

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Tercer Trimestre de 2009

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

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*. A. Delegación legislativa.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*. A. La garantía de igualdad ante la Ley: Principio de igualdad. 2. *Derechos Constitucionales*. A. Derechos Individuales. a. Libre desarrollo de la personalidad. Libertad de Elección. B. Derecho de petición y a obtener oportuna y adecuada respuesta: Alcance. 3. *Derechos Sociales y de las Familias*. A. Derecho a la seguridad social: Pensiones por vejez y por invalidez (sobrevivientes). 4. *Derechos Laborales: Protección (solvencia laboral)*.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen de la Administración Pública: Potestad sancionatoria: reserva legal*.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Libertad Económica: Intervención Estatal en la Actividad Financiera*. 2. *Derechos Económicos: Derecho de propiedad (propiedad de los activos de las sociedades de intermediación financiera)*. 3. *Régimen de las Instituciones Bancarias y Financieras*. 4. *Intervención Estatal en la Actividad Financiera. Propiedad Privada (violación a los entes financieros)*.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Tributos*. A. Contribuciones especiales: Contribución al Fondo de Ahorro Obligatorio de vivienda (Base imponible).

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*. A. Consulta popular en la elaboración de normas de aplicación general. B. Derecho de los administrados: Derecho a la defensa. C. Principio de Buena Fe. Noción. 2. *Reglamentos*. A. Potestad Reglamentaria. a. Límites: Reserva legal. 3. *Actos Administrativos*. A. Vicios en la base legal. B. Vicios en la causa: Falso Supuesto de Derecho.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Legitimación activa: Impugnación de actos administrativos de efectos generales. B. Procedimiento. a. Cartel de emplazamiento (desistimiento tácito). C. Sentencia: Consulta obligatoria (sentencia contraria a los intereses de la República). 2. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. El Contencioso Administrativo Tributario: Competencia. B. El Contencioso Administrativo Funcionario: Lاپso de caducidad.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de inconstitucionalidad*. Objeto: *Leyes derogadas*. 2. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Competencia en materia de amparo contra sentencias en materia expropiatoria (Modificación de criterio). B. Admisibilidad: Legitimación. Representación. C. Carácter extraordinario de la acción.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*A. *Delegación legislativa*

TSJ-SC (1178)

13- 8-2009

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Impugnación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

La delegación legislativa, cuando opera correctamente, no implica una transferencia del poder legislativo hacia la Administración, sino una técnica de colaboración entre los órganos del Poder Público. Lo esencial es que esta delegación se produzca para casos determinados, sin afectar a la reserva legal, evitando incurrir en remisiones genéricas y no delimitadas a favor de la Administración. En este sentido, la norma contenida en el artículo 187 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras no constituye una deslegalización, toda vez que establece los lineamientos sobre los cuales debe actuar la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, así como no existe vacío legal que le permita al ente administrativo una regulación desvinculada de los parámetros fijados por la Ley.

El accionante alega que el cardinal 7 del artículo 185 del Decreto Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos prohíbe otorgar «*créditos de cualquier clase a personas vinculadas directa o indirectamente entre sí, por cantidades que excedan en su totalidad del veinte (20%) del patrimonio del banco, entidad de ahorro y préstamo, o institución financiera*». Por su parte, la Procuraduría General de la República consideró que los dispositivos analizados contienen parámetros concretos que permiten a la Superintendencia de Bancos realizar modificaciones en relación con el instrumento legal, siempre que actúe dentro del ámbito de su competencia.

La norma en referencia establece los casos en que considera que las personas que solicitan créditos están vinculadas existe; pero permite a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras «*...establecer otros criterios de vinculación o modificar los porcentajes aquí establecidos, según lo previsto en este artículo*».

Así, el extracto del artículo 187 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras que se contrae a lo cuestionado en este acápite dispone lo siguiente:

“La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, mediante normas de carácter general, podrá modificar los porcentajes y montos señalados en el artículo 185 del presente Decreto Ley y ampliar los supuestos de relación”, así como “dictar normas para definir el otorgamiento directo e indirecto de créditos y calificará los créditos a personas relacionadas o vinculadas en sus distintos supuestos”. Y establecer “los apartados y provisiones que deban constituirse cuando los riesgos asumidos así lo aconsejen”. Además, finaliza señalando que “las normas aquí previstas atenderán a la finalidad de las limitaciones incluidas en el artículo 185 de este Decreto Ley, y tomarán en consideración las pautas de aceptación general aplicables en estas materias.

Al respecto, esta Sala observa que la labor de la Superintendencia de bancos debe estar caracterizada por la mayor efectividad posible, en virtud de las atribuciones que la ley le otorga. De allí surge la necesidad de dotar a este órgano de facultades que le permitan mantener y garantizar la buena marcha de la operatividad de la banca y tomar los correctivos necesarios oportunamente en ese sentido.

En el orden de ideas precedente, este Máximo Tribunal ha manifestado en la sentencia N° 825/2004 (caso: *Banco del Caribe*) lo siguiente:

En virtud de lo anterior, cuyo fundamento son los artículos 2, 19, 112, 115, 141 y 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, queda justificado el establecimiento por parte del legislador de un conjunto de sanciones y penas para evitar o castigar el incumplimiento de los deberes y obligaciones que el ordenamiento jurídico establece en cabeza de las personas dedicadas a la intermediación financieras, y, en el mismo sentido, queda legitimada la atribución por ley al ente administrativo supervisor y regulador del sector económico examinado, de las respectivas competencias y la potestad para sancionar, previa sustanciación del debido procedimiento administrativo, aquellas conductas de los sujetos que efectúan la señalada actividad económica que constituyan una violación o un incumplimiento de cualquiera de los deberes y obligaciones que el Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, así como la restante normativa legal y sub-legal le impongan, sin que pueda estimarse que la previsión de medidas dirigidas a afectar o disminuir el patrimonio (propiedad) como las multas son, en sí mismas, contrarias a derechos constitucionales, como por ejemplo, el protegido por el artículo 115 de la Norma Fundamental, ya que se entiende que las mismas guardan una debida proporcionalidad (tal y como ocurre en el ámbito penal entre los delitos y la privación de libertad y entre las faltas y las multas) con respecto al daño o perjuicio sufrido por el bien jurídico tutelado, que, en el ámbito jurídico-administrativo, lo representa el interés general que, en cada caso, protege o sirve la Administración Pública

Del criterio jurisprudencial expuesto se evidencia que la atribución otorgada a la Superintendencia forma parte de la previsión legislativa que permite a la Administración colaborar con el control de la actividad económica con el fin de preservar su funcionamiento en forma adecuada. De ese modo, la posibilidad que tiene el legislador de autorizar a la Administración para modificar previsiones de orden legal, contenida en el artículo 187 del Decreto Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos, encuentra sus razones en la celeridad y en el manejo de aspectos técnicos por parte del órgano administrativo que aseguran la eficacia y la eficiencia en la labor supervisora de la actividad bancaria; sin embargo, lo expuesto no deja de lado la participación necesaria del órgano legislativo, por lo que debe entenderse en su justa medida la habilitación que el legislador le otorga al Poder Ejecutivo para coadyuvar en la creación normativa.

En efecto, la delegación legislativa, cuando opera correctamente, no implica una transferencia del poder legislativo hacia la Administración, sino una técnica de colaboración entre los órganos del Poder Público.

Lo esencial es que esta delegación se produzca para casos determinados, sin afectar a la reserva legal, evitando incurrir en remisiones genéricas y no delimitadas a favor de la Administración.

En el caso de autos, la norma establecida en el artículo 187 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras especifica que la habilitación legislativa otorgada a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras debe atender a la finalidad de las limitaciones estipuladas en el artículo 185, ampliamente tratadas a lo largo de este fallo. Asimismo, estipula que las normas dictadas por la mencionada Superintendencia deben considerar las pautas de aceptación general aplicables al tema bancario.

Igualmente, no se trata de una habilitación general o en blanco, sino que obedece a tópicos específicos. Así, la Superintendencia de Bancos está habilitada para modificar los porcentajes y montos señalados en el artículo 185 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras; esto es, por ejemplo, el porcentaje de la tenencia accionaria del capital social del ente financiero, el equivalente de la participación del total de miembros de la junta directivas, el porcentaje del capital social del banco, el porcentaje de la participación de las personas naturales en las sociedad mercantiles solicitantes de créditos, entre otros.

Asimismo, la habilitación se ciñe a la ampliación de los supuestos de relación con el ente financiero, bien sea a través de inclusión de cargos que se reputen como vinculados o bien mediante la ampliación del parentesco. De igual forma, la norma impugnada le asigna a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras la competencia para definir en qué supuestos existe otorgamiento directo e indirecto de créditos y cuáles serán los supuestos en que se calificarán los créditos a personas relacionadas o vinculadas.

De ese modo, a diferencia de lo esgrimido por los accionantes, la norma contenida en el artículo 187 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras no constituye una deslegalización, toda vez que establece los lineamientos sobre los cuales debe actuar la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, así como no existe vacío legal que le permita al ente administrativo una regulación desvinculada de los parámetros fijados por la Ley.

En definitiva, a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras le corresponde desarrollar la denominada «normativa prudencial», de acuerdo a lo señalado en la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, para supervisar, controlar y vigilar el funcionamiento del sistema financiero, con el fin de preservar la salud del sistema bancario, preservar la cartera de créditos, los niveles de liquidez, la confiabilidad de la información suministrada por las instituciones (balances, estados de ganancias y pérdidas, inventarios, etcétera) y de manera especial la confianza pública.

Como resultado de lo expuesto, esta Sala Constitucional desestima el alegato relacionado con la deslegalización presentado por el accionante mediante la acción de nulidad interpuesta. Así se declara.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*

A. *La garantía de igualdad ante la Ley: Principio de igualdad*

TSJ-SPA (1131)

29-7-2009

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Hugo Medina y Presidente de la ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS DE C.V.G. VENALUM (AJUPEVE).

Sólo existe desigualdad inconstitucional cuando, pese a la identidad de una situación, el derecho prevé soluciones distintas que no encuentran justificación.

Las normas citadas evidencian la existencia de leyes nacionales (Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo y Ley del Seguro Social) que amparan a los sobrevivientes de un pensionado por invalidez o por vejez; no obstante, la causación de las referidas pensiones supone el cumplimiento de requisitos diferentes para supuestos también diferentes.

De sus contenidos se colige que los requisitos para obtener la pensión por vejez son: el cumplimiento de una determinada edad y la acreditación de un número mínimo de cotizaciones; en cambio, para el otorgamiento de la pensión de invalidez se requiere que el trabajador hubiese sufrido un accidente o enfermedad profesional, que comporte para él pérdida de su capacidad para el desempeño de su labor, es decir, se refiere a situaciones distintas, reguladas en forma diferente y cuyas consecuencias son igualmente diversas.

Lo anterior viene al caso porque los recurrentes alegan que la situación del jubilado y el pensionado es “parecida”, porque “*de hecho las nóminas y las asociaciones que los agrupan, en especial la que intenta este recurso lleva por nombre ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS*”, y sería -en su opinión- “*discriminatorio que los sobrevivientes de los jubilados sólo sean acreedores de la pensión de sobrevivientes, no corriendo igual suerte los sobrevivientes del beneficiario de pensión de invalidez*”.

Al respecto, este Máximo Tribunal ha manifestado que “*...sólo existe desigualdad inconstitucional cuando, pese a la identidad de una situación, el derecho prevé soluciones distintas que no encuentran justificación...*” (vid. sentencia de la Sala Constitucional N° 1452 del 3/08/2004). En similares términos se ha pronunciado esta Sala al expresar que “*sólo puede advertirse un trato discriminatorio en aquellos casos en los cuales se compruebe que frente a circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se ha manifestado un tratamiento desigual*” (vid. Sentencias de esta Sala números 01450, 00526 y 00004 de fechas 7 de junio de 2006, 11 de abril de 2007 y 14 de enero de 2009, respectivamente).

No sucede así en el caso de autos, pues no existen soluciones distintas para casos iguales. En efecto, los recurrentes comparan la situación de los jubilados con la de los pensionados por incapacidad permanente, por el hecho de conformar un gremio y una misma nómina; no obstante, ni del criterio de agrupación alegado, ni del análisis de los cuerpos normativos referidos dimana tal igualdad.

La jubilación está referida al cumplimiento concurrente de los requisitos mínimos de edad, años de servicio y número de cotizaciones aportadas por el trabajador, lo que indica un desempeño laboral prolongado, no comportando tal situación, necesariamente, la pérdida de capacidad para seguir realizando un trabajo; en cambio, la pensión por invalidez implica

siempre una merma permanente de la capacidad para trabajar, debido a una enfermedad ocupacional o accidente laboral. En consecuencia, resulta improcedente la denuncia de violación al principio de igualdad. Así se decide.

TSJ-SC (1178)

13- 8-2009

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan.

Caso: Impugnación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

La norma contenida en el artículo 185 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras que restringe a los empleados, gerentes, administradores, socios y accionistas de las instituciones financieras contratar con el ente al que prestan sus servicios o con el que están vinculados. No viola el derecho a la igualdad.

Aunado a lo anterior, el accionante denunció que la normativa impugnada viola el derecho a la igualdad, mediante las restricciones establecidas para la concesión de créditos, operaciones de compra venta o adquisición de bienes, según lo dispuesto en el artículo 185 de la legislación demandada.

Al respecto, la parte actora consideró que la normativa impugnada crea desigualdad para el caso de personas que puedan reunir los requisitos exigidos al momento de solicitar un crédito; pero que por razones derivadas de vínculos de afinidad o de consanguinidad, resulten excluidas en virtud de la relación existente sin que sea considerada su capacidad económica y las demás exigencias.

Por su parte, la representación de la Procuraduría General de la República consideró que los entes financieros pueden contratar sin las limitaciones impugnadas con una gran cantidad de personas, pues los afectados por las restricciones se reducen a un grupo, es decir quienes tienen vínculos con ellos y por lo tanto tal restricción no resultaría inconstitucional.

También señaló la Procuraduría que aparte del grupo de personas indicado en los supuestos de hecho de la normativa impugnada, también existe otro grupo de personas mayoritario, con el que puede interactuar el sector bancario y ofrecerle los servicios de intermediación financiera, sin que ello conlleve a la violación de la normativa en referencia.

En ese orden de ideas se debe referir que el derecho a la igualdad, contemplado en el artículo 21 constitucional, ha sido interpretado por esta Sala en reiteradas oportunidades. En todas ellas, ha señalado que el derecho a la igualdad exige dar el mismo trato sólo a aquellos que se encuentren en idéntica o semejante situación, pues dicho derecho admite diferencias legítimas respecto de quienes no se hallen en una situación análoga, sin que en modo alguno ello implica discriminación (*vid.* Sent. N° 972/2006, caso: *Julián Isaías Rodríguez Díaz*).

En el caso de autos la norma contenida en el artículo 185 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras restringe a los empleados, gerentes, administradores, socios y accionistas de las instituciones financieras contratar con el ente al que prestan sus servicios o con el que están vinculados. De ese modo, es la propia especificidad de los destinatarios de tal restricción la que da cuenta de que la vinculación con el ente financiero los distingue del resto de los usuarios del sistema bancario, vinculación que si no fuese por la restricción impugnada pudiera dar cabida a prebendas o privilegios no aceptables con motivo del requerimiento de un crédito que los favorezca.

Por otra parte, no se trata de una prohibición que obedezca únicamente a la finalidad de garantizar la igualdad en el otorgamiento de créditos. La Sala llama nuevamente la atención sobre las crisis financieras y en particular los problemas surgidos en los pasados años 1994 y 1995, que se debieron en buena medida a la concesión de créditos a personas relacionadas con el banco o ente similar sin atender los criterios normalmente exigidos, siendo la recuperación de tales créditos difícil o imposible, aunque sigue siendo un objetivo que ha pretendido ser alcanzado por esta Sala en beneficio de los ahorristas, tal como se desprende del fallo N° 1107/2008 (caso: *CORPBANCA*), en los siguientes términos:

Bajo ese marco conceptual, en el cual el juez debe en su labor de aplicación de los principios constitucionales y de los criterios vinculantes de esta Sala, a los fines de adecuar el ordenamiento jurídico a las exigencias sociales y la realidad del sistema financiero, es que debe abordarse el análisis de la sentencia objeto de revisión.

En tal sentido, se advierte que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, declaró sin lugar la demanda que por cobro de bolívares ejercieron un grupo de ahorristas -entre ellos los hoy solicitantes de la revisión- contra el Banco Consolidado, C.A., fundamentado en el hecho que el Banco Consolidado Aruba N.V. era una sociedad extranjera cuya sede era la Isla de Aruba, Antillas Neerlandesas, siendo que no quedó evidenciado -a su decir- que dicho Banco tuviese agencia, sucursal ni explotación en Venezuela, por lo cual no resultaba aplicable la consecuencia jurídica establecida en el artículo 357 del Código de Comercio.

Como se señaló anteriormente, las formas y negocios jurídicos bajo los cuales se concibió el Código de Comercio vigente, responden a una estructura comercial, financiera y bursátil que dista diametralmente a las realidades y negocios que en la actualidad desarrollan los agentes económicos en esos mercados, por lo que su interpretación debe administrarse al contenido de otras regulaciones vigentes que permitan determinar el alcance de la pertenencia de una persona jurídica a un grupo financiero o económico, a los fines de evitar que mediante figuras jurídicas económicas o contables se eludan previsiones de orden público de rango legal que desarrollan el contenido del principio de justicia social que debe encontrarse en el desarrollo de cualquier actividad económica.

Por otra parte, la Sala advierte que no se trata de restricciones absolutas, en virtud de que las normas impugnadas contienen excepciones a las propias restricciones establecidas. Tal es el caso de créditos para la adquisición de vivienda principal, solicitudes de préstamo respaldadas con las prestaciones sociales del trabajador, empréstitos otorgados en virtud de programas generales de crédito concedidos a dicho personal, para cubrir necesidades razonables, entendiéndose como tales, aquellos créditos o financiamientos orientados a cubrir gastos de subsistencia o mejoras, dentro de los límites económicos del grupo a ser beneficiario, tales como la adquisición o reparación de vehículos, gastos médicos, créditos para estudio o similares.

Al ser ello así, las restricciones y prohibiciones contempladas en el artículo 185 no resultan inconstitucionales, ya que las mismas están dirigidas a garantizar el mayor grado de transparencia en las operaciones de crédito, y por otra parte permiten proteger la salud de la cartera crediticia de las instituciones bancarias, al regularse el otorgamiento de créditos por ser un aspecto muy sensible de la intermediación financiera.

Con base en los argumentos expuestos, esta Sala Constitucional desestima el alegato relacionado con la violación a la igualdad, presentado por el accionante mediante la acción de nulidad interpuesta. Así se declara.

2. *Derechos Constitucionales*

A. *Derechos Individuales*

a. *Libre desarrollo de la personalidad: Libertad de Elección*

TSJ-SC (1178)

13-8-2009

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Impugnación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

La libertad de elección, como parte integrante del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, se vería trastroncada si: a) la limitación es injustificada; y b) le impide al ciudadano aplicar por otras opciones. (En el caso de la norma contenida en el artículo 185 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras la única limitación que radica de la norma es la de aplicar para el crédito con el ente financiero al cual se está vinculado).

A juicio del accionante las interdicciones contenidas en la normativa denunciada limitan el derecho de libertad de elección de los usuarios, debido a los supuestos normativos que prohíben el otorgamiento de créditos. Así, un grupo de interesados estaría impedido, aparentemente sin razón alguna, de solicitar los servicios de aquellas entidades financieras con las que pueda tener alguno de los vínculos a que se refiere la norma denunciada.

En cambio, para la Procuraduría General de la República tal restricción no constituye una violación al orden constitucional, puesto que el mercado financiero venezolano dispone de suficientes entidades bancarias que pueden otorgar préstamos a las personas vinculadas por razones de consanguinidad o afinidad con ciertos bancos.

Al respecto, la Sala es conteste con lo alegado por la Procuraduría General de la República, en el sentido de que la restricción de la libertad de elección no comporta lesión a derecho constitucional alguno, pues, los presidentes, vicepresidentes, directores, consejeros, asesores, gerentes de área, secretarios de la junta directiva, y demás personas próximas al ente financiero siempre cuentan con la opción de acudir al mercado financiero, que ofrece multiplicidad de opciones, para solicitar préstamos.

La libertad de elección, como parte integrante del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, se vería trastroncada si: a) la limitación es injustificada; y b) le impide al ciudadano aplicar por otras opciones. En el caso de la norma contenida en el artículo 185 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras la única limitación que radica de la norma es la de aplicar para el crédito con el ente financiero al cual se está vinculado. Siendo ello así, en criterio de la Sala la prohibición satisface los extremos requeridos para reputar como válida la restricción a la libertad de elección, pues, por una parte, tal como se ha sostenido a lo largo de este fallo, la prohibición está justificada por la conservación y buen funcionamiento interno de las organizaciones bancarias; y por la otra, no le niega a sus destinatarios la opción de elegir entre el resto de las opciones que le ofrece el mercado financiero, ya que el personal de los entes financieros y las personas próximas a éstos están advertidos de no celebrar operaciones de crédito o de compra venta **sólo con el banco con el cual están vinculados.**

Por otra parte, las disposiciones legales bajo análisis persiguen el mantenimiento de las condiciones de igualdad para quienes requieren de los servicios de la banca, todo ello con el

fin de preservar la transparencia de las operaciones de intermediación financiera, procurando en todo momento que no surjan ventajas o privilegios en cabeza de las personas relacionadas con las entidades financieras.

Con base en los argumentos expuestos, esta Sala Constitucional desestima el alegato relacionado con la violación al derecho de elección del los particulares, presentado por el accionante mediante la acción de nulidad interpuesta. Así se declara.

B. *Derecho de petición y a obtener oportuna y adecuada respuesta: Alcance*

TSJ-SPA (SACC) (1254)

12-8-2009

Magistrado Ponente: Evelyn Margarita Marrero Ortiz

Caso: René Molina Galicia y Lourdes D. Yajaira Yrureta Ortíz vs. Consejo Moral Republicano.

La respuesta dada por la Administración debe ser, en primer lugar, oportuna en el tiempo, es decir, que la misma no resulte inoficiosa debido al largo transcurso desde la petición formulada hasta la respuesta obtenida; y, en segundo lugar, la respuesta debe ser adecuadamente motivada de acuerdo a las diversas pretensiones solicitadas por el administrado, esto es, debe contener una congruente decisión de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas planteadas en el caso concreto de que se trate.

.....Por otra parte, denuncia la parte actora que el Consejo Moral Republicano violó el derecho a obtener oportuna y adecuada respuesta, pues no sustanció ni decidió en once meses la denuncia por ellos presentada.

Al respecto, resulta necesario traer a colación el contenido del artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone lo que sigue:

“Artículo 51.- Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo”.

La norma transcrita contempla el derecho que tiene todo ciudadano de presentar solicitudes ante cualquier autoridad o funcionario público, y de recibir respuesta oportuna y adecuada sobre los asuntos que sean de la competencia del funcionario ante el cual peticionan.

Con relación al aludido derecho, la Sala Político Administrativa ha señalado en diversas ocasiones, que sólo puede hablarse de violación al derecho de petición cuando la Administración tiene la obligación de pronunciarse sobre un asunto que le ha sido planteado por los administrados y se niega a hacerlo. Asimismo, ha establecido reiteradamente la Sala que cuando la Administración se pronuncia sobre la solicitud formulada por el particular en forma que le es desfavorable, no puede hablarse de violación al derecho de petición, ya que el mismo constituye un derecho a obtener oportuna y adecuada respuesta y no el derecho a conseguir un pronunciamiento que le sea favorable (*Vid.* Sentencia N° 00402 del 29 de abril de 2004, entre otras).

Ahora bien, de lo antes expuesto no debe afirmarse que la respuesta de la Administración deba ser favorable para el administrado, sino que la respuesta dada por la Administración debe ser, en primer lugar, oportuna en el tiempo, es decir, que la misma no resulte inoficiosa debido al largo transcurso desde la petición formulada hasta la respuesta obtenida; y, en

segundo lugar, la respuesta debe ser adecuadamente motivada de acuerdo a las diversas pre-tensiones solicitadas por el administrado, esto es, debe contener una congruente decisión de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas planteadas en el caso concreto de que se trate.

En conexión con lo anterior, la Sala Constitucional, en sentencia N° 458 de fecha 8 de abril de 2005, señaló lo siguiente:

“(...) la violación al derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta, se configura cuando se niega al individuo la posibilidad material de hacer llegar sus peticiones a la autoridad, bien porque se resista a admitir las peticiones, bien porque las rechace in limine, sin examen alguno, o bien porque las deje indefinidamente sin respuesta.

Por otra parte, se entiende conculcado el derecho de petición, oportuna y adecuada respuesta, cuando la Administración, si bien da la respuesta, la misma no ha sido dada en el tiempo previsto para ello, convirtiéndose para el momento en que se dicta en inoportuna, o bien cuando la respuesta dada es impertinente e inadecuada, esto es, que no se ajusta a los parámetros a los cuales debió sujetarse”.

En el caso bajo examen, de la revisión de las actas que conforman el expediente se evidencia que, efectivamente, el Consejo Moral Republicano, por intermedio de su Presidente, analizó la denuncia presentada por los abogados René Molina Galicia y Lourdes del Valle Yajaira Yrureta Ortiz, contra los Magistrados de la Sala Político Administrativa, Levis Ignacio Zerpa, Yolanda Jaimés Guerrero y Hadel Mostafá Paolini, la cual fue declarada inadmisibles; decisión que constituye el acto administrativo ahora impugnado en este proceso; razón por la cual mal puede alegar la parte actora que el Consejo Moral Republicano no dio respuesta a la denuncia planteada. Así se declara.

3. *Derechos Sociales y de las Familias*

A. *Derecho a la seguridad social: Pensiones por vejez y por invalidez (sobrevivientes)*

TSJ-SPA (1131)

29-7-2009

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Hugo Medina y Presidente de la ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS DE C.V.G. VENALUM (AJUPEVE).

La Constitución no establece distinción alguna en cuanto a los sobrevivientes de los pensionados por vejez o por invalidez. Por esta razón, la Sala Político Administrativa anuló el artículo 23 del Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios que establecía que “la muerte de un beneficiario de una pensión de invalidez no causará pensión de sobrevivientes”.

Véase: Página 108 de esta *Revista*

4. *Derechos Laborales: Protección (solvencia laboral)*

TSJ- SPA (1006)

8-7-2009

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Asociación Civil Confederación Venezolana de Industriales (CO-NINDUSTRIA).

La Administración a través de la solvencia laboral pretende asegurar el cumplimiento y efectividad de un aspecto medular de la normativa laboral, concretamente, de los derechos laborales consagrados en los artículos 87 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en la ley orgánica que rige la materia, ya que dicho documento certifica que el patrono o patrona efectivamente respeta los derechos humanos laborales y sindicales de sus trabajadores y trabajadoras.

Fundamentaron la presente denuncia aduciendo que mediante el Decreto N° 4.248 el Ejecutivo Nacional ha creado sanciones administrativas, a través de las cuales se pueden revocar las solvencias laborales, es decir, actos administrativos que afectan derechos subjetivos, al impedir el pleno y total ejercicio de la libertad económica, “y ello se ha hecho sin contar con la más mínima tipificación legal y en forma claramente desproporcionada, vaga e imprecisa”.

En ese orden de ideas, además señalaron que las “sanciones” consagradas en el artículo 4 del acto recurrido desconocen el derecho fundamental previsto en el artículo 49 numeral 6 del Texto Constitucional, según el cual “ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”.

Al respecto, esta Sala debe, por una parte, ratificar lo expuesto precedentemente en el presente fallo en cuanto a que en la sentencia N° 417 de fecha 1° de abril de 2009, dictada por este Órgano Jurisdiccional, ya se declaró que el Presidente de la República con el Decreto N° 4.248 no transgredió el principio de la reserva legal ni incurrió en el vicio de usurpación de funciones, y por la otra, en complemento a lo anterior y específicamente circunscribiéndonos a la denuncia bajo análisis, que no se está en presencia del ejercicio por parte del Estado del *ius puniendi* o derecho sancionador, sino del establecimiento de determinado requisito, a suerte de habilitación, autorización o certificación, en ejecución de la potestades reguladora y fiscalizadora, con fundamento en las atribuciones conferidas expresamente tanto por la Constitución como por las leyes, para reglamentar estas últimas; el cual en definitiva se ha implementado para asegurar el acatamiento, respeto u obediencia por parte de los patronos de los derechos laborales y sindicales de los trabajadores y trabajadoras.

En efecto, en este caso se trata de un acto dictado por el Ejecutivo Nacional de naturaleza reglamentaria y, por ende, de efectos generales, que tiene su basamento en disposiciones constitucionales y legales, cuya concreta ejecución y aplicación se persigue a través del contenido del decreto en referencia.

Así, la Administración a través de la solvencia laboral pretende asegurar el cumplimiento y efectividad de un aspecto medular de la normativa laboral, concretamente, de los derechos laborales consagrados en los artículos 87 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en la ley orgánica que rige la materia, ya que dicho documento certifica que el patrono o patrona efectivamente respeta los derechos humanos laborales y sindicales de sus trabajadores y trabajadoras.

En este orden de ideas, se advierte que el empleo de la potestad rescisoria de la Inspección del Trabajo responde a la pérdida sobrevenida, por parte del solicitante del documento administrativo denominado “*solvencia laboral*”, de una condición o requisito necesario para su emanación y conservación, como lo es, el respeto efectivo de los derechos humanos laborales y sindicales, cuya manifestación se concreta en los supuestos de hecho contenidos en el artículo 4 del proveimiento impugnado, entre los cuales cabe destacar: (i) la negativa de cumplir la providencia administrativa o cautelar de reenganche y pago de salarios caídos; (ii)

el no cumplimiento oportuno de las cotizaciones y demás aportes del Sistema de Seguridad Social; y (iv) el menoscabo de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, voluntaria o de huelga.

El incumplimiento de las identificadas obligaciones y deberes, que sí están tipificadas como sanciones en leyes especiales, constituye uno de los presupuestos para denegar o revocar el identificado documento administrativo, pero esto último, no con carácter sancionatorio, sino como estricta consecuencia de no cumplirse con los requisitos para su obtención, o para dejarla sin efecto, en caso que previamente se haya concedido dicha solvencia, si la inobservancia es sobrevenida.

De allí, que la Inspectoría del Trabajo tiene la obligación de no aprobar o revocar, según el caso, esa certificación laboral a aquellas empresas que se encuentren al margen de la legalidad al no acatar los compromisos laborales derivados de la normativa consagrada, entre otras, en la Ley Orgánica del Trabajo; abstracción hecha que por esas mismas transgresiones del patrono éstos puedan ser objeto de las sanciones de naturaleza administrativa, civil o penal establecidas, entre otras, en la Ley Orgánica del Trabajo y en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

De tal manera, que siendo la revocatoria de la solvencia laboral una medida administrativa que ejerce el Estado en ejercicio de sus potestades reguladora y fiscalizadora -mas no sancionadora- imprescindible para la tutela del interés público que representa la dignificación del trabajo como un hecho social, esta Sala debe declarar improcedente la denuncia bajo análisis. Así se declara.

(...)

Al respecto expresaron que los márgenes de discrecionalidad que deja abierto el artículo 4 del Decreto N° 4.248 “*son sencillamente incompatibles e insuficientes con las garantías que requiere la protección del derecho fundamental a la libertad económica*”.

Este Órgano Jurisdiccional constata que cursa a los folios 103 al 106 del expediente judicial el acto administrativo impugnado, en el cual se lee expresamente lo siguiente:

“Artículo 4º. La solicitud de solvencia laboral será presentada por los patronos o patronas ante la Inspectoría del Trabajo competente y tendrá una vigencia de un (1) año. El Inspector del Trabajo negará o revocará la solvencia laboral cuando el patrono o patrona:

- a) Incumpla una Resolución del Ministro o Ministra del Trabajo o cualquier otro acto o decisión dictada por éste o ésta en el ámbito de sus competencias;*
- b) Se niegue a cumplir efectivamente la providencia administrativa o cautelar de reenganche y pago de salarios caídos, así como cualquier otra orden o decisión que dicte la Inspectoría del Trabajo en el ámbito de su competencia;*
- c) Desacate cualquier observación realizada por los funcionarios competentes en materia de supervisión e inspección del trabajo;*
- d) Incumpla cualquier observación o requerimiento dictado por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales o el Instituto Nacional de Prevención, Seguridad y Salud Laborales en el ámbito de su competencia;*
- e) Incumpla una decisión de los tribunales con competencia en materia del trabajo o la seguridad social;*
- f) No cumpla oportunamente con las cotizaciones y demás aportes al Sistema de Seguridad Social;*
- g) Menoscabe los derechos de libertad sindical, negociación colectiva voluntaria o de huelga”.*

Advierte este Órgano Jurisdiccional que en los actos discrecionales se requiere que la norma remita a una valoración que atribuya a la Administración la opción de elegir entre distintas soluciones igualmente justas, lo cual no sucede en el caso de autos.

El dispositivo cuestionado no le otorga a las Inspectorías del Trabajo un margen de discrecionalidad para revocar o negar la solvencia laboral al patrono, todo lo contrario, le impone la obligación de hacerlo una vez que verifique la existencia de cualquiera de las causales allí establecidas de manera objetiva, por lo tanto, se desestima el presente alegato y así se declara.

Por otra parte, los representantes judiciales de la actora indicaron que *“la normativa cuestionada no es proporcional frente a los fines que busca tutelar, lo que conlleva a una afectación ilegítima del derecho a la libertad económica previsto en el artículo 112 de la Constitución”*.

En este orden de ideas, sostuvieron que aun cuando el fin perseguido por el Estado al dictar el acto impugnado es legítimo, la creación de un nuevo sistema autorizatorio resulta una opción claramente exagerada, injustificada y desproporcionada para lograr los cometidos previstos en el Decreto N° 4.248.

Así, adujeron que no existen razones suficientes que justifiquen la creación de ese nuevo sistema para exigir solvencias laborales a todas las empresas regidas por la legislación laboral, cuando nuestro ordenamiento jurídico está cargado de normas legales destinadas a cumplir con los mismos fines, entre las cuales destacaron los artículos siguientes: (i) 118 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo; (ii) 639 y 642 de la Ley Orgánica del Trabajo; (iii) 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; (iv) 483 del Código Penal; y (v) 115 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social.

Ahora bien, respecto de esta denuncia la Sala observa que el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la obligación que tiene el Estado de proteger el trabajo como un hecho social, en los siguientes términos:

“El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras (...)”.

El Presidente de la República en ejercicio de la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, en atención a lo dispuesto en el artículo 236 numeral primero de la Carta Magna y, en virtud del mandato constitucional establecido en el dispositivo antes transcrito, emitió el Decreto recurrido con la finalidad de garantizar los derechos humanos laborales de los trabajadores y trabajadoras, a través de la regulación del otorgamiento, control y revocatoria de la solvencia laboral de los patronos y patronas, incluidas las asociaciones cooperativas que contraten los servicios de no asociados.

La solvencia laboral es el documento administrativo emanado del Ministerio del Trabajo que certifica que el patrono o patrona respeta efectivamente los derechos humanos laborales y sindicales de sus trabajadores y trabajadoras, el cual constituye un requisito imprescindible para celebrar contratos, convenios y acuerdos con el Estado. (*Vid.* Artículo 2 del acto impugnado).

No obstante lo anterior, la parte actora considera injustificada y desproporcionada la regulación en referencia, puesto que ya existen en nuestro ordenamiento jurídico normas destinadas a cumplir con los mismos fines perseguidos en el acto recurrido, según afirma.

Es por ello que esta Sala debe precisar si los dispositivos legales aludidos por la representación judicial de la recurrente son suficientes para garantizar los derechos laborales y sindicales de los trabajadores y trabajadoras, lo cual procede hacer a continuación:

1.- Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. Este instrumento normativo establece en el Título VIII denominado de las “*Responsabilidades y Sanciones*”, el régimen sancionatorio pecuniario aplicable a los empleadores en caso de incumplimiento de las normas legales y reglamentarias en materia de seguridad y salud laboral sujetas a su responsabilidad.

2.- La Ley Orgánica del Trabajo, en los artículos 639 y 642, establece una sanción pecuniaria a los patronos que desacaten los órdenes de reenganche definitivamente firmes de un trabajador amparado con fuero sindical y que desobedezcan la citación u orden emanada del funcionario competente del trabajo, respectivamente.

3.- La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en el artículo 31, prevé una sanción penal de seis (6) a quince (15) meses para quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el juez.

4.- El artículo 483 del Código Penal establece que: “*El que hubiere desobedecido una orden legalmente expedida por la autoridad competente o no haya observado alguna medida legalmente dictada por dicha autoridad en interés de la justicia o de la seguridad o salubridad públicas, será castigado con arresto de cinco a treinta días, o multa de veinte unidades tributarias (20 U.T.) a ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.)*”.

5.- El Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, dispone que los registradores, registradoras, notarios y notarías no deben dar curso a ninguna operación de venta, cesión, arrendamiento, donación o traspaso a cualquier título del dominio de una empresa o establecimiento si el interesado o interesada no presenta certificado de solvencia con el Sistema de Seguridad Social. De igual forma, señala que el certificado de solvencia también se exigirá a todo patrono o patrona o empresa para participar en licitaciones de cualquier índole que promuevan los órganos y entes del sector público y para hacer efectivo cualquier crédito contra éstos. (Artículo 115 *eiusdem*).

Tal como puede apreciarse, efectivamente en la legislación laboral existen un conjunto de disposiciones destinadas a regular las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social, cuyos fines específicos en los supuestos normativos antes identificados son los siguientes: (i) que el empleador cumpla las normas legales y reglamentarias en materia de seguridad y salud laboral; (ii) que se acaten los órdenes de reenganche definitivamente firmes de un trabajador amparado con fuero sindical (iii) que se obedezcan las citaciones u órdenes emanadas de funcionarios competentes del trabajo; (iv) que se dé cumplimiento a los mandamientos de amparo constitucionales independientemente de la materia de que se trate; (v) que los registradores y notarios exijan el certificado de solvencia con la seguridad social a las empresas que pretendan realizar operaciones civiles y mercantiles; y (vi) que se requiera el certificado de solvencia laboral a personas jurídicas que deseen participar en procesos licitatorios.

Esta Sala advierte que los dispositivos legales antes citados establecen sanciones administrativas y penales, cuya finalidad es castigar a quienes hayan desplegado conductas tipificadas en las leyes como una infracción.

Por su parte, en el acto recurrido el Estado consagra una medida administrativa reguladora y fiscalizadora (denegación y revocatoria de la solvencia laboral), que busca preservar los derechos humanos laborales y sindicales de los trabajadores y trabajadoras.

De modo que, con el acto impugnado se persigue la consecución de un fin más amplio que el pretendido en las precitadas leyes, como lo es, garantizar y fortalecer los derechos de los trabajadores en el marco de lo dispuesto en el artículo 89 del Texto Constitucional, y no el castigo del infractor de las normas laborales.

En concordancia con lo antes expuesto, debe esta Sala concluir que no existe una vulneración al derecho constitucional a la libertad económica denunciado como conculcado puesto que, dicha medida administrativa resulta ser legítima, proporcional y adecuada a los fines perseguidos por el Estado. Así se declara.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Régimen de la Administración Pública: Potestad sancionatoria: reserva legal

TSJ-SC (1178)

13-8-2009

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Impugnación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

...El accionante alega que los cardinales 1, 2, 3, 7, 8, 15 y 18 del artículo 185 violan la reserva legal en materia sancionatoria. En su criterio, el legislador debió atender al denominado principio de tipicidad, ya sea para una infracción o un ilícito, pues incurrió en una indeterminación del sujeto al establecer las prohibiciones para el otorgamiento de créditos y la realización de operaciones de compra venta a “*las personas relacionadas*”, lo que conlleva a un problema desde el punto de vista del aspecto subjetivo de la tipificación que incide tanto en el ámbito penal como en el administrativo.

Así, respecto del ámbito penal indicó que la aludida indeterminación de sujeto se constata en el artículo 431 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que fija la pena de prisión entre ocho (8) y diez (10) años para quienes incurran en la violación de lo dispuesto en los cardinales 1, 2, 3 y 8, del artículo 185 de dicho Decreto Ley; al igual que en el artículo 449 *eiusdem*, que plantea como pena accesoria y de aplicación automática la inhabilitación para el desempeño de cargos en bancos, entidades de ahorro y préstamo, instituciones financieras y casas de cambio, por un lapso de diez (10) años, contados a partir de la fecha del cumplimiento de la condena correspondiente.

Ya respecto del ámbito administrativo señaló que con base en esa misma indeterminación subjetiva el artículo 418 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras prevé la sanción administrativa de inhabilitación por un período de diez años, cuando se aprueben créditos a favor de las personas relacionadas entre sí o con el ente financiero contraviniendo los cardinales 7, 15 y 18 del artículo 185.

Para la parte actora las normas aludidas ponen de relieve la dificultad para la determinación exacta del sujeto y ello compromete la tipicidad, requisito esencial para la aplicación del *ius puniendi* ya sea en el campo penal o en el terreno administrativo sancionador, pues de la norma constitucional contenida en el artículo 49.6 se desprende que tanto la infracción como la sanción deben estar establecidas previamente en la ley, por lo que debe existir una descripción y una tipificación de la conducta a sancionar, así como de las personas que pueden llegar a incurrir en la conducta calificada como prohibida.

Por su parte, la Procuraduría General de la República consideró que la normativa impugnada sí determina los tipos de infracción, tanto en términos de la conducta infractora, es decir, el otorgamiento de créditos o celebración de operaciones de compra venta; como de

quiénes serían las personas responsables, esto es los sujetos activos y pasivos. Por tanto «...no hay trasgresión alguna de los principios a la reserva legal sancionatoria ni a la garantía de la tipicidad».

Reseñados los argumentos expuestos por las partes en torno a la supuesta infracción del principio de tipicidad por la norma contenida en el artículo 185 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras, cabe una advertencia inicial: aunque la norma contenida en el artículo 185 sea una norma prohibitiva no por ello es un precepto de derecho sancionatorio o penal.

En efecto, tal como se sostuvo en renglones precedentes, el artículo 185 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras delimita los derechos constitucionales de personas vinculadas a un ente financiero, o vinculadas entre sí prohibiéndole en determinados supuestos obtener un crédito con ese ente; sin embargo, la sanción administrativa y el delito que acarrea la inobservancia de tales prohibiciones se encuentran tipificados en preceptos diferentes, tal como lo aceptó la parte actora cuando trajo a colación las normas contenidas en los artículos 418, 431 y 449 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras, de suerte que es respecto de tales artículos que cabe exigir el requisito de tipicidad, y no respecto del artículo 185 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, como erradamente lo pretende la parte actora.

En ese sentido, es cierto que la norma contenida en el artículo 185 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras alude a conceptos jurídicos que se completan con las pautas fijadas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, en ejercicio de la potestad normativa asignada por el artículo 187 de la Ley en referencia, para: **i)** ampliar los supuestos de relación; **ii)** definir el otorgamiento directo e indirecto de créditos; y **iii)** calificar los créditos a personas relacionadas o vinculadas en los distintos supuestos; pero tal como se señaló en el apartado correspondiente, no se trata de una *deslegalización* sino de una norma que colma, bajo premisas técnicas, los supuestos de hecho de cada una de las normas que contiene el artículo 185 en referencia, inclusive con ocasión del reenvío explícito que realiza el artículo 431 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

Así, el artículo 431 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras contempla un delito plurisubjetivo o bilateral en el que la figura delictiva requiere de la intervención de dos personas: el que otorga el crédito y el que lo recibe. De modo que a los efectos del reenvío al artículo 185 *eiusdem*, la potestad normativa de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras se limita a completar la conformación de la conducta antijurídica.

En efecto, el artículo 431 estipula que los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un ente financiero que aprueben créditos de cualquier clase en contravención a lo previsto en los cardinales 1, 2, 3, y 8 del artículo 185 en perjuicio de la institución financiera serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años, y que con igual pena será sancionado quien solicite el crédito aun a sabiendas de las prohibiciones pautadas por la Ley. Con dicha redacción, el precepto en referencia fija el núcleo esencial del tipo delictivo, pues señala específicamente quiénes son los sujetos activos del delito y cuál es el verbo rector del hecho ilícito. El reenvío en este supuesto recae en la determinación de quiénes son las personas que tienen prohibido recibir préstamos, lo cual se precisa acudiendo a los cardinales 1, 2, 3 y 8 del artículo 185 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

Así, el cardinal 1 estipula la prohibición a los entes financieros de otorgar «*directa o indirectamente créditos de cualquier clase a sus presidentes, vice-presidentes, directores, consejeros, asesores, gerentes de área y secretarios de la junta directiva, o cargos similares,*

así como a su cónyuge separado o no de bienes y parientes dentro del cuarto (4°) grado de consanguinidad y segundo (2°) de afinidad». El cardinal 2 refiere la prohibición de los entes financieros de «Otorgar directa o indirectamente créditos de cualquier clase a sus funcionarios o empleados y a su cónyuge separado o no bienes». El cardinal 3 pauta la prohibición de «Otorgar directa o indirectamente créditos de cualquier clase a los accionistas que posean alguna de las siguientes características: / a. Tenencia accionaria equivalente a una proporción igual o superior al diez por ciento (10%) del capital social [del ente financiero]... / b. Poder de voto en la Asamblea de Accionistas en una proporción igual o superior al diez por ciento (10%) del capital social [del ente financiero]... / c. Participación equivalente a un cuarto (1/4) o más del total de miembros de la junta administradora [del ente financiero]». Finalmente, el cardinal 8 prohíbe «Otorgar directa o indirectamente, créditos de cualquier clase, a personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas al respectivo [ente financiero]»

Ahora, con base en la potestad normativa asignada a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras por el artículo 187 de la Ley respectiva, la aludida Superintendencia puede: modificar los porcentajes y montos señalados en el cardinal 3; definir cuándo existe un otorgamiento directo e indirecto de créditos en todos los supuestos; o calificar los créditos a personas relacionadas o vinculadas en el supuesto del cardinal 8. Esta potestad, visto que se limita a describir o completar quiénes son las personas que tienen prohibido recibir créditos, no altera la estructura esencial del tipo delictivo estipulado en el artículo 431 *eiusdem*, pues se ciñe a completar la determinación de la conducta punible mediante requerimientos técnicos, propios de la materia bancaria, necesarios para mantener la “salud” del sistema financiero.

En definitiva, el artículo 431 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras contiene el núcleo esencial de la prohibición, satisfaciendo la exigencia de certeza, pues crea la suficiente concreción para que la conducta calificada como delictiva quede adecuadamente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que el precepto remite, lo que como corolario implica que la suficiente concreción de la conducta calificada como delictiva se halle también frente al reenvío realizado por el artículo 449 *eiusdem*, pues dicho precepto se limita a fijar la pena accesoria de la pena principal señalada en el glosado artículo 431.

En definitiva, con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada se salvaguarda la garantía del tipo en los cardinales 1, 2, 3 y 8 del artículo 185 de la Ley de Bancos y Otras Instituciones Financieras, de cara al reenvío que a tales normas realiza los artículos 431 y 449 *eiusdem*.

Lo mismo puede decirse con ocasión del reenvío que la norma contenida en el artículo 418 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras hace a las disposiciones o instrucciones dictadas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que no son más que las disposiciones o instrucciones dictadas por esa Superintendencia con ocasión de la facultad contemplada en los distintos cardinales del artículo 185 de esa Ley.

Así, el artículo 418 estipula como ilícito administrativo el **otorgamiento indebido de créditos**. Según el precepto en referencia, «*El miembro de la junta administradora, director, administrador, o gerente de área de un banco, entidad de ahorro y préstamo u otra institución financiera que apruebe créditos o inversiones de cualquier clase en contravención a lo dispuesto en este Decreto Ley, o las disposiciones o instrucciones dictadas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (...), será sancionado con inhabilitación para el ejercicio de la actividad bancaria por un lapso de hasta diez (10) años*».

Tal como se desprende de la mencionada norma, el legislador describió de forma suficientemente precisa cuál es el ilícito administrativo. Siendo así, la remisión que hace el artículo 418 a las pautas fijadas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras encuentra cobertura constitucional y legal desde el momento en que el propio legislador, esta vez, en el artículo 187 *eiusdem*, especificó que la habilitación legislativa otorgada a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras debe atender a la finalidad de las limitaciones estipuladas en el artículo 185 *ibidem* y considerar las pautas de aceptación general aplicables al tema bancario; estando habilitada sólo para: a) modificar los porcentajes y montos señalados en el aludido artículo; b) ampliar los supuestos de relación con el ente financiero, bien sea a través de inclusión de cargos que se reputen como vinculados o bien mediante la ampliación del parentesco; y c) definir en qué supuestos existe otorgamiento directo e indirecto de créditos y cuáles serán los supuestos en que se calificarán los créditos a personas relacionadas o vinculadas. Por tanto, no se trata, como erradamente lo sostienen los accionantes, de una sanción que no cumple con el principio de tipicidad, pues la conducta sancionable está perfectamente definida en el precepto legal. Así se decide.

Desechados como han sido todos y cada uno de los argumentos vertidos en contra de las normas impugnadas, en atención a las consideraciones expuestas esta Sala declara SIN LUGAR la demanda de nulidad ejercida contra los cardinales 1, 2, 3, 7, 8, 10, 15 y 18 del artículo 185 y el artículo 187 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza del Ley N° 6.287 de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicada en la *Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela* N° 5.892, Extraordinario, del 31 de julio de 2008; que reeditan el Decreto originariamente impugnado, identificado con el N° 1.526, con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.555, Extraordinario, del 13 de noviembre de 2001.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Libertad Económica: Intervención Estatal en la Actividad Financiera.*

TSJ-SC (1178)

13-8-2009

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Impugnación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

La protección del empresario bancario o financiero, como titular de la libertad económica, no puede menoscabar la protección de los ahorristas o de quienes, en general, les proporcionan sus fuentes de recursos para sus operaciones financieras. Precisamente, ante esa relación desigual nace el deber ineludible del Estado de velar por quienes se encuentren en la situación más débil o desventajosa, que sin duda es el ahorrista o el pequeño inversor. En otras palabras, la protección del interés general (ahorristas) sobre el interés particular y minoritario (los bancos).

Denunció el accionante la infracción a la garantía constitucional de la libertad económica, ya que tanto las limitaciones al otorgamiento de créditos como la celebración de operaciones de compra venta infringen el orden constitucional, por cuanto se restringe para los bancos la posibilidad de otorgar préstamos a un número significativo de personas, en virtud de las relaciones que ellas puedan tener con las directivas de las entidades financieras, o bien la adquisición de bienes que pueden resultar de interés para el sector financiero.

Asimismo, la parte actora estimó que la violación a la libertad económica también se puede apreciar cuando las personas señaladas en los cardinales impugnados en el artículo 185 se les impide seleccionar las entidades financieras con las cuales estén relacionadas, en virtud del grado de parentesco por consanguinidad o de afinidad que puedan existir con los miembros de las juntas directivas.

Por su parte, la Procuraduría General de la República consideró que no se estaría violando la libertad económica, ya que a pesar de la limitación de las personas indicadas en la normativa denunciada, existe un número mayor de personas; a saber “millones”, a quienes la banca puede ofrecer sus servicios y celebrar válidamente operaciones de intermediación financiera, como es el caso del otorgamiento de préstamos, preservándose adicionalmente las condiciones de igualdad frente a terceros, es decir las demás personas que no tengan los vínculos objeto de limitación por la normativa impugnada.

Al respecto, este Máximo Tribunal insiste que la libertad económica no es un derecho absoluto; por el contrario, influenciado por la concepción del Estado Social de Derecho y de Justicia que consagra el Texto Fundamental, es un derecho sometido a constantes limitaciones basadas en su mayoría a impedir que se yuxtaponga al interés colectivo. Tal consideración de la libertad económica también estuvo presente en el ordenamiento jurídico venezolano bajo la égida de la Constitución de 1961, por lo que no resulta novedoso el planteamiento de las restricciones legales a la libertad económica que fijó el constituyente en el artículo 112 de la Constitución de 1999. Así lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala Constitucional mediante la decisión N° 85/2002 (caso: *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal*), en los siguientes términos:

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

Como puede apreciarse tanto la norma constitucional referida como su tratamiento jurisprudencial demuestran que la libertad económica encuentra sus restricciones o limitaciones en el contexto de la cláusula social, que caracteriza al Estado venezolano por mandato de la Carta Magna.

Advierte esta Sala Constitucional a las partes, que en el sector financiero se suscita una situación no usual en relación con el resto de la actividad económica. En efecto, los entes del mercado financiero operan en buena medida gracias a los recursos que les proporcionan los propios usuarios (paradójicamente los débiles de la relación), y por esta característica material del funcionamiento del sector se acrecienta la necesidad de regular la actividad a fin de proteger a quienes, a su vez al ser usuarios, mantienen el sistema.

Luego, estima la Sala que las operaciones de los entes regidos por la legislación financiera requieren de límites que impidan perjuicios a quienes contratando con ellos -al abrir cuentas en las que depositan dinero; celebrar operaciones financieras diversas; recibir créditos por los que pagan interés, entre otras- les permiten operar en la práctica, de tal modo que cuando una entidad dispone de manera indebida de los recursos que maneja, atenta no contra su patrimonio exclusivamente, sino también y de manera particular contra los ciudadanos, incurriendo sus directivos en presuntos delitos contra la fe pública, sin perjuicio de las demás sanciones administrativas.

Observa esta Sala que, en el libelo presentado, la parte actora prescinde del interés de los ciudadanos para centrarse en la restricción a la esfera de la propia entidad financiera y las personas que le están vinculadas. En cambio, para este Máximo Tribunal, el legislador aten-

dió a una exigencia surgida de la realidad social, determinando los medios idóneos para evitar la repetición de situaciones de graves perjuicios colectivos, lo que en definitiva hace privar los intereses colectivos sobre los individuales, presupuesto básico del Estado Social de Derecho.

A juicio de este órgano sentenciador todo lo expuesto se aprecia claramente en el caso de las entidades regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. La protección del empresario bancario o financiero, como titular de la libertad económica, no puede menoscabar la protección de los ahorristas o de quienes, en general, les proporcionan sus fuentes de recursos para sus operaciones financieras. Precisamente, ante esa relación desigual nace el deber ineludible del Estado de velar por quienes se encuentren en la situación más débil o desventajosa, que sin duda es el ahorrista o el pequeño inversor. En otras palabras, la protección del interés general (ahorristas) sobre el interés particular y minoritario (los bancos).

Estima esta Sala Constitucional que de la revisión efectuada, las limitaciones contenidas en la normativa impugnada no resultan atentatorias contra la libertad económica, por lo que se desestima tal alegato presentado por la parte actora mediante la presente acción de nulidad. Así se declara.

2. *Derechos Económicos: Derecho de propiedad (propiedad de los activos de las sociedades de intermediación financiera)*

TSJ-SC (1178)

13- 8-2009

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan.

Caso: Impugnación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

Es imposible que se lesione a los entes financieros el derecho a la propiedad sobre bienes, cuando la facultad de disposición de los bancos y otras instituciones financieras sobre los activos del sector, dentro de los cuales se incluye el dinero, se encuentra sometida a la supervisión, regulación y control por parte de las instituciones estatales responsables del mantenimiento y preservación del equilibrio del sistema financiero, en virtud de las complejas situaciones jurídicas que se derivan de la intermediación financiera.

Asimismo, adujo el accionante que mediante las prohibiciones contenidas en el artículo 185 de la Ley General de Bancos se violó el derecho de propiedad. En este sentido, expuso la consideración doctrinaria según la cual el banco se convierte en auténtico propietario de los montos depositados una vez que se produce la entrega del dinero por el depositante, razón por la cual, aduce, el Banco adquiere el *dominium* sobre las cantidades traspasadas.

Que al ser ello así, las prohibiciones contenidas en los cardinales 1, 2, 3, 8, 10 y 15 del artículo 185 de la Ley impugnada le restringen de forma excesiva a los bancos u otras entidades financieras el derecho a la propiedad, en primer término, porque les prohíbe el otorgamiento de créditos (según los cardinales 1, 2, 3 y 8); y, en segundo término, porque les prohíbe invertir el dinero en transacciones de compra venta de inmuebles (contempladas en los cardinales 10 y 15).

Al respecto, la Procuraduría General de la República señaló que las operaciones que realizan los bancos u otras entidades financieras se efectúan con dinero de los depositantes y por tanto ese dinero no es de la propiedad de los gerentes, administradores, empleados, de-

más operadores o directivos, de modo que mal podría lesionársele a ellos derecho de propiedad alguno.

Los argumentos reseñados de ambas partes respecto de quién es el propietario de los depósitos se basan en un concepto de propiedad caracterizado por la singularidad (entendiendo por esto que el reconocimiento de un titular excluye necesariamente a todos los demás e imposibilita la limitación del poder de disposición de aquél), lo cual no se compadece ni con la concepción moderna del aludido derecho ni con la complejidad de la actividad de intermediación financiera. En otras palabras, los argumentos vertidos a favor y en contra de la norma se basan en un criterio reduccionista y simplista que, en uno u otro caso, jamás responderían de forma uniforme a la totalidad de supuestos que se presentan con la diversidad de productos financieros que ofertan los bancos y demás institutos financieros.

Ciertamente, la noción de la propiedad privada se sigue desarrollando desde una idea básica de dominio o poder exclusivo del titular con los atributos de uso, goce y disfrute sin que importe constatar que las restricciones, límites o delimitaciones, cada vez más numerosas para corregir el ejercicio egoísta del titular, ha invertido la regla «*poder salvo limitaciones*» conforme se sigue leyendo el artículo 545 del Código Civil.

El antecedente directo de la noción jurídica de la propiedad fue el *code francés*, y contrariamente a lo que pudiera pretenderse dicha definición, no proviene de las fuentes del Derecho Romano Clásico o Justiniano, ni aparece en la evolución histórica de la propiedad en Roma; más bien, es consecuencia de que fuera elevada en la Revolución Francesa a la categoría de derecho natural y absoluto sin que se hubiere determinado la legitimidad de su origen como lo denunció PROUDHOM en 1840 al iniciar los ataques más virulentos contra la institución de la propiedad cuando escribió: «*A muchas personas no les gusta que se levante el polvo de sus pretendidos títulos de propiedad, y que se investigue sobre su historia fabulosa y hasta escandalosa, ellos querrían que todo esto se callara; que la propiedad fuera un hecho, que siempre haya existido, y que siempre exista*» (Proudhom, *Qu'est-ce la propriété*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, p. 34).

A lo largo del tiempo la noción de la propiedad simple y libre, y como tal plena y única, ha predominado sólo en tres períodos de la historia de la humanidad: a) en el origen de la civilización romana (*dominium ex jure quiritium*); b) al final del Imperio Romano y, c) después de la Revolución francesa de 1789; desde entonces los ordenamientos jurídicos occidentales a partir del llamado Código Civil de Napoléon volvieron a consagrar la propiedad plena, análoga al antiguo Derecho Romano.

Durante las etapas señaladas, el tratamiento jurídico de la propiedad ha estado estructurado por el dominio individual y de facultad absoluta de disposición; sin embargo, esta concepción absolutista de la propiedad entró en crisis el pasado Siglo XX por efecto, fundamentalmente, de legislaciones especiales que debieron dictarse para atender necesidades sociales apremiantes surgidas como secuelas de la Revolución Industrial, o de las crisis cíclicas de la economía capitalista; y cuando no, derivadas de las grandes confrontaciones bélicas. El período individualista bajo cuya influencia y para cuya regulación se escribió la legislación civil del *code francés* parece ahora destinado a cerrarse para siempre, cediendo el campo a construcciones jurídicas basadas en una idea de solidaridad social que acentúan la función social de la propiedad.

La nueva imagen de la propiedad en el derecho contemporáneo viene caracterizada por una concepción renovadora de las relaciones sociales que acentúa la aptitud de los bienes y recursos para satisfacer las necesidades de la colectividad, y no solamente las exigencias del propietario particular. Ello enfatiza el carácter «*social*» del dominio privado que deja de ser

un derecho natural replanteando el modo jurídico de relacionarse el ciudadano con la sociedad; de allí surge la función social de la propiedad que es un criterio de valoración de las situaciones subjetivas con los principios de solidaridad social, utilidad pública, bienestar colectivo y otros de interés general o social que hace ceder los poderes del propietario ante las legítimas demandas de la sociedad. Este es el sentido de las normas contenidas en los artículos 115 y 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Hoy día, la fórmula «*función social*» de la propiedad constituye un principio general del Derecho y una fórmula técnica del ámbito jurídico. Se trata de lo que se ha llamado un «principio político», un principio organizador de la comunidad social que se inserta en el orden público económico para justificar el contenido y ejercicio de la propiedad.

Tras la concepción moderna de la propiedad, son muchas las circunstancias en las que se puede limitar el dominio, constituyéndose a favor de terceros derechos sobre cosa ajena (*ius in re aliena*), que gravan el dominio del titular. Así ocurre, precisamente, en el ámbito bancario con los **dineros depositados por el público**.

Ciertamente los bancos funcionan con capital propio y con capital captado de los usuarios. El capital fundacional del ente financiero lo constituyen las acciones a favor de los miembros o socios fundadores y equivalen a las cantidades o bienes aportados al momento de comenzar las operaciones. Luego puede requerirse el aumento de capital, emitiéndose nuevas acciones, que permita la expansión de la capacidad financiera. Lo importante es que se puede identificar claramente el aporte fundacional del capital, cuya titularidad está perfectamente diferenciada del resto de los elementos que constituyan el patrimonio, tal como sucede con otros activos que hayan sido adquiridos posteriormente para ejecutar las actividades propias del negocio financiero.

Esta distinción permite reconocer la propiedad que se tiene sobre los aportes iniciales al capital del Banco, el cual bien puede sufrir variaciones derivadas de la propia actividad, pudiéndose efectuar diversos aportes en dinero o mediante activos que puedan provenir de ejecución de hipotecas constituidas como garantía por las operaciones de crédito otorgadas.

Ello explica por qué las instituciones financieras pueden administrar en provecho propio los capitales depositados mediante el pago de intereses a los depositantes, hasta que éstos, como verdaderos titulares de los depósitos, dispongan de ellos sin que la inactividad del manejo de las cuentas implique el abandono a favor del banco.

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 los siguientes razonamientos:

1. En el veredicto en cuestión la mayoría sentenciadora declaró que las prohibiciones que contienen los cardinales 1, 2, 3, 8, 10 y 15 del artículo 185 de la Ley que fue impugnada no infringen el derecho de propiedad que reconoce el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Si bien el voto salvante concuerda con esa conclusión y con el criterio de que, en la moderna concepción del derecho de propiedad, prevalece la función social sobre los intereses individuales del propietario, objeta que: i) se niegue el derecho de propiedad que, conforme a nuestro derecho positivo, adquiere la banca sobre el dinero que capta del público mediante depósitos; ii) se recurra al expediente del derecho sobre cosa ajena, para la justificación de las limitaciones al ejercicio de la intermediación financiera que impone el artículo 185 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, argumentación en la que, en criterio del disidente, la mayoría incurrió en serias contradicciones.

1.1 En opinión del salvante el dinero que se entrega a las instituciones financieras en cualquiera de las modalidades de depósito a la plazo, a la vista y de ahorro o en cuenta corriente bancaria pasa a la propiedad de la Institución, pese a que, como la entrega del dinero a la banca se denomina “*depósito*”, surge la idea de que la relación entre la banca y sus usuarios es un contrato de esa naturaleza. Sin embargo, como afirma Rodríguez Azuero, “*la expresión ‘depósitos bancarios’ es amplia y equívoca desde el punto de vista jurídico*”, en el concreto caso del ordenamiento venezolano, el artículo 1.759 del Código Civil le niega la cualidad de depósito a esas colocaciones, en los siguientes términos:

Quando el depositario tiene permiso de servirse o usar la cosa de la cosa depositada, el contrato cambia de naturaleza y ya no es depósito, sino mutuo o comodato, desde que el depositario haga uso de ese permiso.

Las captaciones que hace la banca, en las modalidades antes señaladas, no son depósitos en sentido estricto, pues llevan implícita una autorización para su uso por parte de la banca, ya que según el artículo 1º de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, dichos entes se dedican principalmente a la actividad de intermediación financiera, que consiste en la “*captación de recursos incluidas las operaciones de mesas de dinero con la finalidad de otorgar créditos o financiamientos, e inversiones en valores...*”. En este contexto existe una autorización general para el uso de la masa monetaria que se entrega en depósito a la banca en las modalidades a plazo, a la vista, de ahorros y en cuenta corriente con lo cual dichos depósitos son, en realidad, un mutuo -conocido en la antigüedad como “*préstamo de consumo*”-, en tanto que el dinero es una cosa genérica y consumible. De allí que la doctrina utilice la denominación de “*depósito irregular*” para referirse al dinero que se entrega a la banca.

En consecuencia, el artículo 1.736 del Código Civil establece que:

Por efecto del mutuo el mutuario **se hace propietario** de la cosa que se le dio **en préstamo**, y ésta perece para él, de cualquier manera que suceda la pérdida.

Por cuanto el mutuo o préstamo no es esencialmente gratuito, como erróneamente afirmó la mayoría, el artículo 1.745 dispone, respecto del mutuo civil, que “*Se permite estipular intereses por el préstamo de dinero, frutos u otras cosas muebles*” y, en el caso del mutuo mercantil, la regla es que el mutuo es siempre a interés, salvo pacto en contrario (artículo 529 del Código de Comercio). En la especie de mutuo con ocasión de los depósitos bancarios estos contienen, usualmente, una cláusula de pago de interés, pero ello no es esencial como lo demuestra, por ejemplo, el caso de los depósitos para la provisión de fondos en cuenta corriente bancaria, en los que el pacto de intereses es excepcional.

De manera que, pese a que a las Instituciones financieras pueden usar el dinero que se les deposita para el otorgamiento de préstamos, financiamientos e inversiones, las pérdidas que sufran producto de ese uso no deben afectar a los depositantes, quienes deberán recibir su dinero en el tiempo que fue convenido. En criterio del voto salvante, esa es la razón principal para que se limite el derecho de propiedad que las instituciones adquieren sobre el dinero que se les deposita, pues la pérdida del dinero que haya sido depositado, en estricto derecho, no afecta al depositante; pero, en la realidad, las grandes mermas que se generan por efecto de prácticas viciadas, tanto en el otorgamiento créditos, como en la colocación de inversiones, dejan a los depositantes sin su dinero y con un inútil crédito contra una Institución financiera que ha perdido su capacidad para honrarlo, tal como ocurrió en la crisis bancaria de 1994.

Similar análisis hace ahora el disidente respecto de las captaciones del público con ocasión de la emisión de títulos u otras modalidades de captación, en las que el banco adquiere dinero mediante el compromiso de devolución de igual cantidad, con la adición de un interés,

con la diferencia de que el crédito que se genera para el público puede ser negociable, debido a su incorporación a un título.

El voto salvante repara que las “*Normas Sobre la Imprescriptibilidad de los Depósitos de Ahorro*”, que trajo a colación la mayoría, sólo con la finalidad de reforzar su errado razonamiento sobre la propiedad del dinero que se deposita en la banca, por el contrario, **confirman la tesis de que el dinero pasa a la propiedad de la banca y que los depositantes tiene un derecho de crédito**. Esa resolución del Consejo Bancario Nacional fija el inicio del lapso para la “*prescripción extintiva de la obligación de pagar (devolver) las cantidades de dinero (tantudem) provenientes del depósito*”. Si fuere cierto el argumento de la Sala aquellas normas regularían, en su lugar, el inicio del lapso de la **prescripción adquisitiva** por parte del banco. Según el disidente, la única manera de que la mayoría considerase esas normas como un ejemplo de que las instituciones financieras no se hacen propietarias de los depósitos, sería bajo el falaz argumento de que aquellas regulan el inicio del lapso para que el banco *adquiera* el dinero depositado, lo que evidencia un estudio superficial del contenido de la resolución y un desconocimiento de la diferencia entre ambos tipos de prescripción.

1.2 En criterio del salvante, la tesis que acogió la mayoría, de que las instituciones financieras tienen un derecho real innominado sobre en cosa ajena, en relación con el dinero que reciben en depósito, que “grava el dominio” del público depositante, además de que es desacertada, fue planteada con varias contradicciones. Por un lado, la mayoría, se dedicó a la justificación de las limitaciones que contiene el artículo 185 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, respecto del dinero que se capta mediante depósito con el argumento de que “*las facultades de disposición de los bancos y otras instituciones financiera sobre los activos del sector dentro de los cuales se excluye el dinero, se encuentra sometida a la supervisión, regulación y control por parte de las instituciones estatales responsables del mantenimiento y preservación del equilibrio del sistema financiero* (negrillas añadidas)”. Asimismo, indica el voto salvante, la mayoría afirmó que “*los cardinales impugnados le fijan a los entes financieros el alcance de la facultad de disposición de los montos depositados de cara a preservar el ánimo de lucro de la actividad de intermediación financiera...*” (negrillas añadidas).

Las citas antes mencionadas contradicen la tesis del derecho real sobre cosa ajena ya que, en esos casos, el propietario cede uno o alguno de los atributos del derecho, pero, nunca, el derecho de disposición que es el que, precisamente, permite gravar su derecho a favor de un tercero.

Por otro lado, indica quien discrepa, resulta incorrecto que se afirme que el supuesto derecho que constituyen los depositantes a favor de la banca tiene por finalidad la legitimación del lucro que obtienen las instituciones financieras, pues eso implica, por interpretación en contrario, que la ganancia que ellas obtienen por el uso del dinero que no proviene de los depósitos irregulares es, entonces, ilegítimo.

En adición, el voto salvante observa que la “*teoría*” del derecho sobre cosa ajena que expone la mayoría constituye una evidente desaplicación del artículo 1.736 del Código Civil, que no fue expresada en el fallo y, mucho menos, declarada, pues se habría requerido que esa norma se declarase inconstitucional o, por lo menos, su desaplicación por control difuso. Esa tesis evidencia un pobre conocimiento de la naturaleza de las operaciones bancarias, y la importancia que tiene, para las instituciones financieras, el traslado de la propiedad del dinero que proviene de los depósitos.

En contraste, las opiniones de los estudiosos de la materia bancaria apuntan a que la traslación de la propiedad de los depósitos es necesaria para la existencia del negocio banca-

rio. Así en criterio de Sergio Rodríguez Azuero (Contratos Bancarios: 2002, p. 161) las operaciones bancarias tanto activas como pasivas:

...son o implican la realización de una operación o mejor de un negocio de crédito –en acepción técnica y restringida- caracterizado por ser una transmisión actual de la propiedad de una cosa, de una persona a otra, con cargo para esta última de devolver ulteriormente una cantidad equivalente de la misma especie y calidad. Este negocio de crédito recae siempre sobre cosas fungibles, aquellas que pueden sustituirse unas por otras y que configuran a cargo del deudor una obligación de género, que no de especie y, en el caso de que sustenten la realización de una operación bancaria, implican forzosamente la existencia del lucro, o sea, son onerosas.

Rodríguez Azuero añade que “*existe una operación bancaria siempre que la transmisión de la propiedad se produzca, tanto en el caso de que el banco la reciba de uno de sus clientes, como en el supuesto de el banco la transfiera a uno de sus clientes*”, por esa razón ese jurista afirma, además, que no puede aceptarse que las operaciones de crédito puedan explicarse mediante la teoría del goce sobre una cosa ajena porque, “*en tanto la transmisión de la misma se hace en propiedad, ingresa en plenitud al patrimonio del deudor, el cual adquiere como contraprestación la obligación de entregar un tanto equivalente*”.

En similar sentido puede citarse la opinión de García Pita y José Luís Lastre (El depósito bancario de efectivo. En: *Contratos Bancarios & Parabancarios*, Coord. Ubaldo Nieto Carol, 1998, p. 902), quienes expresan:

Con la entrega de la suma depositada –siempre que el depósito no sea “cerrado” o “con especificación de monedas”–, viene a nacer a la vida jurídica el contrato de Depósito y –simultáneamente– se produce el efecto de transmisión de la propiedad sobre las monedas y billetes depositados, que pasa de su depositante a la Entidad depositaria. Este es un factor común, que se manifiesta en los diferentes ordenamientos jurídicos, por muy diferentes que sean sus raíces y su orientación. Así, por ejemplo, en los Ordenamientos de corte latino, existen expresas proclamaciones de la eficacia traslativa del depósito bancario de dinero, en tanto que depósito irregular (o, en su caso, en tanto que préstamo de consumo) (23).

Por lo que hace al Derecho inglés, es obligado citar el importantísimo precedente de la sentencia recaída en el caso *Foley C. Hill*, de 1848, que señala que el Banco que recibe fondos de su cliente, adquiere la propiedad sobre la suma y asume un deber de restitución, al tiempo que el cliente deja de ser propietario y se convierte en mero acreedor, con el derecho de exigir el pago “a la vista” (“on demand”) (24).

Este de la transmisión de la propiedad de los objetos depositados es el aspecto que más importancia posee, pues por este motivo, el Banco o Entidad de crédito depositarios adquieren el derecho de disponer de las sumas depositadas (25) (26)”. (Subrayado añadido)

El disidente considera que la mayoría no apreció la importancia del traslado de la propiedad de los depositantes, pues ven los depósitos de manera aislada y no dentro de la integridad del negocio bancario, en la que el banco necesita la propiedad del dinero que se deposita para que, luego, pueda trasladarlo a las personas que piden crédito a la banca, en virtud de que, a menos que la mayoría decida cambiar también la naturaleza de los préstamos que otorga la banca al público, éste requiere que la banca le traslade la propiedad del dinero. De manera, que bajo la “teoría” del derecho real sobre cosa ajena, el banco **no puede otorgar préstamos con la porción el dinero que recibe de los depositantes**. Ahondando más en las dificultades que implica aquella “teoría” el voto salvante plantea que, con la exclusión del mutuo como figura que explica la relación entre el banco y los depositantes, la pérdida del dinero de los cuenta habientes, cuando esta sea atribuible a un hecho fortuito o fuerza mayor, entre ellos **el robo bancario, dejaría a los depositantes sin sus haberes**, porque la cosa se pierde para el propietario. Por otra parte, la teoría del derecho sobre cosa ajena plantea un

serio problema en cuanto al seguro sobre los depósitos, ya que como la Banca no es propietaria del dinero que se le deposita y no es su patrimonio el que se vería afectado en caso de su sustracción, aquella no puede contratar seguros contra el robo y otras sustracciones fraudulentas de los haberes que fueron depositados, ya que no habría interés asegurable.

Las anteriores opiniones doctrinarias que fueron citadas y que encuentran un clarísimo apoyo en nuestro derecho positivo, así como los ejemplos sobre las consecuencias de la teoría que se sostiene en el fallo que se objeta, ponen en claro, la dificultad y peligrosidad de su aplicación, sobre todo para los usuarios de la banca, aspectos que ni siquiera consideró la mayoría porque, si lo hubiera hecho, habría concluido que el tratamiento de los depósitos como un mutuo, con o sin interés, es intrínseca al negocio bancario.

El voto salvante estima que la admisión del traslado de la propiedad que generan las colocaciones las colocaciones del público, no implica, como parece temer la mayoría, que la banca pueda disponer sin límites del dinero que proviene de ellos, pues, como se afirmó en principio y establece la Constitución, la propiedad está sujeta a limitaciones y restricciones.

1.3 En resumen, este disidente considera que el veredicto del que se aparta permite el arribo a las siguientes conclusiones:

a. Cuando la Sala Constitucional negó la propiedad de la banca sobre el dinero proveniente de los depósitos del público, dejó de aplicar normas vigentes del ordenamiento jurídico, sin que pronunciara expresa desaplicación de regla de derecho alguno, desaplicación que sólo es posible previa declaración de inconstitucionalidad y mediante control difuso de la constitucionalidad; pronunciamiento y declaración que no aparecen en el acto jurisdiccional del que se difiere;

b. Cuando la Sala Constitucional negó la propiedad de la banca sobre el dinero proveniente de los depósitos del público, colocó a Venezuela en situación única y aislada. En efecto, lo contrario (la afirmación de la propiedad de la banca sobre el dinero proveniente de los depósitos del público) es un factor común que se manifiesta en los diferentes ordenamientos jurídicos. En otras palabras, se trata de un principio y de una regla de derecho básica y universal (al menos hasta la aparición de este acto decisorio).

c. Cuando la Sala Constitucional negó la propiedad de la banca sobre el dinero proveniente de los depósitos del público dejó a dichos entes financieros sin título alguno para su ulterior colocación y, por tanto, para la culminación del trámite de intermediación financiera.

El asunto que precede se afinca en que, según el artículo 1736 del Código Civil, el mutuario (el prestatario) se hace propietario de la cosa que se le dio en préstamo y, por tanto, para celebrar dicho contrato hay que ser propietario del bien que se preste.

d. Cuando la Sala Constitucional negó la propiedad de la banca sobre el dinero proveniente de los depósitos del público, desprotegió al consumidor de servicios financieros. En efecto, según el acto de juzgamiento del que se discrepa, como los depositantes siguen siendo dueños de sus colocaciones, sobre ellos gravitan todos los riesgos por pérdidas, sustracciones o daños, en virtud de la expresa aplicación de la regla *res perit domino* (la cosa perece para el dueño). Lo anterior se traduce en una implícita mutación de la noción de empresa, según la cual los riesgos del negocio empresarial son del empresario (en este caso del banquero).

Tal desprotección permite la afirmación, en sintonía con el lenguaje que goza del favor de quienes militan y hablan del proceso en Venezuela, de que se trata de un fallo reaccionario y retrógrado, en tanto que desplaza buena parte de los riesgos del negocio bancario del empresario banquero al consumidor de servicios financieros, todo en perjuicio del público en general.

e. Cuando la Sala Constitucional negó la propiedad de la banca sobre el dinero proveniente de los depósitos del público introdujo una grave perturbación en el ambiente económico nacional y, muy especialmente, en el ámbito financiero, que es espacio altamente sensible y delicado, con graves riesgos dañosos para el interés y el orden público económico nacional.

f. Cuando la Sala Constitucional negó la propiedad de la banca sobre el dinero proveniente de los depósitos del público y sólo reconoció a aquélla un derecho sobre cosa ajena, no definió a este último, el cual permanece en el campo de lo ignoto y de lo inimaginable.

g. Cuando la Sala Constitucional negó la propiedad de la banca sobre el dinero proveniente de los depósitos del público desaplicó rudimentos básicos del Derecho Mercantil Bancario, juzgó con desconocimiento supino de las reglas que gobiernan tal disciplina jurídica e hizo dejación de serios deberes de responsabilidad que reclama la función jurisdiccional.

3. Régimen de las Instituciones Bancarias y Financieras

TSJ-SC (1178)

13-8-2009

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Impugnación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

Las prohibiciones establecidas en la Ley de Bancos respecto al impedimento de ciertos actos comerciales en beneficio de personas que se encuentran vinculadas con el banco o vinculadas entre sí por parentesco, responde a la preservación de factores esenciales para el sistema económico, entre ellos la transparencia, eficacia y pulcritud del sector bancario, evitando la distracción de los fondos recibidos del público en inversiones de alto riesgo por haberse flexibilizado los requisitos ordinariamente exigidos.

DE LA PROPORCIONALIDAD Y RACIONALIDAD DE LA NORMATIVA IMPUGNADA.

El accionante señaló que la normativa impugnada resultó excesiva y que por ende contraviene lo dispuesto en la Carta Magna debido a las restricciones que allí se contienen, esto es, la prohibición para el otorgamiento de créditos a personas relacionadas y la adquisición de inmuebles por parte del banco u otra entidad financiera.

En tal sentido, si bien la parte actora reconoce las condiciones que conllevaron a legislar sobre el tema bancario de la manera tan severa como se hizo, consideró extremas las medidas normativas adoptadas y fundamentó su alegato utilizando la legislación y la doctrina extranjera, manifestando que comparativamente el ordenamiento legal venezolano resulta restrictivo en extremo y ello compromete el ejercicio de las actividades económicas de intermediación financiera.

Por su parte, la Procuraduría General de la República es de opinión contraria. Para el abogado de la República, los artículos denunciados no resultan desproporcionados o irrazonables, pues, a su entender, no constituye un argumento concluyente señalar que la legislación extranjera sea más benigna en cuanto a las restricciones establecidas, ya que la normativa nacional, responde a las crisis bancarias vividas en Venezuela en los próximos pasados años 60 y 90, con especial referencia al proceso de intervenciones y auxilios financieros que ejecutó el Estado para proteger los ahorros y depósitos de los usuarios de la banca.

Al respecto, la Sala estima iniciar sus consideraciones recalcando que tanto el accionante como la representación de la República coinciden en la necesidad, suficientemente justificada, de contar con el régimen normativo que regule las operaciones del sector bancario venezolano, sólo que, para el accionante, el modo como se pretende alcanzar esa regulación le parece desproporcionado.

En ese orden de ideas, se debe destacar que el contenido de los dispositivos impugnados pretende preservar la función social del sistema financiero venezolano y la seguridad jurídica para millones de usuarios que tienen relaciones de crédito (préstamos) o de cualquier otra índole financiera con el sector bancario, visto que su funcionamiento constituye una de las áreas más relevantes y complejas en cualquier economía del mundo contemporáneo.

En este sentido, la regulación de las operaciones de intermediación que desarrollan los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás entidades financieras es fundamental para la actividad económica y el bienestar social, razón por la cual la normativa bancaria -como todas aquellas vinculadas a la actividad económica- debe ser conforme con el modelo de Estado Social de Derecho y de Justicia que adopta la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así lo ha sostenido la Sala en el fallo N° 1107/2008 (caso: *CORPBANCA*), en el cual, con motivo de la actividad financiera, expresó lo siguiente:

Bajo ese principio de justicia social en el desarrollo de una actividad económica, como la bancaria o financiera, no sólo se garantiza la tutela de los derechos de los titulares de la actividad económica sino de los usuarios del mismo, ya que dentro de los fines de ese régimen estatutario de derecho público, se propende a que las entidades sometidas a la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, posean una condición financiera y estructural suficiente para responder a las eventuales exigencias de los usuarios.

Igualmente, resulta pertinente resaltar que la interpretación de las competencias y alcances del contenido de leyes como las contenidas en el ordenamiento jurídico que regula los bancos y otras instituciones financieras, debe responder a las características particulares del conjunto de normas estatutarias de derecho público que regulan el sistema financiero, lo cual implica considerar como elemento característico de dicho cuerpo normativo su necesaria mutabilidad, ya que sus previsiones aunque sean objeto de una constante revisión a los fines de subsanar aquellas inconsistencias o lagunas del ordenamiento jurídico que no permiten un adecuado control del sistema financiero, es en la labor hermenéutica que generalmente se tutelan los derechos y garantías de ese régimen estatutario de derecho público.

El precedente jurisprudencial citado se compadece con las normas orientadoras para el desarrollo del sistema socioeconómico y la función del Estado en la Economía que estipula el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo texto es del siguiente tenor:

Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta.

De la norma transcrita se evidencia la función social que el Texto Fundamental le asigna a todas las actividades económicas, dentro de la cual se incardina la intermediación financiera que adelantan los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás entes financieros; por lo que resulta esencial el rol del Estado como agente regulador y garante de la transparencia, equilibrio y eficiencia que debe caracterizar las labores que presta la banca pública y privada en Venezuela. Así lo ha sostenido esta Sala en el fallo N° 825 de 6 de mayo de 2004 (caso: *Banco del Caribe, C.A.*), en los siguientes términos:

...lo cierto es que dicha actividad [se refiere a la bancaria] sí está vinculada con la preservación de un interés general como es la transparencia, estabilidad, seguridad, eficiencia, solvencia y licitud de las operaciones efectuadas en el ámbito de la intermediación financiera y de la cual depende el disfrute efectivo, real, de derechos o intereses individuales y colectivos de la población, **y es por tal razón que el Estado tiene la obligación constitucional de ejercer una serie de controles en el ámbito donde tiene lugar la mencionada actividad de intermediación, a través de la legislación y de la actividad administrativa de la autoridad competente, que permitan constatar el cumplimiento de las obligaciones que tanto la Constitución como el bloque de la legalidad imponen a los agentes del sector**, así como el respeto de los derechos subjetivos de los usuarios de los servicios privados que prestan las instituciones bancarias y financieras, pero de cuya eficiente y justa prestación depende, se insiste, la satisfacción de derechos e intereses individuales y colectivos, lo cual, en definitiva, es el objetivo al que debe dirigirse la regulación y la actuación de la Administración. (Destacado y corchetes de este fallo).

Ahora bien, esta necesidad de control y vigilancia sobre el sistema bancario no se agota únicamente con la actividad administrativa que prestan la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, el Banco Central de Venezuela o el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, es también necesario delinear el marco legislativo en el cual se dicten las previsiones necesarias no sólo para garantizar los mecanismos de control, sino además para modelar un determinado sistema bancario que se caracterice por su transparencia y fidelidad con los usuarios.

Es por ello que en Venezuela la regulación bancaria ha evolucionado paulatinamente de un sistema de regulación fragmentada y de escaso margen de operatividad bancaria, a un sistema mixto de ordenación que incluye el modelo de banca universal y banca especializada -denominado inverso o negativo-, el cual no establece en forma precisa las actividades que puedan ser desarrolladas por los intermediarios financieros sino las prohibiciones genéricas y específicas que le son aplicables a los bancos en su desempeño como agentes de intermediación financiera; sin embargo, esta normativa bancaria, aun en sus orígenes, ha contemplado de forma ininterrumpida ciertas prohibiciones que el legislador considera insitas en cualquier régimen bancario, en procura del buen manejo de los fondos de los clientes por parte de los bancos, entre ellas precisamente las normas hoy impugnadas.

(*omissis*)

La presencia constante desde 1940 de las prohibiciones impugnadas da cuenta de que el objetivo del legislador trasciende en demasía a una simple tutela individual del derecho a la igualdad, tal como lo alegan los accionantes cuando afirman que las normas recurridas tienen por objeto garantizar el derecho a la igualdad en el otorgamiento de los créditos y evitar tratos privilegiados a los presidentes, vicepresidentes, directores, consejeros, asesores, gerentes, etcétera.

Para la Sala, aunque lo alegado en contra de la normativa impugnada pudiera ser una consecuencia colateral de la medida legislativa, su objetivo principal es la preservación de factores esenciales para el sistema económico, entre ellos -se insiste- la transparencia, efica-

cia y pulcritud del sector bancario, evitando la distracción de los fondos recibidos del público en inversiones de alto riesgo por haberse flexibilizado los requisitos ordinariamente exigidos por tratarse, precisamente, de personas vinculadas al ente financiero, que potencialmente pudieran conducir a la iliquidez, facilitando el escenario para una crisis del ente bancario o, en el peor de los casos, del sistema bancario en su totalidad. Por ello, no es casual la correspondencia de las reformas legislativas sobrevenidas a las graves crisis bancarias que han afectado la historia reciente del país.

Es precisamente por este equívoco en el diagnóstico del objetivo de la norma que no prospera el recurso de nulidad con base en la falta de proporcionalidad de la normativa, pues, tal y como ha tenido oportunidad la Sala de esbozarlo en otra ocasión (*vid.* fallo N° 80/2001), el test de la proporcionalidad exige su verificación en cuatro aspectos: i) el fin de la norma; ii) la comprobación de la idoneidad para alcanzar el fin; iii) la necesidad de la norma; y, iv) la proporcionalidad -ahora entendida en sentido estricto-. Al ser ello así, si se banaliza el objetivo de la norma es lógico que se concluirá en la desproporción de la medida, pues en el juicio argumentativo nunca habrá correspondencia entre el objetivo y el medio, como sucede con los accionantes en este caso.

(*Omissis*)

En definitiva, durante la crisis financiera de 1994 los grupos financieros dieron cabida a un sistema bancario turbio, donde los autopréstamos y las autocarteras estaban a la orden del día, desbordando la propia capacidad financiera, operativa y patrimonial de los bancos. Estos hechos dan cuenta de que allende donde no se han cumplido las prohibiciones impugnadas se deteriora el sistema bancario, incidiendo negativamente en el aparato económico de la Nación. Por ello, la idoneidad y la necesidad de tales prohibiciones dan al traste con los efectos perniciosos que producen su inobservancia, efectos que trascienden, en demasía, a la simple custodia del derecho a la igualdad. Se tratan de objetivos reales sustentados en hechos que la memoria nacional aún no ha olvidado, y que el legislador ha tenido la precaución de vertirlo en las normas impugnadas.

Es por ello que no tiene cabida aducir como fundamento de la nulidad que en Derecho Comparado existen medidas similares más benignas, pues las normas impugnadas obedecen a la realidad venezolana, aunado al hecho de que hoy día la alegada deferencia hacia la actividad bancaria de las normas de Derecho Comparado está siendo objeto de revisión con ocasión de la crisis económica global, pues son muchas las opiniones que coinciden en que el origen de la aludida crisis radica en la falta de rigurosidad en el control de los bancos.

Al margen de ello, ciertamente, es posible dictar normas menos gravosas; pero si ellas son inocuas para la realidad venezolana el legislador no sólo no tiene por qué optar por ellas, por el contrario tiene la obligación de legislar para la realidad nacional. Así, lo importante para que se pueda cuestionar la constitucionalidad de la opción legislativa no es la existencia de opciones, sino demostrar que la regla seleccionada no puede sostenerse sin afectar el núcleo esencial de los derechos constitucionales. En definitiva, el legislador cuenta con la libertad de escoger una solución entre varias, incluso una más limitativa que otra u otras. Lo que tiene prohibido es escoger una que anule por completo el derecho constitucional delimitado. Siendo ello así, entre diferentes opciones serán válidas, desde el punto de vista constitucional, aquellas que sean justificables, aunque haya otra que luzca igualmente correcta. Se trata de escoger entre soluciones adecuadas para alcanzar el objetivo trazado, desechando sólo aquellas que estén reñidas con la razón, como lo indicó la Sala en el fallo N° 898/2002 (caso: *Giuseppe Giannetto Pace y Miguel Antonio Castillejo Cans*), en los siguientes términos:

Al juez, por otra parte, desde la premisa de que el legislador es el primer intérprete de la Constitución –de allí que le esté vedado invadir la esfera de las opciones políticas que el legislador tiene reservadas-, le corresponde ponderar si la definición o calificación que el legislador haga de las situaciones de facto o las relaciones de vida que deben ser tratadas de forma igual o desigual, no vacíe de contenido el derecho fundamental que se denuncie como conculcado. Respecto a la anotada prohibición de arbitrariedad o irrazonabilidad dos son las vías que se han ensayado para examinar una denuncia en estos términos: a) una primera, juzga si el criterio utilizado carece de una suficiente base material para proceder al tratamiento diferenciado; o b) a través de un criterio negativo, que sirve para fundamentar la censura solamente en aquellos casos de desigualdad flagrante e intolerable.

La Sala estima que su juicio, en estos casos, exige la determinación de si el contenido del derecho fundamental de que se trate ha sido o no desconocido, y ello supone un análisis de si el criterio diferenciador es razonable, esto es, si es tolerable por el ordenamiento constitucional. Luego, cumplida esta fase, el juez se abstendrá de controlar si el legislador, en un caso concreto, ha encontrado la solución más adecuada al fin buscado, o la más razonable o más justa, ya que de lo contrario se estaría inmiscuyendo en la mencionada discrecionalidad legislativa (cf. la contribución de Luis Nunes de Almeida a la obra colectiva *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Tecnos, pp. 227-230).

(Omissis)

El sector financiero, se insiste, debe ser objeto de rigurosos controles, en virtud de su complejidad, la diversidad de operaciones que actualmente se prestan en el mercado nacional e internacional y el escenario de perspectivas macroeconómicas que puede experimentar el país en los próximos años, con motivo del proceso de ajuste de la dinámica económica mundial. Así lo ha sostenido la Sala en el fallo N° 1419/2007 (caso: *Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores*), doctrina que se reitera en los siguientes términos:

Por tanto, la Sala ha fundamentado la necesidad del control sobre las entidades financieras en el carácter social del Estado venezolano –al que se contrae el artículo 2 de la Constitución-, que exige dar primacía a los intereses colectivos sobre los intereses individuales y hace que en ciertas áreas la autoridad pública esté llamada a intervenir con muy marcada intensidad. En tal sentido, esta Sala –en fallo N° 85/2002- destacó que la intervención estatal alcanza todas las actividades, incluidas las económicas.

Igual consideración, que también se reitera, se hizo en el fallo N° 1107/2008 (caso: *CORPBANCA*), en el que se reafirmó el marcado interés público que posee la actividad financiera en Venezuela, en los siguientes términos:

Al hilo de tales consideraciones, los preceptos normativos contenidos en leyes estatutarias de derecho público como la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (tanto la vigente como la publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.649 Extraordinario del 19 de noviembre de 1993) o Ley de Regulación de la Emergencia Financiera, debían y tienen que materializar o viabilizar entre otros aspectos, el de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad, mediante el correcto y eficaz desarrollo de la actividad de la banca y demás instituciones financieras, bajo los principios de justicia social.

Por tanto, siendo que las normas bajo examen proyectan un efecto preventivo sobre el sector bancario, pues regula la discrecionalidad de los accionistas, directores, gerentes o administradores, y las demás personas relacionadas en las operaciones financieras que realizan para su beneficio con el banco al cual pertenecen, todo ello a fin de tutelar el buen funcionamiento de las actividades de intermediación financiera, la liquidez monetaria y en general la confianza pública en el sector bancario, lo cual contribuye con el fortalecimiento de la economía nacional, esta Sala estima que existen suficientes fundamentos jurídicos y de hecho

que justifican la consagración de aquellas previsiones legales que coadyuven con el funcionamiento adecuado de los servicios de intermediación financiera en Venezuela y, por tanto, se desestima al alegato de inconstitucionalidad por desproporcionalidad de las normas contenidas en los cardinales 1, 2, 3, 7, 8, 10, 15 y 18 del artículo 185 y el artículo 187 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Así se decide.

4. *Intervención Estatal en la Actividad Financiera. Propiedad Privada (violación a los entes financieros)*

TSJ-SC (1178)

13- 8-2009

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Impugnación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

Es imposible que se lesione a los entes financieros el derecho a la propiedad sobre bienes, cuando la facultad de disposición de los bancos y otras instituciones financieras sobre los activos del sector, dentro de los cuales se incluye el dinero, se encuentra sometida a la supervisión, regulación y control por parte de las instituciones estatales responsables del mantenimiento y preservación del equilibrio del sistema financiero, en virtud de las complejas situaciones jurídicas que se derivan de la intermediación financiera.

(...)

Por otra parte, en el caso de los depósitos bancarios, los depósitos a plazo y a la vista, por ejemplo, estos son activos en el patrimonio de los bancos destinados a la realización de operaciones de intermediación financiera; y no en cambio, pueden ser utilizados en provecho o con ventaja por los accionistas del banco, pues, el poder de disposición del banco sobre los depósitos bancarios está restringidamente regulado (*ius in re aliena*).

De ese modo, es sobre esta facultad restringida de los montos depositados que los entes bancarios y otras instituciones financieras poseen derecho: derecho en cosa ajena, permitiendo que tales depósitos figuren como activos del ente financiero en términos contables, así como también que obtengan ganancias en nombre propio con ellos. En otras palabras, los depositantes son titulares de los montos colocados, aunque con disponibilidad limitada porque las instituciones financieras poseen derechos sobre esos montos una vez depositados, aunque se reitera, se trata de *derecho en cosa ajena*.

Es así como este *derecho en cosa ajena*, en el ámbito bancario, constituye propiamente un derecho innominado establecido en beneficio de las entidades financieras y que no se puede asimilar a otro tipo de derechos reales. Su operatividad, dada la más reciente aparición de los instrumentos bancarios, tiene el efecto de legitimar el lucro de los bancos porque la actividad bancaria es una gestión de carácter mercantil y tiene fines de lucro. Se trata de reinterpretar la naturaleza jurídica de las operaciones bancarias en beneficio y tutela de los depositantes, titulares derechos reales, fomentándose mayor confianza en el sistema bancario.

En definitiva, la actividad de *intermediación financiera* que cumplen los bancos configura un complejo orden de relaciones jurídicas mediante las cuales se realizan operaciones propias de la actividad financiera con los depósitos de los usuarios. Tal situación conlleva al establecimiento de limitaciones sobre el uso y disposición del dinero tanto para el banco como para los usuarios depositantes del dinero, que, se insiste, no puede basarse en una concepción reduccionista de la propiedad.

Siendo así, para este órgano jurisdiccional es imposible que se lesione a los entes financieros el derecho a la propiedad sobre bienes, cuando la facultad de disposición de los bancos y otras instituciones financieras sobre los activos del sector, dentro de los cuales se incluye el dinero, se encuentra sometida a la supervisión, regulación y control por parte de las instituciones estatales responsables del mantenimiento y preservación del equilibrio del sistema financiero, en virtud de las complejas situaciones jurídicas que se derivan de la *intermediación financiera*, cuestión que además está influenciada por las propias previsiones constitucionales, debido al carácter social que reconoce la Constitución vigente de 1999 al modelo económico en Venezuela.

Observa este Máximo Tribunal que la compleja relación jurídica que surge entre el banco y el cliente en lo que respecta a la titularidad de los fondos se ha pretendido equiparar como una variante del *contrato de mutuo*, puesto que en éste último la culminación se caracteriza por la devolución de la cosa, que en este caso sería el dinero, en condiciones de cantidad y calidad iguales, lo cual ocurriría y sería exigible al momento de cancelar las cuentas individuales con el banco, situación que no ocurre así en el campo de la *intermediación financiera*, debido, entre otras obligaciones de las partes: al compromiso de pago de intereses, los cargos por servicios o las comisiones que se requieran para el mantenimiento de la cuenta y las medidas que provengan de los organismos encargados de la supervisión, vigilancia y control de las entidades, ello realizado sobre el capital depositado por el cliente, desvirtuándose así, entre otros aspectos, el carácter gratuito, la unilateralidad y la traslación de la propiedad de la cosa, que caracterizan el *contrato de mutuo*.

Otros de los temas que pone de relieve la facultad reguladora del Estado de manera *cuantitativa* sobre la capacidad negociadora del sector bancario, viene dado por la figura del *Encaje Legal*, el cual consiste en la facultad que tiene el Banco Central de Venezuela de adoptar medidas que permitan regular la liquidez del sistema, con el fin de promover el correcto desempeño de la actividad financiera y la protección de los usuarios en su condición de depositantes.

Al respecto, señala la doctrina que la figura del Encaje Legal constituye un instrumento de política monetaria, mediante el cual se congela un porcentaje de los recursos que las instituciones bancarias no pueden invertir en sus operaciones financieras. Esto permite, en cierto modo, controlar el volumen de circulante que permanece en manos del público y que se constituye mediante la sumatoria de la «moneda legal» (unida de pago, unidad de medida del valor) más la “moneda bancaria” (total de los depósitos en cuenta corriente de la banca). De esta manera el *Encaje Legal* puede ser empleado para controlar el denominado “*multiplicador de depósitos*”, que se produce cuando un banco, luego de otorgar un crédito; el beneficiario, como ocurre normalmente, deposita el monto en una cuenta bancaria o bien efectúa pagos cuyos acreedores también los depositan en otra cuenta bancaria; y así las instituciones que se benefician con tales depósitos o pagos luego pueden otorgar, sucesivamente, nuevos préstamos que serán tratados de manera similar.

De tal manera que la variación del *Encaje Legal* permite al Banco Central de Venezuela aumentar o disminuir la liquidez, de acuerdo con las circunstancias económicas, sociales y de otra naturaleza que requieran consideración para el mantenimiento del buen funcionamiento del sistema financiero y del interés general, demostrando con ello también cómo se condiciona la titularidad de los depósitos efectuados por las personas, que luego conformarán los llamados dineros de la banca.

Observa esta Sala Constitucional que la actividad de intermediación financiera también se encuentra regulada de manera *cuantitativa*, mediante la creación de regímenes especiales que permiten a los organismos responsables de la supervisión y control de la *intermediación*

financiera, establecer tasas de interés preferenciales; fijar determinados porcentajes de la cartera de créditos para atender determinados sectores de la economía, como sucede con el tema agropecuario y recientemente otras áreas como el turismo; vivienda; manufacturas. De tal manera que la disponibilidad de los capitales y las operaciones de intermediación financiera puede ser condicionadas con el fin de consolidar el aparato económico en aspectos que la planificación y la acción gubernamental consideren necesario, permitiendo a su vez el desempeño de las instituciones bancarias y sus similares con todas aquellas garantías y derechos que brinda del modelo socio-económico señalado en el artículo 299 y siguientes del Texto Fundamental.

Ahora bien, en lo que respecta a la regulación de la facultad de disposición, y que el accionante ha estimado como infracciones al derecho de la propiedad en virtud del control que se ejerce sobre los dineros depositados, la doctrina especializada sobre el tema ha desarrollado un principio, aceptado comúnmente por la banca y por lo tanto se ha incorporado progresivamente en los diversos ordenamientos que tratan el problema de la *intermediación financiera* y sus riesgos, denominado *principio de dispersión de los riesgos*.

Al respecto, la doctrina ha señalado que el mencionado principio constituye una regla de sana administración para los bancos, cuya finalidad consiste en evitar una excesiva y peligrosa concentración de riesgos en una sola persona, por lo que se promueve que los mismos se distribuyan de manera equilibrada. Así, si una persona incumple con la obligación de restitución del capital otorgado por vía de operaciones de intermediación, se pretende que, mediante la utilización del referido principio, tal omisión no comprometa la cartera de capital y la facultad de otorgar nuevos créditos de la institución, con el consiguiente daño que se le pueda causar a los depositantes que hayan confiado sus fondos al organismo bancario.

Observa este Máximo Tribunal que el principio de dispersión de los riesgos guarda relación con el contenido de las normas impugnadas mediante la presente acción de inconstitucionalidad, ya que el propósito de tales regulaciones pretenden controlar tanto los créditos que puedan celebrarse entre las instituciones y personas vinculadas directa o indirectamente entre sí y los grupos financieros. De allí que se otorguen importantes facultades de investigación, supervisión, control y vigilancia de la *intermediación financiera* a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras.

Al respecto, los mecanismos de control de riesgo han sido incorporados en la legislación bancaria venezolana a partir de 1994 y las reformas posteriores, teniendo en cuenta los criterios del denominado **Comité de Basilea**, siendo éste un acuerdo internacional sobre gerencia de los organismos financieros, en particular los bancos, con arreglo a una ética aceptable y reconocida, así como en atención a las buenas prácticas de gestión eficiente y eficaz de los recursos con que pueda contar el sector.

Observa esta Sala que la desatención al cumplimiento del principio en comento puede conducir a problemas de iliquidez e insolvencia bancaria, lo que, en no pocos casos, representa el preámbulo de una quiebra, de una intervención o de medidas de vigilancia y control que amerite una institución financiera, según sea el caso.

Al respecto, la Sala observa que la aplicación del principio mencionado y las consecuencias que de él se derivan, representa una restricción al carácter autónomo que pudiera considerar tener una institución financiera acerca de la titularidad y propiedad de los fondos depositados, observándose que tales recursos deben ser administrados conforme a reglas de estricto cumplimiento a fin de evitar daños y perjuicios a los depositantes, con lo cual queda en evidencia el carácter regulatorio que se ejerce sobre las operaciones del sector, en virtud de interés general que subyace en la dinámica financiera.

Lo mismo debe decirse respecto de la prohibición de celebrar operaciones de compra venta de inmuebles innecesarios. A juicio de este Máximo Tribunal, las instituciones financieras desarrollan una actividad altamente regulada cuyo objeto principal no es el corretaje inmobiliario, de allí que la aludida prohibición pretenda evitar la pérdida de liquidez, en aras de la protección del sistema financiero, puesto que el banco u otra entidad afín debe contar con el dinero y tenerlo siempre disponible para el momento que lo requieran los usuarios.

En definitiva, las restricciones contenidas en los cardinales 1, 2, 3, 8, 10 y 15 del artículo 185 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras se explican porque la forma en que los bancos y otras instituciones financieras invierten el dinero depositado por los usuarios está limitado por el interés estatal de velar por la buena marcha del sector financiero.

Observa este Máximo Tribunal que a estos parámetros es que responde la labor configuradora de la actividad legislativa, de tal modo que, sin vaciar de contenido el núcleo esencial del derecho de propiedad o de libertad económica, los cardinales impugnados le fijan a los entes financieros el alcance de la facultad de disposición de los montos depositados de cara a preservar el ánimo de lucro de la actividad de intermediación financiera; pero protegiendo a los usuarios del sistema bancario de los desmanes de una administración bancaria errada. Por tanto, la Sala desestima el alegato presentado por la parte actora en tal sentido. Así se decide.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. Tributos

A. *Contribuciones especiales: Contribución al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (Base imponible)*

TSJ-SPA (1127)

29-7-2009

Magistrado Ponente: Hadel Mostafa Paolini

Caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) vs. Decisión Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La base de cálculo de la Contribución al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda se encuentra delimitado por el salario normal a que hace alusión el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Por último, en lo referente a la base imponible para determinar el cálculo de la contribución al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda, observa esta Sala que los aportes supuestamente omitidos abarcan períodos fiscales comprendidos entre los años 2001 hasta el año 2007, en los cuales estuvieron vigentes diversas leyes que regulaban tal contribución parafiscal; en razón de ello debe procederse a delimitar la base legal y, posteriormente, establecer cómo se encuentra constituida la base imponible del mencionado tributo.

(Omissis)

Respecto al concepto de salario normal, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en su sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, caso: *Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio*, interpretó el sentido y alcance de la proposición contenida en el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, cuestión que resulta aplicable al presente caso. Dicha decisión señaló lo siguiente:

“(…) la Sala es de la opinión que la norma que estipula los conceptos que conforman el enriquecimiento neto de los trabajadores, puede ser interpretada conforme a los postulados constitucionales, estimando que éste sólo abarca las remuneraciones otorgadas en forma regular (salario normal) a que se refiere el parágrafo segundo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, con ocasión de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, excluyendo entonces de tal base los beneficios remunerativos marginales otorgados en forma accidental, pues de lo contrario el trabajador contribuyente perdería estas percepciones -si no en su totalidad, en buena parte- sólo en el pago de impuestos.

Por tal razón, con el objeto de adecuar el régimen impositivo a la renta aplicable a las personas naturales con ocasión de los ingresos devengados a título salarial, con los presupuestos constitucionales sobre los que se funda el sistema tributario; ponderando, por una parte, el apego al principio de justicia tributaria y, por la otra, la preservación del principio de eficiencia presente en tales normas, en los términos bajo los cuales han sido definidos a lo largo de este fallo, esta Sala Constitucional modifica la preposición del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en el siguiente sentido:

‘Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los salarios devengados en forma regular y permanente por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta Ley.

A los efectos previstos en este artículo, quedan excluidos del salario las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial’ (Subrayados de la nueva redacción).

De esta manera, la Sala ejerciendo su labor de máxima intérprete de la Constitución ajusta la disposición legal antes referida a los postulados constitucionales, la cual además se adecua a la letra y espíritu del parágrafo cuarto del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, que dispone ‘cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó’. Así se decide”.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia reafirmó el citado criterio, cuando en su sentencia N° 390 del 9 de marzo de 2007, caso: *Carlos Alberto Peña, Gustavo E. Fernández M., Migderbis Morán y Marilyn Pérez Terán* (aclaratoria del fallo antes transcrito), expresó lo que se transcribe a continuación:

*“(…) Resalta la Sala, 1) que esta decisión se refiere al régimen impositivo de los asalariados, esto es, de quienes perciben un salario por la prestación de un servicio; y 2) **que los bonos y otras remuneraciones no regulares ni permanentes, no son pechables al no estar incluidas en el salario normal**”.*

Sobre este particular, la Sala Político-Administrativa en reiterada jurisprudencia ha sentado su opinión al respecto, manifestando que las utilidades (entre otros conceptos no regulares ni permanentes) no forman parte del salario normal, visto que se trata de remuneraciones complementarias y aleatorias, en tanto que la empresa haya obtenido beneficios, sólo pagaderas en proporción a los meses de servicios prestados, no así en función de la jornada diaria de trabajo, debiendo excluirse por consiguiente, del cálculo del salario normal todos aquellos beneficios o prestaciones obtenidas por los trabajadores de manera esporádica, accidental o respecto de los cuales no exista seguridad o certeza en cuanto a su percepción. (*Vid.* sentencias N° 00290 del 15 de febrero de 2007, caso: *Digas Tropiven, S.A.C.A.*; N° 01540 del 3 de diciembre de 2008, caso: *Cotécnica Caracas, C.A.*; N° 00273 del 26 de febrero de 2009, caso: *H.L. Boulton & CO, S.A.*; N° 00296 del 4 de marzo de 2009, caso: *C.A. La Electricidad de Caracas*; N° 00761 del 3 de junio de 2009, caso: *Comunicaciones Corporativas C.C.D., C.A.*).

En cuanto a los conceptos referentes a: bonificaciones, horas extras y vacaciones, ha estimado la Sala valederas las mismas consideraciones formuladas en torno a la gravabilidad de las utilidades, vale decir, que los mismos no están incluidos dentro de las definiciones de salario ni sueldos, por cuanto se trata de remuneraciones complementarias de carácter accidental o extraordinario dirigidas a beneficiar una situación especial de los empleados, pero que no implican un pago regular, como consecuencia de las labores ejecutadas por éstos durante la jornada ordinaria de trabajo. (*Vid.*, sentencia N° 00761 del 3 de junio de 2009, caso: *Comunicaciones Corporativas C.C.D., C.A.*).

Aplicando la normativa antes transcrita así como los citados criterios jurisprudenciales al caso bajo análisis, concluye esta Sala al igual que lo hizo en un caso similar al de autos (*Vid.*, sentencia N° 001102 de fecha 22 de julio de 2009, caso: *Vehicle Security Resources de Venezuela, C.A.*) que, conforme fue apreciado por el Tribunal *a quo*, resulta improcedente la exigencia de la diferencia de aportes al Fondo Mutual Habitacional y al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, correspondientes a los períodos impositivos de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, considerados omitidos por el acto recurrido, por cuanto se constató de dicho acto que el Banco Nacional de la Vivienda y el Hábitat (BANAVIH) añadió dentro de la base imponible de los referidos aportes, entre otras, las partidas por conceptos de vacaciones, comisiones, bonificaciones, utilidades y horas extras, las cuales, tal como fue expresado precedentemente, no deben incluirse por no encontrarse contenidas dentro de la base de cálculo del citado aporte patronal, que se encuentra delimitado por el salario normal a que hace alusión el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se declara.

Por otra parte, en cuanto a los rendimientos a pagar sobre aportes omitidos, observa esta Sala que en atención a la declaratoria de improcedencia de la diferencia de aportes exigida en el acto recurrido, los accesorios determinados a la obligación principal deben ser declarados igualmente improcedentes. Así se establece.

Con fundamento en lo *supra* expuesto esta Sala, conociendo en consulta, confirma la sentencia N° 1371 dictada por el Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas el 11 de febrero de 2009, en la cual se declaró con lugar el recurso contencioso tributario incoado por la contribuyente, por lo que se confirma la nulidad de las obligaciones determinadas a su cargo. Así finalmente se declara.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*

A. *Consulta popular en la elaboración de normas de aplicación general*

TSJ- SPA (1006)

8-7-2009

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Asociación Civil Confederación Venezolana de Industriales (CO-NINDUSTRIA).

Quien denuncie la inobservancia del procedimiento establecido en los dispositivos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, debe acreditar que cumplió con la carga de solicitar “libremente su inscripción en el registro” contemplado en el artículo 135 de la prenombrada Ley, ya que de lo contrario no surge en el órgano u ente público correspondiente la obligación de remitir en consulta el anteproyecto de ley o norma de cualquier otro rango.

Alegaron los apoderados actores que el Decreto recurrido se adoptó sin cumplir con la consulta obligatoria a que aluden los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

De manera que, a los fines de resolver sobre la denuncia planteada debe la Sala necesariamente transcribir el contenido de las citadas disposiciones, esto es, los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001, aplicable *ratione temporis*, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 136. Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente publicará en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en la Internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior.

Una vez cumplido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público fijará una fecha para que sus funcionarios o funcionarias, especialistas en la materia que sean convocados, y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechan o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

El resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante.”

“Artículo 137. El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta sino han sido consultadas según el procedimiento previsto en este Título.

En casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrán autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales, el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y ésta podrá ratificarla, modificarla o eliminarla.”

Como puede apreciarse de la anterior transcripción, ambas disposiciones desarrollan los postulados de los artículos 62 y 211 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referidos a la participación ciudadana en la formación, ejecución y control de la gestión pública, dentro de la cual se incluye la actividad legislativa y reglamentaria, así como el deber de consultar a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada, para oír su opinión sobre los proyectos de leyes o normas de cualquier otro rango.

En este orden de ideas, cabe destacar que esta Sala en sentencia N° 1.063 del 25 de septiembre de 2008, interpretó el alcance de las disposiciones antes transcritas en los siguientes términos:

“(...) el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, consagra la obligación de los órganos o entes públicos encargados de la adopción de normas legales, reglamentarias o de cualquier otra jerarquía de remitir el anteproyecto para su consulta a ‘...las comunidades organizadas...’ y a ‘...las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior [artículo 135 eiusdem]...’.

*No obstante, prevé la referida norma que ‘...[d]urante el proceso de consulta **cualquier persona** puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior [135 de la Ley Orgánica de la Administración Pública] ...’.* (Resaltado de la Sala).

De manera que, aun cuando el mencionado proceso de consulta queda abierto a cualquier persona interesada, debe precisarse que en lo que atañe a la obligación del órgano o ente público de realizar la remisión del anteproyecto a que alude el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, la misma queda circunscrita, en los términos de dicha norma, a dos categorías de grupos u organismos, estos son, las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado en el tantas veces nombrado artículo 135 eiusdem, cuyo tenor es el siguiente:

‘...Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes especiales, los órganos y entes de la Administración Pública promoverán la participación ciudadana en la gestión pública.

A tales fines, las personas podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas o las organizaciones públicas no estatales legalmente constituidas presentar y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública.

*A los efectos de su participación en la consulta sobre políticas y normas para la regulación del sector respectivo, cada órgano o ente público llevará un registro de las comunidades organizadas públicas no estatales cuyo objeto se refiera al sector y **que soliciten libremente su inscripción...**’.*

De lo anterior se colige, que sin perjuicio del derecho a participación que tiene cualquier persona en los procesos de consulta a que haya lugar, quien pretenda se declare la violación a lo establecido en los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, debe en primer lugar, acreditar que cumplió con la carga de solicitar ‘...libremente su inscripción en el registro...’, contemplado en el artículo 135 eiusdem, ya que de lo contrario no surge en el órgano u ente público correspondiente la obligación de remitir en consulta el anteproyecto de ley o norma de cualquier otro rango.

Lo anterior se justifica debido a la imposibilidad material de la Administración Pública de conocer y notificar a todas y cada una de las organizaciones o grupos que pudieran ser titulares del derecho a participación. De ahí que, sea necesario a los fines de entender satisfecha dicha exigencia que la parte interesada acredite en juicio que, no obstante, su solicitud de inscripción en dicho registro, el órgano u ente administrativo correspondiente omitió su notificación.

Ahora bien, circunscribiéndonos al caso de autos se aprecia que la representación judicial de la empresa recurrente no alegó y mucho menos demostró que su mandante haya solicitado la inscripción ante el citado Registro y en consecuencia, no resulta procedente la violación que denuncia respecto a los artículos 136 y 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, relativa a la falta de remisión del anteproyecto de la Resolución impugnada. Así se decide”.

De acuerdo con el criterio citado *supra*, la obligación del órgano o ente público de realizar la remisión del anteproyecto a que alude el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, queda circunscrita a dos categorías de grupos u organismos, estos son, las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado en el artículo 135 *eiusdem*.

De modo que, quien denuncie la inobservancia del procedimiento establecido en los dispositivos 136 y 137 de la prenombrada Ley, debe acreditar que cumplió con la carga de solicitar “libremente su inscripción en el registro” contemplado en el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, ya que de lo contrario no surge en el órgano u ente público correspondiente la obligación de remitir en consulta el anteproyecto de ley o norma de cualquier otro rango.

Siguiendo esta línea argumentativa y visto que no consta en autos que la parte actora haya alegado y demostrado su inscripción en el identificado registro, debe esta Sala, en concordancia con el argumento expuesto en la precitada decisión, desestimar el alegato relativo a la omisión de procedimiento. Así se declara.

B. *Derecho de los administrados: Derecho a la defensa*

TSJ-SPA ACC (1254)

12-8-2009

Magistrado Ponente: Evelyn Margarita Marrero Ortiz

Caso: René Molina Galicia y Lourdes D. Yajaira Yrureta Ortíz vs. Consejo Moral Republicano.

Por otra parte, denuncian los recurrentes que el Presidente del Consejo Moral Republicano violó sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, pues -a su decir- el referido funcionario omitió el procedimiento establecido por el legislador en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, para la calificación de las faltas cometidas por los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, el contenido y alcance del derecho a la defensa y al debido proceso, ha sido objeto de pronunciamientos de esta Sala en los cuales se ha señalado lo siguiente:

“(...) el debido proceso constituye una expresión del derecho a la defensa, el cual comprende tanto la posibilidad de acceder al expediente, el derecho a ser oído (audiencia del interesado), a obtener una decisión motivada e impugnar la decisión (Vid. sentencia 4.904 del 13 de julio de 2005).

Del mismo modo se ha pronunciado esta Sala sobre aquellos aspectos esenciales que el Juzgador debe constatar previamente, para declarar la violación del derecho consagrado en el artículo 49 de la Carta Magna, señalando primordialmente entre dichos aspectos, el que la Administración haya resuelto un asunto sin cumplir con el procedimiento legalmente establecido o que haya impedido de manera absoluta a los particulares su participación en la formación del acto administrativo que pudiera afectar sus derechos o intereses.

Asimismo, constituye criterio reiterado de este Órgano Jurisdiccional considerar que el derecho al debido proceso no se patentiza por el hecho de que la manifestación de voluntad concretizada en el acto administrativo que afecta al administrado, haya sido dictada luego de instruido un procedimiento, pues ello depende de las garantías y derechos que en el transcurso de éste se le permitan al administrado, tales como el derecho de alegar y promover pruebas...” (Sentencia N° 02936 del 20 de diciembre de 2006, ratificada en la sentencia N° 1336 del 31 de julio de 2007).

En aplicación del criterio jurisprudencial parcialmente transcrito al caso de autos, aprecia la Sala el alegato de los accionantes en el escrito contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad, referido a que la denuncia presentada en fecha 19 de junio de 2002 ante el Consejo Moral Republicano, no fue sustanciada conforme a lo dispuesto en los artículos 32 al 34 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano.

Sobre el particular, se observa que los artículos mencionados por los recurrentes se ubican dentro del Capítulo II “Del Procedimiento por Falta de los Magistrados y las Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia” de la referida Ley, relativos al procedimiento que debe seguirse para la tramitación de la denuncia presentada por algún ciudadano o ciudadana o los representantes de los Poderes Públicos, contra los Magistrados o Magistradas de este Máximo Tribunal.

En orden a lo anterior, en el caso bajo análisis el Presidente del Consejo Moral Republicano, al resolver acerca de la admisión de la denuncia presentada, consideró que la misma debía declararse inadmisibile, entre otros aspectos, por lo siguiente:

“(...) El fundamento de que los Magistrados de la Sala Político Administrativa se encuentran en desacato proviene del hecho de que los mismos no han procedido a sentenciar. Ahora bien, en criterio de quien suscribe, tal actitud no significa o implica un desacato, pues la Sala Constitucional al ordenar la reposición no fijó un plazo a la Sala Político Administrativa. Adicionalmente, la gran cantidad de trabajo que tiene esta Sala no permite a los Magistrados emitir el número de pronunciamientos queridos. Por otra parte, los propios denunciantes señalan que los Magistrados de la Sala Político Administrativa han procedido a abrir expedientes con otra nomenclatura, con lo cual queda entendido que los mismos acataron la orden de reponer los juicios y procederán a decidirlos.

Sin embargo este Consejo Moral Republicano debe concordar con los denunciantes en la necesidad de que la Sala Político Administrativa se avoque en forma inmediata a pronunciarse sobre el fondo de las causas.

En virtud de lo expuesto es inadmisibile la denuncia en cuestión.

(...) estima quien suscribe esta decisión que en el presente caso no existe una ‘patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico’, ‘tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera’, sino una diferencia interpretativa de una norma, lo cual evidencia de la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa del 13 de febrero de 2001 (caso Molinos San Cristóbal) donde se aprecian los fundamentos de la declaratoria de perención: (...)

En cuanto a la reiterada inobservancia de los plazos o términos legales o en el diferimiento de las sentencias, es necesario precisar que efectivamente algunas Salas no han podido ponerse al día con los casos que deben sentenciar pero ello es producto del volumen de trabajo que se maneja en las mismas.

En virtud de lo expuesto es inadmisibile la denuncia formulada.

(...)

En virtud de todo lo anterior, forzoso es concluir que no es factible aplicar las normas contempladas en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana hasta tanto sea sancionado por la Asamblea Nacional, mientras tanto se aplicará la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, así como la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura y la Ley de Carrera Judicial, en tanto en cuanto ello sea posible, pues también debe tomarse en consideración que en materia sancionatoria tampoco es factible aplicación analógica de las penas. (...).”

De lo anteriormente expuesto se evidencia que el Presidente del Consejo Moral Republicano, ciudadano Clodosbaldo Russián, al analizar cada uno de los puntos contenidos en la denuncia presentada por los recurrentes estimó que la misma era inadmisibile, siendo el fun-

damento de la denuncia el hecho de que los Magistrados antes identificados procedieron a decretar la perención de la instancia en diversas causas sometidas a su consideración que se encontraban en estado de sentencia; proceder que el referido funcionario estimó no como una “*patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico*”, sino como una diferencia interpretativa de una norma.

En armonía con lo antes señalado, considera la Sala que el Consejo Moral Republicano al declarar inadmisibile la denuncia presentada por los ciudadanos René Molina Galicia y Lourdes del Valle Yajaira Yrureta Ortíz, no estaba obligado a seguir el procedimiento previsto en los artículos 32 al 34 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano para tramitar las denuncias contra los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia; razón por la cual se desestima la alegada violación del derecho a la defensa y al debido proceso. Así se declara.

C. *Principio de Buena Fe. Noción*

TSJ- SPA (1006)

8-7-2009

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Asociación Civil Confederación Venezolana de Industriales (CO-NINDUSTRIA)

La presunción de buena fe del ciudadano es uno de los principios que deben tener por norte los órganos de la Administración Pública Central y Descentralizada funcionalmente a nivel nacional cuando se elaboren los planes de simplificación de trámites.

Los apoderados judiciales de la recurrente expusieron que el sistema autorizatorio que pretende instaurar el Decreto N° 4.248, desconoce el principio de buena fe expresamente establecido en los artículos 8 y 10 del Decreto con rango y fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos, por las siguientes razones: (i) Parte del supuesto que todas las empresas domiciliadas en el país son infractoras, obligándolas a obtener una solvencia laboral, en lugar de sancionar a las que incumplan con los actos dictados por las autoridades administrativas competentes; (ii) Impone trámites innecesarios que incrementan el costo operacional de la Administración Pública y de las empresas sometidas a la legislación laboral; y (iii) Contraría lo dispuesto en los artículos 15 y 26 del identificado Decreto-Ley.

Al efecto, esta Sala observa que el Decreto con rango y fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos, reimpresso por error material, el 7 de diciembre de 1999 y publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.845, de esa fecha, vigente para el momento en que se dictó el acto impugnado, disponía en los artículos 8 y 10, lo siguiente:

“Artículo 8: Los planes de simplificación de trámites administrativos que elaboren los organismos sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley, deberán realizarse con base en los siguientes principios:

1. *La presunción de buena fe del ciudadano.*
2. *La simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración Pública.*
3. *La actividad de la Administración Pública al servicio de los ciudadanos.*
4. *La desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección”*

“Artículo 10: Los órganos y entes de la Administración Pública en sus respectivas áreas de competencia, deberán realizar un inventario de los documentos y requisitos cuya exigencia pueda suprimirse de conformidad con la presunción de buena fe, aceptando en sustitución de los mismos las declaraciones juradas hechas por el interesado o un representante con carta poder”.

De la lectura de los dispositivos antes citados se desprende que la presunción de buena fe del ciudadano es uno de los principios que deben tener por norte los órganos de la Administración Pública Central y Descentralizada funcionalmente a nivel nacional cuando se elaboren los planes de simplificación de trámites; y que en atención a ese principio debe suprimirse la exigencia de documentos y requisitos que en opinión de los órganos y entes de la Administración Pública puedan sustituirse por las declaraciones juradas hechas por el administrado.

Una vez precisado lo anterior, esta Sala observa que los apoderados judiciales de la parte actora alegaron la vulneración del principio de buena fe, en primer lugar porque la Administración en el acto recurrido presume que todas las empresas domiciliadas en el país son infractoras, obligándolas a obtener una solvencia laboral, en vez de sancionar a las que incumplan con los actos dictados por las autoridades administrativas competentes.

Al respecto, debe reiterarse que la solvencia laboral es un documento administrativo que certifica que el patrono o patrona respeta efectivamente los derechos humanos laborales y sindicales de los trabajadores y trabajadoras.

El proveimiento recurrido es un acto administrativo de carácter normativo cuyo objeto es regular el otorgamiento, vigencia, control y revocatoria de la solvencia laboral de los patronos y patronas, incluidas las asociaciones cooperativas que contraten los servicios de no asociados. Así, en el artículo 4 del Decreto impugnado se establecen siete (7) causales objetivas que producirán la negativa o revocatoria del identificado documento.

En este orden de ideas, se tiene que el otorgamiento anual de la solvencia laboral comprende un control permanente por parte del Estado de un efectivo resguardo de los derechos de los trabajadores y trabajadoras, e inclusive la configuración de alguna de las causales objetivas de violación de los derechos laborales y sindicales, en el transcurso del año de vigencia, ocasiona la aplicación de la medida administrativa de revocación.

Por tal razón, es que la norma no presume en modo alguno la mala fe, dado que la solvencia laboral es otorgada y mantiene su vigencia para todo aquel que no incurra en las conductas descritas en el artículo 4 del Decreto N° 4.248, es decir, que la consecuencia jurídica de denegatoria y revocación del mencionado documento administrativo se producirá sólo cuando el administrado actúe en contravención a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, no puede entenderse la exigencia anual del documento administrativo que certifica el cumplimiento de los derechos humanos laborales y sindicales como una vulneración del principio de presunción de buena fe del patrono. Así se declara.

2. *Reglamentos*

A. *Potestad Reglamentaria*

TSJ- SPA (1006)

8-7-2009

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Asociación Civil Confederación Venezolana de Industriales (CO-NINDUSTRIA).

El Decreto N° 4.248 de fecha 30 de enero de 2006, mediante el cual se regula el otorgamiento, vigencia, control y revocatoria de la solvencia laboral de los patronos, fue dictado por el Presidente de la República con fundamento en las competencias constitucionales y legales atribuidas.

Corresponde a esta Sala pronunciarse respecto al mérito de la causa y a tal efecto observa que en el presente juicio se cuestiona la legalidad e inconstitucionalidad del Decreto N° 4.248, dictado por el Presidente de la República en fecha 30 de enero de 2006 y publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.371 de fecha 2 de febrero de 2006, mediante el cual se regula el otorgamiento, vigencia, control y revocatoria de la solvencia laboral de los patronos.

De seguida pasa esta Sala a pronunciarse sobre cada uno de los argumentos expuestos en el escrito recursivo, y al respecto se observa lo siguiente:

Al respecto indicaron que el acto impugnado vulnera abiertamente el **principio de la reserva legal**, al establecer condiciones y requisitos para el ejercicio del derecho al trabajo y a la libertad económica, impuestos en una norma que no ha sido dictada por el Poder Legislativo Nacional y mucho menos mediante una Ley Orgánica. Añaden, que el Ejecutivo no cuenta con una habilitación de donde se deriven directrices o parámetros para establecer un sistema regulatorio como el previsto en el Decreto N° 4.248.

En el presente apartado, también sostuvieron los apoderados de la recurrente que el acto cuya nulidad es solicitada adolece del **vicio de usurpación de funciones**, al considerar que a través de su adopción el Ejecutivo Nacional pretende asumir competencias que ni siquiera el legislador tiene encomendadas, al establecer un sistema autorizatorio que no se encuentra previsto ni sugerido en las leyes que regulan el sector laboral, toda vez que de las normas invocadas en la base legal del Decreto N° 4.248 “*no se puede inducir, ni siquiera inferir*”, que el legislador autoriza a funcionarios de la Administración Pública a exigir solvencias laborales. (Ver: Sent. N° 0417 de 1-4-2009 *Revista de Derecho Público* N° 118)

En atención a la decisión transcrita *supra*, el Presidente de la República, al dictar el acto recurrido, actuó con fundamento en las atribuciones conferidas expresamente en la Constitución y en las leyes para reglamentar estas últimas, por lo que debe esta Sala desestimar la denuncia relativa a la transgresión del principio de la reserva legal y la configuración del vicio de usurpación de funciones. Así se declara.

a. *Límites: Reserva legal*

TSJ-SPA (1131)

29-7-2009

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Hugo Medina y Presidente de la ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS DE C.V.G. VENALUM (AJUPEVE).

Con relación a la denunciada contravención contenida en el artículo 23 del Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, respecto de los postulados constitucionales que propugnan la justicia social, responsabilidad social y preeminencia de los derechos humanos, esta Sala examina lo siguiente:

De la lectura del expediente se observa que el *thema decidendum* se circunscribe a obtener la nulidad de una norma de rango reglamentario.

Al respecto, la doctrina ha sostenido que las normas reglamentarias pueden detallar, explicar, desarrollar, complementar e interpretar a la Ley, siempre que no contrasten e innoven en relación con lo establecido por el texto legislativo, es decir, que no alteren el espíritu, propósito y razón de la Ley.

A este respecto, hay autores que señalan que “Su sumisión a la Ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la Ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido”. (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, octava edición, p. 168).

Acerca del alcance y contenido de la garantía de la reserva legal (en relación al ejercicio de la facultad de reglamentar las leyes), en sentencia N° 00302 del 12 de marzo de 2008, esta Sala reitera la jurisprudencia de este Máximo Tribunal (Sala Constitucional), que sostiene lo siguiente:

“...la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal.

Ahora bien, en virtud de lo previsto en el artículo 190, numeral 10 de la Constitución de 1961 -hoy, artículo 236, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- el Ejecutivo Nacional puede reglamentar las leyes que se dicten en materias que pertenezcan a la reserva legal, incluso cuando tengan carácter de leyes orgánicas; lo que permite la participación del Poder Ejecutivo en el desarrollo de los principios contenidos en la Ley, siempre que no altere su espíritu, propósito y razón, y sin que ello pueda significar, en modo alguno, el otorgamiento al Presidente de la República de la potestad de legislar en torno a la materia o materias específicas que estén delimitadas por la Ley.

Así, el principio de la reserva legal contiene una obligación para el legislador de regular en el texto de la Ley de que se trate, toda la materia relacionada con ésta, de tal manera que, sólo puede remitir al reglamentista la posibilidad de establecer o fijar los detalles de su ejecución, esto es, explicar, desarrollar, complementar e interpretar a la Ley en aras de su mejor ejecución, estando prohibidas, por constituir una violación a la reserva legal, las remisiones ‘genéricas’ que pudieran originar reglamentos independientes, o dar lugar a los reglamentos ‘delegados’”. (Sentencia de la Sala Constitucional N° 2338 del 21 de noviembre de 2001), (subrayado de esta decisión).

De conformidad con la jurisprudencia citada, los aspectos fundamentales de las leyes dictadas conforme al procedimiento de elaboración y sanción previsto en la Constitución, son regulados por el órgano deliberante nacional, pudiendo el Poder Ejecutivo establecer los aspectos necesarios para su aplicación y ejecución, salvo la potestad legislativa delegada que puede ejercer el Presidente de la República.

Conforme al Texto Fundamental corresponde al Presidente de la República reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón (numeral 10 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), pero a su vez constituye una atribución y obligación cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (numeral 1 del artículo 236 *eiusdem*), función que corresponde al Poder Ejecutivo Nacional.

En el presente caso, para determinar si la norma cuya nulidad se solicita deriva del desarrollo de la Ley a cuyas disposiciones se debe someter, se hace indispensable analizar lo que respecto a la pensión de sobreviviente dispone la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubi-

laciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 3.850 Extraordinario del 18 de julio de 1986, reformada parcialmente según *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.426 del 28 de abril de 2006, reimpresa por error material en la *Gaceta Oficial* N° 38.501 del 16 de agosto del citado año. Dicha Ley establece en el artículo 15 lo siguiente:

“Artículo 15. La pensión de sobreviviente se causará por el fallecimiento de un beneficiario o beneficiaria de jubilación o de un empleado o empleada que a la fecha de su muerte llenare los requisitos para tener derecho a la jubilación. No se otorgará más de una pensión por mérito de un solo causante”. (Destacado de esta Sala).

De este dispositivo se evidencia que el legislador estableció la manera de cómo puede causarse la pensión de sobreviviente, disposición que mantiene su texto original contenido en la Ley reformada.

Por su parte, la última modificación del Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, tiene data del 11 de enero de 1999.

Es importante resaltar la data de este Reglamento, por cuanto de la referida fecha se infiere que el contenido del artículo 23, cuya nulidad se pide, es anterior a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, vigente desde el 30 de diciembre de 1999.

Lo anterior viene a colación porque la Constitución vigente contempla en el Capítulo V denominado “De los Derechos Sociales y de las Familias”, normas que otorgan una protección especial a la seguridad social y al trabajo, considerado como un “hecho social”. En efecto, los artículos 86 y 89 disponen lo siguiente:

“Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial”. (Destacado de la Sala).

“Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. (...)

5. Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición. (...)” (Destacado de la Sala).

De las disposiciones transcritas se desprende la intención del constituyente de brindar protección a todas las personas por las contingencias surgidas, entre las que se encuentran los estados de invalidez y riesgos laborales. Asimismo, se considera el trabajo como un hecho social, se prohíbe cualquier retroceso de los derechos y beneficios laborales (principio de progresividad) y también se prohíbe todo tipo de discriminación relacionada con las condiciones mencionadas.

Por su parte, los reglamentos dictados por cualquier autoridad administrativa están sometidos al control de constitucionalidad y legalidad que ejerce esta Sala, de conformidad con los artículos 259 y 266 numeral 5 de la Constitución vigente (artículo 190 ordinal 10 de la derogada Constitución). Así lo expresó este Máximo Tribunal en sentencia N° 48 dictada por la antes denominada Corte Suprema de Justicia de fecha 10 de mayo de 1965, declarando lo siguiente:

“Es inherente a la función administrativa la facultad que tiene la Administración de dictar actos que contengan normas de carácter general. Los reglamentos son, precisamente, actos de esta naturaleza. Dentro de la clasificación general de éstos figura el que se denomina subordinado, porque es dictado para complementar la ley o asegurar su ejecución. La actividad reglamentaria está en estos casos limitada y encausada por la norma legal, y de ahí que toda disposición reglamentaria que viole la Constitución o las leyes es susceptible de anulación o de inaplicación en los casos concretos”. (Ver copiator de sentencias, año 1965, segundo trimestre, página 6).

Con referencia a los Reglamentos Ejecutivos, la Constitución exige en su artículo 236 numeral 10, que no deben alterar el “espíritu, propósito y razón” de las leyes. Al respecto, la entonces denominada Corte Federal y de Casación en Corte en Pleno, expresó lo siguiente:

“Se altera el espíritu de la Ley cuando el acto reglamentario contiene excepciones o sanciones no previstas, o disposiciones contrarias a los fines perseguidos por el Legislador”. (Ver sentencia del 4 de junio de 1952 en *Gaceta Forense* N° 11, 1952, p. 25).

En otra sentencia, la Corte en Pleno precisó esta sujeción al declarar lo que sigue:

“El decreto reglamentario o Reglamento Ejecutivo, tomado en su acepción estricta -que es la que interesa en este caso-, tiene como antecesor a la Ley, de la cual es derivación, efecto y corolario. Esta sienta el principio, aquél prevé y desarrolla sus consecuencias, facilita su aplicación a los pormenores y determina las medidas necesarias para su aplicación. De ahí que cuando el reglamento ejecutivo se propasa y se ocupa de reparar las diferencias de la Ley, regula cuestiones no comprendidas en ella, o se aparta del espíritu, propósito y razón que lógicamente han debido guiar al Legislador en su elaboración, se está en presencia de una extralimitación de atribuciones, en el primer caso, y de una violación del texto constitucional en el segundo; y en uno y otro, de un reglamento ejecutivo viciado, en todo o en parte, de ilegalidad por violatorio de expresas normas de la Ley Fundamental”. (Ver sentencia del 24 de septiembre de 1952 en *Gaceta Forense* N° 1, 1958, p. 151).

Obviamente, el legislador no ha encomendado al reglamentista dictar normas que pugnen con la Carta Magna, por lo que ante reglamentos que arriben a resultados manifiestamente desproporcionados o que atenten contra la justicia natural, debe el órgano jurisdiccional declarar que su disconformidad con los postulados constitucionales impone restablecer la situación jurídica infringida, declarando su nulidad.

Siendo la norma reglamentaria desarrollo de la legal, no le está dado al reglamentista crear un supuesto distinto o desarrollar un ámbito más allá del previsto en la ley. La potestad reglamentaria no puede ir allende el “complemento indispensable” que garantice el desarrollo y la ejecución de la ley; no podría contener nuevos mandatos normativos, ni podría agravar cargas u obligaciones que la ley desarrolla.

En el presente caso, **el artículo 15 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 dispone que **la pensión de sobreviviente se obtendrá por el fallecimiento del beneficiario de la pensión de jubilación**; nada mencionó sobre los casos en los que el beneficio acordado hubiera sido la pensión de invalidez.

Al contemplar el **artículo 23 del Reglamento 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 que **la muerte de un beneficiario de una pensión de invalidez no causará pensión de sobrevivientes**, hizo intrusión en un ámbito que es potestativo de la Ley, y que ésta -siéndole propio- no contempló, invadiendo así el Reglamento la reserva legal; y más aún, alterando el “espíritu, propósito y razón” de la Ley.

La referida norma reglamentaria creó una limitación a los sobrevivientes de los pensionados por invalidez, que la Ley no reguló expresamente, no resultando tal restricción compatible con los postulados previstos en los transcritos artículos 86 y 89 constitucionales, vigentes desde el 30 de diciembre de 1999, cuya protección especial **prohíbe cualquier discriminación relacionada con el “hecho social” trabajo**.

La Sala no puede desconocer el valor de derecho social propio de la pensión por invalidez, pues ésta se obtiene luego de que una persona estando al servicio de un empleador, padece merma de su capacidad para realizar cualquier tipo de trabajo, como resultado, ya sea de un accidente por acción que pueda ser determinada o sobrevenida en el curso del trabajo, por el hecho o con ocasión del trabajo; o por una enfermedad ocupacional con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que la persona se encuentre obligada a laborar. **El beneficio de la pensión es un logro, cuyo objetivo es que su acreedor -que cesó involuntariamente en sus labores diarias de trabajo- mantenga la misma o una calidad de vida mayor de la que tenía, producto de los ingresos que provienen de la pensión, beneficio que debe ser extensivo a sus sobrevivientes, como sucede en los casos de jubilación.**

En cuanto a la seguridad social como una protección constitucional, esta Sala en sentencia N° 00016 del 14 de enero de 2009, pronunció lo siguiente:

“(…) El artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela define el sistema de seguridad social como un servicio público destinado a proteger las contingencias que sufran los particulares independientemente de su capacidad contributiva, condición social y actividad laboral, en los siguientes términos:

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

El sistema de seguridad social ha sido concebido por el Constituyente como universal, integral y de financiamiento solidario, ya que debe proteger tanto a las personas que contribuyen al mismo, como a las que no porque la ausencia de capacidad contributiva no puede ser motivo para excluir a las personas de esa protección (...)”.

A este aspecto se refirió la Sala Constitucional en la oportunidad de analizar el concepto de Estado Social de Derecho y de Justicia, precisando lo siguiente:

“(...) El Preámbulo de la Constitución, como tal es parte de ella, y según él, la Constitución es la base para refundar la República de acuerdo a los valores expresados en el mismo Preámbulo. Consecuencia de ello, es que la conceptualización de lo que es Estado Social de Derecho y de Justicia tiene que adaptarse a los valores finalistas del Preámbulo, y por ello el concepto venezolano, puede variar en sus fundamentos del de otro ‘Estado Social’, ya que su basamento será diferente.

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

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

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

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

*Dentro de las protecciones a estos ‘débiles’, la Constitución de 1999, establece Derechos Sociales, los cuales por su naturaleza son de interés social; mientras que otras leyes señalan expresamente materias como de interés social; o se refieren a la protección de personas que califican de débiles jurídicos (artículos 6.3 de la Ley al Protección de Consumidor y al Usuario, por ejemplo). **De esta manera se va formando un mapa de quiénes son los sujetos protegidos por el Estado Social.** (...)*”. (Sentencia N° del 24 de enero de 2002; caso: ASO-DEVIPRILARA), (resaltado de la Sala).

Dentro de esta categoría de “débiles” a que alude la sentencia transcrita se ubica a las personas cuya subsistencia depende de una pensión recibida a consecuencia del hecho social trabajo. En tal sentido lo ha expresado esta Sala al reiterar que “*la consagración legal de las pensiones de jubilación y de sobrevivientes a favor de quienes presten sus servicios a la Administración y de sus herederos, responde a la necesidad de garantizarles una subsistencia digna*” (ver sentencia N° 00763 del 8 de mayo de 2001).

De acuerdo a las estadísticas publicadas por el Instituto de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL) -correspondientes al año 2006-, el 84,7% de las personas que sufren accidentes laborales están ubicados en los niveles educativos de “*iletrado, primaria o secundaria*”; asimismo, las edades comprendidas entre 14 y 44 años representan el 85,6% de estas contingencias. Estos datos infieren que la mayor parte de trabajadores que sufren infortunios por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales califican como obreros, lo cual sólo les permitiría una condición económica muy modesta.

Si a este escenario le agregamos que su núcleo familiar (cónyuge e hijos) dependen económicamente del incapacitado, la pensión recibida debe ser considerada como una protección directa a la familia.

Y no puede ser otra la intención del legislador al establecer en el artículo 16 de la vigente Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios -para el caso de los jubilados-que, a la fecha de su muerte, “*Tendrán derecho por partes iguales a la pensión de sobrevivientes los hijos o hijas y el cónyuge o la cónyuge de la causante o el causante...*”; cuya única limitación es cumplir los requisitos previstos en dicha norma.

Este dispositivo está acorde al fin perseguido por el constituyente que garantizó a todos “*la seguridad social, la cual debe responder a los conceptos de solidaridad, universalidad, integralidad, unicidad, participación y eficiencia*”. (Exposición de motivos del Capítulo V de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En efecto, la seguridad social se instituyó como un servicio público de carácter obligatorio que protege las 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*”. (Artículo 86 *eiusdem*).

Esta Sala observa que la Constitución no establece distinción alguna en cuanto a los sobrevivientes de los pensionados por vejez o por invalidez; tan evidente es que el sistema general de pensiones garantiza a los sobrevivientes el amparo contra las contingencias derivadas de su muerte. En efecto, el numeral 7 del artículo 18 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Seguridad Social (publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.891 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008) dispone:

“Artículo 18. El Sistema de Seguridad Social garantizará las prestaciones siguientes:

(...)

7. Pensiones de vejez, sobrevivencia y discapacidad.

(...)

La organización y el disfrute de las prestaciones previstas en este artículo serán desarrolladas de manera progresiva hasta alcanzar la cobertura total y consolidación del Sistema de Seguridad Social creado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. (Destacado de la Sala).

La pensión de sobrevivientes constituye uno de los mecanismos para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependen económicamente del causante y que la ley les acuerda tal beneficio, puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o jubilado fallecido.

Adicionalmente, los representantes de los solicitantes han informado a la Sala que mientras esperan esta sentencia, han fallecido varios de ellos.

En efecto, en el folio 175 consta que “*el ciudadano Miguel Ángel Ordaz García, quien fue certificado en el año 2001 como discapacitado falleció seis años después, el 21 de mayo de 2007, dejando tres (3) niños y una esposa*”. Además, han presentado algunos documentos que -si bien es cierto no son necesarios para un recurso como éste- sirven para ilustrar la injusticia que implica la discriminación a que están sometidos.

Por las razones expuestas, esta Sala estima que el artículo 23 del Reglamento 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, es violatorio del principio constitucional que impone los límites a la potestad reglamentaria contenida en el numeral 10 del artículo 236, en concordancia con el numeral 1 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En consecuencia, debe declararse con lugar el recurso de nulidad interpuesto y, por lo tanto, nulo el referido artículo 23 del citado Reglamento. Así se establece.

Igualmente considera la Sala que los efectos de este fallo abarcan también la situación jurídica de los herederos de los recurrentes que fenecieron luego de iniciar su solicitud, esperando esta sentencia. Así también se determina.

3. *Actos Administrativos*

A. *Vicios en la base legal*

TSJ-SPA (1131)

29-7-2009

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Hugo Medina y Presidente de la ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS DE C.V.G. VENALUM (AJUPEVE).

Ahora bien, esta Sala ha señalado que el vicio de ausencia de base legal se produce cuando un acto emanado de la Administración no es capaz de sostenerse en un instrumento normativo determinado, careciendo de ese modo de la sustentación jurídica necesaria que le sirva de fundamento. (*Vid.* Sentencias N° 161 del 1° de febrero de 2006 y 2.309 del 24 de octubre de 2006).

Juzga esta Sala, que las normas constitucionales y legales en que se basó el Presidente de la República para dictar el proveimiento cuestionado, le conceden la atribución legal correspondiente para emitir actos como el impugnado, es decir, que la base legal utilizada es cónsona con la actuación administrativa efectuada, no resultando equivocada la interpretación realizada por aquél; por lo tanto, debe esta Sala desestimar la configuración del denunciado vicio. Así se declara.

B. *Vicios en la causa: Falso Supuesto de Derecho*

TSJ-SPA ACC. (1254)

12-8-2009

Magistrado Ponente: Evelyn Margarita Marrero Ortiz

Caso: René Molina Galicia y Lourdes D. Yajaira Yrureta Ortiz vs. Consejo Moral Republicano.

Una vez mas la Sala confirma la doctrina existente referente al vicio de falso supuesto como un vicio que tiene lugar cuando la Administración se fundamenta en hechos inexistentes, o que ocurrieron de manera distinta a la apreciación efectuada por el órgano administrativo; o cuando la Administración se apoya en una norma que no resulta aplicable al caso concreto. Se trata de un vicio que por afectar la causa del acto administrativo acarrea su nulidad, por lo cual es necesario examinar si la configuración del acto administrativo se adecuó a las circunstancias de hecho probadas en el expediente administrativo, de manera que guardaran la debida congruencia con el supuesto previsto en la norma legal.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Contencioso Administrativo de Anulación*A. *Legitimación activa: impugnación de actos administrativos de efectos generales*

TSJ- SPA (1006)

8-7-2009

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Asociación Civil Confederación Venezolana de Industriales (CO-NINDUSTRIA).

Cualquier persona que ostente la cualidad conferida por el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, que posea un simple interés en las resultas de un determinado juicio de nulidad, podrá intervenir en éste, cuando se trate de la nulidad de un acto de efectos generales.

Ahora bien, advierte la Sala que el acto administrativo cuya nulidad se debate posee efectos generales, por lo cual resulta necesario observar la disposición normativa que rige los procesos de nulidad ejercidos contra actos de esa naturaleza, contenida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable en concordancia con el artículo 26 del Texto Constitucional, a los fines de determinar la legitimación activa para incoar dichos juicios; así, el referido artículo 26 de la Constitución y el primer aparte del artículo 21 de la citada Ley, preceptúan lo siguiente:

“Artículo 26: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

“Artículo 21: (...) Toda persona natural o jurídica, o el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo podrá proponer ante el Tribunal Supremo de Justicia, demanda de nulidad, por ilegalidad o inconstitucionalidad de contratos, convenios o acuerdos celebrados por los organismos públicos nacionales, estatales, municipales o del Distrito Capital, cuando afecten los intereses particulares o generales, legítimos, directos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas”.

De conformidad con las normas *supra* transcritas, la legitimación para solicitar la nulidad de un acto de efectos generales corresponde a cualquier persona plenamente capaz, sea ésta natural o jurídica, que resulte afectada o lesionada en sus derechos e intereses; en tal sentido, le bastará demostrar a quien ejerza o pretenda ejercer la acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad contra un acto administrativo de efectos generales, su interés, sea éste directo o indirecto, individual o colectivo, sin tener que comprobar que le asiste un derecho subjetivo o un interés personal, legítimo y directo para impugnar el acto demandado.

De allí, se infiere que cualquier persona que ostente la cualidad conferida por el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, que posea un simple interés en las resultas de un determinado juicio de nulidad, podrá intervenir en éste. No obstante, vista la pluralidad de formas de intervención de los terceros en juicio, en el presente caso debe precisarse bajo cuál de los supuestos descritos en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, puede subsumirse la solicitud de adhesión interpuesta por la confederación de federaciones y sindicatos nacionales previamente identificada.

En el caso de autos, pudo esta Sala advertir que la solicitud de adhesión al recurso de nulidad ejercido conjuntamente con solicitud de suspensión de efectos contra el Decreto N° 4.248 dictado el 30 de enero de 2006 por el Presidente de la República, se presentó conforme a lo dispuesto en el ordinal 3° del señalado artículo 370, en concordancia con el 381 del Código de Procedimiento Civil, es decir, aquella intervención en la cual el tercero alega un interés jurídico actual en sostener las razones de uno de los sujetos, en virtud de los efectos que pudiera extender la cosa juzgada entre los intervinientes en el proceso, respecto de las relaciones jurídicas del tercero con el adversario de la parte en cuya victoria se está interesado.

Así, habiéndose solicitado la nulidad de un acto de efectos generales, para lo cual resulta legitimada cualquier persona que considere afectados sus derechos e intereses, conforme a la norma contenida en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, resulta forzoso a esta Sala declarar admisible la adhesión al presente juicio de la Confederación de Federaciones y Sindicatos Nacionales denominada Unión Nacional de Trabajadores, pues su requerimiento denota la existencia de intereses subjetivos vinculados con la situación jurídica objeto de controversia. Así se decide.

B. *Procedimiento*

a. *Cartel de emplazamiento (desistimiento tácito)*

TSJ-SPA (1250)

12-8-2009

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Valmore Domingo Azuaje vs. Contralor General de la República.

La Sala reitera que el lapso para retirar, publicar y consignar el cartel de emplazamiento dirigido a los terceros interesados es de treinta (30) días continuos, contados a partir del día en que se libró el cartel de emplazamiento. Una vez publicado el referido cartel, deberá consignarse dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a su publicación. En caso de que ninguna de esas formalidades se lleve a cabo se entenderá desistida la acción judicial interpuesta.

Corresponde a la Sala pronunciarse respecto a la situación advertida por el Juzgado de Sustanciación sobre el retiro, publicación y consignación del cartel de emplazamiento a los terceros interesados. A tal efecto, se observa:

La citación de los terceros interesados en los juicios que se tramiten ante este Máximo Tribunal de la República, está regulado por el aparte undécimo del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

*“En el auto de admisión se ordenará la citación del representante del organismo o del funcionario que haya dictado el acto; al Fiscal General de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, el cual deberá consignar un informe hasta el vencimiento del plazo para presentar los informes; al Procurador General de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República. Asimismo, cuando fuere procedente, en esa misma oportunidad, se **podrá ordenar la citación de los interesados**, por medio de carteles que se publicarán en un (1) diario de circulación nacional, para que se den por citados, en un lapso de diez (10) días hábiles siguientes: contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados. El recurrente deberá consignar un (1) ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel, dentro de los tres (3) días siguientes a su publicación; **el incumplimiento de esta obligación se entenderá que desiste del recurso, y se ordenará el archivo del expediente...**”.* (Resaltados de la Sala).

De la norma parcialmente transcrita se desprende que el legislador previó la figura del desistimiento tácito, para aquellos casos en los cuales el recurrente no consignara en autos, dentro del lapso de tres (3) días de despacho siguientes a la publicación, un ejemplar del periódico donde apareciera el cartel de emplazamiento a los terceros interesados. Sin embargo, no indicó el lapso para retirar dicho cartel, así como tampoco la consecuencia jurídica que traería su falta de retiro una vez librado.

Sobre este particular la Sala se pronunció y estableció, mediante sentencia N° 5.481 de fecha 11 de agosto de 2005, que el lapso para retirar, publicar y consignar el cartel de emplazamiento a que se refiere el aparte undécimo del artículo 21, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“Ahora bien, de la lectura de la norma contenida en el referido artículo 21 aparte undécimo -parte in fine- de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, constató la Sala que el legislador se limitó a establecer el lapso correspondiente para ‘consignar’ la publicación en prensa del cartel de emplazamiento, esto es tres (3) días (de despacho), sin precisar el lapso para que la parte actora cumpla con las otras obligaciones inherentes a dicha formalidad, cuales son, su retiro y efectiva publicación, determinación que resulta de particular importancia, pues al no especificarse la oportunidad para que se verifiquen tales exigencias, el proceso queda en suspenso a espera del cumplimiento por parte del recurrente del retiro y publicación del cartel de emplazamiento, lo que podría perjudicar ostensiblemente los derechos de los terceros que se vean afectados por el acto cuya nulidad se solicite en el recurso contencioso administrativo de anulación, además de contravenir el principio de celeridad procesal y seguridad jurídica, cuya estricta observancia contribuye a ejecutar la obligación de este Máximo Tribunal de ser garante de la justicia y la tutela judicial efectiva.

Por tal razón, esta Sala, actuando como ente rector de la jurisdicción contencioso-administrativa, a fin de garantizar que el proceso contencioso administrativo se lleve a cabo de una forma expedita, clara y sin obstáculos innecesarios, en el cual se asegure el derecho a la defensa y debido proceso (artículo 49 del texto fundamental) de todos los administrados, así como el acceso a la justicia, y siendo que el Juez como director del proceso debe procurar la estabilidad de los juicios, considera la Sala en esta oportunidad, que se debe aplicar supletoriamente, por mandato del primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el lapso de treinta (30) días continuos previstos en el artículo 267 ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil que establece la figura de la perención breve, para que en los recursos contencioso administrativos de anulación, se cumpla con la obligación de retirar y publicar el cartel de emplazamiento al que se refiere el aparte undécimo del artículo 21 de la Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal.

En efecto, dicho lapso de treinta (30) días comenzará a contarse a partir de la fecha en que sea expedido el cartel de emplazamiento, y será dentro del mismo que el recurrente deberá retirar y publicar el ejemplar del periódico donde fue publicado el referido cartel, contando luego con tres (3) días de despacho siguientes a dicha publicación para su consignación en autos; de manera que cuando el recurrente no cumpla con la carga procesal aquí descrita procederá la declaratoria de desistimiento, la cual se verifica como una sanción para la parte actora en virtud de su inactividad en el procedimiento. Así se declara. (...)" (Resaltado de la Sala).

De conformidad con el fallo citado, el lapso para retirar y publicar el referido cartel de emplazamiento es de treinta (30) días continuos a partir de la fecha de su expedición, lapso previsto en el ordinal 1° del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente a los procedimientos contencioso administrativos por remisión expresa del primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Asimismo, estableció esta Sala en la sentencia antes transcrita, que la consecuencia jurídica del incumplimiento del recurrente de la carga procesal de retirar el cartel librado por el Juzgado de Sustanciación en el tiempo señalado, es la declaratoria de desistimiento del recurso interpuesto.

En el caso bajo examen, advierte la Sala que en fecha 19 de mayo de 2009, el Juzgado de Sustanciación libró el cartel de emplazamiento a los terceros interesados, sin que hasta la fecha la parte actora haya comparecido a fin de retirar, publicar y consignar el aludido cartel.

En consecuencia, transcurrido el lapso de treinta (30) días continuos para el retiro y publicación y, los tres (3) días de despacho para su consignación, sin que se hubiese verificado tal actuación, debe la Sala declarar el desistimiento del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto. Así se declara.

C. *Sentencia: Consulta obligatoria (sentencias contrarias a los intereses de la República)*

TSJ-SPA (1127)

29-7-2009

Magistrado Ponente: Hadel Mostafa Paolini

Caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) vs. Decisión Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La Sala revisa por consulta una sentencia definitiva desfavorable a los intereses del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), de acuerdo con el artículo 72 del vigente Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008.

Sobre la base de lo antes expuesto y toda vez que el fallo recurrido no violenta normas de orden público, debe esta Alzada concluir que el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) desistió tácitamente del recurso de apelación y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, aparte 17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, quedaría firme la sentencia apelada. Así se declara.

No obstante, corresponde a esta Sala verificar si en el caso de autos es procedente conocer en consulta, conforme a lo previsto en el artículo 72 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008, de la sentencia N° 1.371 dictada en fecha 11 de febrero de 2009 por el Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró con lugar el recurso contencioso tributario incoado por la contribuyente, y al efecto observa:

La presente causa versa sobre un juicio de naturaleza tributaria que debe ser resuelto siguiendo los principios y normas adjetivas contenidas en el Código Orgánico Tributario de 2001, aplicable *ratione temporis*. A tal efecto, y con el fin de constatar la operatividad de la consulta, es necesario acudir al artículo 278 *eiusdem*, el cual contempla el principio de apelabilidad de las sentencias, indicando respecto a ello, el tipo de las decisiones recurribles, el término en que pueden hacerse y, en su aparte único, los casos en que es procedente el recurso de apelación, al establecer que: “*Cuando se trate de la determinación de tributos o de la aplicación de sanciones pecuniarias, este recurso procederá sólo cuando la cuantía de la causa exceda de cien unidades tributarias (100 U.T.) para las personas naturales y de quinientas unidades tributarias (500 U.T.) para las personas jurídicas*”. (Destacado de la Sala).

Ahora bien, a objeto de verificar la procedencia o no de la referida consulta, resulta necesario examinar los requisitos exigidos por el legislador nacional, analizados mediante sentencias N° 00566 y 00812 dictadas por esta Sala en fechas 2 de marzo de 2006 y 9 de julio de 2008, casos: *Agencias Generales CONAVEN, S.A.* y *Banesco Banco Universal, C.A.*, respectivamente, en las que se establecieron como supuestos de procedencia de la consulta, los siguientes:

- 1.- Que se trate de sentencias definitivas o interlocutorias que causen un gravamen irreparable, es decir, revisables por la vía ordinaria del recurso de apelación.
- 2.- Que la cuantía de la causa exceda de cien unidades tributarias (100 U.T.), cuando se trate de personas naturales, y de quinientas unidades tributarias (500 U.T.) en el supuesto de personas jurídicas.
- 3.- Que las sentencias definitivas o interlocutorias que causen un gravamen irreparable, resulten contrarias a las pretensiones de la República.

En tal sentido, observa esta Sala que en el presente caso el Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró con lugar el recurso contencioso tributario interpuesto por la contribuyente Estructuras Nacionales, S.A., (ENSA), por lo que anuló el acto administrativo impugnado, mediante el cual se ordenó a la prenombrada sociedad mercantil el pago por concepto de diferencias de

aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) y rendimientos producidos por los aportes omitidos, de todo lo cual surge el cumplimiento del primer supuesto de procedencia.

En segundo lugar, una vez concordada la cuantía de la causa, esto es, ciento ochenta y dos mil novecientos setenta y cuatro bolívares con sesenta y seis céntimos (Bs. 182.974,66), con lo establecido en la Providencia Administrativa N° 0062 del 22 de enero de 2008, suscrita por el Superintendente Nacional Aduanero y Tributario, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.855 de la misma fecha, mediante la cual se reajustó el valor de la Unidad Tributaria de treinta y siete bolívares con seiscientos treinta y dos milésimas (Bs. 37,632) a cuarenta y seis bolívares sin céntimos (Bs. 46,00), vigente para el momento en que fue dictada la decisión consultada (11 de febrero de 2009), se constata que la cuantía de la presente causa equivale a tres mil novecientas setenta y siete con setenta y un unidades tributarias (3.977,71 U.T.), las cuales resultan superiores al mínimo de quinientas unidades tributarias (500 U.T.) exigido por la precitada norma, a los efectos de la procedencia del referido recurso de apelación para las personas jurídicas.

Con relación al último de los supuestos mencionados, relativo a que la sentencia resulte desfavorable para la República, constata la Sala que el acto administrativo impugnado por la contribuyente aportante fue emitido por la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, cuya ley de creación y organización (Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.899 Extraordinario del 31 de julio de 2008), dispone de manera expresa en su artículo 10, lo siguiente: “**El Banco Nacional de Vivienda y Hábitat gozará de las prerrogativas, privilegios y exenciones de orden fiscal, tributario, procesal y de cualquier otra índole que la Ley otorgue a la República**”. (Destacado de la Sala). Por consiguiente, al igual que en los casos donde la República sea parte, las sentencias de instancia en que el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), resulte perdidoso, deben ser consultadas al tribunal superior competente, en el caso concreto, la Sala Político-Administrativa, por ser la alzada natural de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario. En razón de lo anterior y visto que la sentencia definitiva objeto de consulta fue desfavorable a los intereses del referido ente, procede esta Sala de seguidas a revisar su conformidad a derecho, de acuerdo con el artículo 72 del vigente Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008.

2. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Tributario: Competencia*

TSJ-SPA (1127)

29-7-2009

Magistrado Ponente: Hadel Mostafa Paolini

Caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) vs. Decisión Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV), constituyen contribuciones especiales, razón por la cual la competencia para conocer de los actos emanados de la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados, respecto al referido aporte, corresponderá a la Jurisdicción Contencioso-Tributaria.

El Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en sentencia N° 1371 del 11 de febrero de 2009, al declarar con lugar el recurso contencioso tributario incoado por la sociedad mercantil recurrente, anuló la Resolución N° GF/O/2008/000161 de fecha 14 de abril de 2008, emanada de la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, mediante la cual se exigió a la indicada contribuyente el pago de ciento cincuenta y ocho mil setecientos treinta y tres bolívares con noventa y cuatro céntimos (Bs. 158.733,94), por “(...) *diferencias no depositadas al mes de septiembre de 2007, ante el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (...)*”, y veinticuatro mil doscientos cuarenta bolívares con setenta y dos céntimos (Bs. 24.240,72), por “(...) *los rendimientos que debía general (sic) al mes de febrero de 2008 (...)*”.

En tal sentido, el referido órgano jurisdiccional, determinó el carácter tributario del aporte exigido mediante la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, seguidamente, declaró la prescindencia total y absoluta de procedimiento legalmente establecido respecto la fiscalización llevada a cabo por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat y, por último, estableció la base imponible para el cálculo de la contribución al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda.

Respecto al primer aspecto referente a la naturaleza tributaria de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), que deben efectuar los sujetos pasivos al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), esta Sala mediante sentencia N° 01007 del 18 de septiembre de 2008, Caso: *Festejos Mar, C.A.*, señaló lo siguiente:

“(...) Así, de la normativa transcrita se advierte que la obligación legal establecida en cabeza de patronos y empleados de contribuir con el sistema habitacional obligatorio mediante el aporte de una exacción patrimonial, que por su tipificación encuadra dentro de la clasificación legal de los tributos, vale decir, como una ‘contribución’ debida por el particular a un determinado ente por la percepción de un beneficio o aumento de valor de sus bienes derivado de la realización de obras públicas o la prestación de servicios o proyectos públicos, y que en el caso en particular, al igual que sucede por ejemplo con la contribución debida al Instituto de Cooperación Educativa (INCE), resulta de tipo parafiscal, habida cuenta de su afectación a una cuenta patrimonial distinta a la de un órgano que puede considerarse como ‘fiscal’, que para el supuesto de autos resulta ser el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, administrado por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH).

En efecto, en el acto impugnado el ente habitacional actuando en el ejercicio de sus funciones practicó una fiscalización a la empresa recurrente respecto de sus obligaciones con el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, para comprobar tanto el estado de los aportes propios a los cuales se encuentra obligada por ley, así como para verificar la realización y posterior enteramiento de las retenciones que ésta debe practicarles a sus trabajadores como agente de retención de la referida contribución parafiscal. Por esta razón, juzga la Sala que el señalado acto administrativo dictado por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) detenta un eminente carácter tributario, pues mediante el mismo se verificó una determinación tributaria en materia de la aludida contribución parafiscal debida al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda administrado por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), sujeta como tal al ámbito del derecho tributario formal y material, que escapa del conocimiento en vía de impugnación de la esfera competencial atribuida a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, en virtud de existir una jurisdicción especial exclusiva y excluyente atribuida a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario para el conocimiento de los actos de contenido tributario que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten los derechos de los particulares.

Por esta razón, juzga la Sala que aun cuando el acto administrativo recurrido haya emanado de un ente cuyas decisiones resultan impugnables, en principio, ante las Cortes de lo Contencioso Administrativo, el mismo fue dictado en ejercicio de una competencia tributaria

asignada por las citadas normativas al referido ente habitacional, resultando así de evidente naturaleza tributaria y escapando por consiguiente, del ámbito competencial en razón de la materia de las referidas Cortes, pues su conocimiento está atribuido, como se indicó, a los señalados Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, a quienes en definitiva, corresponde el examen de su constitucionalidad y legalidad, conforme a las previsiones normativas contenidas en el instrumento regulador de la materia tributaria (Código Orgánico Tributario)”.

Derivado de lo anterior, debe esta Sala señalar que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV), constituyen contribuciones especiales, razón por la cual la competencia para conocer de los actos emanados de la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados, respecto al referido aporte, corresponderá a la Jurisdicción Contencioso-Tributaria. Así se declara.

Por otra parte, en lo que respecta al procedimiento a seguir por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), para llevar a cabo sus facultades de fiscalización y determinación de la contribución parafiscal de Ahorro Obligatorio para Vivienda, esta Máxima Instancia en sentencia N° 00913 del 18 de junio de 2009, Caso: *Vicson, C.A.*, señaló que la misma debe ser llevada a cabo conforme a lo establecido en el artículo 177 y siguientes del vigente Código Orgánico Tributario.

B. *El Contencioso Administrativo Funcionarial: Lapso de caducidad*

TSJ-SC (1185)

25-9-2009

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Rigoberto Zabala G.

La Sala analiza el lapso de caducidad establecido en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En atención a ello, esta Sala aprecia que en el presente caso, se pretende la revisión de una decisión definitivamente firme dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que al conocer el recurso de apelación ejercido por el querellante -hoy solicitante- contra la sentencia dictada el 16 de enero de 2007, por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital declaró: (i) su competencia para conocer la referida apelación; (ii) parcialmente con lugar la apelación ejercida; (iii) revocó parcialmente la sentencia apelada; y (iv) ordenó la remisión del expediente al referido juzgado superior, a los fines de que éste proceda a pronunciarse sólo respecto a la diferencia de prestaciones sociales.

Dicha solicitud de revisión se fundamenta en la presunta violación de los derechos constitucionales relativos al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, por cuanto, a juicio del solicitante, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo no debió declarar la caducidad de la acción respecto a los conceptos reclamados relativos a beca, útiles escolares, cesta tickets, bono de fin de año, vacaciones vencidas y no disfrutadas, bono vacacional y bonificación especial por contratación, si no que debió aplicar el “criterio de un año para recurrir ante el contencioso administrativo para todos los conceptos”.

Por su parte la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo declaró la caducidad de la acción respecto a los pagos reclamados por concepto de beca, útiles escolares, cesta tickets, bono de fin de año, vacaciones vencidas y no disfrutadas, bono vacacional y bonificación especial por contratación por considerar que había transcurrido “sobradamente” el lapso

de caducidad establecido en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública; en cuanto al reclamo por concepto de prestaciones sociales la mencionada Corte Segunda aplicó el criterio fijado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 2003-2158 del 9 de julio de 2003, en el que se fijó el lapso de un (1) año para que los funcionarios públicos recurrieran a sede jurisdiccional a reclamar las prestaciones sociales en virtud de la terminación de la relación de empleo público.

Ahora bien, esta Sala a propósito de los cambios en las interpretaciones de las normas procesales, efectuadas por los tribunales con competencia contencioso administrativa, los cuales lejos de coadyuvar al fortalecimiento de un Estado de Derecho, generan una constante inseguridad jurídica, se vio en la necesidad de interpretar las normas *procesales* que regulan la caducidad de la acción.

En tal sentido, la Sala en sentencia N° 2325, del 14 de diciembre de 2006, (caso: *Lene Fanny Ortíz Díaz*), señaló lo siguiente:

“En efecto, estima la Sala que la regulación material de la prestación de antigüedad en cuanto derecho de los funcionarios públicos, como beneficio y las condiciones de su prestación, debe ajustarse a lo prescrito en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la Ley Orgánica del Trabajo y a su Reglamento, ello por expresa remisión del artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Sin embargo, en lo atinente a la regulación procesal que debe aplicarse para el reclamo en sede judicial de las cantidades adeudadas por este concepto, así como de los intereses que surgen por la mora en su pago (ex artículo 92 constitucional), la incoación de estas demandas debe ajustarse a las prescripciones contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, pues dicha remisión normativa se efectúa sólo en lo relativo a la regulación material de ese derecho, como así lo expresa incluso la propia ley laboral (ex Parágrafo Sexto del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo).

Ello significa que el operador jurídico deberá atender a los aspectos sustantivos de tal derecho adquirido (base de cálculo, acreditación, tasa de interés aplicable y supuestos de anticipo) en las estipulaciones que consagre el Legislador Laboral sobre la materia, a los fines de revisar la procedencia o improcedencia de aquellas pretensiones que contengan un reclamo de esta naturaleza, sin embargo, ello no comporta la ampliación de los aspectos procedimentales de la Ley Orgánica del Trabajo a los procesos que ventilen controversias surgidas de una relación de empleo público puesto que ello supondría una alteración, por parte del Juez Contencioso Administrativo, de las normas procesales especiales aplicables al proceso contencioso administrativo funcional -consagradas en la Ley del Estatuto de la Función Pública-, la creación de una desigualdad procesal entre funcionarios públicos fundada en el contenido de la pretensión mas no en la naturaleza de la relación jurídica previa que subyace en este tipo de conflictos, de contenido estatutario, además de crear una situación de inseguridad jurídica de los usuarios del servicio de justicia ante la confrontación de la ley con los criterios jurisprudenciales adoptados sobre tal aspecto.

La Sala considera que la estabilidad de las normas ordenadoras del proceso, vinculada con la especialidad de cada uno de los regímenes procesales establecidos en razón del bien jurídico tutelado por cada materia (constitucional, contencioso-administrativa, militar, civil, penal, laboral, tributario, etc.) forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva postulado por el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como del carácter instrumental del proceso en procura de la justicia predicado por el artículo 257 eiusdem, pues ello presupone el conocimiento previo de aquellas reglas procesales y sus correlativas garantías -p.ej. competencia del órgano y garantía del juez natural, derecho a la prueba y establecimiento del lapso probatorio- que operan para que el ciudadano canalice adecuadamente sus pretensiones ante la jurisdicción bajo formas certeras, en procura de obtener la tutela o el reconocimiento de sus derechos de forma expedita y eficaz. Por tanto, la modificación de estas reglas debe obedecer, en virtud del principio de legalidad procesal, a la voluntad legislativa y no a las modificaciones que hagan los jueces de instancia por apre-

ciaciones particulares que prescinden, incluso, de la técnica de control difuso de la constitucionalidad -ex segundo aparte del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil-.

En esa línea argumentativa, la Sala considera que sólo le es dado al legislador la modificación de los lapsos procesales para el ejercicio de la acción contencioso funcional, bien mediante una reforma de la legislación funcional en este aspecto concreto bien porque, en atención al mandato efectuado por el Constituyente en la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 3, del Texto Fundamental, el legislador laboral extienda expresamente a los funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública nacional, estatal o municipal la regulación material y procesal del derecho a las prestaciones sociales tutelado por el artículo 92 constitucional.

En el presente caso, la peticionante asevera que el inicio del cómputo del plazo de caducidad para la interposición de la querrela funcional ('...') debe comenzar a contarse a partir del último abono que fue en fecha 31 de agosto de 2.003', y que el mismo debió efectuarse conforme al artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, sin embargo, tal aserto no tiene sustento probatorio alguno que permita a la Sala examinar su veracidad, considerando que el examen de tal presupuesto procesal requiere de elementos que permitan fijar la fecha de ocurrencia del hecho o del acto administrativo que se denuncia como lesivo a los derechos del funcionario y que permita a la Sala, a partir de la correcta aplicación del plazo de caducidad de tres meses contemplado en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, corregir la actividad de juzgamiento de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, la Sala advierte que constituye una carga del solicitante presentar conjuntamente con su escrito todos los elementos de convicción que a su juicio sustentan la procedencia de la revisión de una determinada sentencia.

De allí que, en criterio de la Sala, quien incoa una revisión no sólo tiene la carga de aportar al Tribunal la decisión impugnada (Vid. Sentencia de esta Sala N° 150/2000, caso: 'José Gustavo Di Mase y otros'), sino todas aquellas sentencias o aquellas actuaciones procesales relevantes producidas a lo largo del juicio que dio origen a la sentencia objeto de revisión, cuando las mismas son determinantes para el análisis del caso planteado y, sin que esto menoscabe la facultad de la Sala de fijar los hechos sobre la base de la doctrina de la notoriedad judicial (Vid. Sentencia de la Sala N° 1.137 del 8 de junio de 2005, caso: 'Domitila Pantoja Sinchi').

Por lo tanto, siendo una carga del solicitante presentar los elementos de convicción necesarios para que la Sala analice las denuncias formuladas en su escrito de revisión y dado que en el presente caso no se derivan circunstancias de orden público o interés general que compelan a la Sala a ejercer sus amplios poderes inquisitivos, con la finalidad de extraer elementos de convicción necesarios, para dictar una decisión de eminente interés particular, esta Sala estima que la solicitud interpuesta no sólo tiene como objetivo una instancia adicional de revisión sobre el mérito del asunto debatido, sino que la situación planteada no se enmarca dentro de la finalidad que persigue la solicitud de revisión en los términos expresados en el fallo citado supra.

Finalmente, esta Sala advierte que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo al otorgar eficacia retroactiva al criterio jurisprudencial de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que aplicaba el lapso de prescripción de un año fijado en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo para aquellas pretensiones de cobro de prestaciones sociales causadas por una relación de empleo público, obró en resguardo de normas y principios jurídicos fundamentales como el de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica que debe brindar la actividad jurisdiccional a través de la estabilidad de sus precedentes -posibilidad ésta reconocida por la Sala en sus sentencias Nros. 401 del 19 de marzo de 2004, caso: 'Servicios La Puerta, S.A.' y 3.057 del 14 de diciembre de 2004, caso: 'Seguros Altamira, C.A.'.

Sin embargo, en virtud del razonamiento efectuado por la Sala en el presente fallo, se advierte a esa instancia jurisdiccional, en su condición de Alzada natural de los Juzgados Superiores con competencia contencioso funcional (ex artículo 110 de la Ley del Estatuto de la Función Pública), para que en lo sucesivo –tal como lo advirtió acertadamente en el fallo sometido a revisión respecto del plazo legalmente previsto para el ejercicio de la querrela funcional, cual es el previsto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública-, vele por la observancia de las normas procesales consagradas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, como normas de carácter especial y, por tanto, de aplicación prevalente en materia contencioso administrativa funcional, para asegurar la estabilidad de aquellas formas dirigidas a la iniciación, instrucción y decisión del proceso, como forma de garantizar al ciudadano el conocimiento cierto y previo de las reglas que regulan el derecho de acceso a la jurisdicción, predicado por el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

En este orden, considera esta Sala, coherente con su posición a favor del mantenimiento de la seguridad jurídica, que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo al aplicar *rationae temporis* el precedente fijado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 2003-2158 del 9 de julio de 2003, sólo respecto al reclamo por concepto de prestaciones sociales, resguardó los principios a la confianza legítima y seguridad jurídica, a los fines de garantizar una justicia idónea, transparente y responsable, en los términos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, siendo que este criterio se estableció únicamente para el cobro en sede jurisdiccional de la prestación de antigüedad y sus diferencias.

De esta forma, considera la Sala, que en el presente caso, no se dan los supuestos necesarios para que proceda la revisión solicitada, puesto que la misma no contraría en modo alguno la jurisprudencia de esta Sala Constitucional, no interpreta erróneamente la norma constitucional que permita definir que se sostuvo un criterio contrario a la jurisprudencia previamente establecida, no viola flagrantemente normas y principios jurídicos fundamentales, derivados de la presunta violación de los derechos constitucionales alegados por la representación judicial de la solicitante.

Por tanto, esta Sala considera que las cuestiones planteadas por el peticionante en nada contribuirían a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, de manera que, la Sala Constitucional aún cuando posee la facultad de revisión extraordinaria que le otorga directamente el Texto Fundamental, para revisar las decisiones dictadas por las distintas Salas de este Supremo Tribunal y los demás Tribunales de la República, en el presente caso, decide no hacer uso de tal potestad, por lo que debe declarar no ha lugar a la presente solicitud de revisión. Así se decide.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de inconstitucionalidad: Objeto. Leyes derogadas*

TSJ-SC (1178)

13-8-2009

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchan

Caso: Impugnación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

Las prohibiciones establecidas en la Ley de Bancos respecto al impedimento de ciertos actos comerciales en beneficio de personas que se encuentran vinculadas con el banco o vinculadas entre sí por parentesco, responde a la preservación de factores esenciales para el sistema económico, entre ellos la transparencia, eficacia y pulcritud

del sector bancario, evitando la distracción de los fondos recibidos del público en inversiones de alto riesgo por haberse flexibilizado los requisitos ordinariamente exigidos.

El 31 de julio 2008 se publicó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza del Ley N° 6.287 de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, en la *Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela* N° 5.892, Extraordinario, del 31 de julio de 2008, mediante el cual se modificó el Decreto N° 1.526, con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.555, Extraordinario, del 13 de noviembre de 2001.

Así las cosas, es necesario determinar la subsistencia del objeto de la pretensión incoada mediante la presente acción.

Al respecto, la Sala Constitucional ha sostenido, mediante jurisprudencia dictada por ella (sentencias N° 796 de 2 de mayo de 2007 y N° 3.099 de 14 de diciembre de 2004), que la acción de nulidad debe interponerse respecto de textos vigentes. Sin embargo, es posible mantener el interés en la sentencia si fuese derogada o reformada la ley que contiene la disposición impugnada en dos supuestos:

1.- Cuando la norma es reeditada en un nuevo texto, con lo que en realidad sigue vigente y lo que se produce es el traslado de la argumentación de la demanda a esa otra norma; y

2.- Cuando la norma, pese a su desaparición, mantiene efectos que es necesario considerar, como ocurre en los casos de la llamada ultra actividad.

2. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Competencia en materia de amparo contra sentencias en materia expropiatoria (Modificación de criterio).*

TSJ-SC (997)

16-7-2009

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Reinaldo García Iturbe y Lea Josefina García Iturbe de Pomedá vs. Decisión Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, con sede en Punto Fijo.

En atención a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, la Sala Constitucional es competente para conocer de las acciones de amparo interpuestas contra las decisiones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, con ocasión a los juicios seguidos por expropiación por utilidad pública. Se modifica el criterio sentado en los fallos núms. 3303/2003, 10/2004 y 2631/2004, con base en los cuales se declinaba la competencia en la Sala Político Administrativa.

Corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse acerca de su competencia para conocer de la acción de amparo constitucional interpuesta. Al respecto, se observa que la misma fue ejercida en contra del auto y del fallo dictado por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, el 12 de mayo de 2008 y el 26 de septiembre de 2008, respectivamente.

En ese sentido, conforme con lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es competencia de esta Sala del Tribunal Supremo de Justicia, como órgano rector de la jurisdicción constitucional, establecer los criterios atributivos de competencia en la materia constitucional. En ejercicio de esa facultad, en sentencias del 20 de enero de 2000 (recaídas en los casos: *Emery Mata y Domingo Ramírez Monja*), la Sala estableció que le corresponde ejercer la jurisdicción constitucional en sede del Tribunal Supremo de Justicia y que es la competente por la materia «*para conocer, según el caso, de las acciones de amparo constitucional propuestas conforme a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*».

En las aludidas sentencias la Sala también fijó los criterios atributivos de competencia para conocer de las distintas acciones de amparo constitucional dentro del nuevo marco constitucional, aplicando el criterio de afinidad establecido en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que dispone:

Son competentes para conocer de la acción de amparo, los (i) Tribunales de Primera Instancia (ii) que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o de las garantías constitucionales violados o amenazados de violación, (iii) en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión que motivaren la solicitud de amparo.

En caso de duda, se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia.

Si un Juez se considerare incompetente, remitirá las actuaciones inmediatamente al que tenga competencia.

Del amparo de la libertad y seguridad personales conocerán los Tribunales de Primera Instancia en lo Penal, conforme al procedimiento establecido en esta Ley (numeración y subrayado de esta Sala).

De la norma transcrita se coligen tres parámetros atributivos de competencia en amparo, estos son: i) en razón del grado de la jurisdicción; ii) en razón de la materia; y iii) en razón del territorio. La conjunción de estos tres elementos, ha dicho la Sala a lo largo de ya casi una década de labor jurisdiccional, permite determinar -en principio- el concreto órgano jurisdiccional competente para sustanciar el amparo invocado.

Por su parte, en lo que atañe concretamente a la acción de amparo contra sentencia, tal como lo señala el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, «...*la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento...*». Es por ello que las acciones de amparo contra sentencia las conocen los Juzgados de alzas que corresponden en la estructura competencial ordinaria de la materia que se trate, pues, tal como lo señala el artículo 7 aludido, «...*se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia en razón de la materia*».

Con base en esta sencilla regla de Derecho Procesal, mientras sea conteste con el criterio de afinidad que rige en materia de amparo constitucional, se determina la competencia del órgano jurisdiccional llamado a ejercer la justicia constitucional, en específico, cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción de amparo contra sentencia; sin embargo, aplicar en el amparo constitucional las normas sobre competencia en razón de la materia no siempre resulta acorde con el criterio de afinidad. Ese es el caso que se presenta cuando la alzada del Juzgado accionado en amparo dentro del régimen competencial ordinario sería una de las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia, lo cual, por obra del principio de doble instancia, **suele** ocurrir en la medida en que se accione en amparo constitucional contra una decisión de un Juzgado Superior (exceptuando los contencioso administrativo), las Cortes de Apelaciones o las Cortes de lo Contencioso Administrativo.

En estos casos, tal como se señaló en los precedentes del 20 de enero de 2000 (recaídas en los casos: *Emery Mata* y *Domingo Ramírez Monja*), la competencia para conocer de las acciones de amparos interpuestas contra las sentencias emitidas por tales Tribunales corresponde a esta Sala Constitucional, en virtud de la afinidad que existe entre las competencias asignadas a esta Sala por los artículos 335 y 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y el objeto de la acción de amparo contra sentencias, cual es la tutela de los derechos y garantías constitucionales a través del restablecimiento de la situación jurídica que se alega como infringida. De modo que de todas las Salas que conforman este Alto Tribunal de la República, es esta Sala Constitucional la que posee la competencia por la materia para conocer, según el caso, de las acciones de amparo constitucional propuestas conforme a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Esto explica, por ejemplo, por qué, a pesar de que la Sala de Casación Social es la alzada ordinaria de los Juzgados Superiores Laborales, sea esta Sala Constitucional la que conozca de las acciones de amparo contra las sentencias dictadas por esos Juzgados. Lo mismo aplica tanto para la Sala de Casación Civil como para la Sala de Casación Penal, incluso para la Sala Político Administrativa, con excepción en este caso de los amparos constitucionales que se interpongan de forma conjunta con el recurso contencioso administrativo de nulidad (en virtud de la accesoriedad) y de las acciones de amparo que se interponga contra las decisiones que resuelvan estos amparos cautelares (en virtud de la coherencia). Y también frente a la Sala Electoral, ya que a pesar de que es el único órgano jurisdiccional llamado a ejercer la jurisdicción electoral mientras se dicte la Ley que regirá a la jurisdicción electoral, es esta Sala Constitucional la que conoce de las acciones de amparo ejercidas de manera autónoma contra el Directorio del Consejo Nacional Electoral.

En todo caso, lo que se debe destacar es que la afinidad de la competencia asignada a esta Sala para conocer de las acciones de amparo contra sentencias no opera con ocasión de la nominación del Juzgado accionado en amparo (Superior, Corte de Apelaciones o Cortes de lo Contencioso Administrativo); sino con ocasión de las normas sobre competencia en razón de la materia aplicables a la relación jurídica controvertida.

Al ser ello así, si dentro del régimen competencial ordinario la alzada del Juzgado accionado en amparo resulta ser una de las Salas de este Alto Tribunal, la competencia para conocer de esa acción de amparo le corresponde a esta Sala Constitucional, indistintamente de la nominación de ese Juzgado, en razón de la afinidad que existe entre el objeto del amparo y las competencias que les son propias, siguiendo lo dispuesto en el artículo 4 interpretado concatenadamente con el artículo 7, ambos de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Lo señalado en el párrafo anterior no varía frente a una excepcional distribución competencial *per saltum*, como la contemplada en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, que dispone:

El Juez de Primera Instancia en lo Civil de la jurisdicción de la ubicación del bien, conocerá de los juicios de expropiación; y de las apelaciones y recursos contra sus decisiones conocerá, en segunda instancia, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político administrativa.

Cuando la República sea quien solicite la expropiación, el juicio se intentará directamente ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y de las apelaciones y recursos contra sus decisiones conocerá, en segunda instancia, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa (resaltado añadido).

Así, la distribución competencial *per saltum* contemplada en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social no puede establecer un fuero jurisdiccional atrayente que distorsione la distribución competencial de la justicia constitucional, en específico, la atinente al régimen de amparo contra sentencia, ya que esto distorsionaría las competencias que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le ha atribuido en forma exclusiva a esta Sala, como máxima instancia de la justicia y la jurisdicción constitucional.

Es por ello, que aunque esta Sala Constitucional en ocasiones anteriores ha declinado el conocimiento en la Sala Político Administrativa de amparos interpuestos en términos similares (*vid.* sentencias núms. 3303/2003, 10/2004 ó 2631/2004), en esta oportunidad se aparta expresamente de los fundamentos jurídicos de tales declinatorias, y asume la competencia para conocer de las acciones de amparo constitucional que se interpongan contra los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil con base en lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, pues esa es la conclusión verdaderamente acorde tanto con lo dispuesto en los artículos 4 y 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, como con las competencias asignadas a esta Sala por los artículos 335 y 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y con la razón jurídica de los precedentes sentados el 20 de enero de 2000 (recaídas en los casos: *Emery Mata y Domingo Ramírez Monja*).

Siendo ello así, esta Sala declara, con carácter vinculante, que de conformidad con lo establecido en los artículos 4 y 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, **la Sala competente para conocer de las acciones de amparo interpuestas contra las decisiones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, con ocasión a los juicios seguidos por expropiación por utilidad pública en atención a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, es esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.** Por tanto, se modifica el criterio sentado en los fallos núms. 3303/2003, 10/2004 y 2631/2004, con base en los cuales se declinaba la competencia en la Sala Político Administrativa de este Alto Tribunal. En virtud de lo cual ordena, a los solos efectos divulgativos, la publicación de este fallo en la *Gaceta Oficial* así como su reseña en el portal web de este Alto Tribunal. Así se decide.

Con fundamento en lo expuesto, esta Sala Constitucional se declara competente para conocer de la acción de amparo interpuesta por el abogado Guillermo Pomenta García, con el carácter de apoderado judicial de los ciudadanos REINALDO GARCÍA ITURBE y LEA JOSEFINA GARCÍA ITURBE de POMENTA, en contra del auto y del fallo dictados por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, el 12 de mayo y el 26 de septiembre de 2008, en el juicio que por expropiación intentó la Procuraduría General del Estado Falcón contra los accionantes. Así se declara.

B. *Admisibilidad: Legitimación. Representación*

TSJ-SC (997)

16-7-2009

Magistrado Ponente. Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Reinaldo García Iturbe y Lea Josefina García Iturbe de Pomedá vs. Decisión Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, con sede en Punto Fijo.

La legitimación activa en materia de amparo constitucional corresponde a quien se afirme agraviado en sus derechos constitucionales, que puede actuar asistido de abogado o mediante apoderado judicial.

Asumida la competencia por esta Sala se observa de las actas que conforman el expediente que la acción de amparo constitucional fue interpuesta por el abogado Guillermo Pomenta García, quien aduce actuar como “*apoderado judicial*” de los ciudadanos Reinaldo García Iturbe y Lea Josefina García Iturbe de Pomenta, sin que conste en autos algún instrumento que acredite tal representación.

En ese sentido, en sentencia 821 del 15 de mayo de 2008 (caso: *sociedad mercantil MAYRECA, C.A.*), la Sala, al constatar que el abogado actor no consignó el poder que lo acreditaba para actuar ante este Máximo Tribunal, sostuvo lo siguiente:

Ahora bien, esta Sala observa que la pretensión de amparo interpuesta fue presentada ante esta Sala Constitucional por el abogado Quiro Rafael Arbeláez, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado, bajo el N° 29.265, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil Mayreca, C.A.

Al respecto, esta Sala estima necesario aclarar que para la interposición de la pretensión de amparo la accionante debe inexorablemente estar asistida o debidamente representada por un abogado debiendo ello constar en el escrito que la contiene y ser consignado en el expediente el documento poder debidamente otorgado que acredite la representación ante este Máximo Tribunal, con el fin de verificar dicho carácter.

(omissis)

En este sentido, es pertinente señalar que la Sala no puede suplir la carga que corresponde única y exclusivamente a quien pretende del órgano jurisdiccional el acto de administración de justicia, máxime cuando ello es requerido para determinar la admisibilidad de la pretensión de amparo constitucional, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia aparte quinto que señala lo que sigue:

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

Asimismo, la doctrina jurisprudencial de la Sala establecida en esta materia, ha quedado expresada en sentencia N° 1364 del 27 de junio de 2005, (caso: *Ramón Emilio Guerra Betancourt*); ratificada, entre otras, en sentencias: N° 2603 del 12 de agosto de 2005 (caso: *Gina Cuenca Batet*); N° 152 del 2 de febrero de 2006 (caso: *Sonia Mercedes Look Oropeza*); N° 1316 del 3 de junio de 2006 (caso: *Inversiones Inmobiliarias S.A.*); y N° 1894 del 27 de octubre de 2006 (caso: *Cleveland Indians Baseball Company*), en las que se señaló que:

Para la interposición de un amparo constitucional, cualquier persona que considere haber sido víctima de lesiones constitucionales, que reúna las condiciones necesarias para actuar en juicio, puede ser parte actora en un proceso de ese tipo. Sin embargo, al igual que para cualquier otro proceso, si ese justiciable, por más capacidad procesal que posea, no puede o no

quiere por su propia cuenta postular pretensiones en un proceso, el *ius postulandi* o derecho de hacer peticiones en juicio, deberá ser ejercido por un abogado que detente el derecho de representación, en virtud de un mandato o poder auténtico y suficiente.

Así las cosas, para lograr el ‘andamio’ de la acción de amparo constitucional, será necesario por parte del abogado que no se encuentre asistiendo al supuesto agraviado, demostrar su representación de manera suficiente; de lo contrario, la ausencia de tan indispensable presupuesto procesal deberá ser controlada de oficio por el juez de la causa mediante la declaratoria de inadmisibilidad de la acción (...).

Dentro de este orden de ideas, cabe destacar que la legitimación activa en materia de amparo constitucional corresponde a quien se afirme agraviado en sus derechos constitucionales, que puede actuar asistido de abogado o mediante apoderado judicial; y visto que en el caso de autos la parte supuestamente agraviada no otorgó un mandato o poder que permitiera que el profesional del derecho ejerciera su representación válidamente en el presente procedimiento de amparo constitucional, la Sala, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable supletoriamente de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales declara inadmisibles la acción de amparo interpuesta contra el auto del 12 de mayo de 2008 y el fallo del 26 de septiembre de 2008 dictados por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, con sede en Punto Fijo. Así se decide.

Voto Salvado de la Magistrado Luisa Estella Morales Lamunño

Quien suscribe, Magistrada Luisa Estella Morales Lamunño, salva su voto por disentir del fallo que antecede el cual, luego de establecer el criterio vinculante relativo a la competencia de la Sala Constitucional para conocer, el cual se comparte plenamente, declaró inadmisibles la acción de amparo constitucional interpuesta por el abogado Guillermo Pomenta García, aduciendo actuar con el carácter de apoderado judicial de los ciudadanos Reinaldo García Iturbe y Lea Josefina García Iturbe de Pomenta, contra el auto dictado el 12 de mayo de 2008 y el fallo dictado el 26 de septiembre de 2008, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, con fundamento en las razones que se señalan a continuación:

1.- En criterio de la mayoría sentenciadora:

“Asumida la competencia por esta Sala se observa de las actas que conforman el expediente que la acción de amparo constitucional fue interpuesta por el abogado Guillermo Pomenta García, quien aduce actuar como ‘apoderado judicial’ de los ciudadanos Reinaldo García Iturbe y Lea Josefina García Iturbe de Pomenta, sin que conste en autos algún instrumento que acredite tal representación.

....

Dentro de este orden de ideas, cabe destacar que la legitimación activa en materia de amparo constitucional corresponde a quien se afirme agraviado en sus derechos constitucionales, que puede actuar asistido de abogado o mediante apoderado judicial; y visto que en el caso de autos la parte supuestamente agraviada no otorgó un mandato o poder que permitiera que el profesional del derecho ejerciera su representación válidamente en el presente procedimiento de amparo constitucional, la Sala, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable supletoriamente de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales declara inadmisibles la acción de amparo ...”.

2.- Se fundamenta la sentencia que antecede, en lo dispuesto en el aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, haciendo alusión expresa a lo establecido por esta Sala Constitucional en la sentencia N° 1.364 del 27 de junio de 2005 (caso: “*Ramón Emilio Guerra Betancourt*”), entre muchas otras, a los fines de declarar la inadmisibilidad de la acción de amparo incoada.

3.- Quien aquí disiente, encuentra oportuno señalar que siendo la acción de amparo constitucional uno de los mecanismos de defensa judicial de mayor acceso para los ciudadanos, la inadmisibilidad por falta de representación, no siendo ya un asunto de legitimidad, debería dar paso a la posibilidad de poder subsanar dicho defecto mediante el mecanismo previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, corrigiendo así el requisito exigido en el artículo 18 numeral 1 *eiusdem*.

4.- Tal consideración tiene su razón en lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues no cabe duda, que siendo el amparo constitucional un medio de impugnación judicial de tanta trascendencia social, debe facilitarse su ejercicio, como manifestación del derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, sin formalismos que lo obstruyan. Se trata de hacer efectivo el principio *pro actione*, en virtud de que, se reitera, el asunto de la representación no involucra problemas de legitimidad para accionar en amparo, además de no estar previsto como causal de inadmisibilidad en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Aspecto este también importante, ya que el artículo 13 *eiusdem* prevé que el amparo puede ser ejercido por cualquier persona natural o jurídica, por representación o directamente.

5.- Cabe plantearse entonces, la posibilidad que siendo la representación judicial completamente subsanable, como en innumerables casos similares lo ha señalado esta Sala Constitucional, se haga una reconsideración sobre el criterio que hasta ahora sostiene al respecto. Queda así expresado el criterio de la disidente.

La Presidenta de la Sala,

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disentimiento del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los siguientes términos:

1. La discrepancia de la referida decisión atañe a la declaración de inadmisión de la demanda de amparo, con base en la aplicación supletoria del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Al respecto, se advierte:

1.1 En primer lugar, las aplicaciones supletorias de normas jurídicas positivas tienen como propósito único, la solución de una situación que no aparezca regulada, o lo esté insuficientemente, por la ley que, en principio, sea la aplicable. Se trata, en otros términos, de la necesidad de subsanación de vacíos legales o de puntos dudosos que existan en el texto normativo que deba aplicarse al caso concreto, tal como, por ejemplo, lo establecía, de manera expresa, el artículo 20 del Código de Enjuiciamiento Criminal. En la situación que se examina no existe tal insuficiencia, ya que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales regula claramente cuáles son los requisitos que debe satisfacer la solicitud de amparo –entre ellos, la “*suficiente identificación del poder conferido*”-, so pena de declaración de inadmisión de la pretensión, luego de que el Juez de la causa verifique que el demandante no acató la orden de subsanación de la falta o defecto de acreditación de la representación que se hubiera atribuido quien dijo actuar como tal representante del actor (artículo

los 18 y 19). Entonces, no tiene justificación alguna que hubiera sido traída a la presente causa una norma legal, para su aplicación supletoria, en relación con la falta de debida acreditación de la representación judicial, habida cuenta de que, como se expresó anteriormente, dicha situación fue suficientemente normada por el instrumento legal que regla el amparo, de suerte que no había, en dicha ley –tan orgánica, por lo demás, como la del Tribunal Supremo de Justicia- vacío ni punto dudoso que, al respecto, hubiera que suplir o esclarecer en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales;

1.2 Por otra parte, tampoco puede afirmarse que, para la apreciación de la admisibilidad de la pretensión de amparo, tenga primacía el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sobre las equivalentes de la también Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que anteriormente se nombró, no sólo por razón de que la antinomia entre tales normas de estas leyes de igual jerarquía debió resolverse sobre la base del principio de especialidad normativa, sino, porque, además, la aplicación del citado artículo 19 de la antes mencionada ley que regula a este Supremo Tribunal (la cual fue creada para “*establecer el régimen, organización y funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia*”), como fundamento de la negación de admisión de las demandas de amparo, sólo sería posible contra las que sean presentadas ante el Máximo Tribunal de la República, pero no ante los tribunales de instancia que conozcan en primer grado de jurisdicción, porque, en éstos, la admisión o no de la pretensión de tutela tiene que ser decidida, en principio, con base en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la cual la aplicación, en el particular que se analiza, de la referida norma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el juicio de amparo, crea un desfase en el tratamiento de la tutela, cuando de la misma deba conocerse, en primera instancia, por los juzgados ordinarios y cuando dicho conocimiento sea de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia. Más aún, si, por ejemplo, la Sala Constitucional actúa como órgano de alzada, tal órgano jurisdiccional deberá resolver un innecesario dilema sobre la ley aplicable: la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales o la del Tribunal Supremo de Justicia, para la valoración del pronunciamiento que, sobre admisibilidad de la pretensión de tutela, hubiera expedido el *a quo*, conforme a la Ley de Amparo y el Código de Procedimiento Civil. Así las cosas, ¿deberá esta segunda instancia revocar la decisión del *a quo* mediante la cual se admitió un amparo porque se estimó que el mismo satisfacía los requisitos que, sobre tal respecto, preceptúan el cuerpo legal que disciplina la tutela constitucional y el Código de Procedimiento Civil, pero que, en el curso de la apelación, se encuentre que dicha demanda no observe conforme a las exigencias del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia?;

1.3 En criterio del salvante, los supuestos de inadmisibilidad que tienen pertinencia en el procedimiento de amparo son los que derivan de los artículos 6, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, así como los generales que dispone el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la norma de remisión que contiene el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y con los criterios jurisprudenciales que ha establecido esta Sala;

1.4 De conformidad con las consideraciones que anteceden, se concluye que si quien señaló que actuaba en nombre y por cuenta de los quejosos de autos no acreditó debidamente dicha representación, junto con la demanda de amparo, tal omisión debió dar lugar al referido pronunciamiento de inadmisión sólo después de que caducara el lapso que establece el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sin que dicho abogado hubiera subsanado el defecto de acreditación de su cualidad procesal, tal como debió haberle sido ordenado, de acuerdo con dicha disposición legal;

1.5 La negativa de admisión que fue expedida, en el fallo que antecede, con afinamiento en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia produjo, además del antes anotado efecto de desfase entre el procedimiento que corresponda, en primera instancia, a los tribunales ordinarios y el que deba aplicar el Tribunal Supremo de Justicia, un inconstitucional efecto de desigualdad que favorece a quienes demanden amparo ante los órganos jurisdiccionales ordinarios, porque ellos tendrán oportunidad de subsanación de los defectos que el Juez aprecie respecto de la formalización de su pretensión, en tanto que aquéllos, que deban ocurrir ante el Tribunal Supremo de Justicia para la interposición del amparo, no gozarán de dicha oportunidad, porque la misma está negada por el referido artículo 19 de la ley orgánica que rige a este Máximo tribunal.

2. Como conclusión, quien suscribe estima que la admisibilidad del amparo de autos no debió ser valorada según el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sino según las normas que, como se afirmó anteriormente, son las aplicables para el particular en examen.

Quedan expresados, en los términos precedentes, los motivos del disenso del Magistrado que expide el presente voto salvado.

C. *Carácter extraordinario de la acción*

TSJ-SC (1189)

30- 9-2009

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Silverio González Plaza

El amparo constitucional concebido como una acción destinada al restablecimiento de un derecho o una garantía constitucional lesionados, sólo es admisible como una medida extraordinaria destinada a evitar que el orden jurídico quede lesionado, ante la inexistencia de una vía idónea que, por su rapidez y eficacia, impida la lesión de un derecho constitucional.

Le corresponde a esta Sala conocer de la presente causa en virtud del recurso de apelación ejercido por el abogado Rigoberto Quintero Azuaje, defensor del ciudadano Silverio González Plaza, contra la decisión dictada el 2 de octubre de 2008 por la Corte Marcial del Circuito Judicial Penal Militar, en la que declaró improcedente *in limine litis* la acción de amparo ejercida por el prenombrado defensor contra la decisión dictada el 19 de septiembre de 2008, por el Consejo de Guerra de Caracas del señalado Circuito Judicial, que declaró sin lugar la solicitud de revisión de la medida de privación judicial preventiva de libertad, por cuanto, a su criterio, la misma es lesiva de los derechos de su defendido a la igualdad y a libertad personal, consagrados en los artículos 21 y 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La referida Corte Marcial estimó la improcedencia *in limine litis* del amparo ejercido, con fundamento en que “(...) el accionante ha pretendido mediante la vía del amparo, replantear una situación que ya fue decidida, buscando una decisión favorable, que anule en los términos solicitados, un auto inapelable conforme a la parte (*sic*) *in fine* del artículo 264 del Código (*sic*) adjetivo”.

El criterio sustentado por el a quo fue objetado por la defensa con base en que “(...) tenemos entendido, en nuestro modesto Criterio (*sic*) que, el término ‘*in limine litis*’, se esgrime como en Etapas Preliminares (*sic*), o en materia civil, antes de Contestar la Demanda (*sic*) (...) **PERO LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES CONSAGRADOS EN NUES-**

TRA CONSTITUCIÓN Y EN ATODOLOS (sic) TRATADOS INTERNACIONALES (...) TIENEN APLICACIÓN EN TODO GRADO DEL PROCESO, MÁXIME EN MATERIA (sic) PENAL, CUANDO UN CIUDADANO SE ENCUENTRA ENCARCELADO, POR UN ÓRGANO JURISDICCIONAL MILITAR SIN COMPETENCIA POR LA MATERIA, INCUMPLIENDO CON EL ARTÍCULO 261 CONSTITUCIONAL” (Mayúsculas y negrillas de la defensa).

Planteados así los límites de la controversia, debe la Sala señalar que ha sido jurisprudencia reiterada que las causales de inadmisibilidad de la acción de amparo son de orden público, razón por la cual el juez de amparo puede declarar dicha inadmisibilidad sin trámite del procedimiento, si de la simple lectura de la solicitud puede percatarse que la misma está incurso en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Así las cosas, en el presente caso, aprecia la Sala que indudablemente la pretensión de tutela constitucional invocada es inadmisibile. En efecto, la queja constitucional estuvo dirigida contra el mantenimiento de la medida de privación de libertad personal a la cual se encontraba sometido el accionante, no obstante que, a criterio, de la defensa éste “(...) fue condenado nuevamente a 5 (sic) años de prisión sin concederle un ápice (sic) de beneficio procesal (sic) a que todo venezolano tiene derecho”.

Si bien en el presente caso, la solicitud de la defensa fue de revisión de la medida privativa de libertad, la misma no debe entenderse como la de una revisión de la medida de coerción personal, a tenor de lo establecido en el artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal, toda vez que dicha norma sólo se aplica en aquellos casos en los cuales han variado las razones o motivos por los que la misma fue dictada, circunstancia distinta –se reitera– a la del presente asunto, como es la privativa de libertad que se aplica directamente al castigo del delito, esto es, la pena que nace de una sentencia condenatoria como la que, este caso, fue dictada contra el accionante.

Ahora bien, si la libertad es negada por el tribunal que conoce de la causa, ello no imposibilita a la parte afectada que dicha negativa pueda ser también objeto del recurso de apelación de la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, por violación de la ley o inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica.

Ello así, reitera la Sala su doctrina respecto de la idoneidad de los medios ordinarios de impugnación, en el sentido que, al pronunciarse una sentencia definitiva o interlocutoria apelable, si de ella resulta que se infringe algún derecho o garantía constitucional, no puede pensarse, que la situación no pueda ser reparada de inmediato si se apela, y la alzada decide dentro de los términos para ello. De allí, la negación del amparo al accionante, con base a la existencia de la vía procesal ordinaria de la apelación, ya que por esta vía se puede restablecer la situación jurídica infringida antes que la lesión cause un daño irreparable, descartándose así la amenaza de violación lesiva, y sólo si los jueces de la alzada, quienes igualmente son protectores de la Constitución, que conocieren de esta petición decidieran con violación de derechos y garantías constitucionales, que amenazaran de irreparable su situación, podría acudir a la vía del amparo.

El amparo constitucional concebido como una acción destinada al restablecimiento de un derecho o una garantía constitucional lesionados, sólo es admisible como una medida extraordinaria destinada a evitar que el orden jurídico quede lesionado, ante la inexistencia de una vía idónea que, por su rapidez y eficacia, impida la lesión de un derecho constitucional. La admisibilidad de la acción de amparo surge cuando los medios ordinarios son insuficientes para restablecer la situación infringida, o cuando su procedimiento, dada la naturaleza de

la lesión alegada, no cumple con la finalidad de lograr la protección de inmediato o, en todo caso, sus efectos vienen a ser retardados o diferidos, de modo que no permiten reparar el daño sufrido, cuando el derecho constitucional está conculcado.

De manera que, ante la existencia de la vía ordinaria -el recurso de apelación- en el presente proceso la acción de amparo resulta inadmisibile, conforme lo establecido en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, mas no improcedente *in limine litis*, como la declaró la Corte Marcial del Circuito Judicial Penal Militar, toda vez que dicha improcedencia deviene de la inexistencia de violación de derecho o garantía constitucional alguna, lo cual hace que resulte innecesario abrir el contradictorio cuando *ab initio* se ha verificado que la acción es manifiestamente improcedente, ello en aras a salvaguardar el principio de celeridad y economía procesal que informan el proceso de amparo.

En consecuencia, se declara sin lugar la apelación interpuesta, se revoca -en los términos expuestos en el presente fallo- la sentencia dictada el 2 de octubre de 2008 por la referida Corte Marcial y se declara inadmisibile el amparo ejercido por el abogado Rigoberto Quintero Azuaje, en su carácter de defensor del ciudadano Silverio González Plaza, y así se declara.