya contradicho solamente el derecho.

3° Cuando las partes, de común acuerdo, convengan en ello, o bien cada una por separado pida que el asunto se decida como de mero derecho, o sólo con elementos de prueba que obren ya en autos, o con los instrumentos que presentaren hasta informes.

4° Cuando la ley establezca que sólo es admisible la prueba instrumental, la cual, en tal caso, deberá presentarse hasta el acto de informes.

La norma transcrita precedentemente, consagra una variedad de situaciones procesales conforme a las cuales puede calificarse el examen judicial de una controversia, como un asunto de mero derecho, y acordar de este modo, la procedencia de la reducción del lapso probatorio en el procedimiento ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil.

No obstante tratarse de un instituto procesal establecido inicialmente para el juicio ordinario, ante el silencio de la ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal de Justicia, y como quiera que los extremos establecidos en la citada norma, no contrarían los principios que informan el proceso contencioso administrativo, esta Sala considera prudente, a los fines de evitar que el análisis de la presente solicitud sea casuístico y discrecional, aplicar por la remisión que hace la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela al Código de Procedimiento Civil, al caso de autos, los parámetros referidos en la mencionada norma, en cuyo caso decide contraer el examen de la solicitud, a la efectiva verificación, cuando menos de uno de éstos, en el caso que nos ocupa.

Ahora bien, del examen de las actas que integran el expediente, constata la Sala que en el caso de autos no se está en presencia de ninguno de los supuestos antes mencionados.

En efecto:

Examinado el recurso de nulidad interpuesto, se advierte que la controversia no está circunscrita a cuestiones de mera doctrina jurídica, a la interpretación de un texto legal o alguna cláusula de un contrato o de otro instrumento público o privado, que hagan presumir que la actividad jurisdiccional en el caso que nos ocupa está reservada únicamente, a verificar la correcta aplicación del derecho”.

Conforme al criterio jurisprudencial antes expuesto, tratándose la reducción de lapsos de una situación excepcional que puede afectar sensiblemente el derecho al debido procedimiento de las partes, su uso debe ser restrictivo, limitado únicamente a aquellos supuestos en que se verifiquen los extremos expresados en el fallo parcialmente transcrito *supra*. En el presente caso, habiendo transcurrido la fase probatoria del procedimiento e incluso el acto de informes orales, última actuación de las partes en relación con la materia litigiosa, resta por correr la segunda etapa de la relación de la causa, la cual de conformidad con el aparte 9 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es de veinte (20) días hábiles, pudiendo prorrogarse “por una sola vez, por el mismo tiempo, mediante auto razonado, cuando el número de piezas que conforma el expediente, la gravedad o complejidad del asunto u otras razones así lo impongan”.

Ahora bien, pese a haberse verificado la última actuación formal de las partes en el presente juicio, cual es el acto oral de informes, la etapa restante de relación de la causa tiene por finalidad la culminación del estudio del expediente por parte de los Magistrados, y la evaluación y valoración de los alegatos y las probanzas aportadas por las partes a los fines de precisar el derecho aplicable al caso concreto.

En el presente caso, las partes debaten entre otros aspectos sobre la magnitud de los ilícitos administrativos cuya comisión originó la imposición de la sanción de inhabilitación al recurrente, así como la verificación de los extremos necesarios para la aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

De esta forma es necesario, previo a emitir un pronunciamiento definitivo, valorar los alegatos y las probanzas que cursan en autos, a los fines de determinar si los hechos acaecidos se subsumen en el supuesto previsto en el aludido artículo y si el mismo fue aplicado conforme a derecho por parte del Contralor General de la República.

Así las cosas, no tratándose la cuestión debatida de un asunto de mero derecho, sino que su análisis exige el estudio de las circunstancias fácticas verificadas en el presente caso, considera la Sala que no procede la supresión de la segunda relación de la causa solicitada por la parte recurrente. Así se declara.

B. *Suspensión de efectos del acto administrativo*

TSJ-SPA (1013)

18-9-2008

Magistrado Ponente: Emiro Antonio García Rosas

Caso: Esmeralda Catalina Ramböck Contreras vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

La medida preventiva de suspensión de efectos procede sólo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, es decir, que la medida sea necesaria a fin de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar que el fallo quede ilusorio y que, adicionalmente, resulte presumible que la pretensión procesal principal resultará favorable, sin descartar la adecuada ponderación del interés público involucrado.

C. *Sentencia. Vicio de Incongruencia.*

CSCA

14-8-2008

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Oscar Alfonso Escalante Zambrano vs. Cabildo Metropolitano de Caracas.

La Corte analiza seguidamente la procedencia del vicio de incongruencia.

.....Dicho lo anterior, como fundamento del recurso de apelación ejercido por la parte recurrida, la representación judicial del Cabildo Metropolitano del Distrito Capital señaló en su escrito de fundamentación a la apelación que el a quo incurrió en el vicio de incongruencia al dictar decisión sin considerar “el alegato manifestado por es[e] órgano distrital en su escrito de contestación a través del cual manifest[ó], que el acto administrativo que destituye al querellante, adolece del vicio de inmotivación [pues] el funcionario no presentó concurso alguno que lo clasificara como Funcionario de Carrera”.

Ello así, cabe destacar que uno de los axiomas fundamentales que rige a la decisión judicial es el principio de congruencia, conforme al cual el Juez debe decidir todo lo alegado y sólo lo alegado en autos, sin poder sacar elementos de convicción no presentes en los autos salvo que provengan de causales expresamente permitidas por la ley (*ergo*: los hechos notorios).

Conforme a este principio, el Órgano Jurisdiccional debe someter su decisión a los planteamientos de hecho que les hayan sido puestos bajo su conocimiento por las partes; de allí que no le es dable al Juez salirse de los límites de la controversia tal cual le ha sido presentada por éstas.

Es por ello que el ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil prevé que:

“ Toda sentencia debe contener:

(...*omissis*...)

5° Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia (...).”

Asimismo, la consagración legislativa del principio de congruencia de la sentencia la encontramos en el artículo 12 *eiusdem*, cabe destacar que doctrinariamente, se ha entendido a este precepto como la sana correspondencia que debe existir en la decisión judicial entre el petitorio de la demanda y la contestación, es decir, la conformidad del veredicto judicial con el *thema decidendum* del asunto.

Ello así, cabe señalar que a través de la sentencia N° 01996 del 25 de septiembre de 2001 (caso *Inversiones Branfema S.A.*), la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dejó sentado respecto del vicio de incongruencia negativa, lo siguiente:

“(...) De acuerdo a las exigencias impuestas por la legislación procesal, toda sentencia debe contener una decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse la instancia’ (ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil).

Para cumplir con este requisito de forma exigido para los fallos judiciales, la decisión que se dicte en el curso del proceso no debe contener expresiones o declaratorias implícitas o sobreentendidas, por el contrario, el contenido de la sentencia debe ser expresado en forma comprensible, cierta, verdadera y efectiva, que no dé lugar a dudas, incertidumbres, insuficiencias, contradicciones o ambigüedades, debiendo para ello ser exhaustiva, es decir, pronunciarse sobre todos los pedimentos formulados en el debate, y de esa manera dirimir el conflicto de intereses que le ha sido sometido en el proceso.

Estas exigencias de carácter legal, como requisitos fundamentales e impretermitibles que deben contener las sentencias, han sido categorizados por la jurisprudencia como: el deber de pronunciamiento, la congruencia y la prohibición de absolver la instancia.

En cuanto a la congruencia, dispone el segundo precepto del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil que la decisión debe dictarse ‘con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas’. Luego, cuando no existe la debida correspondencia formal entre lo decidido y las pretensiones y defensas de las partes, se produce el vicio de incongruencia, el cual se manifiesta cuando el juez con su decisión, modifica la controversia judicial debatida, bien porque no se limitó a resolver sólo lo pretendido por las partes, o bien porque no resolvió sobre algunas de las pretensiones o defensas expresadas por los sujetos en el litigio. Precisamente ante el segundo supuesto citado, se estará en presencia de una incongruencia negativa, visto que el fallo omite el debido pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones procesales de las partes en la controversia judicial (...)” (Negrillas de esta Corte).

Como puede desprenderse de la aludida decisión, el vicio de incongruencia negativa se presenta cuando el Juzgador deja de analizar alguno de los puntos de la litis sometidos a su consideración y decisión, deber legal que la doctrina procesal ha denominado “principio de exhaustividad de la sentencia”, manifestación consustancial del deber juzgador de decidir sobre todo lo alegado y probado en autos.

Ahora bien, en el caso de marras, se aprecia que efectivamente el a quo dejó de analizar el alegato de la representación judicial de la parte querellada relacionado con que el querellante no ingresó a la Administración a través de la figura del concurso preceptuada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que, según alegó dicha representación en la contestación a la querrela, ello ocasionaba que el actor no ostentara la condición de

funcionario de carrera, incurriendo así en uno de los presupuestos de procedencia de la sanción de nulidad del fallo estatuido en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, norma que dispone:

“Será nula la sentencia: por faltar las determinaciones indicadas en el artículo anterior; por haber absuelto de la instancia; por resultar la sentencia de tal modo contradictoria que no pueda ejecutarse o no aparezca que sea lo decidido; y cuando sea condicional, o contenga *ultrapetita*”. (Negrillas de la Corte).

De la norma transcrita se observa que el legislador sanciona la presencia del vicio de incongruencia con la nulidad del fallo que lo contiene, por cuanto entiende que un veredicto en estos términos no propende a la búsqueda de la verdad y la justicia, *desideratum* de la labor judicial, sino a todo lo contrario: a la arbitrariedad; patentizada en la circunstancia de que podría llegar a aceptarse que los argumentos de un litigante sean concienzudamente analizados y los de su adversario no, quebrantándose así el equilibrio, estabilidad e imparcialidad que deben caracterizar a la función jurisdiccional. Por tal motivo este Órgano Jurisdiccional, en apego al imperativo legal antes invocado, declara la nulidad de la sentencia recurrida por haber incurrido en el vicio de incongruencia. Así se decide.

D. Perención

TSJ-SPA (1051)

25-9-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Abbott Laboratories, C.A. vs. Ministerio del Poder Popular para la Salud.

La perención de la instancia como un modo de terminación anormal del proceso, deviene en un medio diseñado por la ley, con el propósito de evitar que los procesos se perpetúen y los órganos de administración de justicia se vean obligados a procurar la composición de causas en las que no existe interés en su continuación por parte de los sujetos procesales.

3. *El Contencioso Administrativo Especial: El Contencioso Administrativo Electoral. Intervención de terceros*

TSJ-SE (135)

12-8-2008

Magistrado Ponente: Juan José Nuñez Calderon

Caso: José Planchart Castro vs. Consejo Nacional Electoral

En un recurso contencioso electoral pueden intervenir como terceros adhesivos los partidos políticos, los grupos electorales y las personas naturales y jurídicas que detentan un interés jurídico actual y pretendan, con sus argumentos, ayudar a vencer en el proceso a cualesquiera de las partes, sin que, en modo alguno, puedan sustituirse en la condición de la parte misma, salvo que del análisis de su condición resulten calificados como “tercero verdadera parte”.

De la intervención del tercero:

Consta en autos que habiendo sido emplazadas todas aquellas personas que tuvieran interés en intervenir en el recurso, mediante la publicación de cartel, comparecieron en fecha 03 de junio de 2008, los ciudadanos IRWIN DEPABLOS DÍAZ y ROMMEL J. HERNÁNDEZ, ya identificados, y señalaron que “[p]or cuanto la Resolución que se impugna en el presente juicio afecta [su] elección (...) como miembros de la Junta Directiva del Sindicato

SUTCNE y siendo plenamente interesados (...) estando dentro del plazo legal, [se] hacen parte en el presente recurso contencioso electoral" (corchetes de la Sala). Asimismo, se evidencia que en fecha 12 de junio de 2008 compareció ante la Sala el ciudadano JOSÉ R. NIETO LAFE, acompañado de los dos (2) ciudadanos prenombrados, a los fines de oponerse a las pruebas promovidas por la parte recurrente, señalando que se presentaban como "...terceros interesados en la presente acción".

En tal sentido, a objeto de pronunciarse sobre la admisibilidad de dicha intervención es necesario atender a las consideraciones generales que, en relación con esta particular figura procesal, prevén los artículos 370 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, aplicables en virtud de la remisión contenida en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en concordancia con el primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, conforma a los cuales se determina la cualidad para actuar como tercero en juicio.

También es necesario observar que el interés que se requiere para intervenir como tercero en un proceso como el que nos ocupa, encuentra su regulación en la disposición contenida en el artículo 236 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que señala quiénes pueden interponer un recurso contencioso electoral con la cualidad de parte y, por vía de consecuencia, estas previsiones resultan aplicables a aquellas personas que pretendan coadyuvar a la posición de quienes califiquen como partes en un proceso judicial concreto.

Cabe advertir que en un recurso contencioso electoral pueden intervenir como terceros adhesivos los partidos políticos, los grupos electorales y las personas naturales y jurídicas que detentan un interés jurídico actual y pretendan, con sus argumentos, ayudar a vencer en el proceso a cualesquiera de las partes, sin que, en modo alguno, puedan sustituirse en la condición de la parte misma, salvo que del análisis de su condición resulten calificados como "*tercero verdadera parte*", en los términos que la doctrina de esta Sala ha acogido y establecido a partir de la sentencia N° 16, de fecha 10 de marzo de 2000 (caso *Allan Brewer-Carías*), la cual expresó:

...en virtud de la ausencia de regulación en esta materia en el procedimiento contencioso administrativo, se impone la aplicación del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia [hoy primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela], y por tanto el examen de las disposiciones que sobre la intervención de terceros consagra el Código de Procedimiento Civil, pero sin entrar a analizar de manera exhaustiva cada una de las figuras que en el mismo se regulan. Por tanto, debe tomarse únicamente en consideración la correspondiente 'intervención adhesiva', la cual ya fue examinada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 26 de septiembre de 1991 (caso *Rómulo Villavicencio*), distinguiendo entre las intervenciones de terceros que ostentan el carácter de partes y los terceros adhesivos simples, y en tal sentido expresó: 'será parte si se alega un derecho propio, de acuerdo con el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, o será tercero adhesivo simple si alega un simple interés. Por lo tanto, a tenor del propio artículo 381 citado, puede haber terceros intervinientes cuyo carácter en juicio sea de verdaderas partes'...

Señalado lo anterior, esta Sala observa que los ciudadanos JOSÉ RAFAEL NIETO LAFE, IRWIN DEPABLOS DÍAZ y ROMMEL HERNÁNDEZ, alegaron actuar como miembros de la Junta Directiva de SUTCNE, elección que fue ratificada en el acto administrativo de contenido electoral cuya impugnación representa el objeto del recurso contencioso electoral de autos.

Por su parte, el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil al cual se refiere la decisión de esta Sala parcialmente transcrita, establece lo siguiente:

Cuando según las disposiciones del Código Civil, la sentencia firme del proceso principal haya de producir efectos en la relación jurídica del interviniente adhesivo con la parte contraria, el interviniente adhesivo será considerado litisconsorte de la parte principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 147.

Visto el contenido de la norma transcrita, por una parte, y, por la otra, que no representa un hecho controvertido que los referidos ciudadanos forman parte de las autoridades de la organización SUTCNE, toda vez que se impugna, precisamente, su capacidad para postularse y ser electos para los cargos que ocupan en dicha Junta Directiva, la Sala observa que el fallo de mérito producirá efectos directos en el status quo de los ciudadanos JOSÉ RAFAEL NIETO LAFE, IRWIN DEPABLOS DÍAZ y ROMMEL J. HERNÁNDEZ, con relación al acto emanado del Consejo Nacional Electoral, en la medida en que la presente decisión ratificará, anulará o modificará el acto impugnado que, justamente, se pronunció en relación con el presunto incumplimiento por parte de dichos ciudadanos, como miembros de la Junta precedente, de rendir cuenta oportuna de su gestión, de conformidad con lo establecido en el artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo, en razón de lo cual, la Sala declara que las prenombradas personas, con base en la doctrina expuesta, califican como “*terceros verdadera parte*” para este proceso judicial, y así se establece.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad*

A. *Admisibilidad: Requisitos del libelo*

TSJ-SC (1192)

22-7-2008

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Alejandro González V. y María Estela Zannella T. vs. Asamblea Nacional (Las Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013).

El recurrente debe hacer una correcta articulación entre aquellos actos o normas legales cuya constitucionalidad se cuestiona y los preceptos, principios o valores constitucionales que le sirven de fuente.

Para que la pretensión esgrimida por los actores pueda ser encauzada correctamente a través de las formas procesales que rigen el juicio de nulidad contra actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, según la competencia atribuida por el artículo 336.4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se requiere una correcta articulación entre aquellos actos o normas legales cuya constitucionalidad se cuestiona y los preceptos, principios o valores constitucionales que le sirven de fuente, pues así el Juez Constitucional en la oportunidad de resolver el mérito del asunto, evaluará una posible antinomia entre las normas confrontadas y en caso de detectar alguna contradicción, procederá a la anulación de las normas legales o actos que no se ajusten a las pautas impuestas por el Constituyente.

En tal sentido, el legislador impuso en el párrafo diez del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que toda demanda de nulidad deberá indicar “(...) *el acto impugnado, las disposiciones constitucionales y legales cuya violación se denuncie y las razones de hecho y de derecho en que se funde la acción. Si la nulidad se concreta a determinados artículos, a ellos se hará mención expresa en la solicitud, indicándose respecto de cada uno de ellos la motivación pertinente (...)*”.

Tales requisitos formales, en criterio de la Sala, se corresponden con una carga procesal estatuida con el propósito de fijar aquellos parámetros objetivos a los que deberá atender la Sala para enjuiciar la constitucionalidad o legalidad de la norma, de ser el caso, sin perjuicio

de la potestad que tiene la Sala de ejercer el control concentrado de constitucionalidad de la ley sobre aspectos no denunciados si están inmiscuidas la supremacía, preservación y efectividad de aquellos principios, normas y valores constitucionales que le compete tutelar (ex artículo 335 constitucional).

Ahora bien, en el presente caso en la forma como los actores explanaron sus argumentos, juzga la Sala que se limitaron a citar los extractos de los capítulos de “(...) *las Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013, aprobadas por la Asamblea Nacional el 13 de diciembre de 2007*”, y a enumerar una serie de artículos constitucionales, sin realizar un análisis coherente y estructurado de lo impugnado y las normas constitucionales vulneradas, así como el gravamen en su esfera de derechos e intereses, no indicando de qué manera específica resultan vulnerados los artículos denunciados (Vid. Sentencia de esta Sala N° 1593/2007).

Siendo ello así, la Sala reiterando el criterio establecido en otros fallos (Vid. Sentencias N° 3001/2003, 2195/2007 y 152/2008, entre otras), considera que la presente solicitud es de tal modo oscura y confusa, que la posibilidad de que la parte actora corrigiera la misma implicaría la necesidad de plantearla de nuevo.

En virtud de ello, esta Sala considera que la pretensión procesal plasmada en el escrito contentivo de la acción está formulada de tal modo, que resulta imposible su tramitación, lo cual conlleva declarar inadmisibles la misma conforme a lo estipulado en el párrafo 6 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuyo tenor expresa:

“Se declarará inadmisibles la demanda, solicitud o recurso cuando así lo disponga la ley; o si el conocimiento de la acción o recurso compete a otro tribunal; o si fuere evidente la caducidad o prescripción de la acción o recurso intentado; o cuando se acumulen acciones o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles; o cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción o recursos es admisible; o cuando no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; o si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos; o es de tal modo ininteligible que resulte imposible su tramitación; o cuando sea manifiesta la falta de representación o legitimidad que se atribuya al demandante, recurrente o accionante; o en la cosa juzgada” (Destacado de este fallo).

En consecuencia, conforme al dispositivo procesal antes transcrito, esta Sala declara inadmisibles la demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercida por los ciudadanos Alejandro González V. y María Estela Zannella T., contra “(...) *las Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013, aprobadas por la Asamblea Nacional el 13 de diciembre de 2007* (...)”. Así se decide. En virtud del carácter instrumental y accesorio de la medida cautelar innominada, resulta inoficioso cualquier pronunciamiento en torno a ésta. Así se decide.

Aunado a lo anterior, la Sala debe llamar la atención sobre la coherencia en el ejercicio de las acciones, recursos y solicitudes que dispone el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos de los particulares, a los fines de garantizar de forma efectiva el desarrollo de la actividad jurisdiccional, en razón de lo cual, se exhorta a los recurrentes, que extremen el cuidado en la elaboración de sus escritos, lo cual supone el necesario estudio previo que le permita al actor determinar la claridad y sensatez de los fundamentos de su pretensión, sin limitarse a señalar un número de artículos del Texto Constitucional sin realizar un análisis concatenado con la debida coherencia y determinación de los motivos de impugnación, elemento que no se advirtió en el caso de autos (Vid. Sentencia de esta Sala N° 152/2008). Así se declara.

Voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado que suscribe disiente de la mayoría respecto del fallo que antecede, por las siguientes razones:

La sentencia declaró la inadmisión de la demanda de nulidad que, por razones de inconstitucionalidad, se intentó contra las *Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-20013* que aprobó la Asamblea Nacional el 13 de diciembre de 2007. Tal declaratoria se fundamentó en que la demanda es ininteligible y confusa, de acuerdo con el artículo 19 Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, porque, según la mayoría sentenciadora, no se determinaron en forma específica las normas constitucionales que supuestamente fueron violadas por parte del acto que se impugnó.

En criterio del salvante, en la narrativa del veredicto –concretamente, sus páginas 3, 4 y 5- se evidencia no sólo la coherencia en la estructura argumental de la demanda sino también cuáles son las normas constitucionales que los demandantes consideran vulneradas por cada uno de los diferentes Capítulos del Plan que se cuestionó. En otras palabras, la propia narrativa demuestra que no hacía falta un análisis extraordinario para el entendimiento de cuáles son las delaciones de inconstitucionalidad que se alegaron en este caso. Asimismo, el petitorio de la demanda, que es su objeto por excelencia, es también lo suficientemente claro: se solicitó la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de las *Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-20013* que aprobó la Asamblea Nacional el 13 de diciembre de 2007. En consecuencia, por cuanto estaban suficientemente claras tanto las denuncias de inconstitucionalidad como la pretensión objeto de la demanda, ésta no debió declararse inadmisibles, mucho menos por ininteligible. Por el contrario, quien suscribe como disidente considera que la demanda sí era admisible y así debió declararlo esta Sala.

De otra parte, se observa que los precedentes, que se citan en la parte motiva de la sentencia que antecede como justificación para que no se haya ordenado el despacho saneador, no son aplicables, pues todos se refieren a demandas de amparo constitucional, mientras que en el caso de autos se está en presencia de una pretensión de nulidad por razones de inconstitucionalidad, en la que era imperativa la aplicación del artículo 5, aparte segundo, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, norma que establece:

De conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad, **en cuyo caso no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público.**

En consecuencia, si la mayoría sentenciadora consideraba que había deficiencias graves en la demanda, estaba en el deber de suplir cualquier deficiencia del pretensor en lo que respecta a los términos en que se planteó la demanda de inconstitucionalidad, bien de manera directa bien a través del requerimiento de aclaratoria o reforma del escrito que la contiene pero, se insiste, no debió negar la admisión de la misma. Queda así expresado el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado.

B. *Medidas Cautelares*

TSJ-SC (1394)

14-8-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Jairo Santeliz vs. Concejales. Municipio Puerto Cabello (Ordenanza sobre Sistema de Remuneración y Seguridad Social Integral de los Concejales y Concejalas del Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo).

Las premisas fundamentales para el otorgamiento o no de solicitudes cautelares innominadas en procedimientos de nulidad por motivos de inconstitucionalidad, son (i) el carácter excepcional de la inaplicación de una norma; (ii) la verosimilitud del derecho que se dice vulnerado o amenazado; (iii) la condición de irreparable o de difícil reparación por la definitiva de la situación jurídica o derecho que se alega como propio; (iv) la posibilidad efectiva de que se produzcan nuevos daños a la parte actora u otras personas por la aplicación de la norma cuya nulidad se pretende; y (v) la necesidad de evitar perjuicios en la satisfacción de intereses comunes a todos los integrantes de la sociedad

2. *Acción de Colisión de Leyes*

TSJ-SC (1250)

31-7-2008

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Concejo Municipal del Municipio Naguanagua del Estado Carabobo Acción de Colisión de leyes entre el artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y los artículos 35 (*in fine*) y 95 (numeral 21) *eiusdem*.

Sólo existe colisión normativa cuando se está en presencia de dos o más supuestos de hecho iguales a los que se les asigna distinta consecuencia jurídica. De allí el problema: ante un mismo supuesto de hecho, no se sabe, en principio, cuál norma aplicar

.....En criterio de la parte accionante, existe colisión entre el artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y los artículos 35 (*in fine*) y 95 (numeral 21) *eiusdem*.

Según relató, el artículo 56 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal disponía que los concejales no devengaban sueldo, sino “dietas por asistencia a las sesiones de la Cámara y de las Comisiones”, lo cual fue modificado por la Ley Orgánica sobre Emolumentos y Jubilaciones de Altos Funcionarios de las Entidades Federales y Municipales del año 1996, con la intención –en palabras del actor- de poner fin “al caos de las dietas desmesuradas y sin ningún parámetro técnico que devengaban no sólo los Concejales y miembros de Juntas Parroquiales, sino Legisladores Regionales, Gobernadores y Alcaldes, entre otros funcionarios”.

Conforme expuso la parte accionante, la Ley Orgánica sobre Emolumentos y Jubilaciones de Altos Funcionarios de las Entidades Federales y Municipales no sólo limitó las cantidades que podrían recibir los funcionarios de elección popular, sino que además estableció que su remuneración respondería a la noción de emolumentos, lo cual abarcaría “todos los ingresos, percepciones, bonos, viáticos etc”.

Relató asimismo que según el artículo 147 de la Constitución de 1999, por Ley especial podrían fijarse límites razonables a los emolumentos de los funcionarios nacionales, estatales y municipales. Esa Ley se dictó en 2002 -la Ley Orgánica de Emolumentos para los Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios-, incluyendo en su ámbito de aplicación a los concejales y miembros de juntas parroquiales. En esa Ley se habría precisado, conforme expuso el accionante- lo que debe entenderse por emolumentos, además de reconocer la posibilidad de que los concejales y miembros de juntas parroquiales –entre otros funcionarios- disfruten de bonos por fin de año y vacaciones.

Sin embargo, sostuvo el actor que según dictamen de la Contraloría General de la República, del año 2002, los concejales y miembros de juntas parroquiales sólo devengan dietas

por asistencia a sesiones, que se habría basado en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y que habría sido reiterado en el año 2005. En criterio del accionante, ello implica negar los efectos de la Ley Orgánica de Emolumentos para los Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios, creando “todo un caos en el seno de los Concejales y miembros de las Juntas Parroquiales, puesto que muchas autoridades municipales (Alcaldes y Síndicos) han impedido, por todo género de vericuetos jurídicos”, el pago de los bonos por fin de año y vacaciones.

El actor destaca que el artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal remite a la ley especial, en lo relacionado con los límites “de las remuneraciones que correspondan por el desempeño de la función pública de alcalde o alcaldesa, de los concejales o concejalas y de los miembros de las juntas parroquiales”, lo cual no habría hecho más que dar efectividad al artículo 147 de la Constitución. Esa norma debió servir –para el actor– de fundamento para que la Contraloría General de la República modificase su criterio, al ser indudable que para el caso de la remuneración de concejales y miembros de juntas parroquiales se aplica la Ley Orgánica de Emolumentos para los Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios. Sin embargo, la Contraloría General de la República lo habría reiterado, con lo que siguen los concejales y miembros de juntas parroquiales imposibilitados de percibir los bonos de fin de año y vacaciones.

Ahora bien, el actor expuso que ha sido la propia Ley Orgánica del Poder Público Municipal la que contribuyó a la situación que relata en su libelo, pues “por un error del legislador, para ser condescendiente”, en dos disposiciones menciona que los concejales (artículo 95, numeral 21) y miembros de juntas parroquiales (artículo 35, *in fine*) perciben dietas, lo que ha significado que en la práctica se ha dado preferencia a esas disposiciones sobre el referido artículo 79, sin reparar en que es éste el desarrollo del artículo 147 del Texto Fundamental.

Por su parte, la representación de la Procuraduría General de la República se opuso a la declaratoria de colisión, por cuanto en su criterio todo parte de “una errónea interpretación” de las normas invocadas.

Según el opositor a la acción, del artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no se desprende la inclusión de “ningún otro beneficio o percepción adicional, tales como las bonificaciones de fin de año, aguinaldos y el bono vacacional, los cuales surgen como consecuencia de una relación laboral”. Por el contrario, es del criterio de que a los funcionarios de elección popular no les son extensibles los derechos de contenido económico-social previstos en la Ley del Estatuto de la Función Pública y la Ley Orgánica del Trabajo, por ser esos textos aplicables a los funcionarios de carrera y a los trabajadores del sector público.

Sobre la controversia, planteada en los términos expuestos, la Sala observa:

Ha sido jurisprudencia constante de la Sala que su competencia en el caso de la acción de colisión se circunscribe a determinar, frente a contradicciones normativas y con base en los principios generales del Derecho, cuál disposición debe prevalecer, a fin de impedir la existencia de reglas que conduzcan a soluciones incompatibles (v. por todas, sentencia N° 889/2001).

En tal sentido, la Sala reitera que sólo existe colisión normativa cuando se está en presencia de dos o más supuestos de hecho iguales a los que se les asigna distinta consecuencia jurídica. De allí el problema: ante un mismo supuesto de hecho, no se sabe, en principio, cuál norma aplicar. En esos casos, la labor del intérprete –de la Sala, si se trata de acción judicial– es escoger, con base en ciertos principios, la consecuencia que corresponda. Por tanto, basta con que los supuestos de hecho de cada norma sean diferentes para que no sea posible plantear una acción de colisión.

La determinación previa de los supuestos de hecho es, de tal modo, esencial. Tal como lo ha advertido la Sala, “las normas son creadas por el legislador para regular un conjunto de relaciones jurídicas, a través de preceptos generalmente abstractos o generales, para abarcar dentro de un mismo dispositivo conductas afines”, por lo que se “se encuentran estructuradas por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica” (sentencia N° 2344/2001).

Únicamente es posible hablar de colisión entre normas cuando la diferencia se encuentre en la consecuencia jurídica, siempre que haya identidad de supuestos de hecho. Cualquier otro problema derivado de la aplicación de las normas, que no resulte de una divergencia como la indicada –es decir, que no sea una verdadera colisión normativa-, tendrá sus propios medios de resolución.

En la acción de colisión lo que se plantea es un problema de cumplimiento de normas que obedece a ellas mismas. Si bien el Derecho es un conjunto de reglas que deben ser acatadas, no es posible cumplirlas cuando ante una misma situación, el operador jurídico desconoce cuál es realmente la norma que debe atender, pues se le presentan varias como solución.

Por ello, la Sala, citando la doctrina nacional más autorizada al respecto, ha destacado que “sólo podrá hablarse de colisión cuando las consecuencias que una y otra ley afecten a un mismo supuesto de hecho, además de ser incompatibles, sean consecuencia necesaria del supuesto de hecho afectado. O sea, dicho en forma más precisa, la incompatibilidad entre las dos consecuencias jurídicas no debe resultar sólo de su contenido, sino de la obligatoria simultaneidad de su cumplimiento” (sentencia N° 953/2006).

La Sala ha sido, de ese modo, constante al afirmar que “la colisión de normas parte de la existencia de diferentes disposiciones que estén destinadas a regular en forma diferente una misma hipótesis”, por lo que “la aplicación de una de las normas implica la violación del objeto de la otra norma en conflicto” o “impide la ejecución de la misma” (sentencia N° 265/2000). Cumplir una norma, en casos de colisión, significa incumplir otra o hacerla ineficaz.

Es evidente que la coexistencia de consecuencias diversas frente a idénticos supuestos de hecho atenta contra la seguridad jurídica, por lo que debe ser eliminada, a través de la determinación de la aplicabilidad de una sola de las normas, desplazándose al resto. Es un medio de depuración del Derecho, que se libra de los elementos de perturbación y garantiza la coherencia del orden jurídico. Si bien es inevitable que surjan conflictos normativos, sí es posible hacer cesar su efecto perjudicial en el sistema.

En puridad, la resolución de conflictos normativos es una actividad común a cualquier operador jurídico, pues todos están en la necesidad de precisar, ante eventuales colisiones, la norma que estiman aplicable. Sin embargo, es el Máximo Tribunal el único con poder suficiente para que su declaración tenga carácter obligatorio y, en consecuencia, deba ser seguida por todo aquel que, en un momento dado, se enfrente al dilema de aplicar una u otra norma. La sentencia que dicta la Sala, de naturaleza declarativa, elimina de manera definitiva la incertidumbre sobre una situación controvertida (al respecto, sentencia N° 2161/2006).

Ello hace que la acción de colisión de normas sea el instrumento procesal idóneo para tales situaciones. En el caso de autos, la parte actora asevera que hay dos normas de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal que están en conflicto con una tercera norma, contenida en esa misma ley. El texto de los artículos, en los apartados que guardan relación con la presente acción, es el que a continuación se transcribe:

“Artículo 35

(...)

La no presentación de la memoria y cuenta en forma organizada y pública por parte del miembro de la Junta Parroquial, tendrá como consecuencia inmediata la suspensión de dieta, hasta tanto cumplan con este deber”.

“Artículo 79

La ley orgánica que rige la materia prevé la modalidad y el límite de las remuneraciones que correspondan por el desempeño de la función pública de alcalde o alcaldesa, de los concejales o concejalas y, de los miembros de las juntas parroquiales. El sistema de remuneración de los demás funcionarios del respectivo Municipio deberá ser compatible con aquéllas y sostenible para las finanzas municipales”.

“Artículo 95

Son deberes y atribuciones del Concejo Municipal:

(...)

21. Los concejales y concejalas deberán presentar dentro del primer trimestre del ejercicio fiscal respectivo, de manera organizada y pública a los electores de la jurisdicción correspondiente, la rendición de su gestión legislativa y política del año inmediatamente anterior, en caso contrario, se le suspenderá la dieta hasta su presentación.

(...)”

Según la representación del Concejo Municipal del Municipio Naguanagua del Estado Carabobo, la colisión se presentaría por cuanto existe una norma (el artículo 79) que, con carácter general, se refiere a las remuneraciones de los alcaldes, concejales y miembros de juntas parroquiales y remite a una ley especial para la fijación de sus límites, mientras que hay dos disposiciones (los artículos 35, *in fine* y 95, cardinal 21) que parecen restringir tales remuneraciones a una sola clase (las llamadas dietas).

Para la parte accionante, es claro que debe entenderse que la mención a tales dietas es un “error del Legislador”, por cuanto el espíritu del Constituyente está verdaderamente reflejado en el artículo 79, el cual conduce a la aplicación de la ley especial en la materia. Con base en ese criterio, estima la actora que es desacertada la posición mantenida por la Contraloría General de la República, que ha restringido las remuneraciones de los concejales y miembros de juntas parroquiales a las correspondientes dietas por asistencia a sesiones.

Observa la Sala, sin embargo, que las normas transcritas no contienen el mismo supuesto de hecho, para atribuirles diferentes consecuencias jurídicas: el artículo 35 (en su parte final) ordena la suspensión de la dieta de los miembros de las juntas parroquiales en caso de no presentar la memoria y cuenta de su gestión; en sentido similar, el artículo 95, en su cardinal 21, ordena la suspensión de las dietas si los concejales no presentan informe anual de su gestión; el artículo 79 no tiene ninguna relación con esos supuestos, sino que remite a la ley especial para lo relacionado con el límite de las remuneraciones de alcaldes, concejales y miembros de juntas parroquiales.

Como puede notarse, los artículos 35 y 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal tienen similitud en los supuestos de hecho y en la consecuencia jurídica: la falta de presentación de determinados informes conduce a la suspensión del pago de dietas. El artículo 79, en cambio, nada dispone al respecto, sino que es sólo una norma de remisión. A causa de tal remisión, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no regula los límites de las remuneraciones de alcaldes, concejales y miembros de juntas parroquiales, sino que admite que sea otro texto legal el que lo haga, en consonancia con la disposición contenida en el artículo 147 de la Carta Magna.

Para la representación del Concejo del Municipio Naguanagua del Estado Carabobo, como de los demás Concejos Municipales intervinientes en la presente causa, el problema radica en que los artículos 35 y 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal hacen pensar que la remuneración de concejales y miembros de juntas parroquiales se limita a las dietas por asistencia a reuniones, cuando en realidad abarcan todos los aspectos que indique la ley especial en la materia (precisamente aquella a la que remite el artículo 79 *ejusdem*). No se trata, según se deduce del libelo, de un asunto teórico, sino de una controversia en la que está involucrada la Contraloría General de la República, la cual, según lo alegado por el accionante, es del criterio de que esos altos funcionarios locales no deben recibir bonos por fin de año o por vacaciones.

No es difícil observar, expuesto lo anterior, que en realidad la parte accionante lo que pretende de la Sala es la resolución de la controversia con la Contraloría General de la República, a la que se le imputa darle a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal un alcance incorrecto, en desprecio del texto expreso de la Ley Orgánica de Emolumentos para los Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios.

En el libelo se ha planteado una supuesta colisión normativa, la cual es evidente que no existe, en el entendido de que no se trata de normas que regulen la misma situación con soluciones distintas. Como se ha visto, los artículos 35 y 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no regulan emolumentos, sino supuestos de suspensión de la dieta de los concejales o miembros de juntas parroquiales. Los aludidos artículos denominan de forma disímil las remuneraciones de los concejales; pero en esa denominación no subyace colisión de norma alguna porque cada norma regula supuestos de hecho distintos. En definitiva, la pretensión última de la parte actora es que se interprete qué debe entenderse por dieta y qué debe entenderse por emolumento de cara a determinar los límites de la potestad del Contralor General de la República, pretensión que escapa de la competencia de la Sala pues la interpretación de norma legales corresponde a la Sala afín con el tema debatido.

En ese sentido, esta Sala ha declarado la improcedencia de acciones de colisión en casos en que, como el de autos, en realidad existe una controversia que no tiene su origen en un conflicto de normas. Así, por ejemplo, la Sala ha declarado:

“Al respecto, debe esta Sala señalar que, si bien los recurrentes realizaron en su recurso una serie de afirmaciones y alegaciones en lo atinente al sistema de valoración de las pruebas, tanto en el sistema inquisitorio como en el acusatorio, expresando la imposibilidad jurídica de que los Juzgados de Transición actúen conforme a lo establecido en la normativa dispuesta en los artículos 502, 506 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal, a la luz del principio del juez natural, tales alegatos no corresponden propiamente a la argumentación de un recurso por colisión, pues excedieron el objeto de la norma, que es en definitiva donde se centran las supuestas colisiones normativas, y realizaron de este modo una serie de argumentaciones que atañen más a la validez constitucional de las potestades otorgadas a los tribunales de transición, que a la imposibilidad técnica de la coexistencia de ambas normas” (sentencia N° 2344/2001).

Según se observa, en ese caso la Sala negó la procedencia de la acción de colisión de normas cuando la real pretensión del accionante fuese la determinación de la validez de alguna de ellas. La acción de colisión, se insiste, no está prevista para juzgar validez, sino aplicación preferente.

En el mismo sentido, la Sala sostuvo en otro caso:

“(…) el alegato formulado por la parte recurrente más que apoyar una colisión que no existe, se traduce en una preocupación del recurrente en relación a que la excepción prevista en la Ley de Licitaciones que permite la adjudicación directa en determinados casos, pueda convertirse -en virtud de una mala practica- en la regla, y que por tanto, se relaje el procedimiento de licitación tal y como lo establece la Ley de la materia.

Esta preocupación no puede conducir a la declaratoria de una colisión de leyes, pues no existe una incompatibilidad en los textos de las mismas, muy por el contrario, dicha inquietud debe canalizarla el recurrente por otros canales (órganos administrativos que ejercen la función contralora) en el caso de que tenga conocimiento y prueba de que existe un uso irregular y desmesurado de la adjudicación directa como modo excepcional de contratación” (sentencia N° 953/2006).

En ese caso, la Sala reiteró su posición acerca del alcance de la acción de colisión, por lo que resulta improcedente ventilar a través de ella asuntos que en realidad pudieran representar violaciones al texto legal. En el Estado de Derecho existen remedios –administrativos y judiciales- para procurar el respeto de la legalidad.

Si lo que denuncia el accionante es que la Contraloría General de la República viola la Ley Orgánica de Emolumentos para los Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios y, con ello, el artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, debió ejercerse la acción pertinente, si es que el criterio de ese órgano del Poder Ciudadano hubiere tenido como efecto impedir el goce de los beneficios económicos a los que la parte actora estima que tienen derecho los concejales y miembros de juntas parroquiales.

Por lo expuesto, esta Sala declara improcedente la presente acción de colisión, Así se declara.

Voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado que suscribe disiente de la mayoría respecto del fallo que antecede, por las siguientes razones:

La sentencia declaró la improcedencia de la demanda por colisión de leyes que se intentó entre el artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y los artículos 35 y 95, cardinal 21 de la misma Ley, bajo el argumento de que tales preceptos regulan supuestos jurídicos distintos, por lo que –según la mayoría- mal puede haber colisión entre ellos y, asimismo, se argumentó que “en realidad la parte accionante lo que pretende de la Sala es la resolución de la controversia con la Contraloría General de la República, a la que se le imputa darle a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal un alcance incorrecto...”.

Ahora bien, se observa que el texto de esos preceptos es el siguiente:

Artículo 35

(...)

La no presentación de la memoria y cuenta en forma organizada y pública por parte del miembro de la Junta Parroquial, tendrá como consecuencia inmediata la suspensión de la dieta, hasta tanto cumplan con este deber.

Artículo 79

La Ley Orgánica que rige la materia prevé la modalidad y el límite de las remuneraciones que correspondan por el desempeño de la función pública del alcalde o alcaldesa, de los concejales o concejalas y, de los miembros de las juntas parroquiales. El sistema de remuneración de los demás funcionarios del respectivo municipio deberá ser compatible con aquéllas y sostenible para las finanzas municipales.

Artículo 95

Son deberes y atribuciones del Concejo Municipal:

(...)

21 Los concejales y concejalas deberán presentar dentro del primer trimestre del ejercicio fiscal respectivo, de manera organizada y pública a los electores de la jurisdicción correspondiente, la rendición de su gestión legislativa y política del año inmediatamente anterior, en caso contrario, se le suspenderá la dieta hasta su presentación.

El salvante considera que si bien es cierto, como afirmó la mayoría sentenciadora, que los artículos 35, 79 y 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal regulan formalmente supuestos jurídicos distintos, no lo es menos que unas normas inciden en las otras, lo que implica que, en efecto, subyace una colisión normativa: ¿la ley regula un sistema de remuneraciones especiales o dispone el pago de dietas a ciertos funcionarios municipales? En otras palabras, no hay formalmente colisión, pero se trata de normas de igual jerarquía que inciden unas en la otra y que hacen referencias a modos de remuneración distintos, pues, de una parte, el artículo 79 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal remite la regulación de la materia a una ley orgánica especial que, según se planteó en juicio, sería la Ley Orgánica de Emolumentos para los altos funcionarios y funcionarias de los Estados y Municipios en desarrollo del artículo 147 de la Constitución, mientras que, de otra parte, los artículos 35 y 95.21 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal hacen referencia a las dietas como forma remunerativa de los mismos funcionarios, esto es, los concejales y miembros de las juntas parroquiales.

En consecuencia, este disidente considera que la Sala debió pronunciarse sobre el fondo del asunto, a través del señalamiento de cuál es la correcta y armónica interpretación de los tres preceptos en lo que respecta al régimen jurídico de las remuneraciones de los miembros de las juntas parroquiales y de los concejales, con la unificación de la terminología que unos y otro utilizan, con lo cual se evitarían los conflictos de *iure* que, en la práctica, suscita la duda interpretativa frente a la contraposición de unas y otras normas jurídicas.

Queda así expresado el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado.

3. *Revisión de sentencias en materia constitucional*

TSJ-SC (1137)

11-07-2008

Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero López

Caso: Trina Jacqueline González Cortez vs. Decisión Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo.

Mediante la solicitud de revisión, no es dable a los justiciables cuestionar lo afirmado en un determinado fallo, alegando que quien juzgó no debió emplear tal o cual fundamento, plasmado como consecuencia de la actividad propia del juez; pues estas actuaciones soberanas, la aplicación o interpretación del derecho por parte de los órganos judiciales, no puede revisarse a menos que de ella se derive una infracción del Texto Fundamental, lo cual incluye desacato a alguna doctrina jurisprudencial asentada por la Sala, que inste a esta máxima juzgadora de la constitucionalidad el ejercicio de su potestad extraordinaria.

TSJ-SC (1152)

11-7-2008

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Pedro Daniel Álvarez y Alejandro Chirinos vs. Decisión de la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala Constitucional, al momento de la ejecución de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de solicitudes que pretendan la revisión de actos jurisdiccionales que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial.

.....Es pertinente la aclaración de que esta Sala, al momento de la ejecución de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia en cuanto a la admisión y procedencia de solicitudes que pretendan la revisión de actos jurisdiccionales que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial; de allí que esta Sala tenga facultad para la desestimación de cualquier solicitud de revisión, sin ningún tipo de motivación, cuando, en su criterio, se verifique que la revisión que se pretende, en nada contribuye a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, en virtud, pues, del carácter excepcional y limitado que exhibe la revisión.

En el caso *sub iudice*, la representación judicial de los pretenses de autos requirió la revisión del veredicto en cuestión debido a que, en su criterio, la Sala de Casación Social "...contradice y desacata el criterio vinculante de esta honorable Sala Constitucional respecto a la perención del Recurso de Casación, violando asimismo normas legales (art. 7, C. P. C.), los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la tutela jurídica efectiva de (sus) representados". Observa esta Sala Constitucional que la representación judicial de los solicitantes incurrió en una confusión de términos procesales, por cuanto el acto de juzgamiento objeto de la solicitud de revisión no declaró la perención de la instancia, sino el perecimiento del recurso de casación que interpusieron los peticionarios, en razón de la falta de formalización de dicho recurso, consecuencia jurídica que está expresamente dispuesta en la ley adjetiva laboral (ex art. 171).

Por otra parte, resulta evidente que los legitimados activos, dentro de sus argumentaciones, no encuadraron sus delaciones en alguno de los supuestos que fueron dispuestos para la procedencia de la solicitud de revisión; pues sólo pretenden, mediante este mecanismo de protección constitucional, el cuestionamiento de un acto de juzgamiento que emitió la Sala de Casación Social de este Supremo Tribunal en perfecta armonía normativa, en el que declaró perecido el recurso de casación por una falta de formalización de dicho mecanismo extraordinario de impugnación, a consecuencia de una evidente negligencia de la representación judicial de los actores.

En efecto, contrario a lo que señaló la representación judicial de los peticionarios, consta en autos (folio 28) que el Juzgado Superior Segundo del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas sí admitió el recurso de casación; por tanto, nada les impedía su formalización. En consecuencia, no se produjo ningún agravio a sus derechos constitucionales.

Ahora bien, en atención a la diuturna doctrina de esta Sala Constitucional sobre el objeto de su potestad discrecional y extraordinaria de revisión, se aprecia que las denuncias que se hicieron no constituyen fundamentación para su procedencia, pues dicha Sala de Casación Social declaró, razonadamente, el perecimiento del recurso de casación, juzgamiento que fue hecho por esa Sala en cabal ejercicio de su función de juzgar.

En razón de ello, esta Sala, en la sentencia que recayó en el caso *Corpoturismo*, del 6 de febrero de 2001, estableció que:

(...) esta Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión, (...) sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales (...)

Como consecuencia de todo lo que fue expuesto y, en virtud de que esta Sala considera que la revisión que se pretendió no contribuiría con la uniformidad jurisprudencial, además de que dicho fallo no se subsume en ninguno de los supuestos de procedencia que, previa y reiteradamente, ha fijado esta Sala, debe declararse que no ha lugar a la revisión que fue pretendida. Así se decide.

4. *Acción de Amparo Constitucional*A. *Diferencia con la acción de habeas data*

TSJ-SC (1261)

1-8-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Eduardo Castañeda Acuña y Claudia Juliana Castañeda Acuña vs. Dirección Nacional de Identificación y Extranjería en San Antonio del Táchira.

El aspecto diferenciador fundamental entre el amparo y el hábeas data, está en el hecho de que a través del primero no se pueden constituir derechos, sino restablecer los mismos. Por tanto, cuando se denuncie una violación de alguno de los derechos que enumera el artículo 28 de la Constitución, la vía idónea y procedente es el amparo; en cambio, cuando la circunstancia no constituya ninguna denuncia de violación concreta, sino la solicitud de actualización, rectificación, destrucción de datos falsos o erróneos, lo procedente es una demanda de hábeas data.

Debe previamente esta Sala determinar su competencia para conocer de la acción interpuesta de conformidad con el criterio sostenido por este órgano jurisdiccional en su sentencia N° 332 del 14 de marzo de 2001 (caso *INSACA*), y con fundamento en la letra b) de la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, para lo cual es preciso hacer inicialmente la distinción entre la acción de *habeas data* y la acción de amparo, con el fin de determinar el tribunal competente para el conocimiento de los derechos que se incluyen en el artículo 28 constitucional.

Al respecto, cabe destacar como aspecto diferenciador fundamental entre el amparo y el *hábeas data*, el hecho de que a través del primero no se pueden constituir derechos, sino restablecer los mismos. Por tanto, cuando se denuncie una violación de alguno de los derechos que enumera el artículo 28 de la Constitución, la vía idónea y procedente es el amparo; en cambio, cuando la circunstancia no constituya ninguna denuncia de violación concreta, sino la solicitud de actualización, rectificación, destrucción de datos falsos o erróneos, lo procedente es una demanda de *hábeas data*.

En este sentido, el artículo 28 Constitucional señala que:

“Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

Para decidir la Sala ratifica, que el citado artículo 28 establece el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas haya sido compilada por otras, mediante mecanismos manuales o informáticos, que registran y almacenan datos e informaciones sobre sí mismas o sobre sus bienes, y que el uso de tales registros pueda afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, por lo que a fin de protegerlos, la Constitución prevé en el artículo 28 antes citado: 1) El derecho de conocer la existencia de tales registros. 2) El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o vinculada a comunidades o a grupos de personas. 3) El derecho de respuesta, lo que permite al individuo con-

trolar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él. 4) El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra. 5) El derecho de actualización, a fin que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo. 6) El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto. 7) El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afecten ilegítimamente los derechos de las personas.

En este orden de ideas, en sentencia del 14 de marzo de 2001 (Caso *INSACA*), la Sala señaló lo siguiente:

“De la lectura del artículo 28 citado, que se refiere a registros, se deduce que el derecho a conocer, y el llamado habeas data en general, no funciona en relación a expedientes de trabajos que reposan en un archivo, a datos sueltos que alguien tenga sobre otro, anotaciones en diarios o papeles domésticos o comerciales, sino que funciona con sistemas -no solo informáticos- de cualquier clase de ordenación de información y datos sobre las personas o sus bienes, con fines de utilizarlos en beneficio propio o de otros, y que real o potencialmente pueden serlo en forma perjudicial contra aquellos a que se refiere la recopilación. Se trata, por lo tanto, de bancos de datos, no referidos a alguien en particular, con independencia de que estén destinados a producir informaciones al público. Los registros objeto del habeas data, como todo registro, son compilaciones generales de datos sobre las personas o sus bienes ordenados en forma tal que se puede hacer un perfil de ellas, de sus actividades, o de sus bienes. Los registros oficiales, y por tanto los privados, objeto de la norma, tienen un sentido general, ellos están destinados a inscribir documentos, operaciones, actividades, etc., de las personas en determinados campos o temas, por lo que se trata de codificaciones de series de asuntos que forman patrones, matrices y asientos temáticos, que tienen repercusión sobre las personas en general, así sean ajenas a las actividades que se recopilan y las personas no las conozcan, y tal criterio debe ser aplicado al ‘registro’ de datos e informaciones a que se refiere el artículo 28 constitucional” (Resaltado de este fallo).

Sobre este aspecto observa la Sala que, en el caso de autos, lo alegado por la parte accionante se refiere a la presunta negativa de la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería a expedirle nuevamente al padre de los solicitantes la cédula de identidad, por lo que estima que, de conformidad con el criterio jurisprudencial antes citado, el presente caso no se refiere al derecho de respuesta, actualización, rectificación y destrucción de los datos de identificación del padre de los accionantes.

Por el contrario, la acción está dirigida a que se ordene “a la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería en San Antonio del Táchira, se proceda de inmediato a tramitar la regulación del documento identificación (Cédula de Identidad) del ciudadano EDUARDO CASTAÑEDA MURILLO...”.

En consecuencia, luego de analizar el caso *sub júdice*, esta Sala estima que está en presencia de una acción de amparo y no de un *habeas data* -como fue referido por la parte accionante- por la presunta violación en que incurrió la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería ubicada en San Antonio del Táchira al negarle al padre de los accionantes la expedición de una nueva cédula de identidad, razón por la cual esta Sala Constitucional resulta incompetente para conocer de la presente acción de amparo, por lo que su conocimiento corresponde a los tribunales superiores en materia contencioso administrativo. En razón de lo anterior, se declina la competencia en el Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Región Los Andes. Así se declara.

Voto salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

Quien suscribe, Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora, que declaró incompetente a esta Sala Constitucional para conocer de la acción de *habeas data* intentada por los ciudadanos Jair Eduardo Castañeda Acuña y Claudia Juliana Castañeda Acuña, en nombre del ciudadano Eduardo Castañeda Murrillo contra la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería, ubicada en

San Antonio del Táchira, al estimar que se trataba de una acción de amparo constitucional, por lo que declinó el conocimiento de la misma en el Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Región de Los Andes.

Al efecto, en el presente caso se alegó que, al ciudadano Eduardo Castañeda Murillo le habían negado en varias oportunidades la renovación de su cédula de identidad como extranjero, en razón de la existencia de unos antecedentes –policiales o penales- en su contra por la presunta comisión del delito de posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Asimismo denunciaron que tal situación vulneraba los derechos al libre desenvolvimiento e identidad del referido ciudadano, razón por la cual la acción de *habeas data* había sido interpuesta por los hijos del supuesto afectado, a fin de que se le ordenara a la Dirección Nacional de Identificación y Extranjería en Caracas y en San Antonio del Estado Táchira corregir la falta cometida para regularizar la situación relacionada con la documentación de su identificación.

Así entonces, con base en tales alegatos la parte actora calificó su acción como de *habeas data*, calificación que comparte quien disiente del fallo que antecede, toda vez que la pretensión formulada requiere de un procedimiento indagatorio, en virtud del cual se debe determinar la viabilidad o no de la corrección de los datos denunciados, propio del *habeas data*, razón suficiente para estimar que la presente acción, sí encuadra dentro del derecho de actualización y corrección contenido en el artículo 28 Constitucional, y no podía ser entendida como una acción de amparo constitucional dirigida contra la negativa de la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería para renovar el referido documento.

Por otro lado pudo advertirse que las personas que figuran como accionantes en el escrito de interposición y que otorgaron poder al abogado Juan Luis Augusto Suárez Novoa para intentar la presente acción, son los ciudadanos, Jair Eduardo Castañeda Acuña y Claudia Juliana Castañeda Acuña, aún cuando, la información contenida en los registros de la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería que se pretende corregir, actualizar o destruir pertenece y afecta exclusivamente la esfera de derechos del ciudadano Eduardo Castañeda Murrillo, padre de los mencionados ciudadanos.

En tal sentido, resulta oportuno acotar que el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala en su encabezado que “*Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados (...)*” De esta manera y desde el inicio, dicha norma deja claro el carácter personal que ostenta este tipo de acción, toda vez que la representación para actuar en juicio va a nacer en la medida que exista información errónea o desactualizada que afecte ilegítimamente los derechos de una persona, siendo en este caso, el ciudadano Eduardo Castañeda Murrillo, el único llamado a accionar contra la transgresión de derechos de la que está siendo objeto, de conformidad con lo expuesto en la aludida disposición. La única excepción que contempla la Constitución a este carácter personal –en lo que se refiere a acciones de protección constitucional- está contenida en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, que autoriza a que “*...la acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona...*”, dada la situación del afectado por la privación ilegítima de su libertad que no le permite procurarse por sí mismo tal defensa.

Ello así, debió la mayoría sentenciadora precisar que la sola representación que se atribuyeron las accionantes Jair Eduardo Castañeda Acuña y Claudia Juliana Castañeda Acuña en el escrito de interposición, no era suficiente para que esta Sala le reconociera como válida la actuación de los mencionados ciudadanos en la presente acción, toda vez que, los mismos no son víctimas de la presunta lesión constitucional causada por los datos erróneos o desactualizados, y ni la condición de hijos es suficiente, de conformidad con lo expuesto, para ser considerados parte actora en este proceso, aun cuando estas filiaciones estén perfectamente demostradas en los autos con la presentación de las partidas de nacimiento.

De allí, que la resolución más expedita, favorable a los intereses de las partes y en concordancia con lo alegado por estas, era la declaratoria de inadmisibilidad de la acción de *habeas data* intentada por los hijos de la presunta víctima de la lesión, de conformidad con lo establecido en el quinto aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, vista la falta de representación. Por lo que reconducir la acción interpuesta como de *habeas data* a una de amparo constitucional, y consecuentemente declinar la competencia a un Juzgado Superior Civil y Contencioso, resulta contrario constitucional de celeridad procesal; y además, no modificaría el hecho de que la acción fue presentada por personas que carecen de representación para actuar en nombre del verdadero afectado.

Queda así expresado el criterio de la Magistrada disidente.

B. *Objeto*

a. *Omisiones administrativas*

TSJ-SC (1024)

7-7-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Ascader Contreras Uzcátegui vs. Contralor General de la República.

La existencia de la pretensión por abstención, frente al amparo constitucional, no excluye la posibilidad de interposición de demandas de amparo contra omisiones administrativas, en la medida en que éstas sean violatorias de derechos fundamentales y, además, cuando dicha pretensión por abstención no garantice la eficaz satisfacción de la pretensión.

Pasa esta Sala a conocer del asunto planteado, para lo cual se observa, que el punto medular de las denuncias formuladas por el actor, se refiere a la presunta lesión de los derechos de petición, de información, y a la oportuna y adecuada respuesta, y, al respecto, este Máximo Órgano Jurisdiccional ha señalado que la demanda por abstención o carencia, que según el criterio reiterado de esta Sala puede ser ejercido conjuntamente con pretensión cautelar (*Vid.* Sentencia N° 971 del 16 de junio de 2008), es el medio judicial ordinario en la que caben las pretensiones procesales cuyo objeto sean omisiones o inactividades de carácter administrativo del Estado -*Vid.* Sentencia de la Sala N° 547/04-, incluso aquellas -equivocamente denominadas- omisiones genéricas consecuencia de la falta de oportuna y adecuada respuesta a las solicitudes que den lugar a actuaciones de rango sub legal.

Ahora bien, en esa misma decisión, esta Sala señaló expresamente que la existencia de esa vía contencioso administrativa ordinaria (la pretensión por abstención), frente al amparo constitucional, no excluye la posibilidad de interposición de demandas de amparo contra omisiones administrativas, en la medida en que éstas sean violatorias de derechos fundamentales y, además, cuando dicha pretensión por abstención no garantice la eficaz satisfacción de la pretensión. Así, en esa oportunidad se dispuso:

“(…) *Entre otras, en el fallo de 30-6-00 (caso Nora Eduvigis Graterol) que anteriormente se citó, esta Sala señaló que ‘Las abstenciones u omisiones de los órganos del Poder Público que violen o amenacen violar derechos o garantías constitucionales, específicamente el derecho de petición y oportuna respuesta pueden ser atacadas por medio de la acción de amparo constitucional, tal y como se desprende de los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales’.*

(…)

Ahora bien, y según se estableció en la misma decisión de 30-6-00, 'no toda omisión genera una lesión constitucional' y de allí que sea imperativo el análisis de cada caso concreto para la determinación de si, en el mismo, es procedente el amparo constitucional ante la violación al derecho de petición, análisis que dependerá de si existen o no, frente a este caso, vías contencioso-administrativas ordinarias capaces de dar satisfacción al derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta.

La idoneidad de la vía procesal ordinaria para la satisfacción de ese derecho dependerá, en primer lugar, de que pueda dar cabida a la misma pretensión que habría de plantearse en estos casos a través de la demanda de amparo constitucional, pretensión que no es otra que la condena a la Administración a que decida expresa y adecuadamente, que es a lo que da derecho, se insiste, la garantía de oportuna y adecuada respuesta (...).

De manera que la existencia de un medio procesal ordinario no puede eliminar, *per se*, la procedencia de las demandas de amparo constitucional frente a omisiones de la Administración Pública. No podría ser de otra manera, pues el sostenimiento de tal argumento implicaría contradicción con el texto expreso de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuyo artículo 5 preceptúa que "(...) la acción de amparo procede contra todo, acto administrativo, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional", y más grave aún, implicaría el desconocimiento de que la posibilidad del ejercicio de un amparo constitucional en defensa de los derechos y garantías constitucionales no es una mera opción procesal, sino que es, en sí mismo, un verdadero derecho constitucional, pues, de conformidad con el artículo 27 de la Constitución, "(...) toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución (...)" (Destacado de la Sala).

En el caso de autos, aun cuando se alegó que la supuesta omisión de respuesta violó derechos fundamentales, no se evidencia de las actas del expediente que exista una situación de hecho que permita afirmar que el actor y sus representados pudieran sufrir una lesión inevitable o irreparable por la circunstancia de utilizar y agotar la vía judicial previa, ya que en forma alguna existen elementos de convicción que permitan determinar que el contencioso administrativo sea insuficiente para restablecer la situación infringida, o que su procedimiento -dada la naturaleza de la infracción alegada- no cumple con la finalidad de lograr la protección de los derechos constitucionales presuntamente lesionados.

Sobre la base de lo señalado, no puede considerarse a la acción de amparo constitucional como la única vía idónea y eficaz para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica alegada como infringida, toda vez que, como lo ha reiterado la Sala en diversos fallos, no toda trasgresión de derechos y garantías constitucionales está sujeta de inmediato a la tutela del amparo, ya que para ello existen las vías procesales ordinarias -como la ya indicada- en las cuales todos los jueces de la República deben restituir la situación jurídica infringida, antes que la lesión se haga irreparable.

En refuerzo de tal aserto, la Sala reitera el criterio sentado en su sentencia N° 963 del 5 de junio de 2001, recaída en el caso "José Ángel Guía", que estableció:

"(...) la acción de amparo constitucional, opera en su tarea específica de encauzar las demandas contra actos, actuaciones, omisiones o abstenciones lesivas de derechos constitucionales, bajo las siguientes condiciones:

a) Una vez que los medios judiciales ordinarios han sido agotados y la situación jurídico constitucional no ha sido satisfecha; o

b) Ante la evidencia de que el uso de los medios judiciales ordinarios, en el caso concreto y en virtud de su urgencia, no dará satisfacción a la pretensión deducida.

La disposición del literal a), es bueno insistir, apunta a la comprensión de que el ejercicio de la tutela constitucional por parte de todos los jueces de la República, a través de cualquiera de los canales procesales dispuestos por el ordenamiento jurídico, es una característica inmanente al sistema judicial venezolano; por lo que, en consecuencia, ante la interposición de una acción de amparo constitucional, los tribunales deberán revisar si fue agotada la vía ordinaria o fueron ejercidos los recursos, que de no constar tales circunstancias, la consecuencia será la inadmisión de la acción sin entrar a analizar la idoneidad del medio procedente, pues el carácter tuitivo que la Constitución atribuye a las vías procesales ordinarias les impone el deber de conservar o restablecer el goce de los derechos fundamentales, por lo que bastaría con señalar que la vía existe y que su agotamiento previa 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 solo aquellos normales que, de manera clara, se manifiesten ejercitables y razonablemente exigibles (...)” (Subrayado de esta sentencia).

Tal criterio fue ampliado posteriormente por esta Sala, indicando que "(...) [a]hora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no solo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmitirlo si este pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente (...)” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 2.094 del 10 de septiembre de 2004, caso *José Vicente Chacón Gozaine*).

Precisado lo anterior y visto que las razones invocadas por la actora no son suficientes para rechazar el empleo de la vía procesal ordinaria, esta Sala declara inadmisibile la acción de amparo constitucional ejercida de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

b. *Vías de hecho: Inadmisibilidad*

TSJ-SC (1024)

7-7-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: *Ascender Contreras Uzcátegui vs. Contralor General de la República.*

Ahora bien, para decidir la Sala observa del confuso y contradictorio escrito presentado por la representación judicial de Aduanera Kosmar C.A., que la denuncia que fundamenta la interposición de la presente acción versa sobre la decisión de la Gerencia de la Aduana Principal Aérea de Maiquetía, tomada por los funcionarios reconocedores que fueron del “criterio de aplicar la medida de comiso”, a su decir, sin que mediara procedimiento ni acto administrativo alguno, en vista de que la constancia emitida por Sencamer estaba vencida.

Respecto a esta denuncia, se observa que a lo largo del escrito no se indica la fecha en la cual ocurrieron los hechos denunciados ni la razón por la cual se alega que no media ningún acto administrativo que sustente tal decisión, pues de las actas que conforman el expediente se desprende que sí existe un expediente administrativo en la Aduana Principal Aérea de Maiquetía, signado con el número DUA N° 10784 del 11 de febrero de 2005.

Observa la Sala que la parte actora acompañó con su solicitud una serie de recaudos, sin embargo, no consignó ni aún copia simple de los documentos que sustentan o demuestran la veracidad de su denuncia. Por el contrario, solicitó en el escrito libelar al a quo requiriera a la Gerente de la Aduana Principal Aérea de Maiquetía, el expediente con todas las actuaciones.

Esta solicitud debe ser desechada por el jurisdicente en virtud de que conforme lo pauta el 52 de la Ley Orgánica de Aduanas, “[c]oncluido el reconocimiento documental y/o físico, según sea el caso, se dejará constancia de las actuaciones cumplidas, de las objeciones de los interesados, si las hubiere, y de los resultados del procedimiento. No será necesario levantamiento de acta de reconocimiento cuando no hubieren surgido objeciones en el procedimiento respectivo, bastando la firma y sello del funcionario competente. En caso de objeciones, el acta deberá ser suscrita por los comparecientes y uno de sus ejemplares se entregará al interesado al concluir el acto”, es decir, que en principio dicha documentación debería estar en poder de la accionante; no obstante, como se evidencia de sus dichos dichas actuaciones no fueron consignadas en virtud de que Aduanera Kosmar, C.A., ha “realizado las gestiones ante mi [su] representada para alcanzar los objetivos solicitados, pero por motivos ajenos a mis [sus] intenciones, entre ellas que las oficinas están ubicadas en el Municipio Vargas, no se ha recibido en mi [su] Despacho los documentos; al efecto realizo[a] gestiones ante la División de Asuntos Jurídicos del SENIAT de Avenida Libertador, Distrito Capital, para las copias del expediente administrativo”.

Dicho argumento verifica entonces una inercia absoluta por parte de la actora, que en ningún caso justifica la prescindencia de las pruebas fundamentales, pues, el juez no puede, ni siquiera por la vía del auto para mejor proveer, suplir la negligencia de la carga incumplida por el accionante, ya que si ello lo hiciera, estaría rompiendo la igualdad procesal, el equilibrio que debe existir entre las partes dentro de sus respectivas posiciones y derechos procesales, menos aún cuando se alega que ello se debe a que las oficinas están ubicadas en el Estado Vargas, sitio en el cual se supone desarrollan principalmente sus actividades como agente aduanal, ya que nadie puede prevalerse de su propia torpeza (*nemo auditur propiam turpitudinem suam allegans*).

Aunado a lo anterior, ello demuestra que resulta falsa la afirmación hecha por ésta cuando alega que la situación jurídica infringida no proviene de acto administrativo alguno sino de unas supuestas vías de hecho no demostradas, las cuales se dan cuando la Administración pasa a la acción sin interponer acto alguno, es decir, con falta absoluta de decisión o acto previo; y segundo, cuando existe el acto pero fue dictado fuera de la competencia o al margen del procedimiento establecido por la ley. Respecto al segundo punto, también existe vía de hecho en aquellos supuestos en los que aun existiendo acto previo y siendo éste perfectamente regular, la actividad material de ejecución excede del ámbito cubierto por el acto en cuestión cualitativa y cuantitativamente. En estos casos existe una falta de cobertura, equivalente a la inexistencia del acto previo. (Cfr. Sentencia N° 912 del 5 de mayo de 2006).

En lo que respecta ya al mérito del recurso ejercido, observa la Sala que la decisión dictada por la primera instancia constitucional estimó inadmisibles el amparo objeto de estas actuaciones, al considerar que la presunta agraviada debió agotar el recurso de amparo tributario para controlar una supuesta dilación en la que habría incurrido la Administración Aduanera en brindarle una respuesta tempestiva a la solicitud que aquélla había planteado.

La Sala no comparte la decisión del a quo cuando concluyó que la lesión deviene por el hecho de que la “Gerencia Aduana Principal Aérea de Maiquetía no le diera respuesta a la solicitud formulada el 29 de abril de 2005, a los fines que emitiera una decisión administrativa para poder ejercer los recursos respectivos”, pues ello no fue denunciado, y el juez, salvo que se trate de cuestiones de orden público, no puede concluir que la lesión deviene de un hecho que no fue alegado en el libelo sino que fue producto de la revisión de las actas que conforman el expediente, pues si bien es cierto, el juez es quien conoce el derecho, éste conforme a dicha facultad puede calificar o reconducir la acción, pero no suplir argumentos para crear una demanda basada en hechos no manifestados.

Retomando el asunto que atañe a esta Sala, respecto a la falta de consignación de los recaudos necesarios para la tramitación de la acción, se debe acotar que en materia de amparo, al igual que en cualquier otra clase de demandas, deben ser incorporados a los autos todos los instrumentos de los cuales se deduzca inmediatamente el fundamento de la pretensión. La omisión de tal aporte a los autos, impide al juez constitucional constatar siquiera la existencia de la situación jurídica aducida y -menos aún- de las transgresiones constitucionales delatadas, de modo que imposibilita cualquier pronunciamiento respecto de la admisibilidad de la pretensión.

En atención a esta circunstancia, la ya inveterada doctrina de esta Sala ha dispuesto como requisito imprescindible para el caso del amparo en contra de órganos jurisdiccionales, que tales instrumentos se produzcan junto con el libelo de la demanda de amparo, al menos en copia simple -si la urgencia así lo ameritare- siempre y cuando se incorpore un ejemplar auténtico del acto impugnado en la audiencia constitucional (*vid.* SC N° 07/2000, caso *José Amando Mejía*).

En el caso del amparo intentado contra entes administrativos, cabe predicar la misma regla, pues, la Administración manifiesta su voluntad (salvo casos de excepción) a través de decisiones (actos administrativos) que, por su carácter documental, deben ser incorporados a las actas de un proceso, en casos de que no exista acto administrativo alguno, la vía no sería el amparo tal como lo ha dispuesto esta Sala en innumerables sentencias -ver sentencia N° 1937 del 21 de noviembre de 2006 (para materia tributaria) y la N° 912 del 5 de mayo de 2006 (para contencioso administrativo)-.

D. Admisibilidad

a. Corrección y omisiones del libelo

TSJ-SC (1175)

16-6-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Aduanera Kosmar, C.A. vs. Decisión Juzgado Superior Tercero de lo Contencioso Tributario la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La facultad de despacho subsanador prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, permite al juez exigir del presunto agraviado las aclaraciones que sean conducentes respecto del contenido esencial de su petición. En cambio, las iniciativas probatorias que al mismo juez acuerda el artículo 17 *eiusdem* sólo han de ser ejercitadas en supuestos en los que medie el orden público o exista la imposibilidad justificada para el accionante de aportar los instrumentos conducentes

Si bien esta exigencia no aparece contenida en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales -puesto que esta norma sólo prevé los *requisitos formales indispensables del libelo*- se deduce del principio procesal general acogido por nuestro ordenamiento adjetivo (artículo 340.6° del Código de Procedimiento Civil; artículo 19, párrafo quinto de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; aplicables en virtud de remisión supletoria *ex* artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) conforme el cual junto con la demanda deben presentarse aquellos instrumentos de los que se derive inmediatamente el derecho deducido.

Dado que la materia en litigio es sensible al orden público al juez constitucional se le reconoce la potestad de ordenar al accionante salvar los puntos dudosos o las omisiones en las que hubiere incurrido para poder así efectuar un análisis exhaustivo del objeto de la con-

troversia y como manifestación de esa potestad, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales dispone que si la solicitud no llenare los extremos previstos en el artículo 18 *eiusdem*, deberá notificarse al presunto agraviado para que la corrija en el brevísimo término de cuarenta y ocho (48) horas, bajo pena de declarar inadmisibles la acción (*rectius*: la solicitud, conforme precisó esta Sala mediante sentencia N° 1167 del 29 de junio de 2001, caso *Felipe Bravo Amado*). Nótese que, en este caso, la norma comentada ordena entonces subsanar una carga argumentativa del accionante en amparo.

Aun y cuando el propio juez constitucional esté facultado para ordenar la evacuación de las pruebas que estime necesarias, tal como dispone el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debe destacarse que tal potestad no puede extenderse al punto de considerar que éste debe suplir la actividad probatoria de las partes pues -si bien con importantes matizaciones- el amparo es un proceso que se rige por el principio dispositivo.

La excepción a este principio, es decir, el ejercicio de las iniciativas probatorias del juez constitucional exige como presupuesto la posible trasgresión del orden constitucional, entendiéndose que en estos casos la lesión trasciende la esfera de intereses individuales del reclamante (*Cfr.* Sentencia SC N° 77 del 9 de marzo de 2000, caso *José Alberto Zamora Quevedo*).

De allí que no pueda pretenderse que -a menos que medie la excepción de orden público- el juez deba subrogarse en la carga probatoria de las partes, pues son éstas las que deben soportar los efectos de su propia negligencia. Si quien aduce la condición de agraviado no aporta a los autos instrumento alguno del cual pueda desprenderse la causa del gravamen delatado, sin que medie suficiente justificación para ello, la consecuencia procesal debe ser la declaratoria de inadmisibilidad de la petición de tutela constitucional.

Por ende, la facultad de despacho subsanador prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, permite al juez exigir del presunto agraviado las aclaraciones que sean conducentes respecto del contenido esencial de su petición. En cambio, las iniciativas probatorias que al mismo juez acuerda el artículo 17 *eiusdem* sólo han de ser ejercitadas en supuestos en los que medie el orden público o exista la imposibilidad justificada para el accionante de aportar los instrumentos conducentes. La Sala estima prudente haber efectuado tales consideraciones, pues resulta común la práctica judicial que tiende a confundir la aplicabilidad de una u otra figura que, por tanto, deviene en equívocas soluciones de los casos concretos y, en esa misma medida, un dispendio de la actividad jurisdiccional.

En el caso de autos, erróneamente conforme lo dicho *supra*, el juez de la causa -invocando para ello el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales- solicitó a la actora que consignara copias de las actas de los reconocimientos practicados por la Aduana Aérea Principal de la Guaira sobre la mercancía cuya importación aquélla pretendía. El actor, por su parte, solicitó una prórroga de tres semanas para tal cumplimiento (folio 71 y 72) por cuanto "*por motivos ajenos a mis [sus] intenciones, entre ellas que las oficinas están ubicadas en el Municipio Vargas, no se ha recibido en mi [su] Despacho los documentos ...tanto las comunicaciones telefónicas, como los e-mails, así como los paquetes de documentos han sido difíciles de manejar y la Administración toma su tiempo*".

Como se observa entonces, las excusas dadas por la presunta agraviada sólo sirve para apuntalar su falta de diligencia y no justifica en modo alguno la presentación tardía de los instrumentos referidos, que -según tanto se ha insistido- debieron ser producidos conjuntamente con la demanda de amparo, pues de lo contrario se hacía imposible para el juez constitucional forjarse una mediana certidumbre respecto de los actos constitutivos de la injuria

constitucional delatada. En atención a ello, resulta patente que la parte accionante incumplió de manera totalmente injustificada con la carga de aportar los documentos fundamentales de la demanda, en virtud de lo cual la demanda debía ser declarada inadmisibile para su tramitación.

En tal virtud, esta Sala declara sin lugar la apelación intentada; y confirma, sobre la base de los argumentos expuestos en el presente fallo, la declaratoria de inadmisibilidad contenida en la decisión dictada, el 19 de junio de 2007, por el Juzgado Superior Tercero de lo Contencioso Tributario la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se declara.

Voto concurrente de la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño

Quien suscribe, Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, presenta el voto concurrente que sigue respecto del fallo que antecede, en el cual la mayoría sentenciadora de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró sin lugar la apelación ejercida por la representación judicial de Aduanera Kosmar, C.A. y confirma la declaratoria de inadmisibilidad contenida en la decisión dictada el 19 de junio de 2007, por el Juzgado Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con fundamento en las razones que se señalan a continuación:

1.- En criterio de la mayoría sentenciadora, "...resulta falsa la afirmación hecha por ésta cuando alega que la situación jurídica infringida no proviene de acto alguno, sino de unas supuestas vías de hecho no demostradas, las cuales se dan cuando la Administración pasa a la acción sin interponer acto alguno, es decir, con falta absoluta de decisión o acto previo; y segundo, cuando existe el acto pero fue dictado fuera de la competencia o al margen del procedimiento establecido por la ley. Respecto al segundo punto, también existe vía de hecho en aquellos supuestos en los que aun existiendo acto previo y siendo éste perfectamente regular, la actividad material de ejecución excede del ámbito cubierto por el acto en cuestión cualitativa y cuantitativamente. En estos casos existe una falta de cobertura, equivalente a la inexistencia del acto previo (Cfr. Sentencia N° 912 del 5 de mayo de 2006)". Con tales aseveraciones se está de acuerdo.

2.- Sin embargo, luego se estableció que la "...Sala no comparte la decisión del a quo cuando concluyó que la lesión deviene por el hecho de que la '*Gerencia Aduana Principal de Maiquetía no le diera respuesta a la solicitud formulada el 29 de abril de 2005, a los fines que emitiera una decisión administrativa para poder ejercer los recursos respectivos*', pues ello no fue denunciado, y el juez, salvo que se trate de cuestiones de orden público, no puede concluir que la lesión deviene de un hecho que no fue alegado en el libelo sino que fue el producto de la revisión de las actas que conforman el expediente, pues si bien es cierto, el juez es quien conoce el derecho, éste conforme a dicha facultad puede calificar o reconducir la acción, pero no suplir argumentos para crear una demanda basada en hechos no manifestados".

2.- En efecto, la sentencia de la cual se concurre niega de esa manera los poderes inquisitivos del juez contencioso (quien además actúa como juez constitucional), conforme a los cuales se le permite extraer elementos necesarios para dictar la decisión correspondiente, sin que ello pueda considerarse violatorio de los derechos a la igualdad, a la defensa y al debido proceso. Se trata de un principio que diferencia al derecho público del ámbito del derecho privado.

Al respecto, ya esta Sala ha establecido que:

"... el legislador, de acuerdo con el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, está facultado para establecer las condiciones de actuación del juez contencioso administrativo, para lo cual debe legislar en términos de disponer lo necesario para

que el órgano jurisdiccional pueda lograr su cometido constitucional, como es el restablecimiento de las situaciones jurídicas de los particulares ante la actuación administrativa, independientemente del sentido activo o negativo de dicha actuación, lo cual conlleva a que frente a la omisión de la actividad administrativa, el juez contencioso pueda intervenir restableciendo los derechos o intereses eventualmente vulnerados.

Es esta la *ratio* de los poderes inquisitivos del juez contencioso, como un efecto de la concepción social y de justicia del Estado venezolano, caracterizado por una institucionalidad que se adecua a lo que sea oportuno y posible en un momento determinado. Para ello, se tiene en cuenta la situación real de los ciudadanos y se adoptan normativas que persiguen disminuir las desigualdades sociales, permitiendo que las personas ajenas al poder público o privado obtengan una mejor calidad de vida” (Sentencia de esta Sala Constitucional N° 962 del 09-05-06, caso *Cervecerías Polar Los Cortijos, C.A. y otras*).

De manera que, no está fuera del alcance del juez contencioso hacerse de hechos que puede extraer de las propias actas del expediente -que está obligado a examinar exhaustivamente-, aunque la parte no lo haya alegado. Ello porque si lo que se pretende es la protección del ciudadano frente a las actuaciones u omisiones administrativas, una vez detectada una situación violatoria de derechos ello no puede ser obviado por el juez, desatendiendo las garantías que está obligado a proteger dentro del marco constitucional.

3.- De igual manera, también la sentencia que antecede niega los mencionados poderes inquisitivos del juez constitucional, cuando afirmó que en “... el caso de autos, erróneamente conforme lo dicho *supra*, el juez de la causa -invocando para ello el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales- solicitó a la actora que consignara copias de las actas de los reconocimientos practicados por la Aduana Aérea Principal de la Guaira sobre la mercancía cuya importación aquélla pretendía. El actor, por su parte, solicitó una prórroga de tres semanas para tal cumplimiento (folio 71 y 72) por cuanto ‘por motivos ajenos a mis [sus] intenciones, entre ellas que las oficinas están ubicadas en el Municipio Vargas, no se ha recibido en mi [su] Despacho los documentos.... Tanto las comunicaciones telefónicas, como los e-mails, así como los paquetes de documentos han sido difíciles de manejar y la Administración toma su tiempo”.

Debido a lo anterior, la mayoría sentenciadora considera que se trata de una falta de diligencia que en modo alguno justifica la tardía presentación de los documentos, debiendo ser declarada inadmisibles la acción de amparo por falta de los documentos fundamentales de la demanda.

La presente concurrencia considera que en razón de haberse intentado el amparo contra una presunta vía de hecho -afirmado así por la sociedad mercantil accionante-, el juez constitucional tenía plenos poderes para solicitar cualquier documentación que le pudiera aclarar las circunstancias alegadas.

Es mas, habiendo alegado la accionante la vía de hecho, podía en principio presumir el juez constitucional que no habría documentación alguna que solicitar, esperando dilucidar los hechos en la respectiva audiencia oral y pública.

4.- Ahora bien, respecto de la alegada vía de hecho, la accionante afirma que fue objeto de una medida de comiso, por lo cual la administración tributaria dictó un “Acta de Comiso”, de la cual se denuncia fue dictada sin procedimiento previo. Con lo cual es propicia la oportunidad para reiterar la posición de quien aquí concurre, pues existiendo un mínimo sustrato material que sustente el proceder de la administración, es posible acceder a la jurisdicción contencioso administrativa y hacer valer los derechos que se consideran transgredidos por ella. Sin pretender con ello afirmar que todo amparo ejercido contra una vía de hecho resulta inadmisibles, conforme al artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

De allí que igualmente resulte inadmisibles la acción bajo estudio, pero no por considerar que hubo una falta de diligencia de la accionante y un exceso del juez constitucional en solicitar el aporte probatorio que consideró relevante -lo que hizo en pleno uso de sus poderes inquisitivos-, sino porque ante la existencia de un acta como mínimo sustrato documental, la quejosa podía ejercer el recurso contencioso administrativo, configurándose la causal prevista en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Queda así expresado el criterio de la concurrente.

b. *Legitimación: Carácter personalísimo*

TSJ-SC (1134)

11-7-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Alfredo La Cruz Rivas y otro vs. Decisión Juzgado Tercero de Primera Instancia en Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo.

La acción de amparo ostenta un carácter personalísimo atribuido en exclusividad a la víctima del agravio constitucional, dejando a salvo supuestos especiales, como los reclamos efectuados en protección de los derechos colectivos o difusos, que nacen del reconocimiento de esta esfera de derechos por parte del artículo 26 de la Constitución, o el caso del amparo a la libertad y la seguridad personal, en el que cualquier persona está legitimada para intentarlo, entendiendo que -dada la situación del afectado por la privación ilegítima de su libertad - no puede procurarse por sí mismo tal defensa.

E. *Sentencia*

a. *Apelación: Escrito de fundamentos*

TSJ-SC (1175)

16-6-2008

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Aduanera Kosmar, C.A. vs. Decisión Juzgado Superior Tercero de lo Contencioso Tributario la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Por otra parte, la Sala advierte que si bien en materia de amparo no es requisito indispensable consignar el escrito de fundamentos de la apelación para que el superior conozca del caso, el mismo es valorado cuando se presenta dentro de los treinta (30) días siguientes de que se dé cuenta en Sala y se designé ponente de conformidad con la sentencia N° 442/2001, caso *E/S Los Pinos, S.R.L.*

Pues bien en el caso de autos se dio cuenta en Sala el 3 de diciembre de 2007, sin embargo, la representación de la parte actora presentó su escrito de fundamentos de la apelación el 10 de enero de 2007, es decir, cuando había vencido el lapso al cual se hizo referencia. En consecuencia, la fundamentación de la apelación es extemporánea y, por tanto, no serán tenidas en cuenta las argumentaciones contenidas en tal escrito. Así se declara.

IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Ingreso a la Administración Pública: Estabilidad provisional de los funcionarios que hayan ingresado sin concurso público*

CSCA

14-8-2008

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Oscar Alfonso Escalante Zambrano vs. Cabildo Metropolitano de Caracas.

En atención a los principios derivados del Estado Social de Derecho y de Justicia establecido en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe reconocerse el derecho a la estabilidad provisional o transitoria, al funcionario que haya ingresado por designación o nombramiento a un cargo de carrera, sin haber superado previamente el respectivo concurso.

Con el término de función pública suele designarse tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que les encuadra.

Sobre la noción de funcionario público y lo que comprende dicha noción, la autora patria Beatrice Sansó de Ramírez expresa lo siguiente:

“El destinatario de la normativa contenida en la citada ley [refiriéndose a la Ley del Estatuto de la Función Pública], es decir, su ámbito subjetivo, o lo que es lo mismo, aquel a quien va dirigida su aplicación, es el funcionario público, el cual, tiene tal carácter, según lo dispone la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 144, si se le vincula con la Administración Pública”.

Se trata de una noción orgánica más que sustantiva de funcionario público, como lo afirma Hildegard Rondón de Sansó, cuando señala:

La noción de Poder Público y de ejercicio de la función pública la vincula esencialmente el constituyente con la idea de la Administración Pública, y del desempeño del cargo administrativo. Lo anterior se pone en evidencia con el hecho de que al referirse la nueva Constitución a la función pública, en realidad está haciendo referencia a la relación de empleo público con la Administración Pública Nacional. Ahora bien, el régimen de empleo público comprende las siguientes materias: la dirección y gestión de la Función Pública; el régimen de los funcionarios Públicos en particular, que incluye los requisitos para ejercer un cargo público; la clasificación de los cargos (de carrera y de confianza); los derechos y deberes de los funcionarios públicos, las prohibiciones; las incompatibilidades; lo relacionado con el personal contratado; el sistema de administración de personal, que está conformado por el de selección, ingreso y ascenso, la calificación de cargos, las remuneraciones, las evaluaciones, la capacitación, las jornadas de servicio, las situaciones administrativas (comisiones de servicio, las transferencias, etc.), el retiro y reingreso, las responsabilidades y régimen disciplinario, los procedimientos disciplinarios y las medidas cautelares administrativas.

Todas y cada una de las áreas anteriormente enunciadas, son las que habrán de conformar la relación entre la Administración Pública respectiva y el funcionario público subordinado a la misma, para que pueda cumplirse en definitiva la razón de la existencia de ambos, que no es otra que el logro del fin general que a aquella le ha sido atribuido”. (Cfr. SANSÓ DE RAMÍREZ, Beatrice: “El contencioso administrativo funcional y el régimen de transición previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública” en *El Derecho Administrativo Venezolano en los Umbrales del Siglo XXI, libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 173 y ss.)

Por su parte, en cuanto al mismo punto, el catedrático español Ramón PARADA afirma lo siguiente:

Tradicionalmente viene entendiéndose que el funcionario es la persona que se vincula a una Administración Pública con una relación mucho más duradera y exigente de la que es frecuente en las relaciones privadas, y que le ofrece expectativas de ascenso carrera. Esa relación permite, incluso, diversas situaciones de inactividad sin que afecten a la permanencia del vínculo. La seguridad y estabilidad en el empleo está compensada con un sistema más severo de responsabilidades, al menos en lo que afecta a la responsabilidad disciplinaria y penal, inapropiadas en una simple relación de arrendamiento de servicios laboral.

Pero la función pública y el régimen laboral son materias movedizas y fluctuantes en donde lo que hoy es un elemento diferencial entre una y otra, mañana puede dejar de serlo o estar en trance de desaparición. Así, en muchos países la seguridad y estabilidad en el empleo va siendo, cada vez más, un elemento natural en las relaciones laborales; de éstas, a su vez, los funcionarios han tomado modos de comportamiento y derechos que hace sólo medio siglo hubieran escandalizado a los teóricos del Estado y de la Administración, como la sindicalización y la huelga.

Como signo diferencial último resta en el Derecho a la función pública, por imperativos constitucionales (art. 23 de la Constitución), el principio de la igualdad y de mérito como técnica de acceso y de promoción en el servicio del Estado. Así, mientras el empresario privado puede escoger a su personal en la forma que tenga por conveniente, atendiendo a razones objetivas o subjetivas, sin necesidad de garantizar en la asignación del empleo la igualdad de todos los ciudadanos y sin la exigencia imperativa de nombrar o promocionar al más idóneo, para la Administración esto no es posible; más aún, es algo ilegítimo y antijurídico, estando siempre obligada a seleccionar y a promocionar al mejor.

Pero, como es lógico, ni éstas ni otras cuestiones tienen idéntica respuesta en todos los países ni en todas las épocas. En todo caso, un régimen de función pública tiene que tomar posiciones en una serie de problemas que concurren en la organización de cualquier Administración. Sin pretender agotarlos pueden señalarse como más significativos los siguientes:

[...*Omissis*...]

¿La autoridad política puede asignar y retirar libremente de los puestos de trabajo o empleos a los funcionarios o, por el contrario, está vinculada por las categorías y el sistema de ascenso de los funcionarios?

¿Sobre qué postulados deben organizarse las relaciones del funcionario con la política?, ¿el cambio político determina la destitución de unos funcionarios por otros, o no afecta a las relaciones e empleo? ¿el funcionario debe adoptar una actitud de neutralidad política o puede participar en ella, afiliándose a un partido y aceptando nombramientos políticos? (*Cfr.* PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo, Organización y Empleo*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. Madrid, 1991, pp. 328) (Negritas de esta Corte)

A los fines de responder dichas interrogantes en torno a la función pública, el autor español citado hace mención a que la solución dependerá del sistema que se haya escogido en un determinado país en cuanto a la función pública, haciendo alusión a que existen dos sistemas: el sistema abierto y el sistema cerrado, dependiendo de cuán lejos o cerca esté la función pública del régimen laboral (a estos dos sistemas también hace referencia la autora española Josefa CANTERO MARTÍNEZ en su obra *El Empleo Público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Ediciones Marcial Pons, Barcelona-España, 2001, pp. 43 y ss).

El sistema abierto de función pública se funda, pues, como las empresas privadas occidentales, en un inventario muy preciso de los puestos de trabajo. El reclutamiento del perso-

nal se hace al ritmo de las necesidades y la selección y los nombramientos se hacen para un puesto de trabajo concreto. La persona nombrada lo es para un puesto pero no entra en un cuerpo, ni tiene derecho a hacer carrera o a ocupar otros puestos de trabajo superiores (*Ob. cit.* pp. 329).

En este sistema, según la prenombrada autora, la Administración es considerada como una gran empresa que contrata a su personal en condiciones semejantes a las de cualquier otra empresa industrial o comercial de su país.

Los partidarios del sistema abierto lo defienden afirmando que si bien exige un gran trabajo de clasificación de los puestos, después la Administración no tiene por qué preocuparse de la formación, de los ascensos, de las pensiones y del personal sobrante al que se despide libremente cuando no es necesario el puesto que ocupa, o se selecciona de nuevo cuando se crean servicios diferentes. Así se obtiene también una mayor rentabilidad pues, en principio, no se tiene más personal que el necesario y las Administraciones reciben a través de los flujos de personal el sentido de eficacia de las empresas privadas. De esta forma, además, la Administración no es un mundo aparte en el interior de la nación, sino que está abierta e interpenetrada por otras organizaciones.

Pero, como bien destaca el autor, consideración que esta Corte hace suya, “la Administración Pública no es una empresa como las privadas guiada sólo por el instinto comercial de la rentabilidad y la ganancia, sino por el servicio a unos intereses colectivos o el ejercicio de unas funciones públicas a las que no es aplicable *mutatis mutandis* el concepto fabril o empresarial de la productividad”.

Por el contrario el sistema cerrado de función pública, de carrera o sistema de función pública propiamente dicho, parte de la base de que el servicio a la Administración exige una formación diferenciada y más completa o diversa de la que proporciona el sistema educativo general y actitudes de más generosidad, el espíritu del servicio, que no se consigue solamente pagando al personal igual o mejor que en las empresas privadas y en relación con una supuesta medición de la rentabilidad y productividad de cada puesto de trabajo, sino creando una disciplina y moral de servicio, que motiva más allá del sistema retributivo (*Ob. cit.* pp. 331).

En palabras de Josefa CANTERO MARTÍNEZ (*Ob. cit.* pp. 43) en “el sistema de Función Pública cerrado la Administración Pública es considerada como un mundo aparte dentro de una nación, que exige especiales normas y un personal que consagre a ella toda su actividad profesional”. En este sistema existe un personal que consagra toda su actividad profesional a la Administración, y se encuentra organizado a través de un sistema que les permita ascender y promocionarse, esto es, un sistema que se denomina carrera, que, junto al estatuto, conforman los dos elementos fundamentales de este sistema que considera al funcionario público como un grupo de empleados distintos a los trabajadores privados.

Elementos fundamentales de este sistema son el estatuto, el cuerpo y la carrera. Un estatuto general que impone a los funcionarios mayores deberes y responsabilidades que al personal privado y, además, otros estatutos particulares que concretan y personifican aún más sus obligaciones, deberes y derechos en función de las peculiaridades del servicio que cada colectivo de funcionarios tiene encomendado. El cuerpo significa que el reclutamiento se hace para ingresar, no en un puesto concreto, sino en un colectivo jerarquizado que tiene a su cargo la responsabilidad del funcionamiento de un servicio público, en el que se permanece ocupando sucesivamente los empleos que ese cuerpo tiene reservados, cada vez de mayor importancia, responsabilidad y remuneración, la selección no se hace para un puesto de trabajo, sino para un cuerpo y dentro de él se tiene derecho a una progresión profesional reglada, un derecho al ascenso, a hacer carrera.

Aquí, la carrera significa que la entrada del funcionario en la Administración no se realiza únicamente para ocupar un puesto de trabajo determinado, sino bajo la promesa de la ocupación sucesiva de una serie determinada de empleos organizados jerárquicamente. Este sistema permite a los funcionarios adquirir la experiencia correspondiente y el sentido del servicio público, que los hace sensibles a las necesidades del interés general y no sólo a la rentabilidad inmediata (GAZIER, Francois, *La fonction publique dans le monde*, pp. 29, citado por CANTERO MARTÍNEZ, *Ob. cit.* pp. 44)

Empero, ninguno de estos sistemas se da en estado puro, pero es claro que inspiran los modelos históricos de función pública que, adscribiéndose a un sistema cerrado o abierto, admiten elementos del otro o caminan en dirección opuesta a sus orígenes.

• FRANCIA:

De la experiencia de dichos sistemas en varios países resulta importante destacar, por ejemplo, que en Francia prevalece la permanencia de los funcionarios en el servicio y en sus puestos, a pesar de los cambios radicales de las instituciones políticas y de la sucesión de partidos, es un dato históricamente comprobado en Francia, constituyendo ello para los franceses una condición esencial para la organización de un verdadero sistema de función pública.

Sobre la base de lo expuesto, la función pública francesa se caracteriza igualmente por la atención que se presta a la formación de los funcionarios, que ha llevado a un nivel ciertamente extraordinario a sus cuerpos superiores. La formación es específica para cada cuerpo y se alcanza básicamente a través de un riguroso y exigente sistema de oposiciones o concursos orientados a seleccionar a los mejores, forzando al propio tiempo a los aspirantes a adquirir los conocimientos, tanto generales como específicos (jurídicos, económicos, técnicos), necesarios para el desempeño de las funciones atribuidas al cuerpo y al servicio o función pública que éste tiene a su cargo. Para el ingreso en el cuerpo se intercala, tras la oposición, un período de formación de una escuela de funcionarios, bien en alguna de las numerosas que dependen de cada servicio concreto, bien en la más general y conocida: la Escuela Nacional de Administración (E.N.A.).

• REINO UNIDO:

De igual forma, cabe destacar la experiencia en el Reino Unido, donde muchas cosas han cambiado desde que hace más de un siglo, cuando se creó el Civil Service en el Reino Unido, pero los principios jurídicos por los que se rige el funcionariado británico siguen siendo los tradicionales que, de tomarlos al pie de la letra, impedirían hablar de la existencia de un régimen jurídico de función pública, pues nada está más lejos, ciertamente, de la estabilidad que sugiere el concepto de funcionario público que la regla secular de que el Civil Servant depende enteramente de la Corona a la que debe el empleo, el cual puede serle revocado at pleasure por la simple voluntad del soberano, sin que pueda ser esgrimido ningún derecho contractual, ni ejercitada acción alguna ante los Tribunales.

Sin embargo, la seguridad del funcionario público en su empleo es tan respetada, o más, que la de los funcionarios continentales, no obstante su proclamación en textos legales y el amparo de los Tribunales. Algunas de las más importantes peculiaridades de la función pública inglesa es la selectividad, la organización de las carreras según las titulaciones generales del sistema educativo, la neutralidad política y la representatividad del funcionariado, todo ello concebido, y he aquí la singularidad de la aportación británica, con carácter general para el conjunto de la Administración y no para cada departamento u organismo especializado, como venía ocurriendo en Francia y en otros países de su influencia.

En fin, el sistema inglés se encuentra inspirado por el sistema de apertura al público, el llamamiento a todos, sistema aplicado a la Administración central en fases sucesivas y plenamente vigente a partir de 1920.

Ahora bien, merece la pena destacar, otros ejemplos que representan la laboralización de la función pública, como lo llama el autor español Ramón Parada, a saber: el sistema de función pública alemán y el sistema de función pública italiano, aunque diversos entre sí, y con otros matices de interés, revelan un fuerte proceso de penetración del Derecho del Trabajo en la función pública, donde se observa una coexistencia entre el régimen laboral y el régimen funcionarial.

• ALEMANIA:

Por una parte, se observa que el régimen del funcionariado en Alemania se asemeja desde sus orígenes prusianos al propio de un militarismo medieval. Fundado sobre un juramento de fidelidad al Monarca se entiende que también engendraba en la Corona un deber recíproco de lealtad para con el funcionario, siendo así una relación funcionario-Administración más rigurosa que la relación estatutaria del Derecho francés.

Aprobada la Ley de Participación y Representación del Personal de 1955, se produjo un espíritu de mayor convivencia y de acercamiento entre del Derecho funcionarial y el de los otros agentes públicos sujetos al Derecho privado o laboral. El resultado ha sido que la dependencia del Derecho del Trabajo de los agentes públicos es más formal que material, por la aplicación creciente a este colectivo del Derecho de la función pública. En este sentido es significativo que en los contratos privados en todo caso, se establezcan que éstos se sujetarán a una “relación de servicio y fidelidad que comporta para dentro y fuera del servicio unos derechos y obligaciones análogas a las de los funcionarios”.

Así, en el régimen alemán de función pública los funcionarios han dejado de ver en el Derecho del Trabajo un peligro para su posición y van aceptando algunas de sus ventajas. Como resultado final, a través de un proceso en el que a costa, claro está, de la Administración, cada colectivo reivindica e incorpora a su régimen jurídico las ventajas de otro, se ha gestado una nueva unidad, un nuevo Derecho de la función pública, a mitad de camino entre las reglas tradicionales propias del funcionariado alemán y de las del Derecho del Trabajo.

• ITALIA:

Por otra parte, el sistema de función pública en Italia, aunque inspirado principalmente por el sistema francés, lo trae a colación el catedrático español Ramón Parada (*Ob. cit.*, pp. 353) no por esta circunstancia, sino porque en él se ha evidenciado un “fenómeno de laboralización” notable aunque no pasa, como en Alemania, por la división del personal de las Administraciones Públicas en dos colectivos, de funcionarios y trabajadores, sino por la vía de la aplicación de una de las instituciones típicas del Derecho Laboral, la negociación colectiva, al conjunto del funcionariado de carrera.

Pero, en lo que nos atañe, en cuanto a la carrera administrativa como tal, hay que significar la división de los funcionarios italianos en dos grandes grupos (subdivididos a su vez), como en la nueva estructura del Civil Service británico, uno definido por cualificaciones funcionales y otro superior que tiene reservadas las funciones directivas.

En lo relativo al acceso a cada categoría, ésta se hace mediante un concurso público único con exigencia de titulación según la categoría pero con reserva, entre el 50% y el 30% según categorías, de puestos para promoción interna si el funcionario cuenta con cinco años de servicio y con dispensa de título si se tiene al menos el propio de la categoría a que se pertenece y salvo que el perfil profesional del puesto exija, inexcusablemente, un título determinado.

En Italia no se han establecido, como en Alemania, dos tipos de relaciones jurídicas diversas para el personal del servicio público. Por el contrario, éste se divide únicamente en personal *di ruolo o non di ruolo (advventizi o precari, interini, suplenti)*, pero siempre en régimen administrativo, siendo básicamente el de función pública aunque laboralizado, sobre todo, a través de la admisión de la técnica de la negociación colectiva.

• ESPAÑA:

A propósito del tema, cabe hacer referencia también a la experiencia en España, donde, con la entrada en vigencia de la Ley de Medidas del 2 de agosto de 1984 arrancó el decantamiento definitivo hacia un modelo de función pública abierto, tan cercano al modelo norteamericano como alejado del que es propio de los demás países europeos, e incluso de sus mismas Comunidades. Destaca asimismo, la admisión paralela, a imitación del sistema alemán, de un “régimen de empleo público laboral” (*Ob. cit.*, pp. 358).

Un sector del foro español critica este sistema aduciendo que:

“[...] ni los reformadores de 1964 ni los de 1984 han introducido dichos cambios en el sistema de función pública de forma inocente, sin una razón política. Esta razón, tanto en una como en otra fecha, parece haber sido la de quebrantar la imparcialidad institucional que comporta un sistema de función pública cerrada, montando sobre cuerpos jerarquizados de funcionarios, como es la regla en todos los sistemas europeos, y en el que las posibilidades de manipulación política sobre el aparato burocrático son infinitamente menores que en los sistemas abiertos próximos al modelo norteamericano. Con un modelo de empleo cercano al laboral, la clase política maneja la función pública como algo propio, al igual que el propietario su empresa; incluso con mayor libertad, por cuanto el sindicalismo en el sector público está disminuido [...]”. (PARADA, Ramón: *ob. cit.*, pp. 359)

De otro lado, la admisión del personal laboral fijo en régimen laboral se produce en términos discriminatorios para los funcionarios, dado que ese personal es admitido sin la etapa de formación previa que comporta el sistema de oposiciones y los cursos en las escuelas de funcionarios, y disfrutan de regímenes más ventajosos en materia de jubilación y pensiones, lo cual trae la consigo la conclusión de que la admisión de esa dualidad de regímenes no es racional y crea tensiones entre ambos colectivos de personal que, lógicamente, han de perturbar la buena marcha de los servicios.

La Administración es, ante todo, una suma de servicios públicos concretos y no una gran empresa regida por un criterio de rentabilidad y dirigida a la producción de un determinado producto o a la prestación de un único servicio. Cada servicio público exige, pues, unos hombres especialmente instruidos para él, permanentemente responsabilizados de su funcionamiento en compensación a que los titulares últimos del poder, la clase política, sólo de forma precaria y transitoria ocupa los puestos superiores de dirección (*Ob. cit.*, 381).

Llegado este punto, considera esta Corte pertinente citar el texto del artículo 103 de la Constitución Española de 1978, que consagra lo siguiente:

“1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley.

3. La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. (Negritas de esta Corte)

En definitiva, concatenando lo anteriormente expresado, con la lectura de norma constitucional *supra* citada, se concluye que en el sistema español de función pública el funcionario tiene, en efecto, garantizada su retribución, pero no tiene el más importante elemento: no tiene garantía sobre el puesto de trabajo, sujeto a remoción, constituyéndose así, como lo afirma Ramón Parada, en un sistema más cercano al modelo de relaciones laborales propio de la empresa privada, que permite la manipulación desde las instancias directivas y, por tanto, de espaldas al artículo 103 de la Constitución Española de 1978 que impone la regulación por ley de las garantías que aseguren la imparcialidad de los funcionarios.

• VENEZUELA:

El artículo 146 de la Carta Magna establece que “Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera”, haciendo ciertas excepciones de manera puntual y, se reitera, de manera excepcional a lo que debe ser la regla, esto es, a la existencia de cargos de carrera administrativa dentro de los distintos órganos y niveles del Poder Público.

Igualmente, el artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública consagra que “Serán funcionarios o funcionarias de carrera, quienes habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerado y con carácter permanente”.

Por su parte, para reafirmar más aún el sistema estatutario de la función pública venezolana, por lo cual, por interpretación a contrario, no admitiría laboralización alguna en sus aspectos fundamentales (ingreso, ascenso, evaluaciones, retiro, reingreso, régimen disciplinario), tenemos que el primer párrafo del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo precisa claramente que los funcionarios públicos se regirán por sus propias normas sobre carrera administrativa, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional.

De allí, que de conformidad con dicha norma de naturaleza laboral, es enfática la existencia de normas propias a la materia funcionarial, es decir, de una regulación estatutaria para los funcionarios públicos que sólo se remitirá a la Ley laboral en casos excepcionales, donde no se encuentre regulado algún supuesto en el estatuto correspondiente, pero cabe destacar, que nunca podría haber injerencia de las normas procesales en cuanto a materias específicas como las que se tratarán infra, esto es, ingreso y estabilidad de los funcionarios públicos.

Pero no sólo el impedimento de una regulación netamente laboral en materia de función pública se encuentra establecida en el mencionado artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, sino también emerge de la redacción del artículo 144 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo siguiente “La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerán su incorporación a la seguridad social. La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos”.

En otras palabras, en lo que atañe directamente a nuestro país, de la lectura concordada de las precitadas normas, se puede llegar a la conclusión de que, sin lugar a dudas, nuestro sistema de función pública es un sistema mayormente cerrado, que no admite la injerencia del derecho laboral, sino que se inclina hacia un sistema fundamentalmente estatutario, donde se reconoce tanto el ingreso a través de un concurso público, como la estabilidad a los funcionarios públicos que resulten acreditados en los correspondientes concursos para optar a cargos en la Administración Pública.

Lo descrito es lo que el autor español Miguel Sánchez Morón denomina la teoría estatutaria de la relación funcionarial, que se refiere a que la situación jurídica del funcionario es una situación puramente objetiva, definida por leyes (en nuestro caso la Ley del Estatuto de

la Función Pública) y reglamentos, lo cual implica aspectos como: el acceso a la función pública debe obedecer a un concurso y no mediante contratos y, además, la relación del funcionario se regula de forma impersonal por normas generales y no por contratos individuales (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la Función Pública*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pp. 61).

Así, existiendo un sistema estatutario, no se podría negociar ningún tipo de adaptación individual, toda vez que el estatuto, al ser un conjunto de normas jurídicas, no puede ser modificado por la mera voluntad de las partes, y mucho menos por la voluntad del intérprete. Ello trae consigo que todo intento de modificación individual sería automáticamente considerado como una violación del principio de igualdad que debe presidir las relaciones entre los funcionarios públicos, en especial a los que sí se les ha aplicado el estatuto.

En otros términos, el régimen estatutario de función pública es el punto distintivo y decisivo en la conformación del régimen de función pública totalmente distinto al Derecho Laboral, punto éste que se analizará con más detenimiento en el acápite siguiente, donde se abordará la necesidad de revisar la concepción de la función pública en Venezuela, tomando en consideración la especial naturaleza jurídica del empleo público que viene dado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sin embargo, evidencia esta Sede Jurisdiccional que nuestro sistema de función pública se ha visto afectado por lo que varios autores españoles han verificado en sus respectivos ordenamientos jurídicos, y se refiere a lo que se ha denominado la “huida de la Administración hacia el Derecho Privado” -en palabras de Oriol Mir Puigpelat, en su obra “Globalización, Estado y Derecho. Las Transformaciones recientes del Derecho Administrativo” y también de Josefa Cantero Martínez, en: “El Empleo Público: entre el Estatuto Funcionario y Contrato Laboral”- o la “laboralización de la función pública” -en palabras de Ramón Parada, en: “Derecho Administrativo, Organización y Empleo”-, con lo cual se contraviene no sólo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley del Estatuto de la Función Pública, sino las bases fundamentales del Estado mismo (como Estado Social de Derecho), como se ahondará en líneas sucesivas.

En efecto, ha venido proliferando desde hace décadas la existencia de funcionarios que, en el derecho español se denomina personal interino, refiriéndose a aquél que, de acuerdo a la Ley de Funcionarios Civiles, se admite “por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera”, siendo el rasgo característico de esta figura, la provisionalidad o transitoriedad de la relación de servicio, pues se trata de cubrir una necesidad pasajera de la Administración, que debe solucionarse con la convocatoria y resolución del procedimiento para cubrir las plazas vacantes de funcionarios de carrera que deban desempeñar esas funciones (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *ob. cit.*, pp. 85).

No deja de lado el autor citado precisamente la circunstancia que se ha verificado en nuestro país y es que “en no pocas Administraciones el personal interino se mantiene durante mucho tiempo en esa condición, pues no se convocan (o tardan en convocarse) los procesos de selección para cubrir las plazas que ocupa mediante funcionarios de carrera, lo que pone en duda la supuesta urgencia que justifica su nombramiento” (*ob. cit.*, pp. 85).

Sin embargo cabe destacar que la legislación española consagra esta figura de los funcionarios interinos en la Ley de Funcionarios Civiles, mientras que nuestro ordenamiento jurídico no lo prevé como una posibilidad, ni en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

De las bases fundamentales del sistema de función pública en Venezuela. Especial referencia al concurso establecido constitucional y legalmente como forma de ingreso a la Administración Pública y a la estabilidad especial de los funcionarios públicos:

La Ley de Carrera Administrativa -sustituída hoy por la Ley del Estatuto de la Función Pública-, texto legal vigente para el momento en el que sucedió la situación de marras, desarrollando el imperativo constitucional contenido en el artículo 122 de la Constitución de la República de Venezuela del año 1961 (que consagraba que “La ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso [...] de los empleados de la Administración Pública Nacional”), establecía en sus artículos 34 y 35 los requisitos para la selección e ingreso de los funcionarios públicos de carrera, en los términos siguientes:

“Artículo 34. Para ingresar a la Administración Pública Nacional, es necesario reunir los siguientes requisitos:

- 1.- Ser venezolano.
- 2.- Tener buena conducta.
- 3.- Llenar los requisitos mínimos correspondientes al cargo respectivo.
- 4.- No estar sujeto a interdicción civil, y
- 5.- Las demás, que establezcan la Constitución y las Leyes”.

“Artículo 35. La selección para el ingreso a la carrera administrativa se efectuará mediante concurso a los cuales se dará la mayor publicidad posible. Tales concursos estarán abiertos a toda persona que reúna los requisitos previstos en el artículo anterior y los que se establezcan en las especificaciones del cargo correspondiente, sin discriminaciones de ninguna índole. La referida selección se efectuará mediante la evaluación de los aspectos que se relacionen directamente con el correspondiente desempeño de los cargos.

Los resultados de la evaluación se notificarán a los aspirantes dentro de un lapso no mayor de sesenta (60) días”. (Negrillas de esta Corte)

Como lo precisó esta Corte en sentencia N° 2006-02481 del 1° de agosto de 2006, de las disposiciones normativas antes plasmadas, se colige que, en principio, cualquier ciudadano venezolano, de buena conducta, no sujeto a interdicción civil y que llenara los requisitos mínimos para optar al cargo que se estuviera ofreciendo en la Administración Pública, tenía derecho a ser considerado para la selección e ingreso a la carrera funcional.

En ese sentido, la derogada Ley de Carrera Administrativa imponía un requisito previo de ineludible acatamiento para la elección del funcionario que ocuparía el cargo de que se tratara, el cual era el respectivo concurso público de oposición, en el cual todos los aspirantes, en condiciones de igualdad y con absoluta transparencia, serían evaluados en los puntos directamente relacionados con el cargo optado. Ha sido éste pues, desde de la entrada en vigencia de la derogada Ley de Carrera Administrativa y hasta la promulgación del Texto Fundamental de 1999 -como se verá más adelante-, el único modo constitucional y legal de incorporación a la función pública previsto en el ordenamiento jurídico venezolano.

No obstante, si bien es cierto que la derogada Ley de Carrera Administrativa establecía como único modo de ingreso a la Administración Pública la figura del concurso público, merece la pena destacar que en la práctica sucedieron circunstancias que permitieron el ingreso de funcionarios públicos a la Administración Pública, a través de figuras diferentes al concurso público y que, a pesar de ello, se les considerara funcionarios públicos como tales. Esa circunstancia se daba en mayor cuantía por la presencia de un alto índice de contratados en la Administración Pública, o de funcionarios que aún no “ingresando” por la vía del contrato, en definitiva obtenían un nombramiento para un cargo para el cual nunca concursaron.

En efecto, según jurisprudencia por demás reiterada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se estableció que las personas que prestaban servicio a la Administración Pública en calidad de contratadas se considerarían funcionarios públicos, una vez verificadas ciertas condiciones, pues se entendía que se trataba de un ingreso simulado a la misma, siendo éstas:

1. Prórrogas sucesivas del contrato celebrado entre el particular y la Administración.
2. El horario cumplido por el funcionario y las condiciones en que prestaba su servicio a la Administración eran semejantes a las del resto de los funcionarios.
3. Que se encontrara desempeñando funciones de un cargo de carrera.

Con referencia a lo anterior, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 1803 del 21 de diciembre de 2000, reiterando jurisprudencia de vieja data, aseveró lo que a continuación se transcribe:

“[...] ha sido jurisprudencia de esta Alzada, (véase entre otras, sentencia de fecha 12 de enero de 1987, caso *Guillermina Hiller vs. Instituto Nacional de Cooperación Educativa*), que si un funcionario ingresa a la Administración en calidad de contratado, pero desempeña un cargo clasificado como de carrera, cumple un horario a tiempo completo, disfruta de los beneficios de un funcionario público y la prestación del servicio se realiza por varios períodos presupuestarios, tal ingreso se tiene como un ingreso simulado a la Administración Pública Nacional, que no es otra cosa que la manifestación de voluntad de la Administración de querer establecer una verdadera relación de empleo público entre el administrado y la Administración”.

Asimismo en sentencia N° 1539 del 28 de noviembre de 2000 de la misma Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (véase también sentencias posteriores, por ejemplo, las N° 1862 del 21 de diciembre de 2000 y 1753 del 26 de julio de 2001, entre muchas otras) precisó que:

“En primer lugar, pasa es[a] Corte a establecer la condición de funcionarios de carrera o no de la querellante y se observa, que cursan a los folios [...] los contratos suscritos entre la Administración y la recurrente, de los cuales se evidencia que los mismos fueron celebrados sucesivamente, que las funciones desempeñadas por la contratada eran de un cargo de carrera, así como el horario cumplido por la actora era a tiempo completo.

Lo anterior le permite concluir a es[a] Corte que se está en presencia de un ingreso simulado a la Administración, en consecuencia debe afirmarse que la recurrente adquirió la condición de funcionario de carrera, razón por la cual la Administración para retirarla del cargo de Abogado debió cumplir el procedimiento correspondiente [...]” (Negritas de esta Corte)

Los caracteres enumerados, desarrollados y aplicados en numerosas oportunidades por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo desencadenaron la llamada tesis del ingreso simulado, o tesis de la simulación contractual, o bien, tesis del funcionario de hecho, lo que en definitiva fue el desarrollo de un ingreso irregular de funcionarios públicos, en contraposición a la forma establecida legalmente para ingresar, es decir, el concurso.

De igual forma es destacable, entre otras, sentencia N° 2006-02481 del 1° de agosto de 2006, donde esta Corte Segunda dejó establecido que:

“[...] el orden constitucional vigente a partir del año 1999, propugna como exigencia fundamental para el ingreso a la función pública la presentación y aprobación por parte del aspirante del correspondiente concurso público de oposición, de allí que con la entrada en rigor del nuevo orden constitucional, se ratificó la exigencia que preveía la derogada Ley de Carrera Administrativa de que el ingreso a la función pública se encuentra condicionado al cumplimiento ineludible de tal formalidad.

Por consiguiente y bajo la línea interpretativa expuesta en el presente fallo, no encuentra cabida la aplicación de las antiguas tesis que admitían la posibilidad de incorporación a la carrera administrativa mediante el ‘ingreso simulado a la Administración Pública’, esto es, quedó erradicada cualquier posibilidad de admitir el ingreso a la función pública de los llamados ‘funcionarios de hecho’ o del personal contratado, por expresa prohibición constitucional”. (Negritas añadidas en el presente fallo)

Visto lo anterior, es relevante destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dedica las Secciones Segunda y Tercera del Capítulo I del Título IV a la regulación del régimen de la función pública, fijando sus principios básicos e intangibles, siendo bastante explícita la Norma Fundamental en tales principios, deduciéndose del espíritu del constituyente la necesidad de la “conformación de un cuerpo de funcionarios que sirvan cabalmente al Estado para el cumplimiento de sus cometidos” (*Vid.* sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1412 del 10 de julio de 2007, caso *Eduardo Parilli Wilhelm contra el tercer aparte del artículo 298 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*).

Para asegurar ese cometido, el Constituyente estableció los fundamentos sobre los cuales debe (no es una potestad discrecional del intérprete) descansar toda la legislación funcional, destacando en particular ciertas exigencias, tales como el ingreso por concurso, la garantía de estabilidad o la evaluación del desempeño. Con ello, la Carta Magna pretende alcanzar la eficiencia en la gestión administrativa, a través de ciertos instrumentos, los cuales sirven, unos, para asegurar que el Estado cuente con los servidores apropiados (a través de los concursos y evaluaciones), otros, para proteger al funcionario frente a la tentación autoritaria (la estabilidad).

De este modo, se deduce de la lectura de la Norma Fundamental que ésta no permite que todos los cargos que conforman la función pública sean de libre nombramiento y remoción, pues el Constituyente partió de la idea contraria: que sean de carrera y esto lo estableció como un principio general, como se demostrará de la lectura de la Exposición de Motivos de la Constitución “de manera de restringir la discrecionalidad en la toma de decisiones relacionadas con estos aspectos”. De hecho, consagra con meridiana claridad el encabezamiento del artículo 146 de la Constitución, lo que a continuación se transcribe:

“Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley”. (Subrayado de esta Corte)

Sucede entonces que, de la ratio del Constituyente, esto es, lo que en definitiva lo llevó a adoptar dicha previsión constitucional, se entiende perfectamente la importancia y significación que la nueva Constitución le otorga a la función pública, en la medida en que la honestidad, la eficiencia y la eficacia de su ejercicio constituyan prioridades indiscutibles dentro de las exigencias de la sociedad venezolana, donde se han manifestado vicios enraizados en el sistema político, como el clientelismo, que tanto daño causó al pueblo venezolano, lo cual está relacionado íntimamente con la falta de líneas claras en torno a lo que debe ser la función pública y a la creación de una política de recursos humanos cónsona con los ideales de la gerencia pública moderna y de los postulados constitucionales, donde obviamente se incluye la noción del Estado Social. En efecto, la gobernabilidad (satisfacción plena de las demandas sociales) únicamente puede alcanzarse en la medida que se adopten políticas orientadas en este sentido.

Sobre el tema abordado, el español Alberto Palomar Olmeda afirma, circunscribiéndose a la experiencia española, lo que a continuación se transcribe parcialmente:

“[...] el punto inicial de debate consiste en la forma de provisión de los empleos públicos. En la historia han existido dos formas clásicas de provisión: el sistema de botín y el de carrera o empleo público estable.

La referencia básica del primero consiste en que la burocracia, en su conjunto, es dependiente de los éxitos gubernamentales, de forma que aquel partido que gana las elecciones puede proveer la totalidad de los empleos públicos que constituyen ‘el botín’ de las mismas”. (*Cfr. Organización y Empleo Público. Serie Servicios Públicos, Cuadernos Epoca. Buenos Aires-Madrid, 2005, pp. 11*).

Es por ello que la Constitución consagró en líneas generales la sanción del Estatuto de la Función Pública mediante forma de Ley, en la cual habría de regularse lo relativo a la política de recursos humanos aplicable a los funcionarios de la Administración Pública, regulando el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro y, asimismo, la incorporación de los mismos a la seguridad social y es justamente con ocasión de esta Ley cuando se desarrollará la garantía de los niveles de idoneidad tanto profesional como ético de las personas que ingresen a la Administración Pública. El principal freno a las conductas contrarias a la legalidad y a la moral pública depende, en buena parte, de las políticas de ingreso, permanencia y ascenso en la carrera administrativa.

Este aspecto del establecimiento de la carrera administrativa a nivel constitucional, constituye un pilar necesario para poder sustentar una Administración Pública moderna, dinámica y eficiente. La depuración de la función pública, el rescate de la imagen del Estado, requiere de un compromiso ineludible con la satisfacción de esta exigencia que la sociedad ha expresado reiteradamente.

Significa entonces que, contrario a los hábitos organizacionales generados por el clientelismo político de otrora, se establece el deber de los funcionarios o funcionarias públicas de servir al Estado, y por ende al ciudadano, y no a “parcialidad alguna”, como lo consagra expresamente el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Tal aspecto se convierte en punto fundamental de este proceso de refundación del Estado, ya que el mismo depende de una voluntad política firme que convierta en realidad lo que hasta ahora ha sido una fantasía irrealizable y ello se logra, por vía legal y reglamentaria, donde precisamente se deben afinar los mecanismos para garantizar el fiel cumplimiento de esta previsión constitucional.

En este mismo contexto, el constituyente destacó palmariamente que el ingreso a la carrera administrativa será exclusivamente por concurso público que garantice la selección de los mejores, tanto en el aspecto ético como en el de la preparación técnica y profesional. Por ello dicho concurso se sujeta a los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. En adelante, no se podría acceder a la carrera administrativa por designaciones o contrataciones que obvien este mecanismo de selección objetivo, ni se podrá adquirir estabilidad por el transcurso del tiempo en el ejercicio de algún cargo de carrera. Sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa y a la consecuente estabilidad del funcionario, principios éstos que el constituyente previó que fueran desarrollados por vía legal de manera de restringir la discrecionalidad en la toma de decisiones relacionadas con estos aspectos, estableciendo las exigencias para poder optar a dichos concursos y así poder ascender en la carrera administrativa. Correlativo a ello debería avanzarse hacia la conformación de instancias estatales que contribuyan a la formación y actualización permanente del funcionario público.

De ello puede perfectamente afinarse el criterio de que si la carrera administrativa es la regla, entonces, por argumento a contrario, los cargos cuyas funciones sean de libre nombramiento y remoción es la excepción. De allí, que resulte obvia la consideración de que sería inconstitucional cualquier norma o actuación administrativa que pretenda desconocer tal previsión de rango constitucional.

De esa forma, si constitucionalmente se establece como regla general la carrera administrativa, entonces no se podría admitir negativa alguna a la misma, ello, por cuanto, no pasa desapercibida para esta Corte, así como tampoco para el Máximo Tribunal, una circunstancia en la cual ha incurrido históricamente la Administración Pública, y es la “de pretender limitar de manera excesiva la carrera administrativa, a través de la ampliación indebida de la condición de libre nombramiento y remoción. En franco atentado contra el espíritu constitucional, los órganos y entes administrativos, invocando diversos argumentos, intentan justificar la necesidad de que sus funcionarios no estén amparados por la estabilidad que proporciona la

carrera administrativa” (*Vid.* sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia previamente citada, recaída en el caso *Eduardo Parilli Wilhelm contra el tercer aparte del artículo 298 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*) y un ejemplo claro de esto lo constituyó el Decreto N° 211 emanado del Presidente de la República el 4 de julio de 1974, que consagraba una serie de cargos como de libre nombramiento y remoción, actualmente derogado por la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Pero aunado a la excesiva presencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción en la Administración Pública, tampoco debe dejar de observarse igualmente el alto índice de contratados en ésta, y lo más grave es que, en violación a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la Ley del Estatuto de la Función Pública, este personal contratado se encuentra ejerciendo funciones de un cargo de carrera.

Ello, como ya se dijo, infringe tanto la Carta Magna, como las siguientes previsiones normativas contenidas en la Ley que rige la materia, la Ley del Estatuto de la Función Pública, que dispone al efecto lo siguiente:

“Artículo 37. Sólo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado.

Se prohibirá la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la presente Ley”.

“Artículo 38. El régimen aplicable al personal contratado será aquél previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral”.

“Artículo 39. En ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública”. (Subrayado de esta Corte)

Es evidente entonces que, así como los cargos de libre nombramiento son excepcionales, pues la contratación de personal también lo es. En efecto, se comprende la *ratio legis* por la cual el legislador patrio excluyó la contratación de personal para ejercer funciones iguales a los funcionarios de carrera y a los de libre nombramiento y remoción, es que ello iría en contradicción a la estabilidad que se le otorga a los funcionarios públicos como tal, estabilidad que no tendrían de ser contratados.

Se observa claramente que la Ley del Estatuto de la Función Pública consagra que sólo se podrá proceder a la vía de la contratación en casos especiales y excepcionales, es decir, cuando se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado -lo cual no es el caso de un funcionario de carrera-. Además, la misma Ley prohíbe la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la presente Ley, es decir, se está refiriendo precisamente a los cargos de carrera y a los de libre nombramiento y remoción.

Esto trae como consecuencia que, al estar este personal regido por las previsiones contractuales suscritas entre ellos ya la Administración, así como por la legislación laboral, se genere entonces una especie de laboralización de la función pública.

Asimismo, prohíbe el artículo 39 *supra* citado, que el contrato se constituya como una vía de ingreso a la Administración Pública, cuestión que se ha verificado históricamente en los organismos públicos, donde los contratados con el tiempo pasan a formar parte de las nóminas del personal fijo.

Tal laboralización de la función pública está además restringida por el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuando reserva las materias relativas a la estabilidad, el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro del trabajador al estatuto propio de la Administración

que al efecto se dicte (en la actualidad, la Ley del Estatuto de la Función Pública), por lo tanto, en principio (salvo excepciones como por ejemplo, los obreros), no podría existir otro régimen en la función pública que el sistema estatutario.

Este punto de la laboralización de la función pública es igualmente tratado por Josefina Cantero Martínez (*Ob. cit.*, pp. 88) quien en su obra hace referencia a la desfuncionarización, conceptualizando tal término como el conjunto de técnicas cuya finalidad última es evitar que parte del personal de las Administraciones Públicas se beneficie de las garantías que proporciona el régimen estatutario, es decir, tener en la Administración Pública personal que no está sometido al Derecho Administrativo, consecuencia de lo cual se desnaturalizan los elementos que habitualmente caracterizan o definen el régimen jurídico público tradicional de la función pública, como resultado de la introducción a este régimen de instituciones que son propias del Derecho Laboral (*Ob. cit.*, pp. 311).

De hecho afirma dicha autora que cuando la Administración contrate personal deberá comportarse en sus relaciones con ellos como si de un empresario privado se tratara, sin prerrogativas y aplicando en todo momento la normativa laboral, pero que, sucede que el ordenamiento laboral surgió con un carácter tuitivo y protector de los trabajadores frente a la posición prevalente de los empresarios y para evitar que éstos, dado el ficticio principio de igualdad de las partes en la contratación, pudieran imponer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente (*Ob. cit.*, pp. 413).

Pero es el caso que, contrario a lo anterior, las normas administrativas que se han dictado para regular la prestación de servicios en la Administración no responden exactamente a la finalidad de protección del trabajador, ya que no se trata de defender la posición del empleado frente a la Administración, al menos como objetivo fundamental, sino de garantizar determinados principios consagrados en la Constitución, tal como el principio de igualdad de los ciudadanos para el acceso a los cargos públicos, que exige el establecimiento y regulación de los procesos de selección de personal, y de hacer efectivo el principio de eficacia de la actuación administrativa a través de la consagración de los principios de mérito y capacidad.

Se observa claramente entonces que los poderes públicos no pueden reclutar al personal que necesiten para el ejercicio de sus funciones públicas (gestión de los intereses públicos con eficacia) a la manera de una empresa privada, es decir, por la simple y directa voluntad de los responsables de la selección de empleados, sino que la selección de los funcionarios públicos ha de hacerse en virtud de criterios objetivos (mérito y capacidad), pues todos los ciudadanos son iguales ante la ley y ante su aplicación, de manera que la Administración no puede expresar diferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la Función Pública*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pp. 123). En este orden de ideas, se impone la necesidad de cambiar el viejo paradigma que durante años hizo que la Administración Pública se convirtiera en una especie de institución al servicio del clientelismo político, lo que conllevó a que en el país se evidencie una excesiva presencia de cargos de libre nombramiento y remoción, así como de personal contratado.

Lo anterior, obviamente trajo consigo que exista un alto índice de inestabilidad en la función pública, dado el hecho de que la mayoría de los distintos órganos del Poder Público dan ingreso a los funcionarios que han de prestar sus servicios, haciendo caso omiso a la previsión constitucional y legal relativo a la obligación de la realización de un concurso público como paso previo y obligatorio para el ingreso, a los fines de proveer los diferentes cargos de la Administración Pública, siendo imperiosa la adopción de medidas que abandonen las antiguas prácticas, y se acoja en materia de función pública las previsiones contenidas tanto en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como en el artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, lo cual se traduce en un sometimiento a los principios básicos del Estado de Social de Derecho que preconiza nuestra Carta Magna.

En este contexto, se advierte que la Ley especial que desarrolló la aludida disposición constitucional, esto es, la Ley del Estatuto de la Función Pública, al regular el sistema de administración de personal estableció sobre el sistema de ingreso y de ascenso lo siguiente:

“Artículo 40. El proceso de selección de personal tendrá como objeto garantizar el ingreso de los aspirantes a los cargos de carrera en la Administración Pública, con base en las aptitudes, actitudes y competencias, mediante la realización de concursos públicos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos, sin discriminaciones de ninguna índole.

Serán absolutamente nulos los actos de nombramiento de funcionarios o funcionarias públicos de carrera, cuando no se hubiesen realizado los respectivos concursos de ingreso, de conformidad con esta Ley.

Artículo 45. El ascenso se hará con base en el sistema de méritos que contemple la trayectoria y conocimientos del funcionario o funcionaria público. Los reglamentos de la presente Ley desarrollarán las normas relativas a los ascensos. (...)”. (Énfasis añadido por esta Corte).

De la normativa antes transcrita se desprende que la designación de un funcionario en un determinado cargo de carrera, debe ser el resultado de la celebración de un concurso en el cual éste resultó favorecido y, no obedecer a una selección discrecional, donde no se constaten los elementos objetivos en virtud de los cuales se hizo merecedor de su designación.

Ergo, resulta que la falta de ingreso a través de concurso, no sólo retoma los viejos paradigmas que históricamente experimentó la Administración Pública venezolana, sino que incide en la ausencia de estabilidad, y consecuentemente ocasiona que dichos funcionarios, no puedan tener todos los beneficios socio-económicos que gozan los funcionarios de carrera.

En idéntico sentido, esta Corte advierte que no sólo existe un desconocimiento de la condición de funcionario público sino que, además, como ya previamente lo afirmó recientemente este Órgano Jurisdiccional en sentencia N° 2008-00944 del 28 de mayo de 2008, tanto el ingreso como el ascenso en la Administración Pública, sin que se atiendan a las disposiciones constitucionales y legales antes analizadas, es además, lesivo al derecho constitucional a la igualdad de acceso a los cargos públicos, que tiene todo ciudadano que cumpla los requisitos establecidos en la ley para desempeñar determinado destino público. En efecto, al tratarse de un cargo determinado que debe ser provisto mediante concurso, la designación efectuada sin que medie dicho mecanismo de selección, constituye una franca discriminación para quienes, reuniendo las condiciones para desempeñar el cargo, no resulten favorecidos por la designación hecha en forma discrecional (*Ver* también sentencia N° 2007-01217 de fecha 12 de julio de 2007, caso *Deisy García contra el Estado Miranda*, y ratificada por esta Corte nuevamente en sentencia N° 2007-02000 de fecha 12 de noviembre de 2007, caso *Rosalía Berroterán contra el Estado Miranda*).

Con referencia a lo anterior, la autora española Josefa Cantero Martínez (*Ob. cit.*, pp. 409) destaca esta situación evidenciando la coexistencia de dos regímenes jurídicos diferentes en el seno de las Administraciones Públicas realizando las mismas funciones, sin que existan “criterios distintivos claros razonables que permitan justificar dicha dualidad [...] lo cual lleva, evidentemente, a la aparición de tensiones y discriminaciones entre ambos tipos de personal. [...*omissis*...] No se trata sólo de que dicho personal sea admitido sin la etapa de formación previa que comporta el sistema de oposiciones y los cursos en las escuelas de funcionarios [...] también el personal laboral puede sentirse discriminado por no poseer la nota de estabilidad e inamovilidad en el puesto que poseen los funcionarios”.

Tal proceder de la Administración constituye una especie de negación a la carrera administrativa a un número ciertamente elevado de personas, que ingresan a los organismos o entes públicos con la expectativa de hacer carrera administrativa, con lo cual no sólo se vulnera el espíritu del constituyente, sino que se infringe el principio de la confianza legítima

que tienen los aspirantes a ingresar a la carrera administrativa de que se les ratifique, o se les dé ingreso, a través de un concurso público, tal como lo establece el sistema de función pública venezolano, que da prevalencia a la carrera administrativa por encima de los cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales ciertamente pueden coexistir, pero, de manera excepcional.

Este fenómeno de la laboralización de la función pública no ha sido ajeno en otros ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en España, ha sido ampliamente desarrollado por varios autores, que han afirmado cuestiones como la siguiente:

“Si el Derecho Administrativo, como se suele aceptar, es el Derecho específico de las Administraciones Públicas, el Derecho que atiende a sus peculiaridades propias y trata de conciliar sus necesidades y las del interés general con el interés de los particulares, no resulta muy alentador que dichas organizaciones pasen a someterse *ex lege* al Derecho común de los demás sujetos también cuando llevan a cabo actividades típicamente administrativas (y no ya sólo cuando desarrollan actividades de tipo empresarial, idénticas a las ejercidas por los particulares).

[...*Omissis*...]

[...] En algunos casos la regulación existente seguirá siendo válida, y deberemos criticar la sumisión al Derecho privado, un Derecho no concebido para satisfacer las peculiares exigencias de lo público; pero en otros no lo será, y habrá que redefinirla. Dicha redefinición, sin duda, el mejor freno a la huida del Derecho Administrativo.

Un buen ejemplo lo constituye la función pública, uno de los ámbitos en los que la huida del Derecho Administrativo ha sido más intensa, [...]”. (Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol: *Globalización, Estado y Derecho, Las Transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Cuadernos Civitas, Madrid-España, 2004, p. 241).

La situación descrita debe ser tratada con elevada firmeza, teniendo siempre en consideración una interpretación diáfana (por parte de la Administración y de los Jueces) del texto constitucional y de la Ley que rige la materia, de manera que impida, sobre todo, que se califique como alto nivel o confianza a cargos que, en puridad, no son ni lo uno ni lo otro. Ello se evita, dando un valor superior a la carrera administrativa por sobre la situación que se ha venido presentando desde hace décadas, donde prevalecen los funcionarios de libre nombramiento y remoción, haciendo que los funcionarios públicos ingresen a través de la figura de los concursos públicos y reconociendo la estabilidad de los que resulten ganadores de éste y aprueben las etapas sucedáneas.

Lo anterior se justifica en el hecho de que en la actualidad la misma Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, patentizada luego por la Ley del Estatuto de la Función Pública, consagra instrumentos destinados a garantizar el correcto funcionamiento de la Administración, y entre esos instrumentos están los concursos, las evaluaciones y las medidas disciplinarias, como elementos para garantizar que los funcionarios públicos seleccionados sean los más idóneos, profesional e incluso éticamente, lo cual, una vez efectuado, le otorgará la estabilidad especial de todo funcionario público.

Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, merece la pena enfatizar que las Administraciones Públicas se encuentran vinculadas por el principio de mérito y capacidad, es decir, no pueden seleccionar libremente a su personal como sucede en las empresas privadas (a excepción de los también excepcionales cargos de libre nombramiento y remoción), siendo lo cierto que esa valoración de los candidatos a funcionarios se ha realizado a nivel mundial fundamentalmente con arreglo a las técnicas del concurso y la oposición, o a través de una versión mixta de ambas, el concurso-oposición (por una parte, a través de unos exámenes que, al ser competitivos, permiten además seleccionar a los mejores aspirantes).

Para Miguel Sánchez Morón “La oposición consiste en ‘la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y la aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación’. El concurso consiste en ‘la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento del orden de prelación de los mismos’. Y el concurso-oposición en ‘la sucesiva celebración de los dos sistemas anteriores’” (*Ob. cit.* pp. 134). Y Palomar Ojeda opina que estas dos formas son las más claras y clásicas de medir el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad con una perspectiva objetiva (*Ob. cit.*, pp. 81).

En el caso patrio, la Ley del Estatuto de la Función Pública destaca la figura del concurso público, y, en este punto es necesario indicar que, si la oposición constituye un método adecuado para seleccionar colectivos numerosos y homogéneos, el concurso -en el que no se examinan los candidatos comparándose únicamente sus títulos y experiencias documentadas- parece el más apropiado para seleccionar funcionarios para plazas singulares y muy específicas. En otros países, como Inglaterra y Alemania, no es la oposición sino el concurso ampliamente discrecional -sin examen de conocimientos, obviamente, pero con valoración de la personalidad del candidato a través de rigurosas entrevistas- el método ordinario de selección.

En España, la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública de 1984, se estableció que a través de cualquiera de estos métodos, concurso, oposición o concurso-oposición, igualmente se garantizan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, debiéndose establecer una conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar incluyendo a tal efecto las pruebas prácticas que sean precisas.

En lo que respecta a los concursos públicos, se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 2006-3103 de fecha 22 de noviembre de 2006, caso *Instituto Venezolano de los Seguros Sociales* (criterio reiterado por esta Corte en sentencia N° 2008-00944 del 28 de mayo de 2008) disponiendo lo siguiente:

“[...] el artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública nos permite desarrollar una definición de concurso público entendiéndose como el mecanismo de selección de personal que garantiza el ingreso con base en la aptitud y la competencia, mediante la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos, sin discriminaciones de ninguna índole. Dicho concurso posee 2 etapas, siendo la primera de éstas el concurso público de credenciales mediante el cual los aspirantes al cargo de carrera consignan los títulos, certificados y demás documentación que acreditan su formación académica, experiencia profesional y demás méritos obtenidos en su profesión, a los fines de demostrar que cumple los requisitos básicos para optar al cargo deseado mediante concurso público de oposición. La Administración Pública, mediante la revisión del cumplimiento de estos requisitos determinará quienes [*sic*] lo cumplen y quienes [*sic*] son los más aptos para opositar por el cargo vacante, por lo tanto es un paso previo al concurso de oposición.

La segunda etapa es el llamado concurso de oposición el cual se alcanza una vez superado el concurso de credenciales, ya que la Administración requirente convoca públicamente a los que haya seleccionado para concursar mediante oposición, superando los exámenes y demás pruebas que sean necesarios; la oposición será una verdadera competencia de conocimientos, destrezas, habilidades y demás aspectos que considere la Administración Pública sean necesarios para el desempeño del cargo vacante. En la selección la Administración deberá ser la más rigurosa y objetiva posible, dada las obligaciones y responsabilidades públicas que asumirá el ganador seleccionado. Este es el único concurso mediante el cual se podrá ingresar al cargo de carrera por el cual se opta en calidad de titular y, que confiere el derecho exclusivo a la estabilidad superado el período de prueba (artículo 43 de la ley del Estatuto de la Función Pública)”.

De los anteriores planteamientos se deduce que a través de la utilización de la figura del concurso se debe permitir una preconfiguración del candidato, dado que la determinación de los méritos para resolver se hace en función de cada puesto, figurando los adecuados a sus características, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento y, justamente, el dato más objetivo, la antigüedad. Asimismo, se deben establecer previamente, las bases de la convocatoria, que deberán expresar los méritos a valorar y el baremo con arreglo al cual se puntuarán los mismos, así como, en su caso, la constitución de comisiones de valoración, como una garantía de objetividad. (PARADA, Ramón: *ob. cit.*, pp. 405 y 407)

Sobre la base de lo expuesto, cabe destacar que nuestro Máximo Tribunal ha dejado sentado que “Si una persona ha demostrado, en el concurso correspondiente, capacidad para el cargo y si sus evaluaciones confirman lo acertado de su selección, poco tendrá que temer la Administración en cuanto al desempeño de sus servidores. E incluso, si se diera el caso de que el funcionario se apartara de sus deberes –por ejemplo, revelando información no disponible en ese momento para los administrados o aprovechando sus conocimientos para obtener provechos personales- bien podría ser objeto de sanciones disciplinarias que podrían llegar a su retiro por destitución”. (sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1412 del 10 de julio de 2007, caso *Eduardo Parilli Wilhelm contra el tercer aparte del artículo 298 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*)

En efecto, entre las ventajas del sistema de carrera, destacadas por Alberto Palomar Olmeda se puede extraer que “La adaptación entre el empleado público y la función a desarrollar, ya que su reclutamiento es el fruto de la evaluación previa de las necesidades de la organización, determina una mayor aproximación y lo que el empleado público puede aportar”, caracterizado este autor por considerar que encontrar un adecuado modelo de empleo público es la clave para una eficiente prestación de servicios por parte del Estado, afirmando también que el reclutamiento de los empleados públicos es, sin lugar a dudas, uno de los elementos claves del sistema de empleo público, el cual tiene como aspectos nucleares los sistemas de mérito y capacidad (*Ob. cit.*, pp. 31 y 55) . (Subrayado de esta Corte)

De todo lo anteriormente expuesto se colige que si tanto la Constitución como la Ley del Estatuto de la Función Pública consagran suficientes mecanismos para lograr la buena marcha de la Administración, no sería en ningún modo aceptable desconocer las bases fundamentales que, en materia de función pública, se han establecido en los instrumentos jurídicos correspondientes, haciendo, por el contrario, una interpretación demasiado extensiva y, hasta inconstitucional, al hacer caso omiso al mecanismo del concurso como forma para ingresar a la Administración Pública, con lo cual, consecuentemente, se respetará la estabilidad de todos los funcionarios públicos.

La vulneración de la anterior situación, el ingreso por concurso, indiscutiblemente ocasiona que tampoco se respete un derecho inherente a la función pública, como lo es la estabilidad, pero sobretudo, genera una altísima rotación de personal en los organismos públicos, y una especie de laboralización de la función pública, la cual no se encuentra regida por normas de Derecho Laboral, sino por normas propias y de carácter estatutario.

Así lo ha verificado nuestro Máximo Tribunal, cuando en sentencia N° 1412 del 10 de julio de 2007, recaída en el caso *Eduardo Parilli Wilhelm contra el tercer aparte del artículo 298 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*, ya citada, precisó lo que a continuación se transcribe parcialmente:

“Sin duda, se hace imprescindible interiorizar, en la conciencia de los legisladores y jefes de la Administración, que sólo el respeto a la estabilidad de los funcionarios -aunado claro está, a una correcta selección, libre de compromisos ajenos a la profesionalidad, y además a

un adecuado seguimiento de sus tareas- consigue resultados favorables a largo plazo. No es difícil comprender que la libre remoción apareja no sólo inseguridad para los funcionarios debido a la inestabilidad, sino inconvenientes para la Administración, que sufre las consecuencias de una alta rotación de su personal, que con demasiada frecuencia no llega a familiarizarse con sus obligaciones durante los a veces muy breves períodos en el cargo para los cuales han sido designados". (Negritas de esta Corte)

Tal situación no es propia de un sistema de función pública como el venezolano, donde, como ya se indicó *supra*, es mayormente de corte cerrado, ocasionando que el personal no se habitúe a sus obligaciones durante el tiempo durante el cual cumpla sus funciones, en donde, generalmente, estarán a merced de los cambios de jerarcas que ocurran en el organismo, es decir, sujetos al vaivén político, y es justamente esa situación la que el Constituyente patrio consideró pertinente prevenir, de conformidad como fue expuesto en la transcripción que se efectuó *supra* de la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El escenario planteado (la alta rotación de personal producto del vaivén político) genera una ineludible vulneración a una estabilidad específica reconocida a los funcionarios públicos constitucional y legalmente. No en vano, se creó, a raíz de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, un régimen estatutario precisamente para exceptuar a los funcionarios del Estado del régimen jurídico laboral, y ello precisamente se logró con la aprobación y entrada en vigencia en el año 2002 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En efecto, la Ley del Estatuto de la Función Pública vino a concretar los enunciados puestos a la vista por el Constituyente en la Norma Fundamental y, entre muchos aspectos, dicho cuerpo normativo reconoció claramente varios aspectos esbozados en la Constitución, entre ellos, la carrera administrativa como regla, la libertad de nombramiento y remoción como excepción, el concurso como única vía para ingresar a esa carrera administrativa, y, como consecuencia, tanto del concurso como de la carrera administrativa misma, la estabilidad específica que reposa en cabeza de los funcionarios públicos.

Expuesto lo anterior, no podría admitir este Órgano Jurisdiccional una actuación administrativa en detrimento de lo consagrado tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como en la Ley del Estatuto de la Función Pública, puesto que la carrera administrativa en sí misma no es solamente un derecho del servidor público y una obligación para el Estado de ineludible acatamiento (dado su rango constitucional), sino que es, principalmente, una condición para alcanzar la eficacia y eficiencia en la gestión pública, tal como lo preconiza el artículo 141 Constitucional, que establece que:

“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”. (Negritas de esta Corte)

Se trae a colación el contenido de la referida norma constitucional por cuanto la carrera administrativa no es sólo el mero reconocimiento de la estabilidad para el funcionario, pues, contrario a lo que sucede en el campo del Derecho Laboral, sino que la función pública también constituye un mecanismo para que la Administración se haga de un cuerpo de funcionarios que presten sus servicios para los objetivos del Estado, que no son otros que, en resumen, la procura del bienestar colectivo.

Sobre este punto, refiriéndose al mérito y a la capacidad de los funcionarios en función de la Administración Pública, es destacable lo que opina Alberto Palomar Olmeda (*Ob. cit.*, pp. 14), cuando afirma que:

“Garantizar la objetividad del sistema de acceso a la función pública es un paso definitivo en la profesionalización del servicio público y esta profesionalización se compensa, de una forma prácticamente ineludible, a garantizar la permanencia del mismo en el empleo público ya que la relación de servicios no se constituye *ad personam*, sino que se realiza respecto de la persona jurídica Estado. Esta concepción de servidor del Estado, y no de quien en un momento determinado ostenta el poder, es la que permite asegurar la inamovilidad del funcionario. En definitiva, se supera lo que se había denominado sistema de botín o *spoils system*, para dar paso al *merits system*. En los países desarrollados, el tránsito de uno a otro sistema se produce en el siglo XIX”. (Subrayado de esta Corte)

En consecuencia, no resulta de ningún modo válido el argumento de que el interés público tenga más trascendencia que la estabilidad del funcionario, pues ello implica negar que la estabilidad de los funcionarios públicos forma parte de los instrumentos constitucionales para la satisfacción de tales intereses, ya que la satisfacción de los altos intereses del Estado no se logra precisamente a través de la libertad de nombramiento y remoción de funcionarios, por el contrario, la carrera administrativa no ha de constituir en modo alguno una traba para el logro de las obligaciones públicas, sino todo lo contrario, la carrera administrativa asegura mejor que cualquier otro la imparcialidad y la objetividad del funcionario y el funcionamiento de los servicios públicos frente a los cambios de coyuntura política que el sistema de partidos comporta (Cfr. PARADA, Ramón: *Ob. cit.*, pp. 381).

Visto lo anteriormente expuesto, es importante destacar que la realización del concurso es una carga que reposa enteramente en cabeza de la Administración, de manera tal, que la falta de realización del mismo no debe constituir una razón válida para que los distintos órganos públicos decidan el egreso de los funcionarios, so pretexto de que éstos, al no haber adquirido la condición de funcionarios de carrera, dada la falta del referido concurso (cuya carga no es del particular, sino de la Administración), éstos desempeñan, por ende, un cargo de libre nombramiento y remoción.

Este razonamiento contradice los postulados constitucionales y legales ampliamente desarrollados *supra*, en claro detrimento de la carrera administrativa, constituyendo esto un uso indiscriminado de la figura excepcional de los cargos cuyas funciones sean de libre nombramiento y remoción.

Pero coetáneamente a la situación anterior, no puede dejar de precisar esta Corte que tomando igualmente en consideración lo expuesto *supra*, en relación a que las Administraciones Públicas se encuentran vinculadas por el principio de mérito y capacidad, resulta igualmente importante resaltar que la evaluación del funcionario no habría de limitarse al momento inicial, esto es, al ingreso del mismo a la Administración Pública.

En este orden de ideas, Palomar Olmeda, refiriéndose a la evaluación del desempeño, considera que:

“Es éste uno de los elementos que presenta mayor relieve en la actualidad y que simultáneamente es cada vez más complicado de implementar y de aplicar. La impunidad gestora de los funcionarios crea un mal clima social ya que, unida a su inamovilidad, se identifica una percepción social de favorecidos que dificulta la imagen y el trabajo de los mismos.

Uno de los elementos de mayor dificultad deriva, precisamente, de la falta de evaluación de la actividad de los empleados públicos, lo que genera que los ascensos y promociones estén ligados a la producción del empleado para su ‘empresa’ sino, exclusivamente, a su pertenencia o permanencia en la misma.

De aquí que surja inmediatamente la necesidad de implementar sistemas de evaluación del desempeño de los empleados públicos, de forma que puedan objetivizarse las reglas de estancia y promoción en la organización y, desde otra perspectiva, que la sociedad a la que prestan servicios pueda conocer y ‘medir’ el rendimiento de los empleados”. (*Ob. cit.*, pp. 120)

Ello así, en aras de garantizar lo consagrado en el artículo 141 Constitucional, que prevé los principios que deben regir a la Administración Pública, entre los cuales destaca la eficacia y eficiencia, la propia Ley del Estatuto de la Función Pública consagra la figura de la evaluación de los funcionarios, con la finalidad de garantizar la esos principios.

En este punto, la doctrina ha destacado lo siguiente:

“La regulación vigente de la función pública se preocupa fundamentalmente de garantizar la capacidad y motivación de los servidores públicos en el momento de su ingreso, pero no después. El funcionario que ha obtenido su plaza confía en que su derecho al cargo le protegerá durante el resto de su vida profesional, careciendo de incentivos -más allá de sus propios principios éticos- para aumentar su productividad o -como es fundamental en la sociedad actual, caracterizada por el cambio tecnológico constante- reciclar sus conocimientos. El resultado es de sobras conocido: muchos funcionarios rinden poco y se resisten a cualquier cambio que pretenda introducirse, mientras que los más ambiciosos y preparados, cuando han adquirido la experiencia suficiente, acostumbran a pasarse total o parcialmente al sector privado, que les ofrece retribuciones más altas.

Ello no puede continuar así. Los funcionarios (en general, los trabajadores públicos) son el elemento clave de la Administración Pública, de ellos y de su trabajo depende el rendimiento y la percepción que de esta se tenga la ciudadanía. Sólo una Administración Pública que cuente con funcionarios capaces y motivados es capaz de cumplir el mandato constitucional de servir con objetividad y eficacia los intereses generales. Por eso, debe complementarse la regulación actual del sistema de selección del personal con medidas que garanticen su capacidad y rendimiento una vez obtenida la plaza. Deben introducirse incentivos positivos (sobre todo niveles retributivos elevados, equiparables a los de la empresa privada, asociados a la productividad, y posibilidades reales de promoción profesional) y negativos (posibilidad real de despido ante el incumplimiento de estándares objetivos mínimos de rendimiento), que garanticen la productividad y reciclaje continuo que requiere la sociedad actual. Sin trabajadores públicos motivados, la Administración y lo público en general está condenados al desprestigio social y -consiguientemente- al declive progresivo, amenazados de extinción”. (Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol: *Ob. cit.* pp. 242) (Negritas y subrayado de esta Corte)

De manera tal, que a los fines de lograr lo que igualmente nuestra Carta Magna propugna, la eficacia y la eficiencia de la Administración Pública, es necesario no sólo el concurso como única forma de ingreso a ésta, sino la procura de un cuerpo de funcionarios plenamente capacitados y contestes con los principios que nuestra Norma Fundamental le ha atribuido a la Administración Pública y ello se logra precisamente a través de la figura de la evaluación del desempeño de todos los funcionarios públicos al servicio de los distintos órganos de la Administración, circunstancia ésta que se encuentra regulada en los artículos 57 y siguientes de la Ley del Estatuto de la Función Pública, dentro del capítulo IV (Evaluación del Desempeño) del título V (Sistema de Administración de Personal), constituyendo ello un mandato legal de obligatorio acatamiento para la Administración Pública.

De acuerdo a las consideraciones planteadas, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo concluye:

PRIMERO: Que el Estado Social de Derecho y de Justicia propugna la protección estatal de determinados grupos de la población del país, a quienes se reconoce no están en igualdad de condiciones (en este caso, los funcionarios públicos) con las otras personas con quienes se relacionan en una específica actividad (en este caso, los distintos órganos que componen la Administración Pública), disminuyendo en lo posible la existencia de discriminaciones a los débiles jurídicos dentro de la sociedad o un determinado grupo;

SEGUNDO: Que el personal que labora actualmente en las distintas administraciones públicas tiene la confianza o expectativa legítima de acceder a la función pública y de hacer carrera administrativa, y que, en consecuencia, les sea respetada la estabilidad absoluta consecuencia de ello;

TERCERO: Que el Juez Contencioso Administrativo tiene la potestad de restablecer las situaciones jurídicas infringidas como consecuencia de la actividad administrativa lesiva, aunque ello implique ir más allá de lo que ha sido planteado por las partes;

Como corolario de lo anterior, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo establece como criterio que el funcionario que, una vez entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, haya ingresado a la Administración Pública - mediante designación o nombramiento- a un cargo calificado como de carrera, sin la realización previamente del debido concurso público, gozarán de estabilidad provisional o transitoria en sus cargos, hasta tanto la Administración decida proveer definitivamente dicho cargo mediante el correspondiente concurso público. Este derecho a la estabilidad provisional nacerá una vez superado el período de prueba.

Esta estabilidad provisional supone, en criterio de esta Corte, que aquel funcionario que se encuentre en la aludida situación de transitoriedad no podrá ser removido, ni retirado de su cargo por causa distinta a las contempladas en la Ley del Estatuto de la Función Pública (artículo 78), hasta tanto el cargo que ocupa temporalmente sea provisto mediante el correspondiente concurso público.

En síntesis, considera este Órgano Jurisdiccional que, en atención a los principios derivados del Estado Social de Derecho y de Justicia establecido en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe reconocerse el derecho a la estabilidad provisional o transitoria, en los términos antes expuestos, al funcionario que haya ingresado por designación o nombramiento a un cargo de carrera, sin haber superado previamente el respectivo concurso.

De igual forma, no quiere dejar de precisar esta Corte que, a tenor de lo dispuesto no podría establecerse que los actos de designación y nombramiento de los funcionarios que se encuentren en esta situación, deban reputarse nulos, de conformidad con el artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. A juicio de esta Corte, lo que prohíbe dicha norma con el establecimiento de esa sanción de nulidad a que alude es que, mediante esa designación o nombramiento, se confiera el status definitivo de un funcionario de carrera a quien ingrese a un cargo igualmente de carrera sin haber superado previamente el referido concurso. En consecuencia, los actos de nombramiento o designación de los funcionarios que, desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se reputan válidos, mientras ese acto no contradiga lo expuesto previamente, es decir, mientras no le otorgue a través del mismo una condición de funcionario de carrera que no ostenta por no cumplir con el requisito del concurso público.

Por otra parte, en cuanto a los funcionarios que ingresaron bajo los supuestos aquí tratados con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la antigua Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo estableció los alcances de dicha forma de ingreso, reconociéndole un status de funcionario de carrera a éstos (ver, entre otras, sentencia N° 1862 del 21 de diciembre de 2000 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo [Tomo II de Jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pp. 205 y 206] y sentencia N° 2007-381 del 19 de marzo de 2007 de esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo).

Ahora bien, aquel funcionario que se encuentre en la situación de provisionalidad aquí descrita tendrá derecho a participar en el concurso público que convoque la Administración para proveer definitivamente el cargo que ocupa, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos para ocupar el respectivo cargo, en cuyo caso la Administración deberá tomar en consideración el tiempo de servicio y el desempeño que éste tuvo en el ejercicio del cargo.

Una vez expuesto lo anterior, esta Corte debe dejar establecido que el criterio de la estabilidad provisional o transitoria expuesto *supra* tiene su ámbito de aplicación exclusivamente dentro del marco de aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que es precisamente el cuerpo normativo que se aplica a la situación de marras. De manera tal que, en aquellos casos en que se plantee un caso en el cual esté involucrado un organismo de la Administración Pública exento de la aplicación de dicha Ley, esta Corte procederá a analizar cada caso en concreto a los fines de dilucidar si el presente criterio se aplicaría en esos casos o no.

Ahora bien, el criterio anterior tiene sus excepciones en los siguientes casos, esto es, a los siguientes supuestos no les será aplicable la tesis de la estabilidad provisional o transitoria hasta la realización del concurso:

PRIMERA: quedan excluidos del derecho a la estabilidad provisional o transitoria a que se ha hecho alusión aquellos funcionarios que desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción (alto nivel o de confianza).

SEGUNDA: igualmente quedan excluidos del derecho a la estabilidad provisional o transitoria el personal contratado al servicio de la Administración Pública, cuyo régimen jurídico será aquel previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral (artículo 38 de la Ley del Estatuto de la Función Pública).

No obstante, con respecto al personal contratado esta Corte exhorta a los distintos entes y órganos de la Administración Pública a:

1. Acatar los lineamientos contenidos en la Ley del Estatuto de la Función Pública, en cuanto señala que sólo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado (*Vid.* encabezamiento del artículo 37 de dicha Ley).

2. Normalizar o regularizar la situación de aquel personal contratado a tiempo indeterminado que se encuentran realizando funciones correspondientes a los cargos de carrera, a los fines de no contrariar lo dispuesto en el primer aparte del artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

- Del ámbito objetivo del recurso de apelación ejercido:

Esta Corte observa que el presente recurso contencioso administrativo funcional tiene por objeto la nulidad del acto administrativo de fecha 24 de mayo de 2006, a través del cual el Vicepresidente y Secretario del Cabildo Metropolitano de Caracas le notificaron al querellante que dicho organismo había aprobado su remoción del cargo de Asistente Administrativo de Comisión.

Como fundamento del recurso el recurrente esgrimió la incompetencia del funcionario que lo notificó del acto de remoción. Asimismo, alegó que “el mencionado cabildo no es competente para legislar en materia de función pública, por lo que no puede surtir efecto” el artículo 59 del Reglamento Interno del Cabildo Metropolitano de Caracas. De igual forma, expresó que el ente recurrido cambió “la calificación y el estatus del cargo que detent[ó] [...] [incurriendo] en una interpretación parcial y sesgada del artículo 21 de la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública”, para finalizar manifestando que “en la comunicación donde se [le] notific[ó] la remoción del cargo, solo se hace en forma genérica, además de que no está fundamentada en la existencia de manual descriptivo de cargo alguno, donde estén previamente establecidas las funciones del cargo, y que sea de libre nombramiento y remoción, siendo a todo evento una calificación infundada”.

Por su parte, en la oportunidad de la contestación a la querrela, la parte querrelada alegó en su defensa que el cargo ejercido por el querellante “se encuentra tipificado como de libre

nombramiento y remoción, ya que con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 146 aparte primero señala ‘El ingreso de los funcionarios Públicos [sic] y las funcionarias Públicas [sic] a los cargos de carrera será por Concurso Público [sic] [...] y por esta razón el funcionario fue aprobado [sic] su cargo como Asistente Administrativo en fecha veintiséis (26) de marzo del dos mil dos (2002) entendiendo de esta manera que su nombramiento fue posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sin que haya cumplido el requisito exigido por la ley que es el Concurso Público [sic]’.

De igual forma, en la oportunidad de los informes orales ante esta Alzada, la representación de la parte querellada reiteró que no podría ser el cargo del actor uno de los catalogados como de carrera, ya que la Constitución y la ley establecen los requisitos taxativos para que un funcionario pueda ser considerado de carrera, entre ellos que haya ganado un concurso público, y que en este caso no se verifica esta situación, ya que su ingreso se efectuó por designación de una sesión del Cabildo Metropolitano de Caracas para ocupar un cargo que se encontraba ocupado por una ciudadana que previamente renunció al mismo, y que, por lo tanto el cargo ejercido por el querellante es de libre nombramiento y remoción.

Dicho lo anterior, esta Corte evidencia que el fundamento principal de la defensa de la parte querellada gira en torno a que, al no haber ingresado el actor a través de la figura del concurso público, establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no podría catalogársele como un funcionario de carrera y que, por ende, su cargo encuadraba dentro de los catalogados como de libre nombramiento y remoción.

Expuesto lo anterior, esta Corte observa que el acto administrativo cuya nulidad ha sido solicitada fundamentó la remoción del recurrente en el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, siendo el mismo del tenor siguiente:

“Cumpro con notificarle que el Cabildo del Distrito [sic] Metropolitano de Caracas, en el Punto Seis del Orden del Día, en la Sesión Ordinaria N° 17-2006 del día 23 de mayo de 2006, APROBO [sic] su Remoción, del cargo como ASISTENTE ADMINISTRATIVO DE COMISION [sic], código N° 0216, la misma se hará efectiva a partir de su notificación. En tal sentido, le informo que esta remoción se fundamenta en el artículo 19, 2° Aparte y artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, cuyo texto reza ... ‘Los Funcionarios o Funcionarias de la Administración Pública serán de Carrera o de Libre Nombramiento y Remoción’ [...]”. (Resaltado del acto administrativo citado)

Visto lo anterior, tal fundamentación legal fue complementada por la Administración en sede judicial, cuando argumentó que el querellante no cumplió con el requisito de ingreso a través de la figura del concurso público, establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No obstante lo anterior, siendo que la circunstancia en la cual la Administración apoya el fundamento de la remoción del querellante (la falta de concurso) no es una circunstancia que dependa del actor, sino una carga de la Administración, en este caso, del Cabildo Metropolitano de Caracas, sobre el cual recae la obligación de convocar los respectivos concursos para ocupar los distintos cargos de carrera de dicho organismo, es por lo que esta Corte pasa a verificar si la situación de marras encuadra en alguna de las excepciones a la tesis de la estabilidad provisional o transitoria hasta la realización del concurso, a los fines de precisar si se le aplica dicha tesis o no al actor.

Así, en primer término se observa que el recurrente ocupaba el cargo de Asistente Administrativo, y al respecto, es menester traer a colación lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que señalan lo siguiente:

“Artículo 20. Los funcionarios o funcionarias públicos de libre nombramiento y remoción podrán ocupar cargos de alto nivel o de confianza. Los cargos de alto nivel son los siguientes:

1. El Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutivo.
2. Los ministros o ministras.
3. Los jefes o jefas de las oficinas nacionales o sus equivalentes.
4. Los comisionados o comisionadas presidenciales.
5. Los viceministros o viceministras.
6. Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, Vicepresidencia Ejecutiva y Ministerios.
7. Los miembros de las juntas directivas de los institutos autónomos nacionales.
8. Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía en los institutos autónomos.
9. Los registradores o registradoras y notarios o notarias públicos.
10. El Secretario o Secretaria General de Gobierno de los estados.
11. Los directores generales sectoriales de las gobernaciones, los directores de las alcaldías y otros cargos de la misma jerarquía.
12. Las máximas autoridades de los institutos autónomos estadales y municipales, así como sus directores o directoras y funcionarios o funcionarias de similar jerarquía.

Artículo 21. Los cargos de confianza serán aquellos cuyas funciones requieren un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública, de los viceministros o viceministras, de los directores o directoras generales y de los directores o directoras o sus equivalentes. También se considerarán cargos de confianza aquellos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de seguridad del estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley”.

De la lectura del artículo 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, no se desprende ciertamente, que el cargo de “Asistente Administrativo” se encuentre dentro del catálogo de los cargos considerados de “Alto Nivel”.

Sin embargo, entiende esta Corte que, en atención a las funciones desempeñadas pudiera tener cobertura legal en los cargos calificados como de “Confianza”, los cuales son considerados igualmente dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 *eiusdem*, de allí que resulta indispensable analizar (dadas las particularidades del presente caso), las funciones ejercidas por el recurrente en el referido cargo.

En ese sentido, esta Corte observa que tampoco encuentra demostrado en autos que el actor desempeñara un cargo de confianza, ya que ello no se desprende del Registro de Asignación de Cargos del Personal Administrativo del Cabildo Metropolitano del año 2006, que riela a los folios 46 al 158 del expediente judicial, así como tampoco del Manual de Funciones de Alto Nivel y de Confianza, a los folios 160 al 176, instrumentos éstos traídos a los autos por la parte recurrida.

En efecto, de una revisión exhaustiva del primero de los mencionados instrumentos no se pueden corroborar las funciones ejercidas por el recurrente dentro del organismo recurrido, ya que las mismas no se desprenden de dicho Registro.

De igual forma, cabe destacar que del Manual de Funciones de Alto Nivel y de Confianza consignado por la Administración se desprenden las siguientes funciones, atribuidas al cargo de Asistente Administrativo: proporcionar al Coordinador de la Comisión y al Concejal el desarrollo de las actividades de la Comisión con el fin de contribuir a la celeridad y fluidez de las operaciones administrativas de la Comisión Permanente; revisar comprobantes, relaciones de egresos de la Comisión, así como los gastos de viajes del Concejal cuando a éste se le asigne una comisión especial (folio 173), funciones éstas de las cuales no se desprende un alto grado de confidencialidad hasta el punto de considerarlo un cargo de confianza y, por consecuencia, de libre nombramiento y remoción, no constando en autos el respectivo Registro de Información del Cargo del querellante.

En aplicación del artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en concordancia con las características generales del cargo antes transcrito, concluye esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que la Administración no demostró fehacientemente, ni en el acto administrativo, ni en el transcurso del presente proceso, que el funcionario recurrente ejerciera un cargo cuyas funciones fueran de confianza y que, por ende, ejerciera un cargo de libre nombramiento y remoción.

Por lo tanto, la situación del actor no encuadra dentro de la primera excepción a la tesis de la estabilidad provisional o transitoria hasta la realización del concurso.

Asimismo, esta Corte no evidencia de autos que el Cabildo Metropolitano de Caracas, organismo en donde ingresó y egresó el actor, sea un organismo al cual no se le aplique la Ley del Estatuto de la Función Pública, caso en el cual, por habilitación constitucional y legal podría estar autorizado para autonormarse en materia de función pública y decidir cuáles cargos serían de libre nombramiento y remoción, lo cual conlleva a que no se verifique la segunda excepción a la tesis de la estabilidad provisional o transitoria hasta la realización del concurso.

En segundo término, no consta de las actas procesales que el recurrente haya ingresado al cargo de Asistente Administrativo a través de un concurso y que, posterior a ello, no haya superado el período de prueba respectivo, razón por la cual no se evidencia la presencia de la segunda excepción.

En último término, de igual forma no constata este Órgano Jurisdiccional que el ingreso del querellante se haya verificado bajo la figura del contrato, por el contrario, consta al folio 2 del expediente administrativo Oficio N° 131/02 del 18 de marzo de 2002, por medio del cual el Jefe del Departamento de Recursos Humanos se dirigió al Secretario del Cabildo Metropolitano de Caracas con la finalidad de solicitar se sometiera a la consideración de la cámara edilicia el nombramiento del actor en el cargo de Asistente Administrativo, evidenciándose tal aprobación al folio 3 del mismo expediente administrativo, mediante Oficio N° 609 del 26 de marzo de 2002, a través del cual el Secretario del Cabildo Metropolitano de Caracas le hizo saber al recurrente que había sido aprobada su designación para el cargo aludido, de lo cual emerge la falta de cumplimiento de la cuarta excepción.

Por las consideraciones anteriores, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo estima que la actuación del organismo recurrido contradice flagrantemente los postulados constitucionales que fueron plenamente analizados en el presente fallo, transgrediendo con su actuación las bases fundamentales en que se sustenta el Estado Social de Derecho y de Justicia venezolano, el cual ha de procurar la protección estatal, como ya se dijo antes, de determinados grupos de la población del país, a quienes se reconoce no están en igualdad de condiciones (en este caso, los funcionarios públicos) con las otras personas con quienes se relacionan en una específica actividad (en este caso, los distintos órganos que componen la Administración Pública), disminuyendo en lo posible la existencia de discriminaciones a un determinado grupo.

En efecto, considera este Órgano Jurisdiccional que la Administración en el caso de marras incurrió en el vicio de falso supuesto de derecho, al indicar en el acto administrativo impugnado que la remoción del querellante se basaba legalmente en el contenido del artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, es decir, pretendiendo dar por demostrado con ello que éste ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción, obviando su carga procesal de demostrar tal circunstancia. Así se decide.

Finalmente, esta Corte quiere dejar claro que el pronunciamiento anterior no implica en modo alguno que al querellante de marras se le esté reconociendo la condición de funcionario de carrera, ya que, como quedó demostrado en autos, éste no ingresó al cargo de Asistente de Comisión a través de la figura del concurso público. De manera tal que el Cabildo Metropolitano de Caracas puede abrir a concurso el indicado cargo, salvando evidentemente los parámetros indicados previamente.

En consecuencia, para evitar casos como el presente en casos sucesivos, se EXHORTA al Cabildo Metropolitano de Caracas acatar lo establecido en el artículo 53 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que consagra que los cargos de alto nivel y de confianza deben quedar expresamente indicados en los respectivos reglamentos orgánicos de los órganos o entes de la Administración Pública Nacional.

Ello trae como consecuencia que este Sede Jurisdiccional declare PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto, NULO el acto administrativo dictado en fecha 24 de mayo de 2006, por el Cabildo Metropolitano de Caracas, a través del cual el Vicepresidente de dicho órgano le notificó al recurrente de su remoción del cargo de Asistente Administrativo de Comisión.

En consecuencia, y conforme a los amplios poderes del Juez Contencioso Administrativo para restablecer la constitucionalidad de una determinada situación jurídica, por lo cual puede determinar de oficio, en ejercicio de sus poderes inquisitivos, la mejor manera de restablecer la situación jurídica infringida al accionante, sin que éste haya realizado pedimento expreso al respecto, se ORDENA su reincorporación al cargo de Asistente Administrativo de Comisión, hasta que sea provisto el mismo mediante el concurso público al que está obligado realizar el referido organismo, concurso público en el cual el recurrente tendrá no sólo el derecho a participar, sino que la Administración deberá, a través de los baremos que deben ser diseñados a tales fines, dar preferencia al quejoso en el mencionado concurso sobre los demás participantes, dada la experiencia que ya tiene en el ejercicio del referido cargo. Así se decide.

Asimismo, vista la declaración anterior, se ORDENA el pago al recurrente de los sueldos dejados de percibir desde su ilegal remoción hasta la fecha en que se verifique su efectiva reincorporación, así como el pago de todos los beneficios dejados de percibir y que no impliquen la prestación efectiva del servicio. Así se decide.

2. *Derechos: Jubilación*

TSJ-SPA (0781)

9-7-2008

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Interpretación de los artículos 7 y 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. (Antonio Suárez y otros)

El Salario base para el establecimiento de la Pensión de Jubilación no incluye la alícuota de utilidades de fin de año, ni la de Bono Vacacional.

.....Precisado lo anterior, pasa la Sala a pronunciarse acerca de la interpretación solicitada, para lo cual estima necesario realizar las siguientes consideraciones sobre la jubilación:

El beneficio de la jubilación es considerado como un derecho social enmarcado dentro de la Constitución y desarrollado en las leyes, el cual puede ser objeto de regulación por parte del Estado a fin de garantizar la protección e integridad del individuo que lo disfruta.

Tal derecho se encuentra consagrado en el Capítulo V titulado “*De los Derechos Sociales y de las Familias*”, específicamente en los artículos 80 y 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como parte del derecho a la seguridad social, enfocado, principalmente, hacia la vejez.

Los mencionados artículos disponen lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello.

(...omissis...)

Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social (...).”

De lo anterior se desprende que el carácter social de la jubilación -por estar necesariamente vinculada con las relaciones laborales, sean estas públicas o privadas- lleva a considerar que el fin primordial de su otorgamiento, es proporcionar al trabajador jubilado unas condiciones de vida similares a las que gozaba al momento de encontrarse activo. Asimismo, el carácter social se manifiesta igualmente por el hecho de que la jubilación comporta un beneficio para el cual se toma en cuenta la entrega, dedicación y vocación de servicio, cuando se ha llegado a una edad idónea para el retiro, de allí su concepción como un derecho inherente a los ancianos.

En este sentido, en sentencia N° 1556 de fecha 15 de octubre de 2003, caso *Héctor Augusto Serpa Arcas vs. Fiscal General de la República*, esta Sala señaló lo siguiente:

“...el constituyente de 1999 previó una protección particular a la vejez y consagró en cabeza del Estado la obligación de asegurar la efectividad de los derechos que a tal efecto se establecen. Igualmente, recogió entre los derechos inherentes a los ancianos el beneficio a la jubilación, con el objeto de proporcionarles un medio de vida digno a los trabajadores durante su vejez o incapacidad, y así garantizarles un ingreso periódico tendiente a cubrir sus gastos de subsistencia.

En este contexto, el derecho a la jubilación nace de la relación laboral entre el trabajador y el ente público o privado para quien prestó el servicio y se obtiene una vez cumplidos los requisitos de edad y tiempo de servicio en el trabajo, establecidos en las leyes que regulan la materia. Este derecho, si bien se origina en el ámbito de la relación laboral, es considerado como un derecho social enmarcado dentro de la Constitución y desarrollado por las leyes, que puede ser objeto de regulación por parte del Estado, regulación tendiente a garantizar la protección e integridad del individuo que lo ostenta”.

Así, el legislador, con el propósito de proteger y regular los principios fundamentales de este importante beneficio, dictó la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y

Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, que establece, entre otras cosas, cuáles son los elementos integrantes del sueldo mensual que servirán de base para el cálculo de la pensión de jubilación.

En efecto, los artículos 7 y 8 de la mencionada Ley, cuya interpretación se solicita, disponen lo siguiente:

“Artículo 7. A los efectos de la presente Ley, se entiende por sueldo mensual del funcionario o funcionaria, empleado o empleada, el integrado por el sueldo básico y las compensaciones por antigüedad y servicio eficiente. En el Reglamento de esta ley se podrán establecer otros elementos de sueldo, según las características del organismo o del empleo.”

Artículo 8. El sueldo base para el cálculo de la jubilación se obtendrá dividiendo entre veinticuatro (24) la suma de los sueldos mensuales devengado por el funcionario o funcionaria, empleado o empleada durante los dos (2) últimos años de servicio activo”.

Ahora bien, respecto a la interpretación solicitada, se observa que la duda de los recurrentes radica en determinar si los elementos salariales, tales como la bonificación de fin de año y el bono vacacional, pueden ser incorporados en el sueldo mensual para el cálculo de la pensión de jubilación del funcionario público, establecido en el artículo 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

En este sentido, indican que el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el 133 *eiusdem*, permite incorporar la bonificación de fin de año y el bono vacacional como elementos integrantes del salario a los fines del cálculo de la pensión de jubilación.

Sobre este particular, observa la Sala que los mencionados artículos 8 y 133 de la Ley Orgánica del Trabajo establecen lo siguiente:

“Artículo 8. Los funcionarios o empleados públicos Nacionales, Estadales o Municipales se regirán por las normas sobre Carrera Administrativa Nacionales, Estadales o Municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.

(...omissis...)

Artículo 133. Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda”.

Los artículos antes transcritos establecen por una parte la aplicación supletoria de las normas contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo a los funcionarios y empleados de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, en todo lo no regulado en su ley especial, y por la otra define el concepto de salario.

Precisado lo anterior, estima la Sala necesario determinar cuál es el régimen aplicable en materia de jubilación a los funcionarios al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal. Al respecto, el artículo 2 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.501 del 16 de agosto de 2006, dispone lo siguiente:

“Artículo 2.- Quedan sometidos a la presente Ley los siguientes órganos y entes:

- 1. Los ministerios y demás organismos de la Administración Central de la República.*
- 2. La Procuraduría General de la República.*
- 3. Los estados y sus organismos descentralizados.*
- 4. Los municipios y sus organismos descentralizados.*
- 5. Los institutos autónomos y las empresas en las cuales alguno de los organismos del sector público tengan por lo menos el 50% de su capital.*
- 6. Las fundaciones del Estado.*
- 7. Las personas jurídicas de derecho público con forma de sociedades anónimas.*
- 8. Los demás entes descentralizados de la Administración Pública Nacional y de los Estados y de los Municipios.”*

El artículo antes transcrito enumera los órganos y entes destinatarios de la Ley en cuestión, entre los que se encuentran los organismos e institutos autónomos en los cuales los recurrentes prestan sus servicios, esto es, el Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI); el Instituto Autónomo Hospital Universitario de Caracas (HUC); la Secretaría de Educación de la Alcaldía Mayor del Distrito Capital; la Unidad Educativa Miguel Antonio Caro del Ministerio de Educación; la Dirección General del Cuerpo de Ingenieros del Ministerio de Infraestructura (MINFRA) y la Dirección del Instituto Nacional de Higiene Rafael Rangel.

Ahora bien, debe señalarse que la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, es una Ley especial que regula todo lo concerniente al otorgamiento de la jubilación y pensión de los funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas de los organismos a que se refiere el artículo antes transcrito.

De esta manera, considera la Sala que a los fines de la interpretación solicitada debe atenderse a la noción de sueldo establecida en el artículo 7 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios y no al concepto de salario previsto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues, como bien se señaló, la primera es la ley especial que regula el beneficio de jubilación y pensión de los funcionarios de la Administración Pública.

Establecido lo anterior, pasa la Sala a dilucidar la duda planteada por los solicitantes, y al respecto se aprecia que el artículo 7 de la mencionada Ley, establece los elementos que han de componer el sueldo mensual del funcionario público, el cual comprende: i) el sueldo básico, ii) las compensaciones por antigüedad y iii) las compensaciones por servicio eficiente.

Por su parte, el artículo 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, establece la forma de computar el sueldo base para el cálculo de la pensión de jubilación, el cual se obtiene dividiendo entre veinticuatro (24) la suma de los sueldos mensuales devengados por el funcionario o funcionaria, empleado o empleada durante los dos (2) últimos años de servicio activo.

Ahora bien, resulta necesario analizar el contenido de la noción sueldo mensual empleada en el artículo 7 de la Ley bajo estudio, para lo cual se estima pertinente realizar algunas precisiones terminológicas, pues como bien señala el artículo 4 del Código Civil, *“... A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión entre sí y la intención del legislador...”*.

Así pues, el vocablo *Sueldo* significa conforme al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de G. Cabanellas y Alcalá-Zamora, “la remuneración mensual o anual asignada a un individuo por el desempeño de un cargo o empleo profesional”.

Por otra parte, entiende la Sala que la expresión “*compensación por antigüedad*” empleada por el Legislador en el artículo 7 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, se refiere a la prima otorgada al funcionario o empleado una vez haya cumplido con un tiempo determinado de servicio en la Administración, lo cual constituye una retribución por los años de trabajo en la función pública. Dicha compensación por su carácter regular y permanente, se incluye en el cómputo total de la remuneración mensual del funcionario o empleado.

En lo que respecta a la “*compensación por servicio eficiente*” ésta se refiere a la cantidad dineraria recibida por el funcionario en virtud del rendimiento demostrado en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, dicha prima recompensa la responsabilidad demostrada por el servidor público en el desempeño de sus labores, por lo cual una vez otorgada, igualmente forma parte integrante del sueldo.

Definidos los conceptos anteriores, pasa la Sala a determinar si la bonificación de fin de año y el bono vacacional pueden considerarse parte integrante del sueldo mensual a que se refiere el artículo 7 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

Al hilo de lo anterior, es menester precisar la naturaleza del bono vacacional y de fin de año. Así, el bono vacacional es considerado como una compensación otorgada a los funcionarios que hayan prestado sus servicios por un año ininterrumpido.

Sobre este particular, en sentencia N° 513 del 19 de marzo de 2002, caso *Luis Alberto Peña*, la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal se pronunció señalando lo siguiente:

“Con relación al descanso, elemento importante a los fines de dilucidar el fondo de la nulidad propuesta, se debe señalar que, el mismo tiene como características propias la periodicidad, la efectividad y la continuidad, y su 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 de la vacación como derecho del trabajador, implica que es la salud física y mental del trabajador activo el bien jurídico tutelado, pues es éste trabajador el que sufre el desgaste psíquico y corporal producto de la labor diaria, por lo cual, siendo que la remuneración -segundo elemento de la vacación-, está establecida para garantizar, desde el aspecto económico, el efectivo disfrute del descanso.”

Ciertamente, como se indicó en la sentencia parcialmente transcrita, el bono vacacional coadyuva al disfrute del período de descanso que le corresponde al trabajador, por lo cual es pagado anualmente al funcionario en la oportunidad en que efectivamente hace uso de dicho tiempo.

Ahora bien, los recurrentes pretenden se incluya el monto correspondiente al bono vacacional en la suma de los sueldos utilizados como base para el cálculo de la pensión de jubilación, lo cual hace necesario atender a lo previsto en el artículo 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. En este sentido, se aprecia que dicha norma dispone que el sueldo base para el cálculo de la jubilación “*se obtendrá dividiendo entre veinticuatro (24) la suma de los sueldos mensuales devengados por el funcionario o funcionaria, empleado o empleada durante los dos (2) últimos años de servicio activo*”. (Resaltado de la Sala).

Como se observa, la intención del Legislador no fue incorporar las bonificaciones pagadas anualmente a los efectos del cálculo de la pensión jubilatoria, pues la norma es clara al establecer que el sueldo base para el cálculo de dicha pensión de jubilación es el devengado por el funcionario o funcionaria, empleado o empleada, mes a mes en sus últimos dos años de servicio activo.

De esta manera, concluye la Sala que al ser el bono vacacional una compensación pagada una sola vez al año, queda excluida de los elementos integrantes del sueldo base para el cálculo de la pensión de jubilación.

Por otra parte, en lo que se refiere al bono de fin de año, resulta menester señalar que se trata de una cantidad de dinero recibida por todo funcionario o empleado público anualmente, independientemente de que sean activos o jubilados, calculada sobre la base de su sueldo mensual, siendo susceptible de aumentar o disminuir de un año a otro, y según lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, a los jubilados se les calculará en la misma forma en que se haga a los funcionarios o empleados activos.

En este orden de ideas, el mencionado artículo 25 dispone lo siguiente:

“Artículo 25.- Los jubilados y jubiladas recibirán anualmente una bonificación de fin de año calculada en la misma forma en que se haga para los funcionarios o funcionarias o empleados o empleadas activos o activas, la cual será pagada en la oportunidad en que lo determine el Ejecutivo Nacional.”

Como se desprende de la norma transcrita, la bonificación de fin de año corresponde a los funcionarios jubilados en igual medida que al personal activo que labora en la Administración Pública.

En efecto, si bien dicha bonificación no es tomada en cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación, sí es pagada a los jubilados de la misma forma en que se cancela a los funcionarios o funcionarias o empleados o empleadas activos o activas, en la oportunidad en que lo determine el Ejecutivo Nacional.

Así pues, se trata de un beneficio del cual ya gozan los funcionarios jubilados, razón por la cual no puede pretenderse su inclusión dentro del sueldo base para el cómputo de dicha pensión.

En sintonía con lo expuesto y a mayor abundamiento sobre lo señalado, cabe mencionar la sentencia N° 1463 del 29 de septiembre de 2006, en la cual la Sala de Casación Social de este Máximo Tribunal, se pronunció con relación al tema objeto de análisis. En dicho fallo se indicó lo siguiente:

“Ahora bien, la Sala Constitucional en decisión N° 3.476, de fecha 11 de diciembre de 2003, dejó establecido que la pensión de jubilación, por definición, debe ser calculada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma, invocándose la concepción de naturaleza alimentaria con que está investida la pensión de jubilación, advirtiéndose inclusive que constitucionalmente está garantizada su equiparación al salario mínimo, toda vez que la misma permite al trabajador pensionado, por lo menos, la satisfacción de sus necesidades fundamentales y las de su núcleo familiar, dentro del principio de justicia social que informan al derecho del trabajo y a la seguridad social.

Así las cosas, dicha pensión debe estar en sintonía con los principios esenciales que informan la noción de salario, y en tal sentido, su base de cálculo debe sustentarse al menos, con la remuneración que le permite al trabajador y a su familia una existencia humana y digna, es decir, aquella que recibe de manera regular y permanente por la prestación de sus servicios, por lo que, más allá de la intención de las partes (individual o colectiva), debe atenderse a esta particular naturaleza jurídica de la pensión de jubilación.

Así, considera la Sala que la inclusión en el caso in commento de la alícuota de utilidades y de bono vacacional ordenado por el ad quem, excede los límites volitivos establecidos por las partes al suscribir la convención colectiva, no obstante, la remuneración que debe fungir como base de cálculo de la pensión de jubilación debe adecuarse a la noción de salario normal, ello, en el marco de las consideraciones precedentemente esbozadas. (...)

Como corolario de los razonamientos anteriormente indicados, y a los efectos de resolver la situación sub análisis, se concluye que el salario base para el establecimiento de la pensión de jubilación no incluye la alícuota de utilidades ni la de bono vacacional.” (Resaltado de esta decisión).

Conforme a las razones anteriormente expuestas, tomando en consideración la actividad hermenéutica realizada en torno a la duda planteada por los solicitantes, estima la Sala que la inclusión de la bonificación de fin de año y del bono vacacional para el cálculo de la pensión de jubilación no prospera al no estar establecidos tales conceptos en la noción de sueldo mensual, prevista en el artículo 7 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, utilizada como base de cálculo de la pensión de jubilación conforme al artículo 8 de la citada Ley. Así se establece.

En atención al análisis precedente, y a los efectos del recurso de interpretación bajo estudio, se concluye que el salario base para el establecimiento de la pensión de jubilación no incluye la alícuota de utilidades de fin de año, ni la de bono vacacional. Así se declara.

Así, en los términos expuestos, quedan interpretados por la Sala los artículos 7 y 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. Así se declara.

3. *Responsabilidad administrativa: Sanciones accesorias dictadas por la Contraloría General de la República*

TSJ-SC (1265)

5-8-2008

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Ziomara del Socorro Lucena Guédez vs. Procurador General de la República (Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

La Sala Constitucional declara la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Para declarar esa constitucionalidad la Sala establece, entre otras cosas, que no es necesario el establecimiento de un procedimiento distinto para la aplicación de la sanción accesoria, pues tanto la sanción principal como la accesoria provienen del mismo ilícito; y que si bien el artículo 65 de la Constitución plantea la prohibición de optar a un cargo público como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito, tampoco impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto.

En el presente caso, se cuestiona el ejercicio de las facultades sancionatorias otorgadas por ley al Contralor General de la República, fundamentalmente la relativa a la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

En tal sentido, la Sala observa:

El artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establece lo siguiente:

“**Artículo 105.** La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo a la gravedad de la irregularidad cometida su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos, del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes...”.

En primer término, la parte recurrente alega en su escrito de alegatos, así como en audiencia oral y pública, que la aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, produjo la violación de su derecho a la defensa, al debido proceso, al principio de tipicidad, así como al principio *non bis in idem*.

En este orden de ideas, la Sala aprecia que el ejercicio de esa potestad sancionatoria solo puede verse materializada previa instauración de un procedimiento administrativo, concretamente el previsto en el Capítulo IV del Título III de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual, en atención a lo establecido en el artículo 93 *eiusdem*, puede culminar con la declaratoria de la responsabilidad administrativa, la imposición de multas o la imposición de las sanciones a que se refiere el artículo 105 de esa Ley.

El procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, está conformado básicamente por tres etapas, a saber: la primera de ellas una fase investigativa, la cual, a tenor de lo establecido en el artículo 77 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, es ejercida sólo cuando existen méritos suficientes para ello, pudiendo en esta fase el órgano de control fiscal, ordenar la comparecencia de cualquier persona para tomar su declaración, solicitar declaraciones juradas de patrimonio a los funcionarios, empleados y obreros del sector público, a los particulares que hubiesen desempeñado tales funciones, a los contribuyentes o responsables, según las previsiones del Código Orgánico Tributario y a quienes en cualquier forma contraten, negocien, o celebren operaciones relacionadas con el patrimonio público o reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales.

Las investigaciones a que se refiere esta etapa tienen carácter reservado y de las actuaciones que se efectúen se formará un expediente y se dejará constancia de sus resultados en un informe en el cual el órgano de control fiscal, mediante auto motivado, podrá ordenar el archivo de las actuaciones realizadas o el inicio del procedimiento previsto para la formulación de reparos, determinación de la responsabilidad administrativa, o la imposición de multas, según corresponda. Ahora bien, si en el curso de la investigación el órgano de control fiscal imputase a alguna persona actos, hechos u omisiones que comprometan su responsabilidad, éste órgano estará obligado a informarle de manera específica y clara de tales circunstancias, permitiéndosele el acceso inmediato al expediente, admitiendo la promoción de todos los medios probatorios indispensable para su defensa.

Una vez culminada la fase investigativa y en el caso de que el informe presentado por el órgano de control fiscal sugiera que existen elementos de certeza o pruebas que pudieran dar lugar a la formulación de reparos, a la declaratoria de responsabilidad administrativa o a la imposición de multas, se procederá al inicio del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, previsto en el artículo 95 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

La segunda etapa del procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades, se inicia formalmente con el auto de apertura, el cual contendrá la identificación del sujeto presuntamente responsable y los correspondientes elementos probatorios, de cuyo contenido se comprometa, presumiblemente, su responsabilidad. El auto de apertura deberá ser notificado al imputado, a fin de ponerlo a derecho a los efectos del procedimiento, disponiendo de quince (15) días siguientes a su notificación, para proceder a señalar las pruebas que producirá en el acto público que se fijará mediante auto expreso el día hábil siguiente al vencimiento del plazo antes mencionado, y mediante el cual se indicará que en el décimo quinto (15°) día hábil siguiente, tendrá lugar el acto oral y público que se realizará ante el titular del órgano de control interno o su delegatario.

Luego de haberse realizado el acto oral y público, la autoridad competente (el órgano de control interno o su delegatario), procederá a decidir el mismo día o en el día hábil siguiente en forma oral y pública, si formula reparo al imputado, declara su responsabilidad administrativa, le impone una multa, lo absuelve o pronuncia el sobreseimiento, según corresponda. Dicha decisión deberá ser consignada por escrito en el expediente dentro de los cinco (5) días siguientes después de pronunciada de forma oral.

En los casos en que se acuerde no formular el reparo o revocarlo por no existir daño al patrimonio del ente (sea en sede administrativa o jurisdiccional), el órgano contralor deberá pronunciarse sobre la existencia de alguno de los supuestos de responsabilidad administrativa establecidos en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en cuyo caso el órgano de control fiscal que ventiló el procedimiento deberá sin más trámites declarar la responsabilidad administrativa, lo que implicará la imposición de una multa, de acuerdo a la gravedad de la falta y al monto de los perjuicios causados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 94 *eiusdem*.

Resulta imperioso destacar que una vez acordada en esta segunda etapa del procedimiento disciplinario alguna de las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, como sanciones principales obtenidas a través de la instauración de un procedimiento previo en el cual se ha garantizado el derecho a la defensa y al debido proceso del administrado-investigado, el Contralor General de la República se encuentra facultado, en atención a lo establecido en el artículo 105 *eiusdem* para acordar una sanción accesoria, que puede consistir en la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable e imponer, en atención a la irregularidad cometida, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años.

Conforme a lo anterior y luego de una interpretación concatenada del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal con las disposiciones de la misma Ley que instrumentan su aplicación, encuentra la Sala que el mismo no revela en modo alguno violación al derecho a la defensa y al debido proceso, visto que el procedimiento descrito con anterioridad ofrece todas las garantías al particular para la defensa de sus derechos e intereses. Así se declara.

Con relación a la violación del principio de tipicidad de las sanciones administrativas, este órgano jurisdiccional observa, que los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal consagran las conductas ilícitas objeto de control, mientras que las sanciones aplicables a los ilícitos administrativos se determinan de acuerdo a parámetros razonables (en atención al ilícito cometido y a la gravedad de la irregularidad); parámetros estos que ya existían en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República derogada (en los Títulos VIII y IX).

Ahora bien, asumiendo que la sanción (en este caso accesoria) que aplica la Contraloría General de la República es de naturaleza “*administrativa*” (y no judicial); debe insistirse en la conformidad a derecho de estas llamadas por la doctrina “*potestades discrecionales*”, por oposición a las “*potestades vinculadas o regladas*”. En efecto, la “*potestad discrecional*” no es contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es una expresión concreta del principio de legalidad.

Ahora bien, esta potestad discrecional, para ser legal y legítima es necesariamente parcial, ya que el dispositivo legal (en este caso la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), debe establecer algunas condiciones o requisitos para su ejercicio, dejando las demás a la estimación del órgano competente. Al respecto, SANTAMARÍA expone que el poder discrecional no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad a la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa (atribuida expresamente por una norma legal).

En este orden de ideas, GARCÍA DE ENTERRÍA argumenta que “...*no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico. Es falso, pues, la tesis, bastante común por otra parte, de que hay potestad discrecional, allí donde no hay norma...*”.

El núcleo de esa potestad discrecional es la libertad de selección, de opción, de escogencia, entre varias alternativas, todas justas.

En tal sentido, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, exige que la medida o providencia a juicio de la autoridad competente debe mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, lo cual es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa; lo que es inaceptable es pretender la declaratoria de nulidad de una norma general por el solo hecho de contener una potestad discrecional.

El control jurisdiccional del acto discrecional podría implicar la nulidad del acto discrecional, si se advierte incompetencia del ente que lo dicte, incongruencia fáctica (falso supuesto de hecho), incongruencia teleológica (desviación de poder) o incongruencia formal (vicio de procedimiento).

En relación a la potestad discrecional administrativa, esta Sala, en el fallo N° 1260/2002, precisó que:

“...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”.

Asimismo, en sentencia N° 1394/2001 de esta misma Sala Constitucional, al aludirse a la discrecionalidad como elemento distintivo entre la actividad sancionatoria administrativa y la penal, en la que se reitera la debida sujeción al bloque de la legalidad, reproduce el fallo de la Sala Político Administrativa del 04 de agosto de 1994, que sostiene que:

“...es reiterada la diferencia que ha precisado el contencioso administrativo respecto de la jurisdicción penal. En efecto, la administración, en relación a la actividad sancionatoria, tiene como nota característica la discrecionalidad, la cual no puede equipararse en modo

alguno a la que prescribe el derecho penal, pues en este ordenamiento, cuando han de aplicarse reglas para aumentar o rebajar la pena, se cuenta previamente con la clara identificación de las circunstancias que atenúan o agravan el delito cometido...

Ahora bien, esto no significa que la sanción a imponer quede al arbitrio de la administración y que en su actividad sancionatoria pueda el funcionario evadir la legalidad del acto en incurrir en abuso de poder, sino que debe someterse a los límites establecidos en el precepto a aplicar...”.

En consecuencia de lo expuesto, al estar debidamente tipificados en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, tanto los hechos lícitos (artículos 91 y 92), como las sanciones administrativas (artículos 93, 94 y 105); la potestad discrecional del órgano contralor no es una “*norma en blanco*”, pues debe ajustarse a los parámetros expresamente establecidos en la Ley Orgánica; y así se declara.

En la disposición cuya nulidad se pretende -se insiste- no se evidencia violación al derecho de defensa. En efecto, el Capítulo IV (arts. 95 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), establece un procedimiento administrativo que garantiza el derecho de defensa del imputado de responsabilidad administrativa, en armonía con el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No es necesario -como bien lo dispone el artículo 105 *eiusdem*- el establecimiento de un procedimiento distinto para la aplicación de la sanción accesoria, pues tanto la sanción principal como la accesoria provienen del mismo ilícito demostrado durante el procedimiento de declaración de responsabilidad y el ente sancionador es siempre la Contraloría General de la República.

La situación sería diferente si el ente sancionador invocara un ilícito distinto para sustentar o aplicar la sanción accesoria, ya que en ese caso resultaría indispensable para el órgano sancionador la instauración de un nuevo procedimiento en el cual le garantizase al funcionario investigado su derecho al debido proceso y a la defensa.

En razón de lo anterior, no puede verse afectado el principio *non bis in idem*, ya que, no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión que se encuentra plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre el principio *non bis in idem*, esta Sala Constitucional precisó en la sentencia N° 1394/2001, cómo debe ser entendida su violación cuando se está en presencia de sanciones administrativas y penales. En efecto según este fallo:

“...se debe destacar que siendo el principio non bis in idem, un límite insuperable, no pudiendo en ningún momento la Administración imponer su potestad sancionatoria cuando el asunto debe ser conocido por un juez penal. Así en una sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 30 de enero de 1981 (Curso de Derecho Administrativo, I y II, p. 171. García De Enterría) donde dicho Tribunal deduce ... que el non bis in idem -principio general del derecho- se aplica cuando se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento entre una conducta sancionable por la vía penal y administrativa y que se ubica íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución.

Es así, como de manera concreta se puede precisar que la violación al principio non bis in idem, se configura cuando dos tipos distintos de autoridades -autoridades administrativas que sancionan infracciones tipificadas en la legislación administrativa, y jueces que ejecutan el ius puniendi de conformidad con los delitos y faltas tipificadas en el Código Penal- a través de procedimientos distintos, sancionan repetidamente una misma conducta. Lo que significa de violentarse dicho principio, que se estaría aplicando el poder de la misma ma-

nera y doblemente, una infracción tipificada en la legislación administrativa y un ilícito tipificado en el Código penal. Situación que debe ser censurada y evitada en lo posible ya que el poder punitivo del Estado es único en base a un único ordenamiento jurídico, presidido por los principios Constitucionales, pudiendo sin embargo, estar atribuida las conductas ilícitas al Derecho Administrativo o al Derecho Penal.

En todo caso, se hace necesario que en la aplicación de la potestad sancionatoria de la Administración se le deba exigir el cumplimiento del principio de legalidad penal, no sólo, en la tipificación de la infracción, sino en los topes de las sanciones, identificando además, la naturaleza de la pena y la sanción sobre la idea común de la privación de un bien jurídico, en especial de rango constitucional.

Ello ocurre, sin lugar a dudas en el contenido del Código de Policía del estado Bolívar.

En definitiva, como acertadamente expone el catedrático español Alejandro Nieto: ...si el verdadero problema es de policía legislativa, lo que el Estado tiene que preguntarse, cuando decide reprimir un hecho, es si conviene tipificarlo como delito como infracción administrativa, ya que tiene en su mano ambas posibilidades, dándose por supuesto que salvo excepciones, es mejor no utilizarlas simultáneamente...”.

De las consideraciones expuestas, esta Sala concluye que no existe violación al principio ***non bis in idem*** en la aplicación de las sanciones accesorias, con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; y así se declara.

En lo concerniente a la imposibilidad de aplicar las sanciones accesorias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; es preciso indicar que el artículo 289 de la Carta Magna establece que la Contraloría General de la República, puede aplicar sanciones administrativas de conformidad con la ley (lo cual se precisa en el artículo 105 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

Al respecto, esta Sala Constitucional en su sentencia 2444 del 20 de octubre de 2004 (caso *Tulio Rafael Gudiño Chiraspó*), consideró que no podía ser destituido del cargo un funcionario de elección popular, con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Sin embargo, la sentencia *supra* fue objeto de una aclaratoria, solicitada por los representantes de la Contraloría General de la República, en decisión N° 1056 del 31 de mayo de 2005, que ratifica el fallo aclaratorio N° 174 del 8 de marzo de 2005, en los siguientes términos:

“...La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.347, del 17 de diciembre de 2001, ratificó la universalidad del ejercicio de la función contralora, y precisó en el artículo 9 los órganos y personas sujetos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, esto es, entre otros, a todos los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal, lo que incluye a aquellos cuya investidura sea producto de la elección popular. Esta Sala Constitucional decidió en su sentencia N° 2444 del 20 de octubre de 2004, en relación con los funcionarios públicos de elección popular, que si bien la declaratoria de responsabilidad administrativa apareja ineludiblemente la aplicación de la sanción de multa junto con otras sanciones, entre ellas: la suspensión del cargo sin goce de sueldo, la destitución y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, le asistía la razón -al accionante cuando cuestiona el acto de destitución impuesto por el Contralor con ocasión a la naturaleza comicial de su investidura-.

Esta conclusión se deriva del hecho cierto de que los derechos al sufragio activo y pasivo constituyen el eje del sistema democrático estatuido en nuestra Carta Magna, y la posibilidad de que el mandato conferido se interrumpa de manera definitiva a través de una sanción

de naturaleza administrativa, implicaría -un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático-. En efecto, en materia de ejercicio de derechos, en este caso políticos, muy vinculados al carácter participativo del gobierno del Estado venezolano, las excepciones y/o restricciones son de derecho constitucional estricto y nuestra Constitución sólo dispone de dos medios para terminar anticipadamente el mandato o representación (salvo, por supuesto, la muerte o la renuncia). Estos son: el enjuiciamiento por delitos comunes o políticos -artículo 266- y la revocatoria del mandato -artículo 72-, una de las innovaciones de la nueva Carta Magna que confiere, precisamente, el carácter participativo a nuestra democracia.

En consecuencia, dicho fallo concluyó que en vista de que el acto administrativo accionado en amparo, es decir la Resolución N° 01-00-019 del 23 de enero de 2004, dictado por el Contralor General de la República -no fue producto del establecimiento de una responsabilidad penal, el Contralor General de la República se hallaba impedido de declarar la destitución del mencionado ciudadano-, por lo que declaró con lugar la acción de amparo ejercida, pero sólo con respecto a la destitución del cargo.

Ahora bien, mediante sentencia N° 174 del 8 de marzo de 2005, la Sala declaró parcialmente con lugar la aclaratoria solicitada en relación al fallo N° 2444, precisando que la inhabilitación para ejercer cualquier función pública contenida en las Resoluciones dictadas por el Contralor General de la República comienzan (sic) a surtir efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el representante popular sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones“ lo que impedía “al representante popular afectado optar a la reelección en el venidero proceso comicial-.

Esta aclaratoria es absolutamente congruente con las argumentaciones explanadas y se compadece con la naturaleza de la inhabilitación cuando se trata de cargos de investidura popular. Efectivamente, la doctrina española ha sido pacífica y conteste en el sentido de considerar la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo como una “inhabilitación especial” que priva al penado, o sancionado agrega la Sala, del derecho a ser elegido para cargos públicos durante el tiempo de la condena o, en este caso, de la sanción administrativa (Vid. Blecua Graña, R., Rodríguez-Villasante Prieto, J.L., y Otros, Comentarios al Código Penal Militar, Madrid, 1986; Díaz Roca, R., Derecho Penal General, Madrid, 1996; Quintero Olivares, G., Morales Prats, F., y Prats Canut, M., Curso de Derecho Penal. Parte General, Barcelona, 1996; Muñoz Conde, F., y García Aran, M., Derecho Penal. Parte General, Valencia, 1996, y Vives Antón, T.S., y otros, Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia, 1996).

Teniendo en cuenta ello, no es posible por vía de una sanción administrativa destituir a un funcionario de elección popular, por lo que la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos tiene que ser entendida como inhabilitación para ejercer en el futuro cualquier función pública, sea esta originada por concurso, designación o elección; no obstante, la Contraloría General de la República puede ejercer, en relación a este representante de elección popular, cualquiera de las otras sanciones administrativas que no impliquen la pérdida definitiva de su investidura. En consecuencia, puede imponer multas, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un máximo de quince años y la suspensión temporal del ejercicio del cargo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses...”. (Subrayado de este fallo)

Es de advertir, en cuanto al fondo, que como expresa G. CABANELLAS en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VII (R-S) p. 294, “la sanción administrativa puede implicar la inhabilitación para ejercer una profesión o actividad”.

Asimismo, en atención a la prevención, investigación y sanción de los hechos que atentan contra la ética pública y la moral administrativa (art. 274 Constitución de República Bolivariana de Venezuela), el Poder Ciudadano está autorizado para ejercer un poder sancionador sustancialmente análogo al derecho penal, incluyendo sanciones como las accesorias del artículo 105, cuyo objetivo es la protección del orden social general (v *Diccionario Jurídico* Espasa LEX, pp. 776 y 902).

De igual manera, el mismo *Diccionario de la Lengua Española* (p. 1277), si bien alude en su primera acepción a la inhabilitación como la “*pena o castigo que priva de algunos derechos*”, lo cual podría requerir un fallo judicial; en su segunda acepción refiere a la “*incapacitación para ejercer diversos empleos*”, lo cual podría jurídicamente derivarse de una sentencia, pero también de una sanción administrativa.

En efecto, si bien el artículo 65 del Constitución de República Bolivariana de Venezuela señala que “...no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones...”, esta norma no excluye la posibilidad de que tal inhabilitación pueda ser establecida, bien por un órgano administrativo *stricto sensu* o por un órgano con autonomía funcional, como es, en este caso, la Contraloría General de la República.

Nótese que la norma, si bien plantea que la prohibición de optar a un cargo público surge como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito, tampoco impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto; la norma sólo plantea una hipótesis, no niega otros supuestos análogos.

En este contexto, cabe destacar que tal determinación es un asunto de política legislativa que corresponde en todo caso al legislador nacional, según la orientación que este órgano, dentro de su autonomía, decida asignarle al *ius puniendi* del Estado; por lo que negar esta posibilidad significaría limitar al órgano legislativo en su poder autonómico de legislar en las materias de interés nacional, según lo prescribe el artículo 187, cardinal 1, en concordancia con el 152, cardinal 32 del Texto Fundamental.

Al respecto, esta Sala, en sentencia N° 1260 del 11 de junio de 2002 (caso *Víctor Manuel Hernández y otro contra el artículo 38, parágrafo Segundo, 52, y 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*) estableció que:

“...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... ”.

La actividad del Parlamento anteriormente anotada, sólo podría hallar límites en la Constitución, la cual, al no prohibir esta especial manifestación sancionatoria por parte de la Contraloría General de la República, y al encontrar ésta sustento expresamente en la ley que la rige, se ajusta tanto al principio de supremacía constitucional como al principio de legalidad, como pilares fundamentales del Estado de Derecho. Así se declara.

En relación a la presunta contradicción entre el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y el artículo 42 constitucional, es preciso destacar que este último está contenido en la Sección Segunda (De la Ciudadanía) del Capítulo II (De la nacionalidad y de la ciudadanía) del Título III (De los derechos humanos, garantías y de los deberes) de la Constitución.

Es decir, que esta disposición no está en el Capítulo IV, referente a los derechos políticos. Esta observación preliminar es muy importante para determinar el alcance de la norma, pues el análisis que de ella se haga debe ser sistemático y no aislado. La Sección Segunda está referida a la ciudadanía, es decir, a la condición -en principio- privativa de los venezolanos de ejercer derechos políticos como el sufragio activo y el pasivo.

Las disposiciones de la Sección Segunda precisan, entre otras cosas, la igualdad entre venezolanos por nacimiento y por naturalización a los efectos de la titularidad de los derechos políticos, salvo las excepciones contempladas en el artículo 41 -que determina los cargos que solo pueden ser ejercidos por los venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad- la inhabilitación política y la interdicción civil (art. 39).

Ahora bien, de lo señalado se deduce que un venezolano puede perder total o parcialmente, temporal o permanentemente, o no ser titular de algún derecho político (como se evidencia de lo previsto en los artículos 39 y 41). Pero también los extranjeros pueden ser titulares de derechos de ciudadanía, como puede advertirse del artículo 64 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que extiende el derecho activo de sufragio para elecciones parroquiales, municipales y estatales a los extranjeros con más de diez (10) años de residencia en el país.

En consecuencia de lo expuesto, la previsión contenida en el artículo 42 debe necesariamente vincularse e interpretarse en función de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía. Literalmente, quien renuncia a la nacionalidad (originaria o adquirida) o la pierde (por revocatoria de la naturalización), pierde la ciudadanía, sea esta plena -en el caso de los venezolanos por nacimiento, mayores de edad, no entredichos ni inhabilitados- o parcial en el caso de naturalizados o extranjeros.

Lógicamente, la pérdida de esta nacionalidad -adquirida, pues si no es por renuncia la originaria no se pierde- debe darse por decisión judicial, así como la pérdida de los derechos de ciudadanía -parcial- que el ex-nacional detentaba antes de la revocatoria de la carta de naturaleza.

Lo expuesto se confirma en la imposibilidad de privación de nacionalidad venezolana por nacimiento, expresamente contenida en los artículos 35 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 12 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía; y en lo dispuesto en el artículo 36 *eiusdem* que precisa que la revocatoria de la nacionalidad venezolana por naturalización solo puede hacerse mediante sentencia judicial, todo de conformidad con al artículo 35 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En conclusión, el artículo 42 *in fine* se refiere exclusivamente a la pérdida de los derechos vinculados a la ciudadanía por parte de los venezolanos por nacimiento que renuncien a su nacionalidad, o a los naturalizados que renuncien a ella o les sea revocada su carta de naturaleza por sentencia judicial firme, que lógicamente implica –en virtud de dicho fallo– la pérdida de los derechos políticos. Es decir, que cuando el artículo 42 de la Constitución pauta que “*el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos, solo puede ser suspendido por sentencia judicial firme, en los casos que determine la ley*”, esta refiriéndose a la pérdida de la nacionalidad venezolana adquirida (revocatoria de la carta de naturaleza), con fundamento en los artículos 35 de la Constitución y 36 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía; y así se declara.

Por lo que respecta a la presunta inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por violentar lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta Sala Constitucional observa:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José el 22-11-69 y ratificada por nuestro país el 09-08-1977, es una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia.

Ahora bien, en ella no hay norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de principios acerca de su desarrollo progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia.

Por otra parte, en relación a los derechos políticos, el artículo 23.2, admite la “reglamentación” de los mismos mediante ley, en atención a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Esta disposición no alude a restricción en el ejercicio de estos derechos, sino a su reglamentación. En todo caso, de una manera general, el artículo 30 *eiusdem* admite la posibilidad de restricción, siempre que se haga “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Aunada a esta prescripción, el artículo 32.2 pauta que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

En función de lo expuesto, esta Sala considera que es posible, de conformidad con la “*Convención Americana sobre los Derechos Humanos*”, restringir derechos y libertades, siempre que sea mediante ley, en atención a razones de interés general, seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común.

Estas previsiones contenidas en los artículos 30 y 32.2 de la Convención adquieren particular importancia cuando estamos en presencia, en el caso de Venezuela, de un ordenamiento constitucional que, sin duda, privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales, al haber cambiado el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia.

En tal sentido, en el supuesto negado de que exista una antinomia entre el artículo 23.2 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática. En efecto, el artículo 23 constitucional exige para la aplicación preferente del tratado, pacto o convención relativos a derechos humanos, que éstos contengan normas más favorables a las de la Constitución.

Ahora bien, ¿qué valores debe tener presente el Tribunal para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más “favorable” que la normativa constitucional interna?

Es imprescindible para resolver esta antinomia, de existir, tomar en consideración lo que esta Sala Constitucional ha resuelto a través de su jurisprudencia. En concreto, en la sentencia 1309/2001, se estableció que “...la interpretación debe tener una doble justificación: la interna o coherencia con el sistema jurídico; y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica...”.

En consecuencia, la interpretación está condicionada material e ideológicamente. El derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución); y la interpretación debe comprometerse si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional, que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*).

Agrega el fallo *in commento* que, “En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser comparables con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia) y **no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegian los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el Derecho Nacional en detrimento de la soberanía del Estado**. Aunque la teoría moderna del Derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual, la formulación de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ello, como expresa Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (*Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (artículo 23), desde un punto de vista sistemático, **la opción por la primacía del Derecho Internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista**. La nueva teoría es combatida por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (Subrayado de este fallo).

Una vez más se advierte del texto de la sentencia invocada la especificidad de la interpretación de las normas constitucionales: la necesidad de asegurar la supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y el análisis técnico en consonancia con el proyecto político de la Constitución.

Asimismo, la sentencia 1309/2001 observa que “...la interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa 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** (verfassung konforme Auslegung von Gesetze)...”.

Esta conformidad requiere el 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.) (RIPERT. *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1953, pp. 307 y ss); y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo público 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 los cuales descansa el Estado Constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo.

Por tanto, según la sentencia 1309/2001, “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que sustenta. Desde este punto de vista, habría que negar cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos y aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre estas y los principios jurídicos (*verfassungswidrig*) [normas constitucionales, inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse *ohne naturecht* (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva, cuyo sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1 *eiusdem*” (subrayado de este fallo).

En conclusión, el fallo 1309/2001 reivindica la supremacía constitucional, la soberanía y la autodeterminación nacional y la reivindicación de la tradición de cultura como fuente de interpretación y no solo de integración, frente a los postulados pretendidamente universales, fundados en el derecho natural, y que no son más que una opción por la “*interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista*”.

Con fundamento en las consideraciones expuestas y en la jurisprudencia citada, esta Sala concluye que la restricción de los derechos humanos puede hacerse conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general, por la seguridad de los demás integrantes de la sociedad y por las justas exigencias del bien común, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32.2 de la “Convención Americana sobre derechos humanos”. Esta prescripción es en un todo compatible con lo dispuesto en los artículos 19 y 156, cardinal 32 de la Constitución Nacional. Lo previsto en el artículo 23.2 no puede ser invocado aisladamente, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano o Moral.

En concreto, es inadmisibles la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 *eiusdem*); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e “*imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley*” (art. 289.3 *eiusdem*). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide.

Por último, en lo concerniente a la presunta aplicación retroactiva del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001, por parte del Contralor General de la República, al imponerle a la recurrente la sanción de destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, cuando dichas sanciones no se encontraban vigentes para el momento en que se suscitaron los hechos objetos de investigación, esta Sala observa:

El artículo 117 de la Ley *in commento* (disposiciones transitorias) establece que “...*los procedimientos administrativos para la determinación de la responsabilidad administrativa, la imposición de multas o la formulación de reparos, que se encuentran en curso para el momento de entrada en vigencia de esta Ley se seguirán tramitando conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.017 Extraordinario del trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995)*...”.

En el caso de autos, la apertura de la averiguación administrativa se produjo de acuerdo a lo dicho por la parte actora “...*el último día hábil de trabajo en la Contraloría General de la República en el año 2001*...”, concretamente el 21-12-2001, según se desprende del folio 65 del expediente, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, ya que la hoy vigente data del 1 de enero de 2002 (vid. artículo 126 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal).

En razón de lo anterior, no existe duda de que la ley vigente para el momento del inicio de la investigación, tal como se ha, señalado era la ley hoy derogada del 13 de diciembre de 1995. No obstante, a pesar de que el acto emanado del Contralor General de la República (Resolución N° 01-00-062 del 30 de marzo de 2005), por medio del cual se confirmó la destitución y la inhabilitación impuestas a la recurrente alude al artículo 105 de la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el mismo también se fundamenta en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de 1995, de análogo contenido, aplicable *ratione temporis*, por lo que mal podría arribarse a la conclusión de que en el presente caso hubo una aplicación retroactiva de la ley, máxime cuando la sanción de inhabilitación impuesta no rebasó el límite establecido en la ley (derogada), aplicable en el tiempo al caso de autos. En consecuencia, no existió aplicación retroactiva de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, razón por la cual resulta forzoso para este órgano jurisdiccional desechar por manifiestamente infundado tal argumento; y así se decide.

Por las razones antes expuestas esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al encontrar que los argumentos de la parte recurrente no desvirtuaron la presunción de constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, declara sin lugar la demanda de nulidad interpuesta por la ciudadana Ziomara Del Socorro Lucena Guédez, contra la norma antes referida. Así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto de la sentencia que antecede, con fundamento en el siguiente razonamiento:

1. Como punto previo, se observa que el artículo 20, párrafo 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia preceptúa:

Para que sean válidas las decisiones se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros de la Sala respectiva. El Magistrado o Magistrada ponente deberá presentar el proyecto de decisión a los demás Magistrados o Magistradas, quienes deberán formular sus observaciones o manifestar su conformidad con el mismo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En caso de que surjan observaciones al proyecto de decisión, el Magistrado o Magistrada ponente deberá realizar las modificaciones formuladas que considere pertinentes, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Al tercer día hábil siguiente, se volverá a presentar el proyecto de decisión corregido o los fundamentos que sostienen su criterio para mantener el proyecto original, para ser sometido a votación; el Presidente o Presidenta de la Sala será el último en votar. En caso de empate, se suspenderá la deliberación y se convocará a una segunda reunión para el día hábil siguiente. Si el empate persiste, se suspenderá nuevamente la discusión y se convocará a otra reunión para el día hábil siguiente, a fin de adoptar la decisión definitiva. De continuar el empate, el voto del Presidente o Presidenta de la Sala respectiva será considerado doble. El Magistrado o Magistrada que se encuentre en desacuerdo o disienta de la decisión, anunciará su voto salvado, que deberá consignar escrito (sic) en el que fundamente las razones, fácticas y jurídicas de su negativa, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Este escrito deberá ser firmado por todos los Magistrados o Magistradas de la Sala respectiva y se agregará a la sentencia. En caso de que el proyecto no cuente con la aprobación de la mayoría de los miembros de la Sala, la ponencia deberá reasignarse a otro Magistrado o Magistrada de la Sala correspondiente, conforme al trámite previsto en el presente artículo (Destacado añadido).

No obstante la claridad del texto de la norma, se observa que, en el caso de autos, fue descatada con la divulgación de la sentencia de la que se discrepa en el sitio web de este Tribunal antes de la consignación de este voto salvado, pese a que el lapso al efecto vence el próximo 12 de agosto (3 días de despacho desde el martes 5 próximo pasado) y pese al acuerdo, al que se había llegado al respecto, con los demás miembros de la Sala.

2. Este disidente no comparte las razones de fondo que se sostuvieron en el acto jurisdiccional que precede para la declaratoria sin lugar de la demanda de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, divergentemente, considera que esa norma legal es contraria a elementales principios de nuestro Texto Fundamental, por las siguientes razones:

2.1. La mayoría sentenciadora desestimó el alegato de violación al derecho a la defensa y al debido proceso y consideró que el procedimiento administrativo que se sigue ante la Contraloría General de la República y que culmina con la declaración de responsabilidad administrativa “*ofrece todas las garantías al particular para la defensa de sus derechos e intereses*” frente a la sanción que, posteriormente a esa declaratoria, podrá imponer el Contralor General de la República de acuerdo con el artículo 105 que se impugnó.

El voto salvante considera, por el contrario, que la norma sí viola el derecho fundamental a la defensa y al debido procedimiento previo, por las siguientes razones:

2.1.1 El derecho fundamental al debido proceso es, por mandato del artículo 49 de la Constitución, de obligatoria observancia en *todas las actuaciones judiciales y administrativas*. De esta manera, al procedimiento administrativo han de aplicarse todos los atributos que ese precepto fundamental recoge en sus cardinales 1 al 8, como son el derecho a la defensa y asistencia jurídica, derecho a ser notificado, derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser oído, derecho al juez natural, derecho a no ser obligado a confesarse culpable, prohibición de sanción sin ley previa, derecho a la cosa juzgada y derecho a la responsabilidad patrimonial ante el error, retardo u omisión en la tramitación de un proceso o procedimiento administrativo. Así lo dispone el propio artículo 49 de la Constitución, cuando afirma que “*el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: / (...) 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente...*”.

En consecuencia, mal puede dictarse un acto administrativo que afecte la esfera jurídica de un particular sin que, previamente, se haya sustanciado el correspondiente trámite, de cuyo inicio se haya notificado a todos los interesados, especialmente, a quien se vea directamente afectado, y en el cual se haya dado a éstos oportunidad de defensa, esto es, de alegación y prueba en su favor, bajo pena de vulneración a ese derecho fundamental al debido procedimiento y, además, el derecho a la presunción de inocencia.

En la hipótesis de autos, cabe recordar que la norma cuya nulidad se demandó preceptúa que el Contralor General de la República podrá imponer las sanciones accesorias de suspensión sin goce de sueldo o de destitución, así como la de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, en atención a “*la entidad del ilícito cometido*” o a “*la gravedad de la irregularidad cometida*”, a quienes hayan sido declarados responsables administrativamente, mediante decisión firme en sede administrativa; sanciones que habrán de imponerse, según el texto expreso de la norma, “*sin que medie ningún otro procedimiento*”.

Ahora bien, el derecho al debido procedimiento o al procedimiento previo es, se insiste, garantía fundamental del derecho a la defensa y, como tal, no puede ser relajado ni sustituido por otros medios de defensa. De esta manera, el control *ex post* del acto sancionador a través de las vías administrativas y jurisdiccionales que dispone la Ley no sustituye, en modo alguno, el derecho al **previo** procedimiento y a ser oído que tiene el sancionado **antes** de que se emita el acto definitivo; unos y otros son atributos esenciales de un mismo derecho fundamental, todos los que, como tales, deben ser observados a cabalidad.

En sentencia de 21 de mayo de 1996, con ocasión del juzgamiento en relación con la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la antigua Corte Suprema de Justicia en Pleno tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la importancia fundamental de la apertura de un procedimiento contradictorio y de la oportunidad del posible afectado para el planteamiento de sus alegatos *antes* de que se decida cualquier procedimiento administrativo –incluso constitutivo, se añade– o proceso judicial, ello como garantía inherente al derecho a la defensa y al debido proceso:

..., el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, cuya supuesta nulidad se analiza, faculta al Juez para dictar sentencia definitiva en primera instancia sin tramitar ningún tipo procedimiento y sin informar previamente al presunto agraviante, de la existencia de una demanda en su contra.

(...) a juicio de la Corte, ello constituye una violación al único aparte del artículo 49 de la Constitución de la República, por cuanto éste indica que el mandamiento de amparo debe ser producto de un procedimiento, de circunstancias a las que no hace ninguna referencia en el texto del artículo 22 *eiusdem*, como condición previa y necesaria para dictar tal mandamiento.

Por otra parte, es evidente que estamos ante una grosera y flagrante indefensión, ya que el nombrado artículo 22, choca abierta y directamente con la última parte del artículo 68 de la Constitución, el cual establece que “la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso” (Subrayado añadido).

Tampoco comparte el salvante el criterio que sostuvo la mayoría sentenciadora, en el sentido de que el previo procedimiento sería aquel que se tramita antes de que se dicte el acto que declara la responsabilidad administrativa y que, en esa oportunidad, el particular puede defenderse tanto de la declaratoria de responsabilidad como de las sanciones que eventualmente impondrá el Contralor General de la República.

En efecto, se discrepa de tal opinión porque ese procedimiento administrativo tiene un objetivo específico: la determinación de la incursión o no de determinado sujeto en alguna de las infracciones que tipifican los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal –propias de la responsabilidad

administrativa- lo que dará lugar, en caso asertivo, a la imposición de la sanción de multa, de conformidad con el artículo 94 *eiusdem*, y a la declaratoria de responsabilidad administrativa del sujeto. En este supuesto, la defensa del interesado se dirige a la alegación y prueba en contra de la verificación de la conducta infractora que se le imputa.

A diferencia de ello, la imposición de las sanciones “complementarias” que recoge el artículo 105 *eiusdem* por parte del Contralor General de la República –unas típicamente disciplinarias y otra típicamente penal-, si bien tiene como presupuesto la previa declaratoria de la responsabilidad administrativa, procede o no según la ponderación de otros aspectos: “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*”; en consecuencia, poco importa ya la defensa que se ejerció para la demostración de la inexistencia de infracción administrativa, la cual ha sido declarada mediante acto administrativo; lo que al sancionado interesa ahora es la alegación y la prueba, con relación a la eventual imposición de una sanción, de “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*” para evitar tal nueva y adicional imposición y mal podía haberse defendido de este asunto en el curso del procedimiento que ya se sustanció, sin que con ello hubiera incurrido, inevitablemente, en una gran contradicción: la alegación de que no le es imputable una conducta ilícita y, a la par –aunque fuese de manera subsidiaria- el argumento de que, en todo caso, dicha conducta no fue “muy grave” o que el ilícito de que se trate es uno de “menor entidad”.

En consecuencia, sí sería indispensable el reconocimiento del derecho a la defensa al particular antes de que el Contralor General de la República impusiese la nueva sanción y, por ende, sí sería necesario que hubiese un nuevo procedimiento que otorgase plenamente al sancionado esa oportunidad de alegación y prueba a su favor, y así debió declararlo esta Sala. Debe añadirse, por otra parte, que ese nuevo procedimiento, además, debería satisfacer el principio de inmediación al que tanta preeminencia le dio el constituyente y que es consustancial con el sistema acusatorio por el que optaron, primero el legislador –del Código Orgánico Procesal Penal- y luego, el mismo constituyente, en materia sancionatoria penal, la cual, se insiste, es manifestación del mismo *ius puniendi* que el Estado ejerce a través de la potestad sancionatoria administrativa. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pie, como fue denunciado en la audiencia preliminar, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “accesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución-, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “accesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.2. En segundo lugar, la sentencia que antecede desestimó la violación al principio de tipicidad de las sanciones administrativas, bajo el argumento de que en la norma que se impugnó están suficientemente tipificados tanto las sanciones administrativas como los hechos ilícitos que dan lugar a esas sanciones y que “*la potestad discrecional del órgano contralor no es una ‘norma en blanco’, pues debe ajustarse a los parámetros expresamente establecidos en la Ley Orgánica*”.

Contrariamente a lo que sostuvo la mayoría sentenciadora, quien suscribe como disidente considera que sí se agravió el principio constitucional de tipicidad de las sanciones administrativas, por las siguientes razones:

El principio de tipicidad es, junto con el principio de reserva legal, manifestación directa del principio de legalidad que debe, como tal, informar *siempre* el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sea que éste se ejerza a través de sanciones penales, sea a través de sanciones administrativas. Ello se deriva, claramente, del artículo 49, cardinal 6, de la Constitución, el cual dispone:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: / (...)

6. *Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, -faltas o infracciones en leyes preexistentes* (Destacado añadido).

De esta manera, el principio de tipicidad o mandato de tipificación puede definirse como la determinación, en una norma de rango legal, de las conductas que se tildan de infracciones y de las sanciones correlativas a esas conductas, de manera tal que esa determinación normativa permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción que se impondrá.

El mandato constitucional de tipificación legal se exige, así, tanto para las conductas que se consideren infracciones administrativas como para las sanciones que a estas conductas corresponden.

Ahora bien, el incumplimiento con el principio de tipificación legal encuentra distintos grados o variantes: así, puede tratarse de una ausencia absoluta de tipificación, cuando la Ley silencia cualquier forma de ella, caso en el que la deja –inconstitucionalmente– en manos del reglamento o, peor aún, de la Administración con competencia para la aplicación de la sanción en el caso concreto. En segundo lugar, puede tratarse de una insuficiencia de tipificación legal, esto es, insuficiencia de *lex certa*, lo que se verifica cuando no hay descripción legal suficiente de los elementos esenciales de la infracción o de la sanción, imprecisión que no permite la predicción, con suficiente certeza, de cuáles son las conductas que se consideran infracciones y a qué sanción atenerse cuando estas conductas se consuman. Como afirmó ALEJANDRO NIETO “*la suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta (...) la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra*” (Cfr. *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 293).

No es el primer caso que se describió, ciertamente, el supuesto que se ha delatado, pues el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tipifica las distintas sanciones que habrán de imponerse de manera complementaria, “*según la gravedad de los hechos*”, en relación con las conductas infractoras que, a su vez, están tipificadas en los artículos 91 y 92 de la misma Ley, a los que hace alusión el artículo 105 en cuestión. De modo que puede afirmarse que sí hay tipificación en la norma jurídica; pero lo que se ha denunciado es el segundo supuesto, esto es, la insuficiencia de esa tipificación, pues, se establecería, de manera genérica, una gradación sumamente amplia de las sanciones “*accesorias*” que se pueden imponer, incluso en forma acumulada y, lo que es más grave, sucesiva –sin límite en el tiempo–, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa, las cuales determina discrecionalmente el Contralor General de la República.

Debía, pues, determinarse hasta qué punto esa tipificación no exhaustiva del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal lesiona o no el principio de *lex certa*, esto es, la certeza y seguridad jurídica de los eventuales sancionados, al punto de que constituya o no inobservancia del precepto constitucional que recoge el mandato de tipificación legal.

Al respecto, se razonó que “...los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal consagran las conductas ilícitas objeto de control, mientras que las sanciones aplicables a los ilícitos administrativos se determinan de acuerdo a parámetros razonables (en atención al ilícito cometido y a la gravedad de la irregularidad); parámetros estos que ya existían en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República derogada (en los Títulos VIII y IX). / Ahora bien, asumiendo que la sanción (en este caso accesoria) que aplica la Contraloría General de la República es de naturaleza ‘administrativa’ (y no judicial); debe insistirse en la conformidad a derecho de estas llamadas por la doctrina ‘potestades discrecionales’, por oposición a las ‘potestades vinculadas o regladas’. En efecto, la ‘potestad discrecional’ no es contraria a la Constitución ni a la ley. Por el contrario, es una expresión concreta del principio de legalidad.”

En efecto, según se indicó con anterioridad, la tipificación de las infracciones se preceptúa en los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y la tipificación de las sanciones “complementarias” (suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas) a la sanción principal, la multa, está recogida en el 105 *eiusdem*, pero en forma que, en criterio del salvante, no cumple con el principio de tipicidad suficiente respecto del vínculo o enlace entre tales infracciones y las sanciones accesorias, pues el único nexo entre ellas es la previa declaratoria de responsabilidad administrativa y la gravedad que, en cada caso concreto, presente la infracción que se cometió, según lo determine, sin la sustanciación de un procedimiento para ello, el Contralor General de la República.

Así, esa correlación entre la conducta que esté tipificada como infracción y la sanción que se impondrá dependerá, siempre, como se dijo, de la valoración que, en el caso concreto, realice el órgano administrativo sancionador de conceptos jurídicos indeterminados, como son la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, cuya apreciación ha de realizarse, como sucede cuando se analiza cualquier concepto de esta naturaleza, de manera racional; pero, en este caso, los conceptos en cuestión son de tal amplitud que impiden, *per se*, el cumplimiento con el principio de tipificación y, en consecuencia, impiden el cabal ejercicio del derecho a la defensa y del derecho a la certeza jurídica de los eventuales sancionados.

En efecto, por conceptos jurídicos indeterminados se entiende aquellos relativos a una “esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intentan delimitar un supuesto concreto” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, décima edición, Civitas, Madrid, p. 457).

A diferencia de lo que sostuvo la mayoría sentenciadora en el fallo que antecede, en el sentido de que el artículo bajo análisis otorgó al Contralor General de la República una potestad discrecional, la doctrina administrativista venezolana y extranjera han entendido, tradicionalmente, que la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados *no implica ejercicio de discrecionalidad administrativa*, pues no se trata de la existencia de varias alternativas todas ellas igualmente válidas, que puede escoger la Administración al momento de su actuación, sino de la apreciación de ciertos conceptos jurídicos que, si bien no pueden ser determinados por la norma jurídica *in abstracto* en tiempo y espacio, *sí pueden precisarse en cada caso concreto al momento de su aplicación*, concreción que corresponde al órgano aplicador, en este caso la Administración. La consecuencia fundamental de ello es que la errónea, irra-

cional, desproporcionada o irrazonable aplicación de tales conceptos en el marco de un caso concreto, es susceptible de revisión y control jurisdiccional pleno, al igual, por cierto, que en el caso del ejercicio de la potestad discrecional, que es controlable, no solamente respecto de los aspectos formales del acto en que se vierta y en los elementos reglados que lo integran sino, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto a la racionalidad y proporcionalidad de la decisión en sí.

En todo caso, aun desde esa limitada perspectiva, los actos administrativos que puede dictar el Contralor General de la República con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal *sin necesidad de procedimiento previo*, violan uno de esos aspectos formales por *ausencia absoluta y total de procedimiento* en los términos del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, si la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es, como principio general, plausible en el ámbito de ejercicio de la mayoría de las formas de la actividad administrativa, es evidente que durante el ejercicio de su potestad sancionadora resulta sumamente cuestionable y, en consecuencia, debe evitarse la sustentación de sanciones administrativas en la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pues ello implicaría, se insiste, a lo menos, una importante merma, si no violación al principio de certeza y seguridad jurídica, al derecho a la defensa y al principio de tipicidad de las infracciones y sanciones, derechos que recogió el artículo 49, en sus cardinales 1 y 6, respectivamente, de la Constitución de 1999.

En consecuencia, considera el salvante que la redacción del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal injuria el principio de tipicidad de las sanciones, pues carece de una gradación certera y concreta de correlación entre cada una de las posibles sanciones que pueden ser impuestas y las conductas ilícitas que tipifican los artículos 91 y 92 de la misma Ley, lo que implica que no está tipificado el vínculo o enlace entre la conducta infractora y la sanción graduada determinada que se imponga en cada caso. La certeza y seguridad jurídica ínsitas en la imposición de cualquier sanción, incluso aquellas de naturaleza administrativa, coliden frontalmente con la ilimitada apreciación que la norma otorgó al órgano sancionador para la determinación, en cada caso concreto, de la sanción que impondrá según la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, lo cual impide el cabal ejercicio del derecho a la defensa (artículo 49, cardinal 1, constitucional) y viola el derecho a la tipificación que otorgó el artículo 49, cardinal 6, *eiusdem* a los eventuales sancionados.

Muy lejos de la realización del análisis pertinente, la sentencia de la que se aparta el salvante se pierde en disquisiciones acerca de puntos que no fueron planteados, como una supuesta pretensión de nulidad “*por el solo hecho de contener una potestad discrecional*” que no fue planteado por los co-demandantes, como forma de elusión de resolución de los sólidos argumentos de la parte actora, no en cuanto a la supuesta inconstitucionalidad de la potestad discrecional sino a la violación del principio de tipicidad.

2.3 En tercer lugar, por lo que respecta a la denuncia de violación al principio *non bis in idem*, quien difiere no puede dejar de destacar que la sentencia que antecede se dedicó al análisis del supuesto de existencia o no de vulneración a este principio cardinal del derecho sancionador cuando se está en presencia de sanciones administrativas y penales pese a que, en el caso de autos, lo que se planteó fue la ilícita acumulación de varias sanciones administrativas por un mismo hecho, circunstancia que ni siquiera fue mencionada, en un nuevo ejercicio interpretativo que no se corresponde con lo que fue controvertido, de una manera que lo que busca es que se pierda de vista el verdadero objeto del proceso.

En todo caso, en criterio de quien se aparta del acto decisorio en cuestión, para que se pudiese concordar con los asertos que anteceden, el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tendría que

ofrecer dos garantías que no ofrece; en primer lugar, como en materia penal, ambos tipos de sanciones habrían de ser impuestas como consecuencia del mismo procedimiento y por la misma autoridad para que pudieran ser objeto, en conjunto, del mismo control administrativo y judicial y, en segundo lugar, debería establecer con claridad la posibilidad de imposición, o no, de más de una sanción accesoria, a través de más de un acto administrativo “complementario”.

En efecto, como se razonó *supra*, pese a que la mayoría determinó que ambos tipos de sanciones –principales y “acesorias”- son producto de un mismo procedimiento administrativo, ello no es cierto. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pie, como fue denunciado, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “acesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución-, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “acesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.4. En cuarto lugar, la mayoría sentenciadora desestimó la delación del agravio a los artículos 42 y 65 de la Constitución y el artículo 23.2 de la Contención Americana sobre Derechos Humanos. Quien discrepa es de la opinión de que la norma que se impugnó sí contradice dichos preceptos constitucionales y considera que debió dárseles la siguiente interpretación:

2.4.1 Ya en anteriores oportunidades se ha pronunciado la Sala acerca del alcance subjetivo de la potestad sancionadora que al Contralor General de la República otorgó el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en relación con los funcionarios de elección popular. Así, ya la Sala ha expresado que esa Ley ratificó el principio de universalidad del ejercicio de la función contralora que recogen los artículos 287 y 289 de la Constitución de 1999 y que precisó, en su artículo 9, los órganos y personas sujetos al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República, entre otros, todos los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional, Estadal y Municipal, **“lo que incluye a aquellos cuya investidura sea producto de la elección popular”** (Sentencia N° 1056 de 31 de mayo de 2005). De esta manera, se parte de la premisa de que todos los funcionarios públicos, incluso aquellos que han sido electos popularmente, están incluidos en el ámbito de aplicación de esa Ley.

Ahora bien, esa inclusión, en modo alguno, puede significar una merma de los derechos fundamentales y de las prerrogativas que esa investidura popular confiere a ciertos funcionarios. Por esa razón, mediante fallo N° 2.444 de 20 de octubre de 2004, la Sala señaló:

...ya ha tenido esta Sala oportunidad de pronunciarse acerca de cómo opera el control (en el caso a que se refiere la Sala el político) sobre los cargos de elección popular, con ocasión de la institución constitucional del referendo revocatorio, señalándose que existe una antinomia entre la competencia que el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal confiere al Concejo Municipal para convocar a referendo revocatorio del mandato del Alcalde en los casos de no aprobación por parte del Cuerpo Edilicio de la memoria y cuenta de su gestión anual, con lo previsto por el artículo 72 de la Constitución, que otorga de manera exclusiva a los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral, la

iniciativa para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de cualquier cargo de elección popular, inclusive el cargo de Alcalde (Vid. Sent. N° 812/2003 de 15 de abril).

En esa oportunidad, para 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, la Sala desaplicó 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 preceptuado en el artículo 72, segundo acápite, de la Constitución. En este caso el conflicto es de igual naturaleza (Destacado añadido).

Con fundamento en ese razonamiento, la Sala concluyó en esa oportunidad, que:

La destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objeto de referendo revocatorio. Siendo ello así, al igual que con los cargos que tienen un régimen especial para la destitución, es ese el mecanismo para cuestionar la legitimidad de la actuación del representante popular, y las sanciones que sin duda alguna se le pudieran imponer con ocasión a ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran su límite en esa circunstancias, sólo desvirtuable con ocasión al establecimiento de una responsabilidad penal.

Ciertamente, lo expuesto no desdice de las potestades de control fiscal que la Constitución le atribuye al Contralor General de la República, sólo que dichas potestades deben guardar una proporcionalidad no sólo con los hechos, sino además con la naturaleza popular de la investidura del cargo, pues, de lo contrario, existiría un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático. No se trata de irresponsabilidad, no. A lo que hace referencia la Sala es a la necesidad de que las consecuencias jurídicas que deriven de esa responsabilidad no rompan con el carácter representativo del gobierno (Destacado añadido).

Posteriormente, mediante decisión N° 174 de 8 de marzo de 2005, con ocasión de una aclaratoria que se solicitó respecto de la sentencia que anteriormente se citó, la Sala precisó que los límites de la potestad sancionadora que recoge el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal se refieren a la suspensión y destitución de los funcionarios electos popularmente.

Asimismo, y aun cuando no fue objeto de un análisis de fondo la constitucionalidad de la sanción de inhabilitación que recoge esa norma legal, la Sala afirmó la “plena vigencia” de la sanción de inhabilitación y señaló que la eficacia de esa sanción quedaría en suspenso hasta cuando venciese el período para el cual hubiera sido electo el sancionado, o desde cuando cesare en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones:

...en el fallo cuya aclaratoria se solicita se hizo señalamiento expreso de cuál era el alcance del amparo concedido, esto es: sólo con respecto a la destitución o suspensión del cargo, según sea el caso, lo cual no deja margen de dudas que la inhabilitación para ejercer alguna función pública contenida en el acto administrativo accionado en amparo se encuentra plenamente vigente, pero con algunas precisiones adicionales acerca de la oportunidad en que comienza a surtir sus efectos legales. /(...)

...el mandato constitucional contenido en la sentencia N° 2444/2004 y en esta aclaratoria implica que la mencionada inhabilitación debe comenzar a surtir sus efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones, lo cual, como es lógico, descarta cualquier posibilidad que éste opte a la reelección como consecuencia inmediata de esa inhabilitación (Destacado añadido).

Por último, en fallo N° 1056 de 31 de mayo de 2005 –con voto salvado de quien hoy también disiente-, nuevamente a través de aclaratoria, la Sala precisó que la única sanción

proscrita respecto de los funcionarios de elección popular es la destitución del cargo, ratificó que la inhabilitación tiene vigencia pero con eficacia a futuro –luego del vencimiento del período para el cual se haya elegido al funcionario-, y que la suspensión temporal procederá siempre que el funcionario no goce del beneficio de antejuicio de mérito:

...no es posible por vía de una sanción administrativa destituir a un funcionario de elección popular, por lo que la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos tiene que ser entendida como inhabilitación para ejercer en el futuro cualquier función pública, sea esta originada por concurso, designación o elección; no obstante, la Contraloría General de la República puede ejercer, en relación a este representante de elección popular, cualquiera de las otras sanciones administrativas que no impliquen la pérdida definitiva de su investidura. En consecuencia, puede imponer multas, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un máximo de quince años y la suspensión temporal del ejercicio del cargo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses.

(...) respecto a la eventual suspensión de funcionarios de elección popular, con fundamento en la declaratoria de responsabilidad administrativa y en atención a la gravedad del ilícito cometido (artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal), esta Sala debe hacer una distinción con fundamento en lo dispuesto en el artículo 266, numerales 2 y 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. (...)

Como quiera, en consecuencia, que la sanción de suspensión del ejercicio del cargo implica, a su vez, la imposibilidad de ejercer los derechos políticos que le corresponden a su investidura, lo cual sólo es posible, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 380 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando sean “cumplidos los trámites necesarios para el enjuiciamiento”; esta Sala considera que aquellos funcionarios de elección popular que se encuentren amparados por la institución del antejuicio de mérito; a saber: el Presidente de la República, los gobernadores de Estado y los integrantes de la Asamblea Nacional, no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus cargos, hasta tanto este Tribunal Supremo de Justicia, en sala Plena, declare que hay mérito para su enjuiciamiento. Los demás funcionarios de elección popular a nivel estatal o municipal, por no gozar de esta prerrogativa, podrán ser suspendidos con base en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.

En definitiva, las consideraciones que se mantuvieron en los veredictos anteriores se recogieron en el fallo N° 1581 de 12 de julio de 2005 –también con voto salvado de quien hoy disiente-, de la siguiente manera:

Para determinar el alcance del ejercicio de la potestad sancionadora que tanto la Constitución como la ley atribuyen a la Contraloría General de la República, en aquellos casos en los cuales el sujeto pasivo de dicha potestad es un funcionario que ejerce un cargo de elección popular, es menester considerar lo siguiente:

Siendo la República Bolivariana de Venezuela un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que se constituye en una democracia participativa, electiva, descentralizada, alternativa, responsable, pluralista y de mandatos revocables, según informa el artículo 6 del Texto Constitucional, resulta consustancial a ello que el Poder Público sea ejercido por ciudadanos que hayan recibido, por voluntad del pueblo, el encargo de hacerlo; a esta delegación del poder que reside intransferiblemente en el pueblo, se le denomina mandato representativo.

Así pues, los sujetos que ejercen la representación política de los ciudadanos en los diversos órganos legislativos en los ámbitos nacional, estatal y local (diputados, legisladores y concejales), constituyen instrumentos de los ciudadanos para ejercer su derecho de participación en los asuntos públicos por medio de sus representantes elegidos, consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Concebida así, la representación política es, ante todo, una creación normativa, una situación jurídica o cua-

lidad que existe siempre que el Texto Fundamental la atribuya y con las responsabilidades y limitaciones que la ley impone. En consecuencia, es el ejercicio de esta representación popular la que le permite a los sujetos que la ostentan ejercer potestades públicas en nombre de un colectivo (soberanía popular) vinculado políticamente a una entidad territorial en particular (República, Estado o Municipio).

Por lo antes dicho, para establecer los límites del ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, con respecto a dichos sujetos, en virtud de que la pérdida de su investidura y la suspensión en el ejercicio del cargo sólo puede producirse por las causas establecidas en la Constitución y en la ley, resulta ineludible el análisis del régimen constitucional y legal aplicable a esta categoría de funcionarios públicos.

En tal sentido, tenemos que, de acuerdo con el artículo 162 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el régimen de los integrantes de los consejos legislativos de los Estados se regirán por la normas que la Constitución establece para los diputados de la Asamblea Nacional, en cuanto le sean aplicables, y dispone que la ley nacional regulará el régimen y el funcionamiento de los aludidos órganos legislativos.

Por su parte, la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados no contempla dentro de su articulado normas que expresamente regulen dicha situación. Sin embargo, del análisis sistemático de la dogmática constitucional referida a los legisladores de los consejos legislativos de los Estados, puede inferirse que el cese en el ejercicio de los mencionados cargos de elección popular puede darse por las siguientes circunstancias: 1) la finalización del mandato por el transcurso del tiempo, por haber finalizado el período de cuatro años previsto en el artículo 162 de la Constitución; 2) por muerte del titular del cargo; 3) por renuncia voluntaria (numeral 20 del artículo 187 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 162 eiusdem; 4) por renuncia presunta cuando el parlamentario acepta un cargo público de los no exceptuados por el artículo 7 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, siempre que no suponga dedicación exclusiva; 5) por inhabilitación judicial sobrevenida, ya sea por pérdida de la ciudadanía, por inhabilitación política por haber sido condenados por delitos durante el ejercicio de sus funciones u otros que afecten el patrimonio público, supuesto de inelegibilidad prevista en el artículo 65 de la Constitución; y, 6) por la revocatoria de su mandato en virtud del referendo previsto en el artículo 72 eiusdem.

Además de las causas que conllevan a la pérdida de la investidura como legislador, antes señaladas, del examen de las competencias que el artículo 187 del Texto Fundamental confiere a la Asamblea Nacional tenemos que entre éstas, el numeral 20 de la norma aludida, prevé la posibilidad de separación temporal de un diputado del ejercicio del cargo, es decir, que la Constitución admite la suspensión momentánea del ejercicio de los cargos de representación popular. Aunque el artículo 15 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados no contemple expresamente dicha atribución dentro de las competencias de los órganos legislativos de los Estados, sin duda, tal posibilidad resultaría conforme a la Constitución en virtud de la aplicación supletoria del régimen establecido para los diputados de la Asamblea Nacional, previsto por el artículo 162 del Texto Fundamental.

Ahora bien, es importante hacer la distinción entre los efectos que tiene la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular que no tiene suplentes elegidos en los mismos comicios (como serían el Presidente de la República, los gobernadores de Estado y los alcaldes), de aquellos que si lo tienen, ya que las consecuencias jurídicas que derivan de dicha situación son diferentes.

En efecto, el numeral 5 del artículo 14 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política prevé para la elección de diputados nominales al Congreso de la República (hoy Asamblea Nacional) y a las Asambleas Legislativas (hoy Consejos Legislativos de los Estados) que “Cada organización política postulará tantos candidatos como cargos a elegir nominalmente en la circunscripción respectiva y dos (2) suplentes por cada uno (1) de ellos”. Por su parte, el artículo 15 eiusdem dispone para los candidatos a dichos cuerpos legislativos postulados por lista que “...una vez adjudicados los candidatos principales, se asignarán los suplentes en un número igual al doble de los principales, en el orden de lista”.

De este modo, el legislador dispuso la elección, en el mismo acto comicial, del doble de suplentes por cada parlamentario principal, tanto para los elegidos por votación nominal como para los elegidos mediante listas. De manera que, las contingencias que pudieran afectar el desempeño individual en el cargo de la persona favorecida por la voluntad del soberano, no afecte, por una parte, el normal desarrollo de las funciones del órgano legislativo y, por la otra, la representación política de los ciudadanos.

Así pues, la suspensión temporal en el ejercicio del cargo de diputado, legislador o concejal, en ningún caso puede asimilarse a los efectos producidos por la pérdida de la investidura o asemejarse a las consecuencias que produciría la suspensión del ejercicio del cargo del Presidente de la República, los gobernadores de Estado o los alcaldes, por cuanto, cada uno de los diputados a la Asamblea Nacional y legisladores integrantes de los Consejos Legislativos cuentan con sus respectivos suplentes, los cuales, han sido igualmente elegidos por votación popular y, en consecuencia, también ostentan el mandato representativo de los ciudadanos. Por consiguiente, la suspensión pro tempore del ejercicio del cargo, de ninguna manera, menoscaba el derecho a la participación en los asuntos públicos de los ciudadanos por medio de sus representantes elegidos, previsto en el artículo 62 de la Norma Fundamental, ni implica riesgo alguno de pérdida del equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático.

Así pues, de acuerdo con el sistema electoral previsto para elegir a los integrantes de los órganos legislativos de los distintos niveles del Poder Público (nacional, estatal y municipal), en virtud de que tanto los principales como los suplentes incorporan una representatividad popular directa, dicha circunstancia supone que la sustitución de los principales por sus respectivos suplentes, no altera el nexo elección-representación que sustenta el carácter representativo de dichos cargos, ni afecta la relación derivada de la elección popular y, por consiguiente, tal sucesión tampoco menoscaba el derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a través de sus representantes elegidos.

En consecuencia, el criterio que ha sostenido esta Sala en relación con el alcance de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, en lo que respecta a los funcionarios de elección popular, es que tales funcionarios se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la potestad fiscalizadora de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. No obstante, en tales precedentes, la Sala no sentó criterio sobre el argumento que se trajo en esta oportunidad con relación a la violación de los artículos 42 y 65 de la Constitución y el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, se observa que el artículo 42 de la Constitución dispone:

Quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía. El ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley (Subrayado añadido).

Quien suscribe este voto no puede menos que disentir enfáticamente de la interpretación que dio la mayoría sentenciadora a ese artículo constitucional, cuando afirmó que “... el artículo 42 in fine se refiere exclusivamente a la pérdida de los derechos vinculados a la ciudadanía por parte de los venezolanos por nacimiento que renuncien a su nacionalidad, o a los naturalizados que renuncien a ella o les sea revocada su carta de naturaleza por sentencia judicial firme, que lógicamente implica –en virtud de ese fallo– la pérdida de los derechos políticos. Es decir que cuando el artículo 42 de la Constitución pauta que ‘el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos, solo puede ser suspendido por sentencia judicial firme, en los casos que determine la ley’, está refiriéndose a la pérdida de la nacionalidad venezolana adquirida (revocatoria de la carta de naturaleza), con fundamento en los artículos 35 de la Constitución y 36 de la Ley de nacionalidad y Ciudadanía”.

Resulta sorprendente la inversión de las reglas universales de la interpretación; de las propias de la lógica formal y de las especiales atinentes a las normas constitucionales y a los derechos fundamentales.

En efecto, la mayoría, en forma difícil de entender, hizo una lectura “al revés” del articulado del Capítulo II del Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículos 39 al 42), mediante la cual fue de lo particular a lo general para la restricción al máximo del ámbito de aplicación de la norma cuya violación se delató, en vez de ir de lo general a lo particular para desentrañar su sentido a través del contexto, pese a que estaba obligada a encontrar la interpretación más progresista y favorable al ejercicio de los derechos fundamentales que se encuentran en juego (derechos políticos) y, en forma inversamente proporcional, la interpretación más restrictiva del límite al ejercicio de tales derechos que recoge el artículo 42 constitucional cuando señala que el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

En cambio, no ofrece dificultad alguna la comprensión de que la nacionalidad venezolana otorga a quienes la detentan la ciudadanía, la cual, a su vez, los hace titulares “*de derechos y deberes políticos*”, “*de acuerdo con e(sa) Constitución*” (artículo 39) -y no de conformidad con la ley (reserva constitucional)-, Constitución que, en el mismo artículo, sólo acepta como límites al ejercicio de la ciudadanía la inhabilitación política y la interdicción civil ¿Cuáles son esos derechos políticos? Los que se describen en el Capítulo IV “De los derechos políticos y el referendo popular”, Sección primera: de los derechos políticos y cualesquiera otros que se consideren inherentes a la persona humana.

Los artículos 40 y 41 precisan a quién y cómo pertenecen los derechos políticos (“a los venezolanos y venezolanas, salvo las excepciones establecidas en e(sa) Constitución”) y las diferencias a su respecto entre los venezolanos y venezolanas por nacimiento y por naturalización.

Por último, el constituyente cerró la sección que dedicó a la ciudadanía con el artículo 42 según el cual, como fue expuesto, quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía y el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley, es decir, que la única manera de perder el derecho al ejercicio de los derechos políticos –atributos de la ciudadanía y, ésta, de la nacionalidad-, que es en lo que consiste una inhabilitación política (artículo 39), es que recaiga una sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

En efecto, se insiste, para el salvante, la claridad de la norma constitucional no deja lugar a interpretaciones ambiguas: el ejercicio de los derechos políticos, esto es, de aquellos que recoge el Capítulo IV, Título III de la Constitución, como son el derecho a la participación política (artículo 62), el derecho al sufragio activo (artículos 63 y 64), el derecho al sufragio pasivo o derecho al ejercicio de cargos de elección popular (artículo 65) y todos los demás derechos que recoge ese Capítulo y que, aun cuando no estén expresamente contenidos en él, se consideren inherentes a la persona humana y sean de naturaleza política, *sólo pueden ser suspendidos por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley*, sentencia cuyo dispositivo contendrá, necesariamente, la inhabilitación política.

Esa norma se complementa, además, con los artículos 65 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero establece:

No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito.

Ahora bien, sostuvo la mayoría que esa norma no impide que existan otras causales de restricción, por ley, del ejercicio del derecho al ejercicio de cargos de elección popular. Por el contrario, el salvante considera que ese artículo 65 debe analizarse a la luz de la Exposición

de Motivos de la Constitución de 1999, la cual fue especialmente clara cuando dispuso, respecto de los derechos políticos, lo siguiente:

El derecho a desempeñar funciones públicas y ejercer cargos de elección popular se les otorga de manera igualitaria a los electores venezolanos y venezolanas, que sepan leer y escribir, **con las solas restricciones derivadas del propio texto constitucional, o de las condiciones de aptitud exigidas por las leyes, para determinados cargos.**

Como una respuesta a las demandas de los venezolanos ante las graves desviaciones del sistema político y a la corrupción desmedida, se incluye la prohibición de optar a cargos de elección popular a aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos cometidos durante el tiempo en que ejercieron las funciones públicas, así como otros delitos que afecten el patrimonio público (Subrayado añadido).

En consecuencia, se concluye que las limitaciones al derecho fundamental al desempeño de funciones públicas y al ejercicio de cargos de elección popular constituyen, a no dudarlo, una típica materia de reserva constitucional que incluye una explícita proscripción al legislador de que se establezcan restricciones distintas de las que preceptuó la Constitución; por tanto, el legislador no podría disponer de mecanismos alternos al de sentencia judicial firme que implicasen la suspensión de derechos fundamentales de contenido político. La única excepción, que a este principio general admite el constituyente, es la posibilidad de que el legislador determine ciertas condiciones de *aptitud* (edad, conocimientos especializados, antigüedad, p.e.) para optar al ejercicio de determinados cargos públicos.

El incumplimiento con esa proscripción es, precisamente, la inconstitucionalidad que se verifica en el caso de autos, porque el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal dispone, como mecanismo de limitación y hasta eliminación del ejercicio de derechos políticos –concretamente el derecho al ejercicio de cargos de elección popular–, la imposición de las sanciones administrativas de destitución, suspensión y de inhabilitación política a través de un acto administrativo del Contralor General de la República. En consecuencia, la limitación que impone el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal al derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular y al desempeño de funciones públicas, es una limitación que no sólo viola la prohibición expresa que preceptúa el artículo 42 de la Constitución –en el sentido de que no podrá suspenderse el ejercicio de los derechos políticos por causa distinta de sentencia judicial firme– sino que, además, colide con el artículo 65 *eiusdem*, pues, como refleja la Exposición de Motivos de la Constitución, la restricción a ese derecho fundamental es de la estricta reserva constitucional.

En vez del reconocimiento de tal inconstitucionalidad, se declaró que no sólo el Contralor General de la República podría establecer una inhabilitación, sino también, en general, “*un órgano administrativo stricto sensu*” o “*un órgano con autonomía funcional*”, porque la norma “*no excluye la posibilidad*”, pese a que, en otra parte del fallo (pp. 39 y 40), había hecho suya la sencilla explicación del tratadista español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto al principio de legalidad: “*no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico.*”

Así, esta Sala fue más allá en el desconocimiento de las normas fundamentales y de la interpretación que les es propia e invirtió el dogma fundamental del Derecho: a los particulares se les permite todo lo que no les esté prohibido pero el Estado, el Poder, sometido como está al Principio de Legalidad, *sólo puede hacer lo que le está expresamente permitido, no puede ejercer potestades que no le hayan sido conferidas*. Si se sacan la supremacía constitucional y el principio de legalidad del juego democrático, se decreta a muerte el Estado de Derecho; si el poder no tiene límites, el Derecho Público carece de objeto y el Derecho Constitucional sólo tendrá sentido en el marco del estudio del Derecho Comparado.

Por el contrario, es necesaria la acotación de que esa exigencia constitucional, de que la suspensión del ejercicio de los derechos políticos sólo procede mediante sentencia judicial firme, debe entenderse necesariamente como sentencia condenatoria que recaiga en proceso penal, según lo preceptúa la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma de jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de 1999, según esta Sala ya ha reconocido, entre otras, en sentencia N° 340 de 9 de marzo de 2004.

Esa misma Convención expresa, además, cuáles son esas condiciones de *aptitud* que puede regular el legislador en relación con el derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular. Así, se lee del artículo 23 de esa Convención lo siguiente:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a. De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b. De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, **o condena, por juez competente, en proceso penal** (Subrayado añadido).

La regulación que sobre las limitaciones a los derechos políticos asumió el Constituyente de 1999 coincide, además, con la que en esta materia se asume en el Derecho comparado. Así, cuando analizan, en su tratado, la potestad sancionatoria administrativa como expresión del *ius puniendi* del Estado, los autores españoles Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ señalan:

..., no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquéllas excede a la de éstas (es incluso lo normal respecto de las multas). Todos los esfuerzos por dotar las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. (...) **Queda, como último núcleo irreductible, un solo criterio: sólo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas de libertad (...) y las privativas de otros derechos civiles y políticos**” (Cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Séptima edición, Madrid, 2000, Tomo II, pp. 164 y 165).

Se trata, además, de la interpretación que en nuestro ordenamiento jurídico se ha mantenido incluso antes de la vigencia del Texto Fundamental de 1999. Mediante fallo de 11 de agosto de 1998, la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia declaró la inadmisión de la solicitud que se le planteó en el sentido de que “*declare ‘la nulidad del acto del Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se aceptó la postulación del ciudadano HUGO CHAVEZ FRÍAS como candidato para el cargo de Presidente de la República de Venezuela’*”, para lo cual el Pleno sostuvo que “...visto que de acuerdo con el artículo 1° de la Enmienda n.° 1 de la Constitución de la República, en que se fundamenta la solicitud, no se llenan en este caso las exigencias contempladas en dicho Texto, por cuanto es público y notorio que el ciudadano Hugo Chávez Frías no ha sido condenado por sentencia definitivamente firme por ningún Tribunal de la República...” (subrayado añadido).

Lo anterior abunda, entonces, en la inconstitucionalidad parcial del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en lo que se refiere a las sanciones de suspensión y destitución respecto de funcionarios electos mediante el ejercicio del sufragio y, asimismo, en lo que se refiere a la sanción de

inhabilitación política *de cualquier funcionario*, pues si se tratase de un funcionario electo popularmente, la sanción injuriaría el artículo 42 constitucional respecto de su derecho fundamental al ejercicio del cargo para el cual hubiese sido elegido así como el derecho al sufragio de quienes lo eligieron, y si se tratase de la inhabilitación política de funcionarios no elegidos de manera popular, la sanción de inhabilitación política implicaría un agravio a su derecho a la participación política que recogió el artículo 62 de la Constitución y el derecho al eventual desempeño de cargos de elección popular que reconoce el artículo 65 del Texto Fundamental. A la luz de la letra del artículo 42 constitucional, debe señalarse que la norma prohíbe la suspensión del goce y no sólo del ejercicio de los derechos de contenido político; en consecuencia, aunque el sancionado no fuese, al momento de la sanción, candidato a cargos de elección popular, su inhabilitación política resultaría inconstitucional.

En sintonía con las disposiciones constitucionales que se analizaron, el artículo 285.5 de la Carta Magna establece, entre las atribuciones del Ministerio Público: “*Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones.*”

El término jurídico “acción” tiene, sin lugar a dudas, una connotación judicial, en virtud de que es el derecho de acceso a los tribunales para que sea declarado el derecho (*iurisdictio*); es, en las muy sencillas palabras de la Real Academia de la Lengua Española: “*v. Derecho que se tiene a pedir una cosa en juicio.*” (*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, 1992). Así, esta atribución del Ministerio Público, en el marco del sistema, de normas que se comenta, refuerza la conclusión que se explicó respecto a la expresa voluntad del constituyente con relación a las limitaciones a los derechos políticos de los ciudadanos en general y de los funcionarios públicos en particular.

En consecuencia, quien disiente considera que es inconstitucional, tal como se dispuso en los precedentes que antes se citaron, la sanción de destitución de funcionarios electos popularmente que recoge el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, asimismo, se agrega en esta oportunidad, *son inconstitucionales las sanciones administrativas de suspensión respecto de los funcionarios de elección popular y la sanción administrativa de inhabilitación política respecto de cualquier funcionario público*, ambas recogidas también en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, pues se trata de limitaciones al ejercicio de derechos políticos mediante la imposición de sanciones administrativas, lo que contradice abiertamente la letra de los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

3. Por último, el salvante no puede menos que deplorar las consideraciones que, para la desestimación de la aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se realizaron en relación su aplicabilidad y vigencia y, en particular, con respecto a la interpretación que ha de dársele al artículo 23.2 *eiusdem*; y, asimismo, sobre la explicación de una serie de observaciones concernientes a los límites de la aplicación de las normas del Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico interno.

En conexión con tal punto, conviene la realización de las siguientes reflexiones:

En primer lugar, el fallo del cual se difiere partió de la errónea premisa de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José) es una “*declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal.*”

El derecho internacional de los derechos humanos, pese a su corta existencia como cuerpo normativo autónomo, ha sufrido una evolución que, en palabras del juez de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, ha marcado los límites y nuevas fronteras del Derecho Internacional en su relación con los derechos internos de una manera explosiva y expansiva. En el devenir de esa evolución progresiva, se ha desarrollado un conjunto de técnicas normativas de reconocimiento a los derechos humanos, así como de mecanismos procesales para su protección, entre ellos: declaraciones, tratados, resoluciones de las organizaciones internacionales como las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos (*soft law*), resoluciones y decisiones de los organismos especializados cuando conocen de denuncias o solicitudes de los Estados o bien de los individuos (Consejo de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre muchos otros).

En un primer momento del proceso evolutivo que se conoce como la “*internacionalización de los derechos humanos*”, que tiene su punto de inicio en la conclusión del aciago período que se vivió durante la Segunda Guerra Mundial, la comunidad de Estados en su conjunto, “*considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de creencias*” (Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 217 del 10 de diciembre de 1948), optó por el reconocimiento expreso de los derechos que la Carta de las Naciones Unidas (Carta de San Francisco) simplemente había enunciado como un objetivo básico de la cooperación interestatal en el seno de la Organización.

Ese primer paso fue dado a través de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que -como su nombre lo indica- fue, *ab initio*, un instrumento enunciativo de un conjunto de principios carente de fuerza vinculante y normativa, pero que -posteriormente- adquiriría una enorme relevancia en la práctica de las Naciones Unidas, así como en el contexto de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de cada uno de los Estados, de que, en muchos particulares, su contenido ha cristalizado en costumbre jurídica internacional y, en otros, ha traducido en el convencimiento generalizado de que algunos de sus dispositivos constituyen normas imperativas de Derecho Internacional (*ius cogens*).

La evolución histórica de ese proceso no acabó allí; así, posteriormente, prosiguió la convicción de los miembros de la comunidad internacional de que el simple reconocimiento a los derechos no era suficiente para el alcance de la eficaz vigencia de los derechos de la persona y que, por ende, era necesaria la profundización de los compromisos que fueron adquiridos a través de la adopción de tratados o convenciones especializados en materia de derechos humanos que crearan organismos de tutela que pudieran asistir al individuo frente a las arbitrariedades del poder estatal. En un primer momento, esa etapa de avance en la positivización internacional se produjo a nivel regional (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales [1950] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos [1969]) y, luego, se expandió al ámbito universal (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con sus dos protocolos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre muchas otras convenciones especiales).

En nuestro continente, se replicó esa misma dinámica de evolución en la cobertura normativa de los preceptos de tutela de los derechos humanos; así, muy tempranamente, en la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá de 1948, la comunidad de Estados americanos adoptó la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y, dos décadas después, la Organización de Estados Americanos propiciaría la adopción del texto de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, la Convención), la cual —a diferencia de lo que la mayoría sentenciadora apuntó— es un auténtico tratado internacional de reconocimiento y protección de derechos humanos y, como tal, fuente generadora de obligaciones internacionales para los Estados parte en dicho instrumento. A este respecto, es suficiente la remisión a la letra del artículo 1.1 de la Convención, que dispone: “*Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar las libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*” (Resaltado añadido).

Esta cláusula se ha reconocido como la espina dorsal sobre la que descansa el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el fundamento para la determinación y consecuente responsabilidad internacional para aquellos Estados que incumplieren con alguna de las disposiciones de la convención.

En opinión de quien difiere del fallo que precede, la norma en referencia implica que la obligación de los Estados de cumplimiento con el pacto se mantendría inalterada aun en el supuesto de que dicho artículo no estuviere expresado en la Convención, pues éste es inmanente a todo tratado internacional ya que deviene de la suprema máxima *pacta sunt servanda*. De manera que, mal puede argüirse que el instrumento en referencia no obligue a alguna de las partes; en particular, como lo reconoce la mayoría sentenciadora, Venezuela depositó el instrumento de ratificación del tratado el 9 de agosto de 1977; así, desde ese momento, se comprometió a su ejecución de acuerdo con los principios del Derecho Internacional y dicha ejecución ha de hacerse a tenor de un comportamiento de buena fe.

En otro orden de ideas, el veredicto antecedente se fundó sobre la errónea base de que la norma del artículo 23 de la Constitución de 1999 no permisa la aplicación del artículo 23.2 de la Convención, pues su incorporación normativa al plano constitucional no es “*absoluta ni automática*”.

El salvante estima que la inteligencia del artículo 23 es precisamente la contraria. Las normas de los tratados internacionales se aplican *siempre*, pues lo contrario sería hecho generador indubitable de responsabilidad internacional. Ahora bien, el problema que entraña la aplicación del artículo 23 constitucional alude a la jerarquía normativa de los tratados internacionales y no, como ya se expresó, a si estos se aplican o no en el ámbito interno. Dispone el artículo en referencia que los tratados de derechos humanos podrán tener, incluso, una aplicación preeminente a las normas dogmáticas del Texto Magno cuando establezcan un régimen de tutela más favorable que éstas, es decir, se ubican -en ese supuesto- en un plano jerárquico superior a las normas constitucionales.

De igual manera, interesa resaltar que las normas de protección a los derechos humanos forman parte del denominado “bloque de la constitucionalidad” en alusión a las normas dispuestas que, en su conjunto, deben integrarse al Texto Magno.

Así, si una norma de la Constitución fuese contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esa disposición, en sí misma, sería generadora de responsabilidad internacional en atención a lo que dispone el artículo 2 de la Convención: “*...Los Estados partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*” Asimismo, ha de tenerse en cuenta que es un principio de Derecho Internacional general que ningún Estado puede excusarse del cumplimiento con alguna obligación internacional sobre la base de las disposiciones de su derecho interno; así, cuando exista alguna contradicción entre la Constitución y la Convención, el Estado de que se trate debe procurar la reforma del Texto Constitucional para que cumpla con

la obligación que asumió en razón del artículo 2 de la última y ésta ha sido la experiencia de los países democráticos en nuestra región, como aconteció con el caso de la Constitución Política de Chile desde el juzgamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto de la película “*La última Tentación de Cristo*” (Caso *Olmedo Bustos y otros contra Chile*) y de la Opinión Consultiva N° 4 sobre la “*Propuesta de la Modificación a la Constitución Política de Costa Rica*”.

Asimismo, quien disiente rechaza enérgicamente el criterio conforme al cual la Convención reconoce sólo libertades civiles y políticas “*de corte clásico*” en un régimen de “*democracia formal*” y que, en consecuencia, la Constitución establece –en general– un régimen más favorable para el goce de los derechos humanos, por cuanto la garantía del Estado Social de Derecho ha superado la tutela que esa “*interpretación globalizante y hegemónica*” del régimen internacional de los derechos humanos supuestamente propicia.

La mayoría sentenciadora olvida que el reconocimiento de los derechos debe, insoslayablemente, partir de la premisa de que estos son interdependientes y de que la división que de ellos se ha hecho por “generaciones” no es más que el reflejo de realidades históricas que se van sucediendo en el tiempo. La garantía del goce de todos los derechos humanos exige que los operadores jurídicos se aproximen a ellos con el auxilio de un enfoque holístico conforme al cual las distinciones entre categorías de derechos son odiosas para su cabal protección.

Esto fue entendido por René Cassin, uno de los grandes ideólogos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando sostuvo que la supuesta escisión entre dos esferas de derechos no era más que un ejercicio académico, una vez que la Declaración Universal incluyó, junto con los derechos civiles y políticos, a los derechos económicos, sociales y culturales pues, para él, el reconocimiento de los derechos se resumía en la concreción de un “*impulso continuo de lo individual a lo social*” (“*un élan continu de l’individuel vers le social*”).

Para quien rinde este voto salvado todos los derechos humanos confluyen de manera armoniosa, de tal forma que la violación a uno de ellos probablemente acarrea la negación de otros; así, de igual forma, en lo que respecta a su garantía. Piénsese un instante, por ejemplo, qué significaría el derecho a la libertad de expresión sin el derecho a la educación, del derecho a la circulación sin el derecho a la vivienda o del derecho a la participación política sin el derecho al trabajo. Esta óptica del problema de los derechos ha sido asumida por la jurisprudencia más reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso sobre la base de las disposiciones de los artículos de la Convención que reconocen los derechos que el fallo antecedente impropriamente cataloga como de “*corte clásico*”, ello sin siquiera apoyarse en la cláusula del artículo 26 convencional.

Así, por ejemplo, se ha interpretado el artículo 4 *eiusdem* que reconoce el derecho a la vida como dimanante de una obligación de abstención para los estados que consiste en no privar arbitrariamente a nadie de su vida, pero también de una obligación positiva de garantía de las condiciones de vida que hagan propicia la dignidad humana (“derecho a una vida digna”, en palabras de la Corte); bajo la segunda perspectiva, se han tutelado derechos sociales de múltiples grupos marginados o en condiciones de vulnerabilidad que han acudido a las instancias del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y que han encontrado tutela conforme a las disposiciones de este tratado, el cual, erróneamente, según esta Sala, no sería capaz de proteger derechos sociales. (Cfr. Casos *Mayagna Awas Tigni vs Nicaragua*, *Moiwana vs. Suriname*, *Saramaka vs. Suriname*, *Yakye Axa vs. Paraguay*, *Albán Cornejo vs. Ecuador*, *Yani Bosico vs. República Dominicana*, entre tantos otros).

Asimismo, el argumento del fallo antecedente, conforme al cual la Convención no reconoce los derechos sociales, no es acertado por varias razones: i) Si bien Venezuela no es parte

del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el artículo 29.d) de la Convención preceptúa que ésta no podrá interpretarse en el sentido de “*excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*”, de manera que, por cuanto tanto la Declaración -como otros tratados en los que Venezuela es parte (*verbigratia*, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)- contienen normas de protección a los derechos sociales, las mismas podrían integrarse hermenéuticamente a la Convención Americana; ii) Como ya se dijo, los derechos individuales tienen también un cariz social y así lo ha reconocido expresamente la Corte Interamericana en el caso del derecho a la libertad de expresión (Cfr. caso *Ivcher Bromstein vs. Perú*) y de los derechos políticos (Cfr. caso *Yatama vs. Nicaragua*).

En otro sentido, el salvante deplora que la Sala haya considerado que “*deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos*”, como justificación para la no aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando es lo cierto que el artículo 23 de la Constitución de 1999 sólo admite la prevalencia del derecho interno cuando éste contenga normas más favorables al goce o ejercicio de los derechos fundamentales, no así más favorables al interés general o colectivo (Cfr., además, el artículo 29 de dicha Convención).

Por último, sorprende sobremanera a quien rinde esta opinión las consideraciones de la mayoría sentenciadora en relación con la vinculación de las obligaciones internacionales en el ordenamiento jurídico interno, las cuales exacerban -a un grado superlativo-, la más cándida posición dentro de las doctrinas dualistas del Derecho Internacional, contemporáneamente en franco abandono.

Hoy día, es indudable que la Soberanía de los Estados pervive y debe pervivir como principio fundamental del Derecho Internacional; sin embargo, a nadie escapa que la noción contemporánea de dicho principio dista de manera ingente de la concepción sobre la que se fundó el derecho internacional clásico; es decir, un ámbito de poder absoluto e irrestricto sobre las personas que eran “*súbditas*” del Estado que se tratase. El mérito del remozamiento de la concepción del dogma de la Soberanía corre a cuenta, principalmente, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues en nuestro tiempo, afortunadamente, ningún Estado puede creerse con título omnímodo que lo habilite para tratar como quiera a sus “*ciudadanos*”, pues siempre habrá de hacerlo con respeto y acatamiento a los estándares mínimos del Derecho Internacional. Esa concepción humanista dentro de la esfera jurídica internacional constituye uno de los logros más preciados de la historia de la humanidad y sobre la base del mismo los gobiernos y los pueblos deben proseguir las luchas progresivas para el alcance de las metas tendientes a saldar las deudas que aún aquejan la conciencia del hombre contemporáneo. Es lamentable que la mayoría sentenciadora no se haya apercibido de esta incommovible realidad.

Pero aún más lamentable es que se haya echado mano de tan insostenibles y artificiosos argumentos para la elusión de lo ineludible: la claridad meridiana de la norma Americana - que es de rango constitucional, entre nosotros, y es más restrictiva que la nacional respecto a un límite al ejercicio de derechos fundamentales y, por tanto, más favorable a éste-, que determina que el ejercicio de los derechos políticos de los venezolanos y venezolanas (que derivan de la ciudadanía que les corresponde porque detentan esa nacionalidad) sólo puede ser reglamentado por la ley, “*exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal*”, lo cual, cuando se incorpora al sistema de normas aplicable al problema de los lími-

tes constitucionales a dichos derechos políticos (artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), impone la interpretación según la cual la “*sentencia judicial*” a que se refiere el artículo 42 es una que recaiga en un proceso penal; del mismo modo que, como es obvio, la “*condena por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público*” a que se refiere el artículo 65 sólo puede hacerse a través de un fallo que se pronuncie en un proceso penal.

Y como la que se describió es la única forma constitucional de inhabilitación política, cualquiera otra, administrativa o judicial no penal, es inconstitucional, como lo es la que establece el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y así debió ser fallado por esta Sala Constitucional.

En otro orden de ideas, la mayoría sentenciadora reconoció que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece un conjunto de parámetros aplicables al asunto *sub examine*. Así, según el criterio que prevaleció, la norma cuya inconstitucionalidad fue delatada se compadece con el artículo 23.2 de la Convención, por cuanto el artículo 30 *eiusdem* permite que se dicten leyes que restrinjan alguno de los derechos que recoge el instrumento internacional en cuestión por razones de salvaguardia del interés general.

Quien consigna esta opinión divergente estima que, en efecto, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es perfectamente posible que los Estados impongan restricciones legítimas a los derechos en ella reconocidos, tal como lo dispone el artículo 30 en mención; sin embargo, este supuesto no se cumple en el caso de autos, pues la norma del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece una restricción que excede los límites permisibles por la Convención Americana, en tanto que es frontalmente contraria a la disposición del artículo 23.2 *eiusdem*.

La Sala parte de la errónea premisa conforme a la cual existiría una especie de contradicción irresoluble entre los derechos individuales y el interés general y, de esa forma, pareciera concluirse que las restricciones a éstos son, en todos los casos, válidas, siempre que se esgriman, a su favor, razones de alguna hipotética vinculación con dicho interés general. Este equívoco argumental desconoce que las mismas razones de preeminencia del bien común, en muchos casos, podrían, muy por el contrario, exigir una lógica totalmente opuesta; es decir, que se sobreponga un determinado derecho individual sobre otros derechos individuales o incluso sociales, como podría ser el caso del derecho a manifestar públicamente y el derecho a la libertad de circulación, por ejemplo. En buen derecho, las limitaciones –en general– han de imponerse sólo por razones de estricta necesidad y conforme al principio de proporcionalidad; así, el interés general puede justificar cierta aplicación restrictiva a una exigencia subjetiva en concreto, pero, al mismo tiempo, puede, eventualmente, demandar la preferencia por otra exigencia del mismo carácter, siempre con apego a los términos de la regla convencional que define la limitación o que habilita al Estado para la restricción.

Por supuesto que la Convención reconoce a los órganos legislativos nacionales la exclusiva función del establecimiento de los límites al ejercicio de los Derechos Humanos, pues en estas instituciones se expresa la pluralidad y libertad política de un país, ya que, tal como lo ha señalado la Corte Interamericana, a través de los procedimientos legislativos de este tipo se permite a las minorías:

... expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que **una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria a los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder** (Opinión Consultiva OC6-86,

“*La Expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. Resaltado añadido)

Quien disiente comparte la apreciación del órgano jurisdiccional de control interamericano, en cuanto a que la configuración normativa del régimen de los Derechos Humanos sólo compete al órgano legislativo nacional, conforme a los procedimientos constitucionales, pero que, al mismo tiempo, dicho desarrollo legislativo resultante debe corresponderse con los estándares y parámetros mínimos que fija la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como lo preceptúa el artículo 2 *eiusdem*. Así, en el supuesto de que se dicte una Ley (aún en invocación del interés general) contraria a las obligaciones que asumió el Estado a través de la Convención Americana, corresponde, en primera instancia, a los órganos jurisdiccionales nacionales (en concreto, a esta Sala Constitucional, en ejercicio del control constitucional concentrado, así como a todos los jueces de la República a través del control difuso) el ejercicio del control posterior para la supresión de dicho obstáculo para el goce de los derechos en una sociedad democrática.

Asimismo, las leyes que restrinjan derechos deben responder objetivamente a la tutela del interés general y ello significa que tales restricciones deben expedirse en función del bien común, elemento integrante del orden público en un Estado Democrático. El contenido de ambos conceptos, orden público y bien común, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los Derechos Humanos, deben ser objeto de una interpretación que se ciña a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana (Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC5-85. “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”).

Por ello, las restricciones a que se contrae el artículo 30 deben respetar el objeto y las obligaciones concretas que se derivan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así, aparece como totalmente infortunado el planteamiento según el cual el artículo 23.2 *eiusdem* no se aplica al caso *sub examine* pues supuestamente se produjo una legítima restricción a su contenido, por cuanto el contenido del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal establece una restricción a aquella disposición Americana que no se compadece con los estándares mínimos que se desprenden de ella, pues la habilitación que la misma hace sólo permite al legislador que opte por cualquier restricción siempre que se la haga en atención a “*razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal*”.

En consecuencia, la demanda de autos ha debido ser declarada con lugar, con inclusión, por vía de consecuencia, de la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares cuya declaratoria de nulidad también se pretendía, por ausencia de base legal.

Queda así expresado el criterio del magistrado que rinde este voto salvado.

TSJ-SC (1266)

6-8-2008

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

La Sala Constitucional confirma la constitucionalidad de del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Los accionantes en nulidad impugnan el contenido del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001, alegando -*grosso modo*- la lesión del derecho al debido proceso, contenido en los distintos cardinales del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y el derecho al ejercicio de los derechos políticos contenido en el artículo 42 *eiusdem*.

En ambos casos, el argumento de los accionantes desarrolla distintos tópicos en torno a la forma en que la norma impugnada transgrede la Carta Magna. En el primero se adentran a considerar la trasgresión de los principios que rigen el denominado Derecho Administrativo Sancionador, tales como el debido procedimiento, la proporcionalidad, el principio de tipicidad, la presunción de inocencia y el *non bis in idem*; mientras que en el segundo, insisten en que la inhabilitación, como una manifestación de la limitación del ejercicio de los derechos políticos, específicamente el sufragio pasivo, sólo puede ser declarada por sentencia condenatoria penal.

La norma impugnada es del siguiente tenor:

Artículo 105. La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes.

En aquellos casos en que sea declarada la responsabilidad administrativa de la máxima autoridad, la sanción será ejecutada por el órgano encargado de su designación, remoción o destitución.

Las máximas autoridades de los organismos y entidades previstas en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, antes de proceder a la designación de cualquier funcionario público, están obligados a consultar el registro de inhabilitados que a tal efecto creará y llevará la Contraloría General de la República. Toda designación realizada al margen de esta norma será nula.

1.- Antecedentes Legislativos

El artículo 105, antes transcrito contempla que la declaratoria de responsabilidad administrativa acarrea la imposición de multa por el órgano de control fiscal; la suspensión del ejercicio del cargo o la destitución del funcionario declarado responsable; así como la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas impuesta por el Contralor General de la República, sin necesidad de cumplir otro procedimiento para ello.

Un estudio histórico de nuestra legislación patria evidencia que la norma impugnada se repite con un contenido originario similar, es decir, la posibilidad de que la declaratoria de responsabilidad administrativa acarreea múltiples sanciones administrativas, como la multa, la destitución y/o suspensión, y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. Así, la primera Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 1.712 Extraordinario del 6 de enero de ese año, estipulaba en su artículo 84 lo siguiente:

Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el térmi-

no de treinta días, aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría.

La declaratoria de responsabilidad administrativa en virtud de la cual se aplique una sanción de destitución, podrá conducir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres años, que fijará el funcionario competente de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados.

La Ley citada fue objeto de reforma en 1984, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 3.482 Extraordinario del 14 de diciembre de ese mismo año. Entre los artículos modificados se encontraba el arriba transcrito, el cual, en esa oportunidad, quedó del siguiente tenor:

Artículo 84. Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta (30) días, aplique razonadamente la sanción disciplinaria que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría.

La declaratoria de responsabilidad administrativa en virtud de la cual se aplique una sanción de destitución, podrá producir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres (3) años, que fijará el funcionario competente de acuerdo a la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados. Esta sanción de inhabilitación podrá ser aplicada, en el supuesto indicado, aun cuando el declarado responsable se haya separado de la función pública, en cuyo caso, el funcionario competente para imponerla será el máximo jerarca del organismo en el cual ocurrieron los hechos.

Sin embargo, el antecedente normativo inmediato de la disposición que hoy se impugna se encuentra en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.017 Extraordinario del 13 de diciembre de ese año; lo cual resulta significativo porque permite evidenciar la evolución conceptual de la norma que se mantiene en su sentido originario, conformando una tradición legislativa. Así, en los artículos 121 y 122, de la citada ley de 1995 se lee:

Artículo 121. Las averiguaciones administrativas terminarán con una decisión que podrá ser de absolución, de sobreseimiento o de responsabilidad administrativa, según el caso. Cuando la decisión fuere de responsabilidad administrativa, el inculcado será sancionado con multa de doce (12) a cien (100) salarios mínimos urbanos.

Artículo 122. Una vez firme la decisión de responsabilidad en vía administrativa y sin perjuicio del recurso jurisdiccional que pueda interponerse contra esa decisión, la Contraloría remitirá el auto correspondiente y demás documentos al organismo donde ocurrieron los hechos irregulares o en el cual esté prestando servicios el funcionario, para que la máxima autoridad jerárquica, en el término de treinta (30) días continuos, le imponga, sin otro procedimiento, la sanción de destitución.

El Contralor General de la República o la máxima autoridad del respectivo organismo, de acuerdo a la gravedad de la falta y al monto de los perjuicios causados, podrá imponer, además, la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por un período no mayor de tres (3) años.

Si el declarado responsable, se ha separado de la función pública, el Contralor podrá aplicar la sanción de inhabilitación, hasta por un período igual al señalado en este artículo.

La decisión que imponga la inhabilitación también será remitida a la Oficina Central de Personal de la Presidencia de la República para que surta los efectos correspondientes y sea incorporada al expediente respectivo en el registro que dicha Oficina llevará de los funcionarios y empleados públicos a que se contrae el artículo 84 de esta Ley.

En las normas reseñadas se patentiza que el legislador de 1975, de 1984 y de 1995 estableció que competía únicamente al órgano contralor declarar la responsabilidad administrativa mediante un procedimiento de control fiscal que era un proceso «*mero-declarativo*». Las consecuencias sancionatorias de esa declaratoria eran competencia de la máxima autoridad

del funcionario incurso en responsabilidad cuando dicho funcionario aún estaba en servicio, porque si el funcionario declarado responsable se encontraba separado de la función pública, correspondía al Contralor General de la República aplicar la sanción de inhabilitación.

Tal distinción se explica por el criterio doctrinario imperante para la época, según el cual la potestad sancionatoria era una manifestación del principio de jerarquía administrativa; de modo que, correspondía sancionar a la autoridad que ejercía la potestad jerárquica.

Para entonces, el Contralor General de la República aplicaba directamente las multas coercitivas, según el artículo 93 de la Ley de 1975 o, artículo 94 de la Ley de 1984; manteniendo una competencia residual para imponer la sanción de inhabilitación cuando el funcionario no estuviera en la función pública; fuera de tales supuestos, una vez declarada la responsabilidad administrativa el jerarca del funcionario declarado responsable contraía la *obligación* de destituir al funcionario; y además, imponerle la sanción de inhabilitación que razonadamente estimase según el mérito y el grado de la responsabilidad administrativa declarada previamente por el Contralor General de la República.

El hecho es que por tratarse de la concreción de la responsabilidad administrativa declarada por el Contralor General de la República previo procedimiento, el acto de la máxima autoridad jerárquica del funcionario responsable no exigía otro procedimiento adicional.

Así era entendido pacíficamente según se desprende de lo afirmado por SILVA CIMMA (*Control Público. Filosofía. Principios*, 1976, pp. 351-352), para entonces asesor de la Contraloría General de la República:

El inciso segundo del artículo en estudio -se refiere al artículo 84 de la Ley de 1975- prescribe (*sic*) que la destitución aplicada en virtud de una declaratoria de responsabilidad decidida por la Contraloría “podrá producir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres años, que fijará el funcionario competente de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados”.

Por su parte, el N° 5 del artículo 61 de la Ley de Carrera Administrativa estatuye que es causal de destitución la condena penal que implique privación de libertad, o el “auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República”. Esto ha hecho pensar a más de alguien que la referida Ley, en consonancia con la actual disposición orgánica recién comentada, habrían dado en este caso a la Contraloría una potestad disciplinaria directa y de propia decisión. Ello no es así. El auto de culpabilidad que menciona la Ley de Carrera Administrativa no es otra cosa que el auto de responsabilidad que hemos analizado, y cuyos alcances quedan, a nuestro juicio, suficientemente bien aclarados a la luz del análisis del artículo 84 de la Ley. La Contraloría declara privativamente la responsabilidad y el jerarca competente aplica la sanción. Si resuelve “destituir”, lo estará haciendo en virtud de un auto de responsabilidad o de culpabilidad emanado de la Contraloría, y esa será la causal de destitución (artículo 61 N° 5 de la Ley de Carrera Administrativa); y si decide además disponer una inhabilitación para el ejercicio de la función pública, también podrá hacerlo en uso del artículo 84, inciso 2° de la Ley de la Contraloría, pero en ambos casos, quien resuelve y aplica la medida disciplinaria será el jerarca competente de la administración activa y no la Contraloría.

De manera que, producto de la evolución política-administrativa, fue la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, la que atribuye al Contralor General de la República por primera vez, la potestad de imponer directamente sanciones pecuniarias con ocasión de la declaratoria de responsabilidad administrativa, manteniendo también una competencia residual para la aplicación de la sanción de inhabilitación cuando el funcionario declarado responsable no estuviera en desempeño de la función pública.

Es este contexto evolutivo del régimen sancionatorio del control fiscal el que signa la redacción del artículo 105 de la hoy vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en el que aún se notan resquicios de lo

que fue esta distinción de potestades que antaño signó el régimen de control fiscal en Venezuela; sólo que esta vez, esa distinción se incardina en el establecimiento del Sistema Nacional de Control Fiscal. De modo pues que la norma impugnada forma parte de la tradición republicana del país.

2.- La nueva ubicación constitucional de la Contraloría General de la República.-

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Contraloría General de la República deja de ser un órgano público de la Administración con autonomía funcional como lo eran también el Consejo de la Judicatura y el Consejo Supremo Electoral. La Constitución Nacional de 1961 establecía en su artículo 236, que “*La Contraloría General de la República es órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública y gozará de autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones*”. Otra es la ubicación que en la estructura del Estado le asigna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

En efecto, el artículo 273 de la Carta Magna, Título V, Capítulo IV, Sección I, prevé la existencia del denominado Poder Ciudadano, el cual es ejercido por el Consejo Moral Republicano cuyos órganos integrantes son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República. Esta conformación constitucional evoca el concepto del Poder Moral propuesto en 1819 en el Congreso de Angostura, que aprobara para la Gran Colombia, la Constitución promovida por el Libertador.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 274 constitucional, la existencia de esta nueva rama del Poder Público tiene entre otras atribuciones la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, y velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público.

En el marco normativo constitucional descrito *supra* se inscribe la labor de la Contraloría General de la República; y por ello es que resulta necesario destacar el nuevo rol que la Constitución le otorga al ente contralor; bien puede afirmarse que en la actualidad el organismo desempeña un doble rol, a saber: Máximo Órgano Contralor de la República e integrante del Poder Ciudadano. A esto habría que agregar el mandato del Constituyente de 1999 mediante el cual dio rango constitucional a la regulación de un único Sistema Nacional de Control Fiscal, en cuyo vértice se encuentra la Contraloría General de la República.

Es de reconocer que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995 fue producto de un esfuerzo institucional del máximo órgano contralor del país en pro de alcanzar una visión sistémica del control fiscal. Así, en 1997 cumplida la *vacatio legis* contenida en el artículo 137 de esa Ley, se logró la transferencia del llamado control previo a la Administración Pública activa, lo que constituyó un importante paso hacia la consolidación del futuro sistema nacional de control fiscal (el control *posteriori* y el control externo), que sin lugar a dudas significó un cambio de paradigma en la concepción del control fiscal.

Después se suceden en el país los acontecimientos político-institucionales de 1999, ampliamente conocidos, resultado de la Asamblea Nacional Constituyente y la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; acontecimientos que en el ámbito del control fiscal tuvieron como colofón la promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en el año 2001.

Entre las novedades que incorpora la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal por mandato constitucional está la

creación del Sistema Nacional de Control Fiscal. En el artículo 4 de la mencionada Ley se dice que el Sistema Nacional de Control Fiscal es el conjunto de órganos, estructuras, recursos y procesos que integrados bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, interactúan coordinadamente a fin de lograr la **unidad** de dirección de los sistemas y procedimientos de control, que coadyuven al logro de los objetivos generales de los distintos entes y organismos sujetos a la Ley; así como también al buen funcionamiento de la Administración Pública.

De ese modo, el contexto institucional y normativo referente a la Contraloría General de la República previsto en la Constitución de 1999 y en la Ley Orgánica que lo rige, incide sobre la lectura que debe dársele al contenido y alcance del artículo 105 impugnado. En ese sentido es necesario tener en cuenta que:

- El Constituyente de 1999 atribuyó a la Contraloría General de la República un doble rol: Máximo Órgano Contralor de la República e integrante del Poder Ciudadano.
- Se adoptó la visión sistémica de la actividad contralora y prueba de ello es la elevación a nivel constitucional de la exigencia del establecimiento de un Sistema Nacional de Control Fiscal (artículo 290 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).
- Se promulgó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en el año 2001, dando así respuesta a los imperativos constitucionales de 1999.

En definitiva, es en el contexto de la evolución constitucional, institucional y normativa antes descrita en el que debe insertarse la existencia y funcionamiento de la Contraloría General de la República.

En América Latina es posible evidenciar en algunas Constituciones Políticas, las modalidades de inhabilitación para el ejercicio de la Función Pública; así los casos de Argentina, Chile, Colombia, México y Perú sirven para ilustrar el examen comparado. En ellas puede apreciarse que la actividad de control fiscal y la posible suspensión e inhabilitación de funcionarios públicos está confiada a órganos diferenciados, porque el órgano contralor es sólo de carácter auxiliar del Poder Legislativo; y además, en todos esos países es posible evidenciar la naturaleza política, administrativa o penal de dichos controles.

En el caso venezolano se confieren tales facultades de manera concurrente y simultánea a la Contraloría General de la República, que es consecuencia de la evolución normativa, institucional y constitucional que ha experimentado la actividad contralora en el País.

En definitiva, se puede concluir que en Venezuela si bien la norma atributiva de sanciones a la declaratoria de responsabilidad administrativa del funcionario público no constituye la novedad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; sí lo es en cambio, la ubicación que adquiere en la Constitución de 1999 la Contraloría General de la República, superando con creces la noción de órgano con autonomía funcional, adscrito al Congreso de la República, que regía en el marco de la Constitución de 1961.

3.- Argumentos de los accionantes para impugnar el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de control Fiscal.-

3.1 De la lesión al debido proceso.-

Los accionantes alegan que la norma impugnada infringe el requerimiento constitucional del debido proceso (en este caso procedimiento), pues le permite al Contralor General de la República, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar la suspensión o la destitución, y además la inhabilitación del declarado responsable administrativamente.

La pretendida trasgresión del aludido requerimiento constitucional lo hallan los accionantes en el hecho de que, a su entender, la declaratoria de responsabilidad administrativa es sancionada con la multa prevista en el artículo 94, sanción para la cual se sigue el denominado “*procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades*” contenido en los artículos 96 y siguientes de la aludida Ley. Esta tesis pareciera afianzarla el hecho de que la sanción de multa es impuesta por el órgano de control fiscal, el cual, según el artículo 26 *eiusdem*, en muchas de las ocasiones suele ser un órgano distinto al Contralor General de la República.

Siguiendo este hilo conductual, a entender de los accionantes, si el Contralor General de la República aspira imponer una sanción (suspensión, destitución o inhabilitación) debe iniciar un nuevo procedimiento.

La Sala observa, tal como se describió en el apartado correspondiente, que la coetilla: «*sin que medie ningún otro procedimiento*», igual que en las leyes precedentes, alude a la atribución de declarar la responsabilidad administrativa del funcionario a través de un procedimiento de naturaleza compleja, pues la atribución de declarar la responsabilidad administrativa estaba escindida de la potestad de imponer las sanciones que se derivan de esa declaratoria. Para entonces, al igual que ahora, la concreción de la responsabilidad administrativa no exigía un nuevo procedimiento, pues se trataba precisamente de materializar la sanción derivada de la responsabilidad administrativa declarada por el Contralor General de la República, conforme al procedimiento previo estipulado en la ley.

Ahora bien, en el impugnado artículo 105 de la Ley impugnada se repite la misma situación, sólo que esa diferenciación de potestades se hace dentro del Sistema Nacional de Control Fiscal. El órgano de control fiscal sustancia y decide el procedimiento administrativo para declarar la responsabilidad administrativa del funcionario, y con base en ello impone la multa a que se contrae el artículo 94 *eiusdem*, única sanción que se le permite imponer al órgano de control fiscal decidor; y el Contralor General de la República, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 105 *eiusdem*, impone la sanción de suspensión, destitución o inhabilitación. De esta manera, se trata de la manifestación en dos actos administrativos de la misma potestad sancionatoria, lo cual configura lo que la doctrina denomina «*procedimiento complejo*». Así entonces, tal como se ha establecido en sentencia de la Sala N° 1117/2006, el procedimiento complejo configura la manifestación de la potestad sancionatoria en dos fases vinculadas entre sí, en la cual la declaratoria de responsabilidad administrativa es presupuesto necesario de la imposición de la sanción de suspensión, destitución o inhabilitación; todo tramitado en un procedimiento único aunque como se dijo de naturaleza compleja porque cada una de esas fases se cumplen de forma independiente y eficaz por sí mismos ante sendos órganos que, en su conjunto, forman parte del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Ahora bien, que ese procedimiento complejo pueda atentar contra el principio *non bis in idem* es un asunto distinto que se analizará de seguidas; pero en definitiva, la Sala considera que la norma impugnada no transgrede el derecho constitucional al debido procedimiento, el cual necesariamente debe cumplirse para establecer la responsabilidad administrativa. Las sanciones que corresponden a la declaratoria de responsabilidad administrativa no ameritan un nuevo procedimiento porque estas son consecuencias del acto que declara la responsabilidad administrativa.

Ciertamente, queda por resolver lo sostenido por uno de los accionantes en torno al derecho de los funcionarios de cuestionar la valoración realizada por el Contralor General de la República en tales actos, respecto a «*la entidad del ilícito cometido*» (para la suspensión o destitución) o a la «*gravedad de la irregularidad cometida*» (para la inhabilitación); lo cual, a entender del accionante, sólo pueden hacerlo si media un procedimiento administrativo; pero ese es un asunto que será tratado cuando se analice la pretendida trasgresión del principio de

tipicidad. Respecto del alegato de la lesión al principio del debido proceso la Sala declara que las sanciones impuestas por el Contralor General de la República son consecuencia, al igual que la multa, de la declaratoria de la responsabilidad administrativa por lo cual no se amerita un nuevo procedimiento. El procedimiento se estima consumado para establecer la responsabilidad administrativa. Así se declara.

3.2. De la trasgresión al principio *non bis in idem*

Alegan los accionantes que declarada la responsabilidad administrativa por el órgano de control fiscal, éste impone la multa a que se contrae el artículo 94 de la Ley. No obstante, el expediente pasa al Contralor General de la República para la imposición de “*nuevas sanciones*” como la de suspensión, destitución o inhabilitación del cargo público; lo cual, a criterio de los accionantes, transgrede la prohibición constitucional de ser sancionado dos veces por el mismo delito o hechos, contemplado en el artículo 49.7 constitucional, cuyo texto es del siguiente tenor:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

(...)

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

El principio de *non bis in idem*, que comporta la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo hecho es de arraigo penal. La traspolación de sus dos ámbitos (el sustancial y el procesal) al derecho administrativo sancionador ha ocasionado no pocas disfuncionalidades de las que apenas la doctrina y la jurisprudencia comienzan a dar cuenta; pues como se ha sostenido, los principios que rigen el *ius puniendi* del Estado en el Derecho Administrativo Sancionador ha sufrido adaptaciones que han modificado los escenarios que se perfilaron totalmente esclarecidos en el Derecho Penal, a más de doscientos años de advenimiento del principio de la legalidad penal con ocasión de la Revolución Francesa.

Para que se verifique el *non bis in idem* debe existir identidad de sujetos, de hechos y de fundamento jurídico. En época temprana, su ámbito de aplicación en el derecho administrativo sancionador fue en contraposición al derecho penal; sin embargo, en consonancia con lo que ha sido nuestra tradición republicana, la jurisprudencia de este Máximo Tribunal distinguió entre los bienes jurídicos afectados por una conducta antijurídica para afirmar que la responsabilidad civil, penal y administrativa parten de intereses jurídicos distintos, de suerte que el establecimiento de esas responsabilidades con base en los mismos hechos no implicaba la trasgresión del aludido principio. Sin embargo, le ha correspondido a la Sala perfeccionar el aludido precedente en el fallo N° 1636/2002, en el cual se indicó, lo siguiente:

Unos mismos hechos que se imputan a una persona, como ya la Sala lo observó, pueden en principio originar sanciones disciplinarias y penales, pero para cumplir con el principio *non bis in idem*, debe evitarse una doble y coetánea persecución, debiendo darse preferencia a la persecución penal, ya que la sanción, con las penas accesorias, puede involucrar las penas disciplinarias, o resultar una cuestión prejudicial con relación a ellas, tal como lo previene la letra h) del artículo 239 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas. Además que la administración no podría desconocer los hechos probados ante los órganos de la jurisdicción penal.

Por ello, si los hechos pueden ser calificados penalmente, el proceso disciplinario debe quedar en suspenso o perder sus efectos, de estar ya decidido, a fin de evitar que se impida a la función jurisdiccional realizar su fin natural, y tal desnaturalización -que tiene que ser evitada- que pueda provenir de razones dolosas, culposas o hasta de azar, debe ceder ante la posibilidad cierta de una persecución penal.

En el derecho común se ha evitado tal duplicidad mediante la institución de la prejudicialidad, donde impera la sentencia penal condenatoria, debido a sus efectos “*adversus omnes*”, sobre la de los tribunales civiles, laborales, etc.

Este principio también existe en materia disciplinaria, y no puede desnaturalizarse, aplicando primero el procedimiento sancionatorio y luego el penal. De allí que el artículo 288 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, ordene a los Consejos de Investigación, abstenerse de todo lo que puede significar decisión penal, aun en los casos que exijan medidas para restablecer la disciplina.

Ello se agrava si el procedimiento administrativo deroga un privilegio constitucional utilizable en el proceso penal posterior (cursivas y resaltado del texto citado).

El criterio transcrito luego fue ratificado en el fallo N° 384/2003, consolidándose así el criterio de la Sala de que, ciertamente, es posible que se establezca la responsabilidad penal y administrativa con base en los mismos hechos; pero es menester evitar una coetánea persecución. Si los hechos cuestionados constituyen a la vez ilícitos administrativos y penales, se hace deferencia a favor del proceso judicial penal cuyo resultado condicionará la suerte del procedimiento administrativo, pues ello, en contraposición a la circunstancia de que existiendo infracciones las mismas sean sólo administrativas y no penales, lo que no obsta para la aplicación de múltiples sanciones administrativas, ello en atención al grado de responsabilidad administrativa y a la entidad de la infracción cometida. En ese sentido, se ha indicado que la potestad sancionatoria es una potestad administrativa que si bien deriva en esencia del *ius puniendi* del Estado, la aplicación de los principios que informan el Derecho Penal está sometido a matices en el derecho administrativo sancionador. Así entonces, la aplicación del principio *non bis in idem* en la esfera estrictamente administrativa opera de distinta manera, al no contraponerla de cara al derecho penal. El contenido básico de este principio transita instituciones jurídicas sensibles y dispuestas al cometido estatal, lo que ha llevado a los ordenamientos jurídicos a admitir excepciones a esta prohibición.

En efecto, esta Sala ha sostenido desde el fallo N° 1260/2002 que «...*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*».

Indudablemente, que lo expuesto no implica el desconocimiento del núcleo fundamental de este principio, que determina que dentro de la esfera estrictamente administrativa no es posible la imposición de dos o más sanciones de la misma naturaleza y del mismo o de distinto orden jurídico; ni dos o más procedimientos administrativos; pero ello no impide la multiplicidad de sanciones de distinta naturaleza, como las que contempla el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En efecto, sanciones contempladas por regímenes jurídicos distintos, en dos o más leyes, no pueden confluír respecto a los mismos hechos. Igualmente está prohibida la imposición de la misma sanción más de una vez, por ejemplo: dos suspensiones, dos destituciones, pero es una opción válida la acumulación de sanciones pecuniarias e interdictivas, pues en su conjunto constituyen la sanción como unidad.

En ese sentido, la sanción, como manifestación externa del *ius puniendi* de la Administración por el acaecimiento de una infracción administrativa, es de diversa naturaleza. Fundamentalmente pueden ser las sanciones pecuniarias como la multa, o interdictivas como la suspensión, la destitución o la inhabilitación. Las pecuniarias recaen sobre el patrimonio del infractor, mientras que las interdictivas le restringen o impiden el ejercicio de ciertas actividades. Ahora bien, la técnica de establecimiento de sanciones administrativas indudablemen-

te está restringida por el principio de *non bis in idem*, pero no se encuentra completamente anulada. De ordinario, la imposición de sanciones pivota entre ambas, el legislador escoge unas u otras como materialización del principio de correlatividad numérica de la sanción; sin embargo, el principio de correlatividad numérica de la sanción no es un principio absoluto, el legislador excepcionalmente puede prescribir varias sanciones interdictivas o también establecer sanciones pecuniarias con interdictivas para sancionar las mismas infracciones administrativas. Este escenario es el resultado de la ponderación realizada por el legislador respecto a cuál es el tipo de sanción que produce la aflicción necesaria para lograr el efecto represivo o disuasivo de la sanción. En este caso, el legislador concluye que la aflicción no se logra con la sanción única, ante lo cual añade una o varias sanciones, con el requerimiento para cumplir con el principio de *non bis in idem* de que sean de distinta naturaleza.

El bien jurídico tutelado por el legislador tras una opción de esa naturaleza se inscribe dentro de los valores de la ética pública, la moral administrativa y la buena gestión del patrimonio público. En el modelo de Estado social de Derecho y de Justicia adoptado constitucionalmente, es necesario que el legislador se proponga la eficacia del sistema nacional de control fiscal mediante el establecimiento de sanciones que garanticen coercitivamente la funcionalidad del control fiscal.

Así, en la norma cuya constitucionalidad se impugna se contemplan diversas sanciones imponibles como producto del procedimiento administrativo sustanciado para el establecimiento de una infracción legal en el ejercicio de la función pública. Se trata, por tanto, de un supuesto excepcional que debe cumplir con el test de la proporcionalidad, y ser ponderada la gravedad de la infracción, requerimiento que encuentra la Sala cumplido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; pues la imposición conjunta de multa y sanciones interdictivas es el resultado de un juicio valorativo que pondera la gravedad de la falta por parte del órgano sancionador, sin perjuicio del control jurisdiccional.

De ese modo, tratándose de múltiples sanciones de naturaleza distinta, pecuniaria e interdictiva; de conformidad con el razonamiento expuesto, la Sala considera cumplida el requerimiento constitucional para no estimar como lesionado el principio de *non bis in idem*, y por tanto, no trasgredida la norma contenida en el artículo 49.7 constitucional. Así se declara.

3.3. De la trasgresión del principio de tipicidad

Alegan también los accionantes que la norma impugnada transgrede el principio de tipicidad.

El principio de tipicidad exige una *lex certa* que ofrezca seguridad jurídica a los ciudadanos acerca de las consecuencias gravosas de la infracción administrativa. No obstante, con ocasión de la vigencia matizada del *ius puniendi* del Estado en el derecho administrativo sancionador, se ha aceptado estándares deontológicos de conducta que canalizan la verificación de la infracción administrativa a través de la descripción normativa de actos, hechos u omisiones generados de responsabilidad administrativa; de ninguna manera podrían asimilarse a lo que en el derecho penal se denominan "*leyes penales en blanco*".

En efecto, en el régimen disciplinario, sub especie del sancionatorio, es necesario en buena medida la estimación de ilícitos que sancionan conductas que sólo pueden ser valoradas como antijurídicas aplicando criterios de *ética pública*, de *moral administrativa*, de *buena gestión* y de legalidad en el uso del patrimonio público (artículo 274 de la Constitución) y no únicamente jurídicos. Esta flexión del principio de tipicidad obedece a que en el derecho administrativo sancionador dentro del régimen de la función pública se mimetiza con la necesidad del funcionamiento regular de la Administración, lo que exige de parámetros valorativos que recaen sobre hechos que no sólo son altamente casuísticos, imposible de abarcar con

una disposición específica para cada supuesto; sino que, además forman parte de un esquema de funcionamiento administrativo adecuado a la consecución del interés público en el que se incardina valores de todo tipo. Este criterio ha sido sostenido por la doctrina nacional y extranjera. Para ENTRENA CUESTA (*Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I/2, 1998, p. 331) por ejemplo:

Constituye falta administrativa cualquier incumplimiento por parte de los funcionarios de los deberes que les afectan. De aquí la dificultad de señalar en concreto cuáles sean las faltas sancionables; dificultad que corre paralela con la de enumerar los deberes funcionariales (...). Por ello, constituye un lugar común en la doctrina la afirmación de que se aplica con menor rigor en esta materia el principio *nullum crime sine lege*.

El hecho es que, en el ámbito administrativo la implementación de lo que la doctrina llama “conceptos jurídicos indeterminados” no está proscrita; antes más, son empleados para la verificación de la gradación de la sanción, pero no de la infracción en sí misma. Se trata entonces de un criterio que ofrece al órgano sancionador un margen de apreciación que no riñe con el principio de tipicidad, pues en él debe llenarse, a través de un examen pormenorizado y concreto de los hechos y de una calificación desde los valores comprometidos en el concepto, las máximas exigidas para justificar el por qué de la sanción impuesta.

Lo importante para que no se incurra en el quebrantamiento del principio de tipicidad es que el ilícito o la infracción se encuentren perfectamente definidos, así como también la sanción. Así lo ha sostenido la Sala en el fallo N° 1798/2005, en el cual indicó, lo siguiente:

Ahora bien, en el Derecho Administrativo Sancionatorio, ciertamente, el principio de tipicidad no tiene la misma rigidez que en el ámbito penal, cuando se permite que el propio legislador, en una norma en la que la conducta prohibida no se recoge íntegramente, delegue a otras normas la regulación de algunos elementos que completen la descripción del ilícito administrativo; no obstante, su aplicación con ciertas matizaciones, debe siempre respetar el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, uno de cuyos atributos es precisamente, conforme al artículo 49, cardinal 6 de la Constitución de 1999, la garantía de tipificación legal de las infracciones y sanciones.

La matización que se acepta respecto a la aplicación de tal principio, permite, solamente, que las descripciones genéricas de las conductas sancionables a las que acude el legislador para dejar a la Administración la determinación de ciertos aspectos de las mismas, exige, evidentemente, que se establezca en la ley cuál es esa conducta, es decir, que se tipifique, delimitando claramente el ámbito normativo conferido a la Administración, con el propósito de que las normas que esta dicte mantengan su regulación dentro de los parámetros o límites impuestos, vale decir, el reenvío será admisible siempre que sea expreso, que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma, que la norma señale la sanción y contenga el núcleo esencial de la prohibición y que, además, proporcione la necesaria certeza para precisar suficientemente la conducta prohibida.

En el caso del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal se estipula que la declaratoria de responsabilidad administrativa será sancionada con la multa prevista en el artículo 94 de la Ley, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados siguiendo lo dispuesto en el artículo 66 y siguientes del Reglamento de la Ley (*Gaceta Oficial* N° 37.169 del 29 de marzo de 2001); y que el Contralor impondrá la sanción de suspensión sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable en atención a la *entidad del ilícito cometido*; y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años atendiendo a la *gravedad de la irregularidad*. Los conceptos jurídicos indeterminados allí expresados ofrecen un margen de apreciación discrecional al órgano de control fiscal para la gradación de la sanción atendiendo a la entidad de la infracción y de sus efectos.

Se trata de la adecuación de las consecuencias sancionatorias. Ahora bien, como todo concepto jurídico indeterminado, la insuficiencia de los motivos de la sanción impuesta y no otra acarrearía la nulidad del acto sancionatorio; pero no la inconstitucionalidad de la norma, pues ello, es una técnica legislativa ampliamente conocida y aplicada por nuestro legislador que obedece a que los elementos disciplinarios abarcan en algunos casos conceptos meta-jurídicos que es menester valorar de forma deontológica, tal como sería el caso del artículo 100 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (“*según la gravedad de la falta*”), por tomar un ejemplo del régimen común. El régimen de control fiscal es ejemplo de ellos, el contexto en el cual se produce la conducta ilícita y los efectos finales para la administración y la transparencia de la gestión fiscal sólo pueden ser valorados a través de un margen de apreciación por parte del órgano de control fiscal. Los motivos por los cuales selecciona la norma obviamente tienen que trasladarse a la motivación del acto; y ese será el elemento a controlar judicialmente en el juicio contencioso administrativo de nulidad del acto. Por tanto, para la Sala la norma en estos términos *supra* analizados está ajustada a la Constitución. Así se declara.

3.4. De la trasgresión del principio de proporcionalidad

Alegan los accionantes que cuando la norma impugnada por un lado sanciona con multa la infracción administrativa como sanción principal; y, por el otro, sanciona con suspensión (hasta por 24 meses) destitución del cargo o inhabilitación (hasta por 15 años) como penas «*accessorias*», se está trasgrediendo el principio de proporcionalidad de la sanción.

En tal sentido, cabe afirmar que el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria implica la adecuación de la sanción impuesta a la infracción cometida; esto es, a los hechos antijurídicos. Como se sostuvo en párrafos precedentes, la proporcionalidad es el parámetro exigido para aquilatar el alcance de la discrecionalidad del órgano de control fiscal en la gradación de la sanción, por cuanto en su imposición, entendida como un todo, es que debe exteriorizarse o motivarse la relación que existe entre el hecho antijurídico y el *quantum* de la sanción.

Dicho esto, la Sala observa que la norma impugnada en modo alguno implica contravención al principio de proporcionalidad de las sanciones, pues las sanciones contempladas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal guardan relación con la gravedad de la conducta y la relevancia que tiene para la función pública el hecho cometido; vale decir, que para su imposición se considera tanto la entidad del daño como el grado de responsabilidad.

Por otra parte, no es válido tampoco el argumento de los accionantes de que se transgrede la proporcionalidad intra-sanción porque no existe correspondencia entre la sanción principal y lo que ellos denominan accesorias. En ese sentido, serían sanciones principales aquellas que no dependen de otras para su imposición; a diferencia de las accesorias que presuponen la imposición de una principal. La Sala observa que en el caso de la norma contenida en el artículo 105 no es exacta la relación de dependencia entre la multa y la suspensión, la destitución o la inhabilitación, como lo pretenden los accionantes; sino que esa relación de dependencia existe entre la declaratoria de responsabilidad administrativa y la multiplicidad de sanciones; que, como se ha venido sosteniendo a lo largo del fallo, son propiamente consecuencias principales todas ellas de la declaratoria de responsabilidad administrativa.

En efecto, se lee en el precepto impugnado que «[l]a *declaratoria de responsabilidad administrativa (...)*, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo (...) o la destitución del declarado responsable (...); e imponer,

atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

De la lectura del texto se desprende que ninguna de las sanciones dependen unas de las otras; por el contrario, la suspensión, la destitución y la inhabilitación pudieran no imponerse si el Contralor General de la República estima que la entidad de la infracción cometida o la gravedad de la irregularidad no lo amerita; por su parte, la multa sí es la consecuencia obligatoria de la declaratoria de la responsabilidad administrativa, pues su falta de imposición por parte del funcionario competente reñiría con el principio administrativo de la irrenunciabilidad de la competencia.

En consecuencia, por las razones *supra* expuestas la Sala considera que la disposición normativa impugnada en modo alguno vulnera el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas por cuanto su prescripción apunta a la corrección de las conductas infractoras del funcionario desde distintas aristas haciendo hincapié en la relevancia del hecho cometido, el grado de responsabilidad y la afectación al patrimonio público.

3.4. De la trasgresión a la presunción de inocencia

Alegan los accionantes que la norma impugnada estipula que declarada la responsabilidad e impuestas las sanciones, ellas serán ejecutadas por el órgano encargado de la designación del funcionario declarado responsable. Que, además tratándose de una materia sancionatoria, los actos sancionatorios de la Administración Pública, no deberían estar investidos de autotutela administrativa (ejecutoriedad), pues esos actos en modo alguno satisfacen de manera directa e inmediata un interés público o general, siendo su única finalidad castigar la infracción cometida en contra del patrimonio público. En definitiva, alegan que impuesta la sanción, su ejecución inmediata transgrede la presunción de inocencia, principio contenido en el artículo 49.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con el argumento expuesto, considera la Sala que los accionantes pretenden trasladar las exigencias de la cláusula constitucional contenida en el artículo 49.2 a la potestad administrativa de autotutela. El derecho a la presunción de inocencia efectivamente rige a cabalidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Su contenido esencial es que a lo largo del procedimiento administrativo sancionatorio o disciplinario debe llevarse a cabo una actividad probatoria destinada a comprobar la culpabilidad del funcionario, sin adelantar opinión en cuanto al mérito del asunto. Se trata de un derecho que incide directamente sobre cómo se desarrolla la fase probatoria del procedimiento sancionador. De ese modo, la presunción de inocencia lo que exige es que el acto que declare la responsabilidad administrativa sea el único que determine la inculpabilidad del funcionario investigado; los actos que le preceden a la declaratoria de responsabilidad deben contar con la objetividad suficiente para que aun estableciendo los hechos, no se produzca un pronunciamiento intempestivo sobre el mérito del asunto.

En definitiva, la declaratoria de responsabilidad administrativa es el acto final que se dicta con base en el acervo probatorio demostrativo tanto de la existencia de la infracción como de la participación y de la culpabilidad del funcionario. Siendo ello así, el acto que declara la responsabilidad administrativa agotado los recursos administrativos correspondientes adquiere firmeza y por tanto se hace ejecutable inmediatamente sin perjuicio del control jurisdiccional que puede instar el interesado.

En efecto, el acto ejecutable como todo acto administrativo con control jurisdiccional mediante el ejercicio del recurso contencioso administrativo de nulidad, cuyo ejercicio permite restablecer de inmediato la situación jurídica vulnerada -a juicio del Juez-, particularmente a través de las medidas cautelares como la suspensión de los efectos del acto u otras cautelares innominadas conforme lo dispone la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, o

también mediante el ejercicio conjunto del recurso de nulidad con acción de amparo constitucional.

En definitiva, el Juez contencioso-administrativo, al conocer dichos recursos, puede adoptar las medidas que juzgue necesarias para asegurar el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva infringida, conforme lo dispone el artículo 259 de la Constitución; razón por la cual, siendo que el principio de presunción de inocencia tiene incidencia sobre la actividad probatoria del procedimiento sancionador y no sobre la potestad de autotutela de la Administración, la Sala desecha este alegato. Así se declara.

3.5. De la trasgresión de los derechos políticos

En el caso que ocupa la atención de la Sala, también se ha controvertido lo dispuesto por el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal alegándose la contravención de algunas disposiciones contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referidas al tema de la inhabilitación para acceder a cargos de elección popular.

En tal sentido, se observa que la cualidad de ciudadano da lugar al derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, mediante el reconocimiento de actividades destinadas a facilitar su intervención en forma democrática, a saber: el sufragio (tanto activo como pasivo), los plebiscitos, referendos, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y normativa, la revocatoria del mandato, la constitución de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, etcétera.

Así, el sufragio pasivo, derecho que los accionantes alegan como lesionados por la norma impugnada, al constituir un derecho fundamental que trae consigo el cumplimiento de los fines estatales exige que el desempeño de funciones públicas esté rodeado de garantías suficientes que provean al ejercicio del derecho, sin injerencias negativas que antepongan los intereses particulares en desmedro de los de carácter general y de sus verdaderos objetivos; pero también implica que se articule en torno al derecho un régimen de inhabilitaciones, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con la fijación de reglas que determinen los requisitos y condiciones personales y profesionales necesarios para su acceso, a fin de que dicho ejercicio sea el resultado de decisiones objetivas acordes con la función de buen servicio a la colectividad que garanticen que el desempeño del cargo público por parte de la persona a quien se designa o elige, tenga como resultado un adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, en otras palabras, que se cumpla con la ética pública, la moral administrativa y la buena gestión del patrimonio público.

Ahora bien, los artículos 42 y 65 constitucional, que los accionantes estiman como vulnerados, disponen expresamente:

Artículo 42. Quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía. El ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

Artículo 65. No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito.

Atendiendo al contenido de las normas citadas es menester señalar que la potestad sancionatoria del Contralor General de la República está referida al ámbito administrativo; es decir, que no es una sanción política como ocurre en otros ordenamientos constitucionales

latinoamericanos, en virtud de que la sanción de inhabilitación se ciñe a la función administrativa vista la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República y sus funciones constitucionales, que apuntan a la fiscalización, supervisión y control de la gestión pública, funciones que se insertan en el Sistema Nacional de Control Fiscal; ello es la garantía del postulado constitucional establecido en el artículo 141 de la Carta Magna.

En efecto, la sanción de inhabilitación para el ejercicio de cualquier función pública surte efectos para el desempeño de la función administrativa, indistintamente de cuál sea el origen; esto es, por concurso, designación o elección popular. De ese modo, la inhabilitación decretada en uso de la potestad otorgada por el artículo 105 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal limita o inhabilita, durante la vigencia de la sanción, la aptitud para el manejo de la cosa pública por causa de haber incurrido en infracciones administrativas comprobadas mediante el procedimiento de control fiscal. Esta inhabilitación se extiende a toda función administrativa, incluso las que derivan del cargo de elección popular, en virtud de que la función de gobierno supone necesariamente la aptitud para el ejercicio de funciones públicas. El rol de gobernante no puede escindirse de la de funcionario, y sobre ambos recaen exigencias constitucionales en pro de la correcta gestión pública, que es menester armonizar.

Es de advertir que la sentencia penal a que aluden los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela suspende el ejercicio de los derechos políticos, la impuesta en cambio por el Contralor General de la República inhabilita para el ejercicio de funciones públicas, en uso de la facultad que le confiere el artículo 289.3 constitucional, y que desarrolla el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Es decir, que como consecuencia de la inhabilitación se restringe la aptitud para ser funcionario público, como sería la restricción derivada de la mayoría o de los extranjeros para determinados cargos públicos, debiéndose recalcar que es **cualquier funcionario público, incluso los de elección popular**, de modo tal que el sancionado no puede ser funcionario, y por conexión necesaria tampoco gobernante.

Con base en esta distinción, y entendido que son dos inhabilitaciones diferentes que dimanen de varios preceptos constitucionales, cuales son los artículos 42, 65 y 289.3, corresponde a los órganos de la Administración Pública no permitir el ejercicio de cargos públicos a ciudadanos sancionados, es decir no designarlos o no permitir su concurso; y al Poder Electoral velar porque no se fragüe un fraude a los electores permitiendo la postulación, el concurso y la elección de un ciudadano que está impedido para ejercer las funciones administrativas ínsitas a las funciones de gobierno.

Aceptar que ello no es así, como lo pretenden los accionantes, desnaturalizaría la coercibilidad de la potestad sancionatoria del control fiscal; y burlaría por completo el cometido estatal de velar por la ética pública, la moral administrativa, la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público contenido en el artículo 274 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; pues la inhabilitación se tornaría inejecutable primero con ocasión de las aspiraciones electorales, y luego en virtud de las prerrogativas procesales de las que gozan algunos cargos, avalando una espiral de impunidad que acrecentaría los viejos vicios que han deformado la visión que tenemos los venezolanos acerca de lo que es y debe ser la cosa pública.

Así entendido, el texto de la disposición impugnada es conforme con la Constitución; y también es compatible con la vigencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Sala ha armonizado la sanción de inhabilitación con el ejercicio de los derechos políticos, específicamente con el diferimiento de la ejecución

cuando el sancionado ejerce cargo de elección popular. Así, en el fallo N° 2444/2004, se indicó, lo siguiente:

Ya con respecto al fondo, comparte la Sala parte de lo expuesto por los representantes del Contralor General de la República. La inmunidad parlamentaria sólo es aplicable a los procesos penales y, por ende, no se puede pretender su extensión al ámbito administrativo. No obstante, le asiste la razón al accionante cuando cuestiona el acto de destitución impuesta por el Contralor con ocasión a la naturaleza comicial de su investidura.

En efecto, ya ha tenido esta Sala oportunidad de pronunciarse acerca de cómo opera el control (en el caso a que se refiere la Sala el político) sobre los cargos de elección popular, con ocasión de la institución constitucional del referendo revocatorio, señalándose que existe una antinomia entre la competencia que el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal confiere al Concejo Municipal para convocar a referendo revocatorio del mandato del Alcalde en los casos de no aprobación por parte del Cuerpo Edilicio de la memoria y cuenta de su gestión anual, con lo previsto por el artículo 72 de la Constitución, que otorga de manera exclusiva a los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral, la iniciativa para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de cualquier cargo de elección popular, inclusive el cargo de Alcalde (*Vid.* Sent. N° 812/2003 de 15 de abril).

En esa oportunidad, para 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, la Sala desaplicó 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 preceptuado en el artículo 72, segundo acápite, de la Constitución. En este caso el conflicto es de igual naturaleza.

La destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objetos de referendo revocatorio. Siendo ello así, al igual que con los cargos que tienen un régimen especial para la destitución, es ese el mecanismo para cuestionar la legitimidad de la actuación del representante popular, y las sanciones que sin duda alguna se le pudieran imponer con ocasión a ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran su límite en esas circunstancias, sólo desvirtuable con ocasión al establecimiento de una responsabilidad penal.

Ciertamente, lo expuesto no desdice de las potestades de control fiscal que la Constitución le atribuye al Contralor General de la República, sólo que dichas potestades deben guardar una proporcionalidad no sólo con los hechos, sino además con la naturaleza popular de la investidura del cargo, pues, de lo contrario, existiría un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático. No se trata de irresponsabilidad, no. A lo que hace referencia la Sala es a la necesidad de que las consecuencias jurídicas que deriven de esa responsabilidad no rompan con el carácter representativo del gobierno.

Por ello, y visto que el acto accionado en amparo no fue producto del establecimiento de una responsabilidad penal, el Contralor General de la República se hallaba impedido de declarar la destitución del mencionado ciudadano y, por tanto, declara con lugar la acción de amparo ejercida, pero sólo con respecto a la destitución del cargo.

Posteriormente, mediante aclaratoria de esa decisión, se precisó la oportunidad a partir de la cual comenzaba a regir la sanción. En esa ocasión, en la sentencia N° 174/2005, se indicó lo siguiente:

En tal sentido, la sentencia N° 2444/2004 señaló que la destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objeto de referendo revocatorio, porque existe un grave riesgo de que se pierda el equilibrio en el sistema de peso y contrapeso al que responde nuestro esquema democrático y se rompa el carácter representativo del sistema de gobierno; sin embargo, aunque ello proscriba la posibilidad que el Contralor General de la República destituya o suspenda a cualquier ciudadano que ejerza un cargo de representación popular, se aclaró que lo expuesto no conduce a la irresponsabilidad del gobernante, sino a la debida

proporcionalidad que deben guardar las potestades de control fiscal que la Constitución le atribuye al Contralor General de la República, con los hechos y con la naturaleza popular de la investidura del cargo, esto es, al hecho de que las sanciones que se impongan con ocasión de ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentren límites en la condición de representante popular del sancionado.

La consecuencia práctica de este postulado es que la sanción impuesta no puede entorpecer las funciones del representante popular en el período para el cual fue electo -así los hechos que hayan originado la sanción se hubieran producido en ese período-, con la lógica excepción del establecimiento de una responsabilidad penal. Se trata, pues, de una sanción cuyos efectos deben comenzar a verificarse una vez vencido el período.

En el caso de autos aunque el acto administrativo accionado en amparo, y el de todos los representantes populares que demostraron encontrarse en la misma situación de hecho del accionante, resolvió “(...) *la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un período de tres (03) años, contados a partir de la notificación de [esa] Resolución*” (corchetes añadido), el mandato constitucional contenido en la sentencia N° 2444/2004 y en esta aclaratoria implica que la mencionada inhabilitación debe comenzar a surtir sus efectos legales una vez vencido el período para el cual fue electo el sancionado, o a partir de que cese efectivamente en el ejercicio de sus funciones con ocasión de las nuevas elecciones, lo cual, como es lógico, descarta cualquier posibilidad que éste opte a la reelección como consecuencia inmediata de esa inhabilitación. Por tanto, se declara en estos términos parcialmente con lugar la aclaratoria solicitada.

Por los argumentos expuestos *ut supra* esta Sala considera que el artículo 105 es compatible con las normas contenidas en los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 23.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Siendo ello así, y desechados todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por los accionantes, la Sala declara la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Así se decide.

4. De la impugnación de los actos administrativos de efectos particulares

Visto que esta Sala, en la sentencia N° 825/2004, declaró que sólo podía conocer de la nulidad de actos de efectos particulares con base en la ausencia legal, en virtud de que:

...el fuero atrayente de la jurisdicción contencioso-administrativa hacia la jurisdicción constitucional que permite el artículo 132 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia -cuya interpretación conforme a la Constitución de 1999 debe hacerse en atención a la atribución de competencias que aquella hace en razón del rango legal o sub-legal del acto impugnado y no en razón del vicio atribuido al mismo- está limitado a un supuesto muy concreto, como es la denuncia del vicio de ausencia de base legal en el acto administrativo (acto particular), en virtud de la denunciada inconstitucionalidad de la norma legal (acto general) que le sirvió de fundamento, sin que sea posible alegar o denunciar junto con el vicio mencionado cualquier otro que afecte la validez del acto administrativo recurrido, como son la incompetencia, la ausencia total y absoluta del procedimiento establecido en la ley, la desviación de poder o el falso supuesto, ya que ninguno de éstos tendría su origen en la inconstitucionalidad de la norma legal impugnada sino en otras circunstancias de hecho o de derecho, cuyo análisis en sede judicial no compete a la jurisdicción constitucional, habilitada únicamente, según el mencionado artículo 132, para declarar la conformidad o inconstitucionalidad del acto de rango legal impugnado con la norma constitucional, la nulidad de dicho acto de existir tal contrariedad, y, una vez efectuado lo anterior, para declarar la nulidad del acto administrativo recurrido por ausencia de base legal.

Visto que, una vez declarada la constitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, fundamento normativo de los actos administrativos impugnados, decae el fundamento jurídico del vicio de ausencia de base legal, la Sala se declara incompetente para conocer de los recursos

de nulidad incoados contra los actos administrativos dictados por el Contralor General de la República. Así se decide.

Voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa del criterio mayoritario respecto de la sentencia que antecede, con fundamento en el siguiente razonamiento:

1. Como puntos previos, se observa:

1.1 El artículo 20, párrafo 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia preceptúa:

Para que sean válidas las decisiones se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros de la Sala respectiva. El Magistrado o Magistrada ponente deberá presentar el proyecto de decisión a los demás Magistrados o Magistradas, quienes deberán formular sus observaciones o manifestar su conformidad con el mismo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En caso de que surjan observaciones al proyecto de decisión, el Magistrado o Magistrada ponente deberá realizar las modificaciones formuladas que considere pertinentes, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes. Al tercer día hábil siguiente, se volverá a presentar el proyecto de decisión corregido o los fundamentos que sostienen su criterio para mantener el proyecto original, para ser sometido a votación; el Presidente o Presidenta de la Sala será el último en votar. En caso de empate, se suspenderá la deliberación y se convocará a una segunda reunión para el día hábil siguiente. Si el empate persiste, se suspenderá nuevamente la discusión y se convocará a otra reunión para el día hábil siguiente, a fin de adoptar la decisión definitiva. De continuar el empate, el voto del Presidente o Presidenta de la Sala respectiva será considerado doble. -El Magistrado o Magistrada que se encuentre en desacuerdo o disienta de la decisión, anunciará su voto salvado, que deberá consignar escrito (*sic*) en el que fundamente las razones, fácticas y jurídicas de su negativa, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes.- Este escrito deberá ser firmado por todos los Magistrados o Magistradas de la Sala respectiva y se agregará a la sentencia. En caso de que el proyecto no cuente con la aprobación de la mayoría de los miembros de la Sala, la ponencia deberá reasignarse a otro Magistrado o Magistrada de la Sala correspondiente, conforme al trámite previsto en el presente artículo (Destacado añadido).

No obstante la claridad del texto de la norma, se observa que, en el caso de autos, fue desacatada con la divulgación de la sentencia de la que se discrepa en el sitio web de este Tribunal antes de la consignación de este voto salvado, pese a que el lapso al efecto vence el próximo 13 de agosto (3 días de despacho desde el miércoles 6 próximo pasado) y pese al acuerdo, al que se había llegado al respecto, con los demás miembros de la Sala.

1.2 En segundo lugar, se pone en evidencia que la narrativa del veredicto anterior no reflejó los alegatos de quienes asistieron a la audiencia preliminar que se realizó en este proceso el 31 de julio de 2008. En esa oportunidad, tanto de forma verbal como a través de los escritos que consignaron algunas de las partes en juicio, se expusieron una serie de argumentos que, como no están reflejados en la parte narrativa del acto decisorio, no se tomaron en cuenta para la motivación del juzgamiento, todo lo cual implicó la inobservancia del artículo 243, cardinales 3 y 4, del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 244 *eiusdem*, de aplicación a las decisiones de la Sala de acuerdo con el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

2. Este disidente no comparte las razones de fondo que se sostuvieron en el acto jurisdiccional que precede para la declaratoria sin lugar de la demanda de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, divergentemente, considera que esa norma legal es contraria a elementales principios de nuestro Texto Fundamental, por las siguientes razones:

2.1 La mayoría sentenciadora desestimó el alegato de violación al derecho a la defensa y al debido proceso y consideró que el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal “*no transgrede el derecho constitucional al debido procedimiento, el cual necesariamente debe cumplirse para establecer la responsabilidad administrativa. Las sanciones que corresponden a la declaratoria de res-*

ponsabilidad administrativa no ameritan un nuevo procedimiento porque estas son consecuencias del acto que declara la responsabilidad administrativa”.

2.1.1 Quien difiere reitera su voto salvado al acto decisorio de esta Sala N° 1265, del 5 de agosto de 2008, mediante el cual se desestimó, también, la pretensión de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. En ese voto salvado se expusieron las consideraciones que llevaron a la conclusión de que esa norma sí viola el derecho fundamental a la defensa y al debido procedimiento previo, por las siguientes razones:

El derecho fundamental al debido proceso es, por mandato del artículo 49 de la Constitución, de obligatoria observancia en *todas las actuaciones judiciales y administrativas*. De esta manera, al procedimiento administrativo han de aplicarse todos los atributos que ese precepto fundamental recoge en sus cardinales 1 al 8, como son el derecho a la defensa y asistencia jurídica, derecho a ser notificado, derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser oído, derecho al juez natural, derecho a no ser obligado a confesarse culpable, prohibición de sanción sin ley previa, derecho a la cosa juzgada y derecho a la responsabilidad patrimonial ante el error, retardo u omisión en la tramitación de un proceso o procedimiento administrativo. Así lo dispone el propio artículo 49 de la Constitución, cuando afirma que *“el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: / (...) 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente...”*.

En consecuencia, mal puede dictarse un acto administrativo que afecte la esfera jurídica de un particular sin que, previamente, se haya sustanciado el correspondiente trámite, de cuyo inicio se haya notificado a todos los interesados, especialmente, a quien se vea directamente afectado, y en el cual se haya dado a éstos oportunidad de defensa, esto es, de alegación y prueba en su favor, bajo pena de vulneración a ese derecho fundamental al debido procedimiento y, además, el derecho a la presunción de inocencia.

En la hipótesis de autos, cabe recordar que la norma cuya nulidad se demandó preceptúa que el Contralor General de la República podrá imponer las sanciones accesorias de suspensión sin goce de sueldo o de destitución, así como la de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, en atención a *“la entidad del ilícito cometido”* o a *“la gravedad de la irregularidad cometida”*, a quienes hayan sido declarados responsables administrativamente, mediante decisión firme en sede administrativa; sanciones que habrán de imponerse, según el texto expreso de la norma, *“sin que medie ningún otro procedimiento”*.

Ahora bien, el derecho al debido procedimiento o al procedimiento previo es, se insiste, garantía fundamental del derecho a la defensa y, como tal, no puede ser relajado ni sustituido por otros medios de defensa. De esta manera, el control *ex post* del acto sancionador a través de las vías administrativas y jurisdiccionales que dispone la Ley no sustituye, en modo alguno, el derecho al **previo** procedimiento y a ser oído que tiene el sancionado **antes** de que se emita el acto definitivo; unos y otros son atributos esenciales de un mismo derecho fundamental, todos los que, como tales, deben ser observados a cabalidad.

En sentencia de 21 de mayo de 1996, con ocasión del juzgamiento en relación con la inconstitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la antigua Corte Suprema de Justicia en Pleno tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la importancia fundamental de la apertura de un procedimiento contradictorio y de la oportunidad del posible afectado para el planteamiento de sus alegatos *antes* de que se decida cualquier procedimiento administrativo –incluso constitutivo, se añada- o proceso judicial, ello como garantía inherente al derecho a la defensa y al debido proceso:

“... el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, cuya supuesta nulidad se analiza, faculta al Juez para dictar sentencia definitiva en primera instancia sin tramitar ningún tipo procedimiento y sin informar previamente al presunto agravante, de la existencia de una demanda en su contra.

(...) a juicio de la Corte, ello constituye una violación al único aparte del artículo 49 de la Constitución de la República, por cuanto éste indica que el mandamiento de amparo debe ser producto de un procedimiento, de circunstancias a las que no hace ninguna referencia

en el texto del artículo 22 *eiusdem*, como condición previa y necesaria para dictar tal mandamiento.

Por otra parte, es evidente que estamos ante una grosera y flagrante indefensión, ya que el nombrado artículo 22, choca abierta y directamente con la última parte del artículo 68 de la Constitución, el cual establece que 'la defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso' (Subrayado añadido).

Tampoco comparte el salvante el criterio que sostuvo la mayoría sentenciadora, en el sentido de que el previo procedimiento sería aquel que se tramita antes de que se dicte el acto que declara la responsabilidad administrativa y que, en esa oportunidad, el particular puede defenderse tanto de la declaratoria de responsabilidad como de las sanciones que eventualmente impondrá el Contralor General de la República.

En efecto, se discrepa de tal opinión porque ese procedimiento administrativo tiene un objetivo específico: la determinación de la incursión o no de determinado sujeto en alguna de las infracciones que tipifican los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal –propias de la responsabilidad administrativa– lo que dará lugar, en caso asertivo, a la imposición de la sanción de multa, de conformidad con el artículo 94 *eiusdem*, y a la declaratoria de responsabilidad administrativa del sujeto. En este supuesto, la defensa del interesado se dirige a la alegación y prueba en contra de la verificación de la conducta infractora que se le imputa.

A diferencia de ello, la imposición de las sanciones “complementarias” que recoge el artículo 105 *eiusdem* por parte del Contralor General de la República –unas típicamente disciplinarias y otra típicamente penal–, si bien tiene como presupuesto la previa declaratoria de la responsabilidad administrativa, procede o no según la ponderación de otros aspectos: “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*”; en consecuencia, poco importa ya la defensa que se ejerció para la demostración de la inexistencia de infracción administrativa, la cual ha sido declarada mediante acto administrativo; lo que al sancionado interesa ahora es la alegación y la prueba, con relación a la eventual imposición de una sanción, de “*la entidad del ilícito cometido*” y “*la gravedad de la irregularidad cometida*” para evitar tal nueva y adicional imposición y mal podía haberse defendido de este asunto en el curso del procedimiento que ya se sustanció, sin que con ello hubiera incurrido, inevitablemente, en una gran contradicción: la alegación de que no le es imputable una conducta ilícita y, a la par –aunque fuese de manera subsidiaria– el argumento de que, en todo caso, dicha conducta no fue “muy grave” o que el ilícito de que se trate es uno de “menor entidad”.

En consecuencia, sí sería indispensable el reconocimiento del derecho a la defensa al particular antes de que el Contralor General de la República impusiese la nueva sanción y, por ende, sí sería necesario que hubiese un nuevo procedimiento que otorgase plenamente al sancionado esa oportunidad de alegación y prueba a su favor, y así debió declararlo esta Sala. Debe añadirse, por otra parte, que ese nuevo procedimiento, además, debería satisfacer el principio de inmediación al que tanta preeminencia le dio el constituyente y que es consustancial con el sistema acusatorio por el que optaron, primero el legislador –del Código Orgánico Procesal Penal– y luego, el mismo constituyente, en materia sancionatoria penal, la cual, se insiste, es manifestación del mismo *ius puniendi* que el Estado ejerce a través de la potestad sancionatoria administrativa. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pie, como fue denunciado en la audiencia preliminar, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “accesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución–, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “accesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.1.2 Asimismo, en el veredicto que precede se afirmó que el procedimiento administrativo sancionador que se sigue ante la Contraloría General de la República en esos casos es un procedimiento administrativo complejo, en el que se emiten dos actos administrativos que son manifestación de la misma potestad sancionadora. Para ello se invocó el precedente de esta Sala N° 1117/2006. Ahora bien, se advierte que en ese antecedente la Sala se refirió a lo que calificó como un “acto complejo” y frente a lo cual quien hoy disiente salvó su voto y expuso el concepto que en doctrina y jurisprudencia se asume de procedimiento complejo:

El carácter complejo del procedimiento deriva de que está conformado por dos fases, cada una de las cuales puede considerarse, a su vez, como un trámite autónomo, que concluyen con sendos actos definitivos directamente coligados entre sí, de manera que el acto posterior requiere de la existencia del anterior. Ejemplo típico de procedimiento complejo es el electoral, el cual comienza con la convocatoria a elecciones y culmina con la adjudicación del cargo al candidato ganador; no obstante, entre uno y otro se suceden una serie de actos que recaen en el marco de tramitaciones consecutivas -postulación, votación, escrutinios-, cada una de las cuales, si bien depende de las anteriores, implica la emanación de actos definitivos, todos los cuales constituyen un único procedimiento complejo: el procedimiento electoral.

Lo que caracteriza a los procedimientos complejos, concepto que ha sido desarrollado desde el Derecho Administrativo, pero aplicable a la generalidad de las tramitaciones que están legalmente dispuestas para el ejercicio de las distintas funciones públicas, es que cada uno de sus actos es independiente, eficaz *per se* y, por ende, revisable sin necesidad de que se emitan el o los actos posteriores (subrayado añadido).

De este modo quien difiere pone en evidencia que la consideración como un procedimiento complejo, del procedimiento administrativo sancionador que se tramita ante la Contraloría General de la República para la declaratoria de responsabilidad administrativa, llevaba a la conclusión de que sí se requería una nueva fase procedimental antes de que se impusiera la sanción por parte del Contralor General de la República de acuerdo con el artículo 105 que se impugnó, pues como se señaló en la cita anterior, lo que caracteriza a los procedimientos complejos es que en ellos se dictan varios actos administrativos definitivos y coligados entre sí, pero cada uno está precedido de su propia fase procedimental. Por ello, junto con la exigencia del respeto al derecho a la defensa y debido proceso, debieron concluir en la estimatoria de ese alegato de inconstitucionalidad.

2.2 En segundo lugar, se desechó la delación de injuria al principio *non bis in idem* en los siguientes términos:

En ese sentido, la sanción, como manifestación externa del *ius puniendi* de la Administración por el acaecimiento de una infracción administrativa, es de diversa naturaleza. Fundamentalmente pueden ser las sanciones pecuniarias como la multa, o interdictivas como la suspensión, la destitución o la inhabilitación. Las pecuniarias recaen sobre el patrimonio del infractor, mientras que las interdictivas le restringen o impiden el ejercicio de ciertas actividades. Ahora bien, la técnica de establecimiento de sanciones administrativas indudablemente está restringida por el principio de *non bis in idem*, pero no se encuentra completamente anulada. De ordinario, la imposición de sanciones pivota entre ambas, el legislador escoge unas u otras como materialización del principio de correlatividad numérica de la sanción; sin embargo, el principio de correlatividad numérica de la sanción no es un principio absoluto, el legislador excepcionalmente puede prescribir varias sanciones interdictivas o también establecer sanciones pecuniarias con interdictivas para sancionar las mismas infracciones administrativas. Este escenario es el resultado de la ponderación realizada por el legislador respecto a cuál es el tipo de sanción que produce la aflicción necesaria para lograr el efecto represivo o disuasivo de la sanción. En este caso, el legislador concluye que la aflicción no se logra con la sanción única, ante lo cual añade una o varias sanciones, con el requerimiento para cumplir con el principio de *non bis in idem* de que sean de distinta naturaleza.

El bien jurídico tutelado por el legislador tras una opción de esa naturaleza se inscribe dentro de los valores de la ética pública, la moral administrativa y la buena gestión del patrimonio público. En el modelo de Estado social de Derecho y de Justicia adoptado constitucionalmente, es necesario que el legislador se proponga la eficacia del sistema nacional de control fiscal

mediante el establecimiento de sanciones que garanticen coercitivamente la funcionalidad del control fiscal.

Así, en la norma cuya constitucionalidad se impugna se contemplan diversas sanciones imponibles como producto del procedimiento administrativo sustanciado para el establecimiento de una infracción legal en el ejercicio de la función pública. Se trata, por tanto, de un supuesto excepcional que debe cumplir con el test de la proporcionalidad, y ser ponderada la gravedad de la infracción, requerimiento que encuentra la Sala cumplido en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal; pues la imposición conjunta de multa y sanciones interdictivas es el resultado de un juicio valorativo que pondera la gravedad de la falta por parte del órgano sancionador, sin perjuicio del control jurisdiccional.

En los mismos términos en que se expresó el voto salvado a la sentencia N° 1265 de 5 de agosto de 2008, se reitera que:

Para que se pudiese concordar con los asertos que anteceden, el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tendría que ofrecer dos garantías que no ofrece; en primer lugar, como en materia penal, ambos tipos de sanciones habrían de ser impuestas como consecuencia del mismo procedimiento y por la misma autoridad para que pudieran ser objeto, en conjunto, del mismo control administrativo y judicial y, en segundo lugar, debería establecer con claridad la posibilidad de imposición, o no, de más de una sanción accesoria, a través de más de un acto administrativo “complementario”.

En efecto, como se razonó *supra*, pese a que la mayoría determinó que ambos tipos de sanciones –principales y “accesorias”- son producto de un mismo procedimiento administrativo, ello no es cierto. Por el contrario, no sólo no se sustancia un procedimiento previo a la decisión del Contralor, sino que la norma no le fija ningún límite temporal para el ejercicio de esa potestad, lo cual ha dado pie, como fue denunciado, a que se dicte la sanción “principal” y transcurran hasta más de dos años entre ella y la imposición de las “accesorias”, e, incluso, que, en cualquier tiempo posterior a la determinación de la responsabilidad administrativa y al dictado de un primer acto del Contralor General de la República de imposición de una de las sanciones de naturaleza disciplinaria –suspensión o destitución-, éste dicte otro, para, ahora, aplicar, por los mismos motivos, la sanción de inhabilitación; todo ello a espaldas del destinatario de los actos en cuestión, es decir, sin intermediación del funcionario decisor, quien no tiene participación alguna en el procedimiento de establecimiento de la responsabilidad que la mayoría estimó como suficiente para dar cobertura a los derechos a la defensa y al debido proceso respecto de los actos sancionatorios “accesorios”, procedimiento y pronunciamiento iniciales estos a cargo de un *funcionario distinto* del Contralor General de la República.

2.3 El acto de juzgamiento que precede desestimó el alegato de injuria al principio de tipicidad de las sanciones administrativas, bajo el argumento de que, en la norma que se impugnó, están suficientemente tipificados tanto las sanciones administrativas como los hechos ilícitos que dan lugar a esas sanciones y que, si bien la norma incluye ciertos conceptos jurídicos indeterminados –como la gravedad de la irregularidad- que deberá apreciar el órgano sancionador –el Contralor General de la República-, la inclusión de los mismos no resulta –para la mayoría sentenciadora- inconstitucional, sino que, en todo caso, su incorrecta apreciación sería causal de ilegalidad del acto administrativo.

Contrariamente a lo que sostuvo la mayoría sentenciadora, quien suscribe como disidente considera, tal como expuso en su voto salvado al fallo N° 1265/08 de esta Sala, que sí se agravó el principio constitucional de tipicidad de las sanciones administrativas, por las siguientes razones:

El principio de tipicidad es, junto con el principio de reserva legal, manifestación directa del principio de legalidad que debe, como tal, informar *siempre* el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sea que éste se ejerza a través de sanciones penales, sea a través de sanciones administra-

tivas. Ello se deriva, claramente, del artículo 49, cardinal 6, de la Constitución, el cual dispone:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: / (...)

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes” (Destacado añadido).

De esta manera, el principio de tipicidad o mandato de tipificación puede definirse como la determinación, en una norma de rango legal, de las conductas que se tildan de infracciones y de las sanciones correlativas a esas conductas, de manera tal que esa determinación normativa permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción que se impondrá.

El mandato constitucional de tipificación legal se exige, así, tanto para las conductas que se consideren infracciones administrativas como para las sanciones que a estas conductas corresponden.

Ahora bien, el incumplimiento con el principio de tipificación legal encuentra distintos grados o variantes: así, puede tratarse de una ausencia absoluta de tipificación, cuando la Ley silencia cualquier forma de ella, caso en el que la deja –inconstitucionalmente– en manos del reglamento o, peor aún, de la Administración con competencia para la aplicación de la sanción en el caso concreto. En segundo lugar, puede tratarse de una insuficiencia de tipificación legal, esto es, insuficiencia de *lex certa*, lo que se verifica cuando no hay descripción legal suficiente de los elementos esenciales de la infracción o de la sanción, imprecisión que no permite la predicción, con suficiente certeza, de cuáles son las conductas que se consideran infracciones y a qué sanción atenerse cuando estas conductas se consuman. Como afirmó ALEJANDRO NIETO *“la suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta (...) la tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra”* (Cfr. *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 293).

No es el primer caso que se describió, ciertamente, el supuesto que se ha delatado, pues el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal tipifica las distintas sanciones que habrán de imponerse de manera complementaria, *“según la gravedad de los hechos”*, en relación con las conductas infractoras que, a su vez, están tipificadas en los artículos 91 y 92 de la misma Ley, a los que hace alusión el artículo 105 en cuestión. De modo que puede afirmarse que sí hay tipificación en la norma jurídica; pero lo que se ha denunciado es el segundo supuesto, esto es, la insuficiencia de esa tipificación, pues, se establecería, de manera genérica, una gradación sumamente amplia de las sanciones “accesorias” que se pueden imponer, incluso en forma acumulada y, lo que es más grave, sucesiva –sin límite en el tiempo–, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad administrativa, las cuales determina discrecionalmente el Contralor General de la República.

Debía, pues, determinarse hasta qué punto esa tipificación no exhaustiva del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal lesiona o no el principio de *lex certa*, esto es, la certeza y seguridad jurídica de los eventuales sancionados, al punto de que constituya o no inobservancia del precepto constitucional que recoge el mandato de tipificación legal. (...)

Otro aspecto que debe puntualizarse es que, según se indicó con anterioridad, la tipificación de las infracciones se preceptúa en los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y la tipificación de las sanciones “complementarias” (suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas) a la sanción principal, la multa, está recogida en el 105 *eiusdem*, en forma que, en criterio del salvante, no cumple con el principio de tipicidad suficiente respecto del vínculo o enlace entre tales infracciones y las sanciones accesorias, pues el único nexo entre ellas es la previa declaratoria de responsabilidad administrativa y la gravedad que, en cada caso concreto, presente la infracción que se cometió, según lo determine, sin la sustanciación de un procedimiento para ello, el Contralor General de la República.

Así, esa correlación entre la conducta que esté tipificada como infracción y la sanción que se impondrá dependerá, siempre, como se dijo, de la valoración que, en el caso concreto, realice el órgano administrativo sancionador de conceptos jurídicos indeterminados, como son la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, cuya apreciación ha de realizarse, como sucede cuando se analiza cualquier concepto de esta naturaleza, de manera racional; pero, en este caso, los conceptos en cuestión son de tal amplitud que impiden, *per se*, el cumplimiento con el principio de tipificación y, en consecuencia, impiden el cabal ejercicio del derecho a la defensa y del derecho a la certeza jurídica de los eventuales sancionados.

En efecto, por conceptos jurídicos indeterminados se entiende aquellos relativos a una “esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intentan delimitar un supuesto concreto” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, décima edición, Civitas, Madrid, p. 457).

A diferencia de lo que sostuvo la mayoría sentenciadora en el fallo que antecede, en el sentido de que el artículo bajo análisis otorgó al Contralor General de la República una potestad discrecional, la doctrina administrativista venezolana y extranjera han entendido, tradicionalmente, que la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados *no implica ejercicio de discrecionalidad administrativa*, pues no se trata de la existencia de varias alternativas todas ellas igualmente válidas, que puede escoger la Administración al momento de su actuación, sino de la apreciación de ciertos conceptos jurídicos que, si bien no pueden ser determinados por la norma jurídica *in abstracto* en tiempo y espacio, *sí pueden precisarse en cada caso concreto al momento de su aplicación*, concreción que corresponde al órgano aplicador, en este caso la Administración. La consecuencia fundamental de ello es que la errónea, irracional, desproporcionada o irrazonable aplicación de tales conceptos en el marco de un caso concreto, es susceptible de revisión y control jurisdiccional pleno, al igual, por cierto, que en el caso del ejercicio de la potestad discrecional, que es controlable, no solamente, respecto de los aspectos formales del acto en que se vierta y en los elementos reglados que lo integran sino, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto a la racionalidad y proporcionalidad de la decisión en sí.

En todo caso, aún desde esa limitada perspectiva, los actos administrativos que puede dictar el Contraloría General de la República con fundamento en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal *sin necesidad de procedimiento previo*, violan uno de esos aspectos formales por *ausencia absoluta y total de procedimiento* en los términos del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, si la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es, como principio general, plausible en el ámbito de ejercicio de la mayoría de las formas de la actividad administrativa, es evidente que durante el ejercicio de su potestad sancionadora resulta sumamente cuestionable y, en consecuencia, debe evitarse la sustentación de sanciones administrativas en la apreciación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pues ello implicaría, se insiste, a lo menos, una importante merma, si no violación al principio de certeza y seguridad jurídica, al derecho a la defensa y al principio de tipicidad de las infracciones y sanciones, derechos que recogió el artículo 49, en sus cardinales 1 y 6, respectivamente, de la Constitución de 1999.

En consecuencia, considera el salvante que la redacción del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal injuria el principio de tipicidad de las sanciones, pues carece de una gradación certera y concreta de correlación entre cada una de las posibles sanciones que pueden ser impuestas y las conductas ilícitas que tipifican los artículos 91 y 92 de la misma Ley, lo que implica que no está tipificado el vínculo o enlace entre la conducta infractora y la sanción graduada determinada que se imponga en cada caso.

La certeza y seguridad jurídica ínsitas en la imposición de cualquier sanción, incluso aquellas de naturaleza administrativa, coliden frontalmente con la ilimitada apreciación que la norma otorgó al órgano sancionador para la determinación, en cada caso concreto, de la sanción que impondrá según la “entidad del ilícito cometido” y la “gravedad de la irregularidad cometida”, lo cual impide el cabal ejercicio del derecho a la defensa (artículo 49, cardinal 1, consti-

tucional) y viola el derecho a la tipificación que otorgó el artículo 49, cardinal 6, *eiusdem* a los eventuales sancionados.

2.4 En cuarto lugar, la mayoría sentenciadora desestimó el alegato de violación al principio de proporcionalidad, para lo cual consideró que las sanciones que preceptúa el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal “*guardan relación con la gravedad de la conducta y la relevancia que tiene para la función pública el hecho cometido*”. En este sentido, el acto decisorio agregó que las sanciones que recogió esa norma no son accesorias ni dependientes de la sanción de multa, por lo que la proporcionalidad no se debe entre ellas sino de ellas frente a las conductas infractoras y afirmó:

...ninguna de las sanciones dependen unas de otras; por el contrario, la suspensión, la destitución y la inhabilitación pudieran no imponerse si el Contralor General de la República estima que la entidad de la infracción cometida o la gravedad de la irregularidad no lo amerita; por su parte la multa sí es la consecuencia obligatoria de la declaratoria de responsabilidad administrativa, pues su falta de imposición por parte del funcionario competente reñiría con el principio administrativo de la irrenunciabilidad de la competencia.

Quien difiere observa que la sentencia contradice el veredicto que suscribió la mayoría sentenciadora N° 1265/08, que antes se citó, en el que se juzgó una demanda de idéntica naturaleza a la de autos –la nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal-. En ese reciente pronunciamiento se afirmó que ese precepto no es violatorio del principio del *non bis in idem* “*ya que, no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión que se encuentra plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico*”.

De esta manera, la mayoría de magistrados sostuvo, en el primero de los fallos, el carácter accesorio de las sanciones que recoge el artículo 105 que se impugnó para la desestimación de la violación al principio *non bis in idem*; no obstante, en este nuevo veredicto es el argumento diametralmente contrario –la no accesoriedad de las sanciones- el que se sostuvo como afincamiento de que las sanciones –suspensión, destitución, inhabilitación-, que impone el Contralor General de la República no son desproporcionadas frente a la sanción de multa que se impone en el auto de responsabilidad administrativa.

En consecuencia, el salvante es de la opinión que la Sala debió ser coherente y mantener una uniformidad de criterio, lo que habría derivado o bien en la estimación del alegato de agravio al principio *non bis in idem* en el primer veredicto, o bien, en la estimación de la violación del principio de proporcionalidad entre las sanciones que se imponen, tal como se alegó en la segunda sentencia y, en consecuencia, en la nulidad del precepto que se impugnó.

2.5 También desestimó la mayoría la delación de la injuria a los artículos 42 y 65 de la Constitución y el artículo 23.2 de la Contención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, la sentencia que precede afirmó que la sanción que se impone de acuerdo con el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal no es una sanción política, sino administrativa y que “*surte efectos para el desempeño de la función administrativa, indistintamente de cuál sea el origen; esto es, por concurso, designación o elección popular*”. Asimismo, el fallo expresó:

...la sentencia penal a que aluden los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República de Venezuela inhabilita para el ejercicio de los derechos políticos. En cambio el Contralor General de la República no inhabilita políticamente, sino que la inhabilitación es para el ejercicio de funciones públicas (...) es decir, que como consecuencia de la inhabilitación se restringe la aptitud para ser funcionario público, como sería la restricción derivada de la mayoría o de los extranjeros para determinados cargos públicos, debiéndose recalcar

que es cualquier funcionario público, incluso los de elección popular, de modo tal que el sancionado no puede ser funcionario, y por conexión necesaria tampoco gobernante (subrayado añadido).

Ya quien rinde esta opinión divergente de la que prevaleció para la aprobación del juzgamiento antecedente, tuvo oportunidad de establecer su criterio en relación con la violación a los derechos políticos de las venezolanas y venezolanos por parte de la norma objeto de la demanda de autos, la cual reitera:

...no ofrece dificultad alguna la comprensión de que la nacionalidad venezolana otorga a quienes la detentan la ciudadanía, la cual, a su vez, los hace titulares “de derechos y deberes políticos”, “de acuerdo con -e(sa) Constitución-” (artículo 39) y no de conformidad con la ley (reserva constitucional), Constitución que, en el mismo artículo, sólo acepta como límites al ejercicio de la ciudadanía la inhabilitación política y la interdicción civil ¿Cuáles son esos derechos políticos? Los que se describen en el Capítulo IV “De los derechos políticos y el referendo popular”, Sección primera: de los derechos políticos y cualesquiera otros que se consideren inherentes a la persona humana.

Los artículos 40 y 41 precisan a quién y cómo pertenecen los derechos políticos (“a los venezolanos y venezolanas, salvo las excepciones establecidas en e(sa) Constitución”) y las diferencias a su respecto entre los venezolanos y venezolanas por nacimiento y por naturalización.

Por último, el constituyente cerró la sección que dedicó a la ciudadanía con el artículo 42 según el cual, como fue expuesto, quien pierda o renuncie a la nacionalidad pierde la ciudadanía y el ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley, es decir, que la única manera de perder el derecho al ejercicio de los derechos políticos –atributos de la ciudadanía y, ésta, de la nacionalidad-, que es en lo que consiste una inhabilitación política (artículo 39), es que recaiga una sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.

En efecto, se insiste, para el salvante, la claridad de la norma constitucional no deja lugar a interpretaciones ambiguas: el ejercicio de los derechos políticos, esto es, de aquellos que recoge el Capítulo IV, Título III de la Constitución, como son el derecho a la participación política (artículo 62), el derecho al sufragio activo (artículos 63 y 64), el derecho al sufragio pasivo o derecho al ejercicio de cargos de elección popular (artículo 65) y todos los demás derechos que recoge ese Capítulo y que, aún cuando no estén expresamente contenidos en él, se consideren inherentes a la persona humana y sean de naturaleza política, sólo pueden ser suspendidos por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley, sentencia cuyo dispositivo contendrá, necesariamente, la inhabilitación política.

Esa norma se complementa, además, con los artículos 65 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero establece:

“No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito”.

Ahora bien, sostuvo la mayoría que esa norma no impide que existan otras causales de restricción, por ley, del ejercicio del derecho al ejercicio de cargos de elección popular. Por el contrario, el salvante considera que ese artículo 65 debe analizarse a la luz de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, la cual fue especialmente clara cuando dispuso, respecto de los derechos políticos, lo siguiente:

“El derecho a desempeñar funciones públicas y ejercer cargos de elección popular se les otorga de manera igualitaria a los electores venezolanos y venezolanas, que sepan leer y escribir, con las solas restricciones derivadas del propio texto constitucional, o de las condiciones de aptitud exigidas por las leyes, para determinados cargos.”

Como una respuesta a las demandas de los venezolanos ante las graves desviaciones del sistema político y a la corrupción desmedida, se incluye la prohibición de optar a cargos de

elección popular a aquellas personas que hayan sido condenadas por delitos cometidos durante el tiempo en que ejercieron las funciones públicas, así como otros delitos que afecten el patrimonio público” (Subrayado añadido).

En consecuencia, se concluye que las limitaciones al derecho fundamental al desempeño de funciones públicas y al ejercicio de cargos de elección popular constituyen, a no dudarlo, una típica materia de reserva constitucional que incluye una explícita proscripción al legislador de que se establezcan restricciones distintas de las que preceptuó la Constitución; por tanto, el legislador no podría disponer de mecanismos alternos al de sentencia judicial firme que implicasen la suspensión de derechos fundamentales de contenido político. La única excepción, que a este principio general admite el constituyente, es la posibilidad de que el legislador determine ciertas condiciones de aptitud (edad, conocimientos especializados, antigüedad, p.e.) para optar al ejercicio de determinados cargos públicos.

El incumplimiento con esa proscripción es, precisamente, la inconstitucionalidad que se verifica en el caso de autos, porque el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal dispone, como mecanismo de limitación y hasta eliminación del ejercicio de derechos políticos –concretamente el derecho al ejercicio de cargos de elección popular–, la imposición de las sanciones administrativas de destitución, suspensión y de inhabilitación política a través de un acto administrativo del Contralor General de la República. En consecuencia, la limitación que impone el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal al derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular y al desempeño de funciones públicas, es una limitación que no sólo viola la prohibición expresa que preceptúa el artículo 42 de la Constitución –en el sentido de que no podrá suspenderse el ejercicio de los derechos políticos por causa distinta de sentencia judicial firme– sino que, además, colide con el artículo 65 *eiusdem*, pues, como refleja la Exposición de Motivos de la Constitución, la restricción a ese derecho fundamental es de la estricta reserva constitucional. Así se declara.

En vez del reconocimiento de tal inconstitucionalidad, se declaró que no sólo el Contralor General de la República podría establecer una inhabilitación, sino también, en general, “*un órgano administrativo stricto sensu*” o “*un órgano con autonomía funcional*”, porque la norma “*no excluye la posibilidad*”, pese a que, en otra parte del fallo (pp.39 y 40), había hecho suya la sencilla explicación del tratadista español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto al principio de legalidad: “*no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida positivamente por el ordenamiento jurídico.*”

Así, esta Sala fue más allá en el desconocimiento de las normas fundamentales y de la interpretación que les es propia e invirtió el dogma fundamental del Derecho: a los particulares se les permite todo lo que no les esté prohibido pero el Estado, el Poder, sometido como está al Principio de Legalidad, *sólo puede hacer lo que le está expresamente permitido*, no puede ejercer potestades que no le hayan sido conferidas. Si se sacan la supremacía constitucional y el principio de legalidad del juego democrático, se decreta a muerte el Estado de Derecho; si el poder no tiene límites, el Derecho Público carece de objeto y el Derecho Constitucional sólo tendrá sentido en el marco del estudio del Derecho Comparado.

Por el contrario, es necesaria la acotación de que esa exigencia constitucional, de que la suspensión del ejercicio de los derechos políticos sólo procede mediante sentencia judicial firme, debe entenderse necesariamente como sentencia condenatoria que recaiga en proceso penal, según lo preceptúa la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma de jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de 1999, según esta Sala ya ha reconocido, entre otras, en sentencia N° 340 de 9 de marzo de 2004. Esa misma Convención expresa, además, cuáles son esas condiciones de aptitud que puede regular el legislador en relación con el derecho fundamental al ejercicio de cargos de elección popular. Así, se lee del artículo 23 de esa Convención lo siguiente:

“1 Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

- b. De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, **o condena, por juez competente, en proceso penal**” (Subrayado añadido).

La regulación que sobre las limitaciones a los derechos políticos asumió el Constituyente de 1999 coincide, además, con la que en esta materia se asume en el Derecho comparado. Así, cuando analizan, en su tratado, la potestad sancionatoria administrativa como expresión del *ius puninedi* del Estado, los autores españoles Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ señalan:

“..., no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquéllas excede a la de éstas (es incluso lo normal respecto de las multas). Todos los esfuerzos por dotar las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. (...) **Queda, como último núcleo irreductible, un solo criterio: sólo los procesos judiciales pueden imponer penas** privativas de libertad (...) **y las privativas de otros derechos civiles y políticos**”. (Cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Séptima edición, Madrid, 2000, Tomo II, pp. 164 y 165).

Se trata, además, de la interpretación que en nuestro ordenamiento jurídico se ha mantenido incluso antes de la vigencia del Texto Fundamental de 1999. Mediante fallo de 11 de agosto de 1998, la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia declaró la inadmisión de la solicitud que se le planteó en el sentido de que “*declare ‘la nulidad del acto del Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se aceptó la postulación del ciudadano HUGO CHAVEZ FRÍAS como candidato para el cargo de Presidente de la República de Venezuela’*”, para lo cual el Pleno sostuvo que “... visto que de acuerdo con el artículo 1° de la Enmienda n.° 1 de la Constitución de la República, en que se fundamenta la solicitud, no se llenan en este caso las exigencias contempladas en dicho Texto, por cuanto es público y notorio que el ciudadano Hugo Chávez Frías *no ha sido condenado por sentencia definitivamente firme por ningún Tribunal de la República...*” (Subrayado añadido).

Lo anterior abunda, entonces, en la inconstitucionalidad parcial del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en lo que se refiere a las sanciones de suspensión y destitución respecto de funcionarios electos mediante el ejercicio del sufragio y, asimismo, en lo que se refiere a la sanción de inhabilitación política *de cualquier funcionario*, pues si se tratase de un funcionario electo popularmente, la sanción injuriaría el artículo 42 constitucional respecto de su derecho fundamental al ejercicio del cargo para el cual hubiese sido elegido así como el derecho al sufragio de quienes lo eligieron, y si se tratase de la inhabilitación política de funcionarios no elegidos de manera popular, la sanción de inhabilitación política implicaría un agravio a su derecho a la participación política que recogió el artículo 62 de la Constitución y el derecho al eventual desempeño de cargos de elección popular que reconoce el artículo 65 del Texto Fundamental. A la luz de la letra del artículo 42 constitucional, debe señalarse que la norma prohíbe la suspensión del goce y no sólo del ejercicio de los derechos de contenido político; en consecuencia, aunque el sancionado no fuese, al momento de la sanción, candidato a cargos de elección popular, su inhabilitación política resultaría inconstitucional.

En sintonía con las disposiciones constitucionales que se analizaron, el artículo 285.5 de la Carta Magna establece, entre las atribuciones del Ministerio Público: “*Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones*”.

El término jurídico “acción” tiene, sin lugar a dudas, una connotación judicial, en virtud de que es el derecho de acceso a los tribunales para que sea declarado el derecho (*iurisdictio*); es, en las muy sencillas palabras de la Real Academia de la Lengua Española: “*Ver. Derecho que se tiene a pedir una cosa en juicio*” (*Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. 1992).

Así, esta atribución del Ministerio Público, en el marco del sistema, de normas que se comenta, refuerza la conclusión que se explicó respecto a la expresa voluntad del constituyente con relación a las limitaciones a los derechos políticos de los ciudadanos en general y de los funcionarios públicos en particular.

En consecuencia, quien disiente considera que es inconstitucional, tal como se dispuso en los precedentes que antes se citaron, la sanción de destitución de funcionarios electos popularmente que recoge el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y, asimismo, se agrega en esta oportunidad, *son inconstitucionales las sanciones administrativas de suspensión respecto de los funcionarios de elección popular y la sanción administrativa de inhabilitación política respecto de cualquier funcionario público*, ambas recogidas también en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, pues se trata de limitaciones al ejercicio de derechos políticos mediante la imposición de sanciones administrativas, lo que contradice abiertamente la letra de los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

3. Por último, se observa que el veredicto antecedente, luego de la desestimación de la pretensión de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, señaló que “*la Sala se declara incompetente para conocer de los recursos de nulidad incoados contra los actos administrativos dictados por el Contralor General de la República*”, pues la competencia de la Sala para la anulación de tales actos administrativos se limita al análisis del vicio de ausencia de base legal de los mismos, vicio que no se verificó –para la mayoría– en este caso.

Quien disiente comparte el criterio que sostuvo el acto jurisdiccional en el sentido de que la posibilidad acumulación de la pretensión de nulidad de un acto administrativo a la de nulidad del acto legal que le sirve de fundamento, procede en la medida en que el motivo de impugnación que se planteó respecto del acto administrativo sea el vicio de ausencia de base legal, lo que, además, es jurisprudencia de esta Sala como lo demuestran los precedentes N° 2193/03, N° 2706/03, N° 2794/05 y N° 1452/04, entre otras.

No obstante, en lo que se discrepa es en que la declaratoria de incompetencia de la Sala implica forzosamente la declinatoria al órgano jurisdiccional con competencia para el conocimiento del asunto, en este caso la Sala Político-Administrativa, pues lo contrario sería la ausencia de control jurisdiccional de tales actos, ante la ya evidente extinción de los plazos de caducidad para la interposición de una demanda de nulidad en contra de tales actos administrativos ante dicha Sala. En consecuencia, la demanda de autos ha debido ser declarada con lugar, con inclusión, por vía de consecuencia, de la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares cuya declaratoria de nulidad también se pretendía, por ausencia de base legal. Asimismo, puesto que se optó por la desestimatoria de la pretensión de nulidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, este juzgador debió declinar en la Sala Político-Administrativa el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que también fueron objeto de impugnación.

Queda así expresado el criterio del magistrado que rinde este voto salvado.

TSJ-SPA (0947)

12-8-2008

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Enrique Mendoza D'Ascoli vs. Contraloría General de la República.

Las medidas de suspensión sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, viene precedida de un procedimiento, por lo que es dable afirmar que la relación entre la decisión de responsabilidad administrativa y las medidas disciplinarias en cuestión es de causa y efecto; de allí que el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa es el procedimiento que motiva las sanciones disciplinarias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

En lo relativo al argumento de la parte actora conforme al cual afirma la existencia de jurisprudencia de este Máximo Tribunal que orientan a establecer el cumplimiento de los presupuestos necesarios para otorgar la medida cautelar solicitada, se observa:

Como ya se precisó en este fallo, la procedencia de la medida cautelar de suspensión de efectos establecida en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de la República Bolivariana de Venezuela, exige la concurrencia en el caso concreto de los requisitos relativos al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, “*teniendo en cuenta las circunstancias del caso*”. Ahora, la situación jurídico fáctica sobre la cual recayó decisión cautelar de suspensión de efectos de fecha 2 de mayo de 1991 (caso *Hildo Hernández*), dictada por la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, es sustancialmente disímil a la del presente asunto, ya que no está de modo alguno referida a la aplicabilidad, alcances y efectos de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas establecida en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que se produce como consecuencia de la previa declaratoria de responsabilidad administrativa.

En tal sentido cabe destacar, como esa misma decisión lo expresó, que la protección anticipada otorgada en esa situación respondía a “las circunstancias del caso”, que como se vio inmediatamente antes, no son análogas a la presente. Razonamientos que conducen a concluir, que dicho antecedente en nada obra a favor de la pretensión del recurrente de suspensión de efectos del acto impugnado.

En cuanto a las decisiones N° 1420 del 27 de julio de 2004 y 1116 del 29 de mayo de 2006, dictadas ambas por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, conforme a las cuales, a propósito del amparo cautelar solicitado en el recurso de nulidad ejercido contra el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se suspendió la aplicación de esa norma “*respecto de los recurrentes, en el marco del caso concreto que se planteó (...) hasta cuando se sentencie la pretensión principal de nulidad*”; si bien guardan aspectos sustantivamente vinculados con el presente, particularmente los referentes a los presupuestos causales, manera de aplicabilidad (desde su ámbito procedimental), y efectos que produce la sanción de inhabilitación establecida en el mencionado artículo; es preciso desestimar definitivamente, en la actualidad, que orientan a otorgar la cautela solicitada a favor del ciudadano Enrique Mendoza D'Ascoli, toda vez que por decisión de reciente data, a saber, la N° 1265 del 5 de agosto de 2008 (Exp. N° 05-1853), la misma Sala Constitucional estableció categóricamente el carácter constitucional de ese precepto normativo, por considerar, entre otros aspectos, que:

(i) El procedimiento administrativo llevado por la Contraloría General de la República para el establecimiento de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos

investigados, comprende tres etapas que garantizan el derecho a la defensa y el debido proceso de los imputados administrativamente; guardando así plena y efectiva compatibilidad con lo previsto en el artículo 49 constitucional.

(ii) El artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no puede reputarse como una norma penal en blanco debido a que la garantía de la tipicidad está plenamente satisfecha, en virtud de que el propio texto legal cuestionado prevé los hechos y conductas acreedoras de sanciones.

(iii) La Contraloría General de la República no debe desarrollar otro procedimiento adicional para la imposición de las sanciones accesorias como la inhabilitación, esto debido a que, con el sano desarrollo del procedimiento principal -tendente a la comprobación de la responsabilidad administrativa del imputado- se garantizan los derechos que asisten a los funcionarios públicos cuestionados.

(iv) No se ve tampoco afectado el principio *non bis in idem*, ya que no se trata de juzgar a un sujeto en más de una oportunidad por una misma conducta, sino de establecer una pena accesoria como consecuencia de una sanción impuesta por un solo hecho, cuestión plenamente avalada constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico.

Valga acotar, que lo proferido por la Sala Constitucional en la comentada decisión se compadece perfectamente con lo que esta Sala Política-Administrativa ha venido sosteniendo pacífica y reiteradamente con relación a los alcances del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en las sentencias siguientes: N° 00868 del 21-07-04; N° 00217 del 07-02-07; 00738 del 17-05-07; N° 00808 del 30-05-07; N° 01383 del 01-08-07; N° 00595 del 14-05-08; y 00742 del 19-06-08, entre otras; de cuyo contenido se desprende que:

(i) La imposición de las sanciones disciplinarias a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, requiere como único presupuesto la declaratoria de responsabilidad administrativa. Es decir, dichas sanciones, aparte de la pecuniaria, son consecuencias jurídicas que, según la Ley, derivan de la declaratoria de responsabilidad administrativa, “*sin que medie ningún otro procedimiento*”, porque se erigen como actos-consecuencias, que resultan de un procedimiento o *iter* previo, preparatorio y necesario para su aplicación, el de la determinación de la responsabilidad administrativa, que es en el que se comprueba el ilícito administrativo y se determina dicha responsabilidad.

(ii) En tal sentido, las medidas de suspensión sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación a que se refiere el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, viene precedida de un procedimiento, por lo que es dable afirmar que la relación entre la decisión de responsabilidad administrativa y las medidas disciplinarias en cuestión es de causa y efecto; de allí que el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa es el procedimiento que motiva las sanciones disciplinarias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

(iii) Por virtud de lo anterior, iniciar un nuevo procedimiento administrativo para la imposición de las sanciones establecidas en dicha norma sería un contrasentido, pues además de que se iniciaría con base en los mismos hechos, se desnaturalizaría el tratamiento de la sanción como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad.

Con fundamento en lo señalado, debe esta Sala estimar que no existe presunción de buen derecho favorable al recurrente, en lo que concierne al aspecto analizado, ya que, como se ha visto, la jurisprudencia invocada por la representación judicial del actor no resulta aplicable a su favor. Así se establece.