

# Información Jurisprudencial

## *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Trimestre de 2010*

Selección, recopilación y notas  
por Mary Ramos Fernández

*Abogado  
Secretaria de Redacción de la Revista*

Marianella Villegas Salazar  
*Abogado Asistente*

### SUMARIO

#### I. DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

1. *Las garantías constitucionales.* A. Las garantías del debido proceso. B. La Garantía de acceso a la justicia: Protección de derechos e intereses colectivos o difusos. 2. *Derechos Individuales. Libertad individual.* 3. *Derechos Políticos: Derecho al sufragio y participación política.*

#### II. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Publico Nacional.* A. Privilegios y prerrogativas de la República: Consulta obligatoria de toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República. 2. *El Poder Público Municipal.* A. Privilegios y prerrogativas de los Municipios: Eximente de costas procesales.

#### III. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Impuestos municipales: Impuesto a las Actividades Económicas: Actividad de comisionista y de concesionario.*

#### IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo.* A. Derechos de los administrados: Derecho a la defensa y debido proceso (ausencia de procedimiento). 2. *Recursos Administrativos Lapsos aplicables.*

#### V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo: Sistema judicialista integral.* 2. *Contencioso Administrativo de Anulación.* A. Órganos. a. Cortes de lo Contencioso Administrativo. Competencia. B. Medidas Cautelares. 3. *El Contencioso Administrativo de Interpretación.* A. Órganos. a. Competencia Tribunal Supremo de Justicia. 4. *El Contencioso Administrativo Especial.* A. El Contencioso Administrativo Tributario: Amparo Tributario

#### VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control difuso de la constitucionalidad.* 2. *Acción de Inconstitucionalidad: Medidas Cautelares.* 3. *Revisión de sentencias en materia constitucional.* A. Revisión de sentencias sobre control difuso de la constitucionalidad. B. Solicitante. Representación. C. Carácter discrecional de la revisión constitucional. 4. *Control de constitucionalidad de leyes orgánicas.* 5. *Acción de Amparo Constitucional.* A. Competencia. a. Amparos autónomos contra autoridades electorales.

## I. DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

### 1. *Las garantías constitucionales*

#### A. *Las garantías del debido proceso*

TSJ-SC (291)

23-4-2010

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Seguros Altamira C.A.

**El vicio de contradicción de los motivos del fallo se traduce en una vulneración al derecho al debido proceso, toda vez que las partes esperan que el Juez, en tanto que rector del proceso, emita su veredicto con total apego al Derecho.**

.....En relación con la solicitud de revisión, la Sala observa que lo que fue objeto de decisión por la Sala Político-Administrativo fue una demanda por resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios que fue reconvendida y, además, una demanda por ejecución de contrato de fianza que se acumuló a la causa primigenia.

Según se aprecia de la parte motiva del acto jurisdiccional que se sometió a revisión constitucional, la Sala Político-Administrativa, en relación con la solicitud de indexación que Constructora Finchel C.A. formuló, decidió:

Por otro lado, en lo que concierne a la solicitud de indexación de la cantidad otorgada por concepto de anticipo, esta Sala debe reiterar una vez más el criterio jurisprudencial conforme al cual sólo las obligaciones de valor, más no las de dinero, como es el caso de la presente, pueden dar lugar a la correspondiente corrección monetaria. Así se decide.

Posteriormente, en el mismo acto decisorio, cuando decidió la reconvenición que Centro Simón Bolívar C.A. planteó, juzgó:

Por último debe también indicarse que **la parte demandante en la presente causa, esto es, el Centro Simón Bolívar, C.A., no solicitó el pago de los intereses moratorios; sin embargo, a juicio de este órgano jurisdiccional y en virtud del tiempo transcurrido resulta procedente ordenar, tal como fuere planteado en su demanda, la corrección monetaria** de la suma a cuyo pago han sido condenadas en forma solidaria las empresas demandadas, esto es, la cantidad de Cuatrocientos Nueve Mil Cuatrocientos Sesenta y Seis Bolívars con Noventa y Cuatro Céntimos (Bs. 409.466,94), la cual deberá indexarse desde el 1° de marzo de 1999, oportunidad en la cual el Centro Simón Bolívar, C.A., entregó a la empresa contratada la cantidad convenida por concepto de anticipo, hasta la fecha de la publicación del presente fallo. Así se decide. (Resaltado añadido).

Con lo precedente, la Sala verifica un vicio que desconoce la doctrina de esta Sala sobre los derechos constitucionales a la defensa, debido proceso e igualdad que hacen procedente la revisión del acto decisorio objeto de estas actuaciones, en resguardo de la integridad de los derechos y principios constitucionales. El vicio que se delató es el relativo a la contradicción en el juzgamiento respecto a la procedencia de la indexación.

En efecto, el acto jurisdiccional que fue sometido a revisión, cuando analizó las denuncias que la demandante –Constructora Finchel C.A.- esgrimió, desechó la solicitud de indexación del monto que había recibido como anticipo para el cumplimiento con el objeto del contrato –suministro de equipos de aire acondicionado-, sobre la base de que era “*criterio jurisprudencial conforme al cual sólo las obligaciones de valor, mas no las de dinero, como es el caso de la presente, pueden dar lugar a la correspondiente corrección monetaria*”.

Ahora bien, la Sala Político-Administrativa, luego de la negativa de indexación del monto del anticipo que pronunció respecto a Constructora Finchel C.A., de manera contradictoria, la condenó al pago de la indexación *del mismo monto que recibió en anticipo*, pero, en esta oportunidad, a favor de la sociedad demandada reconviniente –Centro Simón Bolívar C.A. Debe advertirse que se trata de una idéntica situación fáctica –cantidad de dinero recibida como anticipo- que se apreció de forma desestimatoria para la demandante primigenia y estimatoria para la demandada reconviniente.

Esta delación configura el vicio de contradicción del fallo, sobre el cual la Sala estableció:

Por otra parte, esta Sala Constitucional estableció que el vicio de contradicción en la motivación constituye una de las modalidades de inmotivación del juzgamiento, que se da cuando los motivos del fallo son tan incompatibles entre sí que se desvirtúan, se desnaturalizan o se destruyen en igual intensidad y fuerza, lo que produce una decisión carente de sustento y, por ende, nula (s.S.C. N° 889/2008); no se trata de una contradicción por la absurda interpretación de una disposición legal, razonamiento que daría motivo al recurso por error en el juzgamiento, sino el quebrantamiento, por parte del juez, de los principios de la lógica jurídica. La motivación contradictoria genera, también, una situación equiparable a la falta absoluta de motivos, siempre que la contradicción verse sobre un mismo punto. s.S.C. N.° 1619/08

Lo anterior conduce a la Sala al ejercicio de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, pues constituye una tarea ineludible de esta Sala Constitucional el mantenimiento de la integridad del texto constitucional y el vicio de contradicción de los motivos del fallo se traduce en una vulneración al derecho al debido mismo, toda vez que las partes esperan que el Juez, en tanto que rector del proceso, emita su veredicto con total apego al Derecho. En este caso, como se comprobó, ante una misma situación, primero se juzgó su improcedencia para una de las partes, pero, seguidamente, su procedencia para otra, con lo cual se injuriaron los derechos al debido proceso y a la igualdad. Así se decide.

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

**TSJ-SC (661)**

**22-6-2010**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Juan Pablo Torres Delgado, y otros vs. Mesa de la Unidad Democrática.

**La postulación de los candidatos y candidatas para ocupar el cargo de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional son asuntos de interés nacional, por estar vinculados al ejercicio de derechos políticos, por lo que se está en presencia de intereses *supra* individuales.**

.....A tal efecto, se observa que el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estipula el derecho a la tutela judicial efectiva, conforme al cual toda persona tiene la facultad de acudir ante el órgano jurisdiccional competente para hacer valer sus derechos e intereses -incluso los colectivos y difusos- frente a intromisiones lesivas, generadas por la conducta positiva o negativa de un determinado agente de cualquier entidad.

...la Sala realizó una síntesis basada en las decisiones dictadas en distintas oportunidades, referidas a los derechos e intereses colectivos o difusos; en ella se expresó, respecto de la legitimación para incoar una acción por intereses difusos, lo siguiente:

**LEGITIMACIÓN PARA INCOAR UNA ACCIÓN POR INTERESES DIFUSOS:** no se requiere que se tenga un vínculo establecido previamente con el ofensor, pero sí que se actúe como miembro de la sociedad, o de sus categorías generales (consumidores, usuarios, etc.) y que invoque su derecho o interés compartido con la ciudadanía, porque participa con ella de la situación fáctica lesionada por el incumplimiento o desmejora de los Derechos Fundamentales que atañen a todos, y que genera un derecho subjetivo comunal, que a pesar de ser indivisible, es accionable por cualquiera que se encuentre dentro de la situación infringida. La acción (sea de amparo o específica) para la protección de estos intereses la tiene tanto la Defensoría del Pueblo (siendo este organismo el que podría solicitar una indemnización de ser procedente) dentro de sus atribuciones, como toda persona domiciliada en el país, salvo las excepciones legales.

Ahora bien, como se dijo, la acción de amparo interpuesta tiene por finalidad enervar la supuesta lesión del artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela causada por la omisión en la que habría incurrido la denominada “Mesa de la Unidad Democrática” de realizar elecciones internas en la selección de los candidatos que se postularán para el cargo de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional.

Al ser ello así, y visto que en la sentencia citada *ut supra* esta Sala Constitucional indicó que los derechos e intereses difusos “...se refieren a un bien que atañe a todo el mundo (*pluritudinalidad de sujetos*), esto es, a personas que -en principio- no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, y que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión”, se deduce que la pretensión de autos se subsume en la categoría de derechos o intereses difusos, ya que los hechos apuntados en relación con la postulación de los candidatos y candidatas para ocupar el cargo de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional son asuntos de interés nacional, por estar vinculados al ejercicio de derechos políticos, por lo que se está en presencia de intereses supra individuales. Por tanto, visto que los accionantes poseen un interés difuso en que se restablezca la situación que denuncian como infringida y que invocaron compartir este interés con la ciudadanía; esta Sala, en reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de los accionantes, considera suficiente la legitimidad de los mismos para incoar el presente amparo constitucional. Así se decide.

## 2. *Derechos Individuales. Libertad individual*

**TSJ-SC (508)**

**25-5-2010**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Ángela Magaly Valbuena Rivero, (Desaplicación efectuada por el Tribunal Segundo de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal).

**La sujeción de vigilancia a la autoridad obligando al penado, una vez cumplida la pena, a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio sobre el lugar donde resida o por donde transite, equivale a un régimen de presentación que restringe la libertad individual, contenida en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

Precisado lo anterior, pasa la Sala a analizar la sentencia objeto de revisión, tomando en cuenta las siguientes consideraciones:

Esta Sala, en sentencias números 3268/2003, 424/2004 y 952/04, entre otras, asentó inicialmente que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad prevista en los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, no lesionaba el derecho al honor y a la protección de la

honra, por cuanto dicha pena lo que materializa es una “*forma de control por un período determinado*”; aunado a que dicha pena accesoria no tenía carácter denigrante o infamante, sino que la misma evitaba que los reos cometieran nuevos delitos, concluyendo; por lo tanto, que la sujeción a la vigilancia de la autoridad no vulneraba derecho constitucional alguno.

Sin embargo, luego de un re-examen de la doctrina que se mantenía al respecto, se llegó a otra conclusión, la cual se encuentra plasmada en la decisión N° 940 del 21 de mayo de 2007 (caso: *Asdrúbal Celestino Sevilla*). En esta última decisión, se reinterpreto, tal como lo sostuvo el Tribunal Sexto de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, el criterio que se venía manteniendo respecto a la desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, con ocasión del control difuso de la constitucionalidad realizado por el Tribunal Primero de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, concluyéndose en la misma que la referida pena accesoria era contraria a lo previsto en el artículo 44 de la Carta Magna.

Así pues, esta Sala en dicha jurisprudencia señaló, en primer lugar, que la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad es una pena no corporal, de carácter accesorio, que es complementaria de la pena de presidio y de prisión y persigue un objetivo preventivo, el cual es, en teoría, reinsertar socialmente a quien hubiese cumplido la pena prevista en sentencia judicial. Consiste dicha pena accesoria, como lo establece el artículo 22 del Código Penal, en la obligación para el penado de dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio donde resida o por donde transite de su salida y llegada a éstos.

Igualmente, se asentó en esa decisión que esa pena accesoria es excesiva de la pena que causa el delito; y que a pesar de que no es una pena principal, restringe la libertad plena a la que tiene derecho el penado luego de cumplida la pena principal.

En este sentido se precisó que la consecuencia natural de la pena corporal cumplida es que se acuerde la libertad plena del penado. Sin embargo, esta plenitud no es alcanzada por el ciudadano que cumplió su pena principal, si debe quedar sujeto a una pena accesoria que pudiera convertirse en una extensión de hecho de la condena privativa de libertad; pudiendo en ocasiones exceder con creces a la pena máxima establecida constitucionalmente en el artículo 44.3 *in fine* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; porque en efecto, con la sujeción a la vigilancia de la autoridad, se subordina a un ciudadano, que ya ha cumplido su pena privativa de libertad, a una libertad condicionada, que es una especie de restricción de la libertad, contraria a la libertad plena a la cual tiene derecho el penado una vez cumplida la pena de presidio o prisión.

De modo que, colige la Sala que la sujeción de vigilancia a la autoridad obligando al penado, una vez cumplida la pena, a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de Municipio sobre el lugar donde resida o por donde transite, equivale a un régimen de presentación que restringe la libertad individual, contenida en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Además, esta Sala observa que en la práctica, la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad siendo una pena de auto ejecución su eficacia depende de la conducta de la persona sujeta a la misma, y depende su cumplimiento de la propia presentación del penado ante la autoridad pública, por lo que aunado a que las condiciones geográficas de las ciudades venezolanas han cambiado sustancialmente en los últimos años, convirtiéndose en grandes urbes cosmopolitas en las cuales existen varios Jefes Civiles, resulta inútil que se pretenda a través de la pena accesoria que dichos funcionarios locales puedan ejercer algún tipo de control sobre los ciudadanos que están sometidos a esa pena accesoria, máxime cuando existen tecnologías más avanzadas para obtener dicho control.

También la Sala ha advertido que aun cuando la función que estableció el Código Penal a los Jefes Civiles haya sido absorbida por los delegados de prueba, ello no corrigió la ineficacia de la pena accesoria de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, dado que no se implantó un mecanismo de control que permita supervisar el cumplimiento de tal medida; resultando así, además de excesiva, ineficaz.

Así las cosas, esta Sala, una vez precisado lo anterior, declara que el fallo sometido a revisión en el presente caso concuerda con los postulados doctrinales asentados en la referida decisión N° 940/07, por lo tanto, esta Sala Constitucional considera que la desaplicación efectuada por el Tribunal Segundo de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, respecto a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad contenida en los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, se encuentra conforme a derecho. Así se decide.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

Quien suscribe, Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, manifiesta su disenso 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:

En primer lugar, como quiera que el acto decisorio que fue validado en la presente sentencia sustentó su desaplicación de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, –por los cuales, en sus casos, se define la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad y se inserta la misma, como accesoria a la principal corporal de presidio- en la doctrina que estableció esta Sala Constitucional, a través de su veredicto del 21 de mayo de 2007 –la cual ratificó, expresamente, en esta oportunidad-, quien suscribe estima que, en el presente voto salvado, se repiten las mismas razones por las cuales se opuso a la antes referida decisión de esta Sala; por ello, como fundamentación de la actual disidencia, reproducirá los términos bajo los cuales se expresó en el voto salvado que expidió en aquella oportunidad:

En primer lugar, se observa que, a través del veredicto respecto del cual se manifiesta el actual disenso, la mayoría de la Sala se adentró en argumentaciones sustanciales que la condujeron a la convicción de inconstitucionalidad y, por ende, de conformidad jurídica de la desaplicación, por control difuso, de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal. Ahora bien, estima quien disiente que la Sala debió limitarse, en todo caso, a la confirmación del acto de juzgamiento por el cual se decretó dicha desaplicación, mediante fundamentación que no significara expresión de la convicción, por parte de esta juzgadora, de inconstitucionalidad de dichas normas, porque no debió olvidar la Sala que es suya la potestad del control concentrado, de suerte que su aceptación de que la desaplicación, por control difuso, de una norma subconstitucional, estuvo correctamente afinada en la contradicción de la misma con la Ley Suprema de la República, sería conducente al entendimiento de que tal pronunciamiento tiene efectos *erga omnes* y no sólo para el caso concreto, como debe ocurrir en el control difuso. No es admisible que el órgano jurisdiccional que tiene la potestad del control concentrado de la constitucionalidad manifieste expresamente, como lo hizo en el presente acto decisorio, que una norma legal es contraria a la Ley Máxima, porque está adelantando un dictamen que sólo debería ser expedido mediante la declaración de nulidad de dicha disposición, luego del cumplimiento con las formalidades procesales de Ley.

Ahora bien, como, no obstante que no debió hacerlo, la Sala expidió su propio criterio afirmativo de la inconstitucionalidad de las normas en referencia, quien suscribe estima que es pertinente la extensión de las siguientes consideraciones:

Se afirmó en el acto jurisdiccional que la sujeción a la vigilancia de la autoridad es excesiva de la pena que causa el delito. Se infiere que, por dicha razón, la Sala concluyó que las normas legales que se examinan adolecían de inconstitucionalidad, habida cuenta de que es ésta el único supuesto de procedencia del control difuso. En este orden de ideas, basta, para la contradicción a dicho aserto, el recordatorio de que la pena debe ser entendida como un con-

cepto único y complejo, el cual incluye tanto la principal como las accesorias. La aceptación del criterio de que, en propiedad, se trata de varias sanciones sería la aceptación de que una persona sería castigable varias veces por la ejecución de la misma conducta delictiva, lo cual estaría, por lo menos, muy cercano a colisión con el principio *non bis in idem* que garantiza el artículo 49.7 de la Constitución. Así las cosas, las penas accesorias de cumplimiento a continuación de la principal no suponen sino la continuación de la sanción única, a través de la fase de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, como se afirmó anteriormente. Por otra parte, aun si se admitiera que las penas accesorias son entidades distintas de la principal, no hay objeción en la doctrina dominante a la ejecución de aquéllas luego del cumplimiento con la segunda. En efecto:

Pena accesoria. Aquella que no puede aplicarse independientemente, sino que va unida a otra llamada pena principal. Las penas accesorias pueden cumplirse al mismo tiempo que las principales o después de éstas. Así, por ejemplo, la inhabilitación absoluta, cuando tiene carácter accesorio, puede prorrogarse por determinación judicial por un período limitado posterior a la extinción de la pena principal...” (Manuel Osorio: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, 1999, p. 734)

Se advierte que, en todo caso, el ejercicio del control difuso requiere, de parte de quien lo ejerce, que se señale cuál es la norma constitucional que resultó contravenida por la inferior y, en segundo lugar, que se expresen los fundamentos bajo los cuales se arribe a la convicción de dicha antinomia. La Sala afirmó que la sanción era, a su juicio, excesiva, pero no señaló por qué lo era, vale decir, no fundamentó tal criterio, lo cual era esencial, no sólo por la obligación legal, a cargo de los juzgadores, de motivación de sus juzgamientos, sino porque, en este asunto, ello era esencial para el arribo a la conclusión de que, por razón de tal exceso, la norma que se desaplicó era contraria a la Constitución. Adicionalmente, tampoco indicó esta Sala cuáles derechos fundamentales resultan afectados por la sanción excesiva que supone la vigencia de la referida pena accesoria. ¿Entonces cuál fue la razón constitucional para la desaplicación de esta última, por un control difuso que sólo es procedente contra normas subconstitucionales que sean contrarias a la Ley Suprema?

Adicionalmente, en el acto decisorio se expresó que la pena accesoria en cuestión era inconstitucional porque contrariaba al artículo 44 de la Constitución. Recordatorio aparte de que dicha norma no proscribía, de manera absoluta, que la Ley contenga disposiciones que restrinjan la libertad personal, se advierte que tal afirmación resulta franca y absolutamente incomprensible para quien conciba la pena –según lo hace la doctrina dominante y se afirmó antes– como un concepto único y complejo que comprende tanto la sanción principal como sus correspondientes accesorias, ya que, en tal sentido, resulta de fácil entendimiento que la limitación temporal que establece el artículo 44.3 de la Constitución y desarrolla el artículo 94 del Código Penal no resultaría vulnerado si, como consecuencia del cómputo de la pena que deba ser cumplida –correctamente entendida la misma como una sola sanción que comprende tanto la fase institucional (privación de libertad) como la postinstitucional (accesorias)– se concluye que la misma excede del lapso máximo de treinta años que establecen la Constitución y la Ley, pues, simplemente, deberá limitarse la duración del castigo a los términos de Ley;

Es, por último, absurdo que, por razón de una alegada ineficacia de los órganos administrativos a quienes, legal o jurisprudencialmente, se les haya asignado la ejecución de las medidas de vigilancia como la que se examina, se concluya con la afirmación de que estas últimas son inconstitucionales; tan absurdo que, por ese mismo camino, se podría llegar a la aberrante conclusión de que también deben ser desaplicadas, por dicha supuesta inconstitucionalidad, las penas corporales privativas de libertad, pues no es un secreto para nadie que los establecimientos de cumplimiento de pena que existen en la República sufren de carencias tales que, en ningún grado, se satisfacen las condiciones ni el propósito de rehabilitación que exige el artículo 272 de la Constitución. En resumen, el control difuso de la constitucionalidad se activa ante la presencia de una norma que contiene una antinomia, por razones intrínsecas, de contenido, con la Ley Máxima; en ningún caso, por causas extrañas –*ergo*, no imputables a la disposición cuya constitucionalidad se cuestione–, como es, en la situación que se examina, la

ineptitud de los órganos ejecutores de aquella, porque ésa es una valoración manifiestamente ajena a la que debe preceder a la convicción sobre la conformidad constitucional de la norma y debería conducir, más bien, a la exigencia a la Administración de que adecue las estructuras y el funcionamiento de dichos órganos a las exigencias la Ley Fundamental; de lo que se trataría, entonces, es de la necesidad de adecuación administrativa, no normativa, a la Constitución, de donde la contradicción con ésta debe ser declarada contra el sistema de ejecución de sentencias y no contra una norma a la que ninguna influencia se le puede atribuir sobre las causas del mal o deficiente funcionamiento de aquél.

(...)

Finalmente, quien suscribe no puede menos que expresarse en términos de encomio al espíritu garantista del cual estuvo imbuida la Sala para la presente decisión, en la cual se decidió en favor de la desaplicación de una pena accesoria, aun cuando la gravedad de la vigencia de la misma, como generadora de lesiones constitucionales, no quedó acreditada en el fallo que precede. Ello le da esperanza cierta, en relación con futuros fallos en relación con denuncias a claras, graves e inequívocas violaciones a derechos fundamentales, las cuales no derivarían de la vigencia de una norma que supuestamente colide con la Constitución, sino, justamente, de la infracción o inobservancia a disposiciones que desarrollan fielmente principios fundamentales de esta última. Tal es el caso del criterio tutelador que, según espera este salvante, presidirá la actividad jurisdiccional de esta Sala, en relación, por ejemplo, con la ilegítima vigencia de las medidas cautelares de coerción personal —en particular, de la más severa de ellas: la privación de libertad—, más allá de los límites temporales que preceptúa la Ley, en abierta y manifiesta infracción a los artículos 44 de la Constitución y 243 del Código Orgánico Procesal Penal, tal como fue denunciado en la causa N° 05-1899, dentro de la cual, lamentablemente, fueron obviadas valoraciones que debieron haber conducido a la declaración de procedencia de la pretensión de amparo al predicho derecho fundamental y no a la desestimación de la misma, razón por la cual quien suscribe expresó su disenso, a través de las formalidades de Ley.

Quedan expresados, en los términos que fueron reproducidos *supra*, los motivos del disenso del Magistrado que expide el presente voto salvado.

*Voto Salvado del Magistrado Arcadio Delgado Rosales*

Quien suscribe, Magistrado Arcadio Delgado Rosales, disiente de la mayoría sentenciadora por las razones que a continuación se exponen:

El fallo del cual se discrepa, declaró ajustada a derecho la desaplicación que por control difuso realizó el Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, del contenido de los artículos 13 cardinal 3 y 22 del Código Penal, en lo que respecta a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad, en la sentencia N° 389-09 dictada el 1 de junio de 2009, en el marco del proceso penal que se instauró contra la ciudadana Ángela Magaly Valbuena Rivero, titular de la cédula de identidad N° V-10.783.968, la cual fue condenada por la comisión del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, previsto y tipificado en el artículo 34 de la entonces Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, aplicable *ratione temporis*.

Ahora bien, considera quien suscribe el presente voto salvado que, en el caso de autos, no debió confirmarse la desaplicación de las normas *in commento*, ya que la pena accesoria de “sujeción a la vigilancia de la autoridad”, no constituye, en forma alguna una penalidad de carácter denigrante o infamante y mucho menos excesiva; antes por el contrario, ella se presenta como un mecanismo dirigido a cumplir una doble finalidad, ya que, por una parte, persigue un fin preventivo que consiste en reinsertar socialmente al indivi-



duo y, por la otra, un fin de control dirigido a evitar que el sujeto que hubiese cumplido la pena de presidio o de prisión cometa nuevos delitos.

La pena accesoria de sujeción a la vigilancia trata simplemente del cumplimiento de una pena accesoria que deviene de una sentencia condenatoria, por haberse cometido un hecho punible, que nada altera los derechos constitucionales, tal como se ha expresado en las sentencias números 3268/03, 424/04, 578/04, 952/04 y 855/06, entre otras, en las cuales se resolvieron casos semejantes al que se conoce en el presente asunto.

En efecto, en sentencia N° 424 del 6 de abril de 2005 (caso: *Miguel Ángel Gómez Oramas*), estableció que:

*“...En el caso específico de la sujeción a la vigilancia de la autoridad competente, según la interpretación que antecede, dicha medida constituye una herramienta de control adecuada a las tendencias más aceptadas, posterior al cese de la pena corporal de presidio o prisión que, como principal, haya sido impuesta al infractor. Así las cosas, estima que queda afirmada la aplicabilidad, aun coactiva de la pena en examen, lo cual, junto a lo que quedó establecido ut supra, en relación con la vigencia actual de la misma y las consecuencias que derivan de su quebrantamiento, conducen a la conclusión de que no existe obstáculo constitucional ni legal alguno, para la vigencia actual y eficaz de la referida pena accesoria y que, por consiguiente, son carentes de validez los fundamentos de ilegitimidad e ilegalidad en los cuales se basó la decisión que es objeto de la actual revisión, para la desaplicación de la antes referida sanción. Así se declara...”* (Subrayado de esta Sala).

Con base en las consideraciones expuestas, estima quien disidente que no debió introducirse un cambio de criterio, con relación a la doctrina asentada respecto de la aplicación de los artículos 13 cardinal 3 y 22 del Código Penal, ello -se insiste- en atención a que la pena accesoria de sujeción a la vigilancia posee plena justificación constitucional, al establecer el artículo 272 que el Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure no solo la rehabilitación del interno o interna sino también la reinserción social de quienes hayan cumplido condena.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente.

### 3. *Derechos Políticos: Derecho al sufragio y participación política*

TSJ-SC (661)

22-6-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Juan Pablo Torres Delgado y otros vs. Mesa de la Unidad Democrática.

**La elección interna no es la única forma válida de postular candidatos o candidatas para un cargo de elección popular, pues nuestro vigente esquema jurídico electoral, desde la vigencia de la Constitución y a diferencia del extinto esquema de democracia representativa de la anterior Constitución Nacional de 1961, permite otras formas de postulación -radicadas en el hecho constitucional de que la participación política no es monopolio de los partidos políticos- ampliándose hasta la postulación por iniciativa propia.**

Sin embargo, se observa que la acción de amparo constitucional fue interpuesta contra la supuesta omisión de la denominada “Mesa de la Unidad Democrática” de realizar elecciones internas en la selección de los candidatos que se postularán para el cargo de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, omisión que implicó, en el criterio de los accionantes, la

lesión de lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así, dicho precepto señala, lo siguiente:

Artículo 67. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes. No se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado.

La ley regulará lo concerniente al financiamiento y a las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo regulará las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos propendiendo a su democratización.

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público.

Para los accionantes, el hecho de que el proceso de elecciones primarias en el seno de la denominada “Mesa de la Unidad Democrática” esté circunscrito a ocho Entidades federales y al Distrito Capital, implica que “...se está materializando al margen. A espaldas de la participación de una mayoritaria y significativa parte de sus asociados o asociadas y omitiéndose el correspondiente proceso electoral interno”.

Al respecto cabe indicar que, ciertamente, el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, orientada por uno de los principios que la conforman como lo es el de participación protagónica de los ciudadanos en los asuntos públicos, reconoce a los ciudadanos y ciudadanas el derecho de asociarse con fines políticos, exigiéndose que la estructura de las asociaciones políticas garanticen métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección; y a tal fin, sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular deben ser seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes.

Por obra de este mandato constitucional, las asociaciones políticas deben dictar los cuerpos normativos internos que contenga todas las normas y procedimientos correspondientes para desarrollar el contenido normativo del precepto constitucional en referencia, es decir, tienen el deber ineludible de adaptar sus reglamentos y estatutos a los fines de garantizar que la voluntad de sus respectivos colectivos se expresen en forma transparente para evitar con ello que se convierta en instrumentos confiscatorios de la expresión o voluntad popular. Asimismo, tal cuerpo normativo debe contar con la aprobación del Consejo Nacional Electoral, quien, como máximo órgano de la Administración Electoral, debe garantizar la participación de los ciudadanos a través de procesos comiciales transparentes, imparciales y confiables que se celebren, entre otros, dentro de las mismas organizaciones sociales, así lo dejó ver esta Sala, mediante sentencia N° 1003/2000 del 11 de agosto (caso: *Luis A. Doria, Ángel Manuel Caraballo y otros*), cuando sostuvo lo siguiente:

...la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, de aplicación preferente a la antes citada ley, creó en sustitución del Consejo Supremo Electoral, al Consejo Nacional Electoral hoy de rango constitucional, al cual define como el órgano superior de la administración electoral, con jurisdicción en todo el territorio nacional y competencia administrativa para dirigir, organizar y supervisar los procesos electorales contemplados en dicha ley, con plena autonomía, atribuyéndole, además, competencia para conocer de los recursos previstos en la misma pero con la limitación de que su participación en los procesos internos de los partidos

y organizaciones políticas, de selección de sus directivos y representantes, está restringida a prestar apoyo técnico y logístico y a colaborar, cuando tales organizaciones así lo soliciten. No obstante, con relación a la selección interna de candidatos para optar a cargos de elección popular, la citada Ley Orgánica establece que la postulación solo pueden hacerla los partidos políticos inscritos y los grupos de electores a que se refiere la misma, y crea, para los partidos políticos, la obligación de establecer un Reglamento Interno de campaña y selección de candidatos que deberá ser entregado, antes del inicio de cada proceso, al órgano de control, es decir al Consejo Nacional Electoral, en el entendido de que dicho reglamento debe cumplir con el principio consagrado en el artículo 67 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es decir obedecer a criterios democráticos de selección.

De acuerdo con dicha Ley Orgánica, el Consejo Nacional Electoral, es el órgano que detenta la potestad reglada de inscribir o negar la inscripción, o incluso cancelar la ya acordada a un partido político, y de aceptar o no la postulación de candidatos a optar a cargos públicos de elección popular y en consecuencia, es el órgano que debe considerar, al aceptar o rechazar una postulación, si el postulado ha sido o no, seleccionado con apego a los estatutos y reglamentos del partido, y si el reglamento interno de campaña y selección de candidatos responde o no, a la previsión constitucional, es decir si el candidato postulado ha sido o no, seleccionado con métodos democráticos con la participación de sus integrantes. El acto por el cual el Consejo Nacional Electoral acepta o no la postulación de un candidato para optar a cargos de elección popular es un acto administrativo, que, de acuerdo con la Ley Orgánica citada, podrá ser impugnado en sede judicial mediante el Recurso Contencioso Electoral, “medio breve, sumario y eficaz para impugnar los actos, las actuaciones y las omisiones del Consejo Nacional Electoral y para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionados por éste en relación a la constitución, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas, al registro electoral, a los procesos electorales y los referendos.

Sin embargo, es menester recalcar que los mecanismos democráticos de la participación política no se agotan con la elección interna de la directiva y de los candidatos o candidatas postulados a cargos de elección popular de las Asociaciones y Partidos Políticos, en virtud de que en el esquema democrático venezolano la participación política no se canaliza exclusivamente a través de las asociaciones y partidos políticos; muestra de ello lo constituye la denominada “Mesa de la Unidad Democrática”, calificada por los accionante como un ente en el que: “...*los partidos políticos de la oposición política venezolana, Acción Democrática, COPEI, Un Nuevo Tiempo, Alianza Bravo Pueblo, Primero Justicia, Proyecto Venezuela, PODEMOS, Movimiento al Socialismo, Bandera Roja, diversas organizaciones políticas, asociaciones civiles, grupos de opinión y organizaciones no gubernamentales, se han agrupado-unido-asociado, en un ente de facto, con características corporativas, sin personalidad jurídica propia, a los fines de ‘lograr mediante consenso para las próximas elecciones para Diputados y Diputadas a la Asamblea Nacional, la escogencia de los candidatos y candidatas que han denominado ‘MESA DE LA UNIDAD DEMOCRÁTICA’.*”

Así, el propio artículo 67 constitucional refiere que “*Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas...*” (resaltado añadido). En desarrollo de este enunciado constitucional, el artículo 47 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.928 Extraordinario del 12 de agosto de 2009, señala que tendrán derecho a postular candidatos y candidatas: las organizaciones con fines políticos, **los grupos de electores y electoras, los ciudadanos y las ciudadanas por iniciativa propia** y las comunidades u organizaciones indígenas. En tal sentido... el grupo de electores y electoras, está definido en el artículo 49 *eiusdem* como: “...*organizaciones conformadas por ciudadanos y ciudadanas debidamente inscritos o inscritas en el Registro Electoral, los cuales tienen como única finalidad postular candidatos o candidatas a un determinado proceso electoral...*” Mientras que para el caso de las postulaciones por iniciativa propia la aludida Ley, esta vez en su artículo 52, exige que sea para cargos de elección popular electos mediante la vía nominal.

Como se constata de lo hasta aquí reseñado, la elección interna no es la única forma válida de postular candidatos o candidatas para un cargo de elección popular, pues nuestro vigente esquema jurídico electoral, desde la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana y a diferencia del extinto esquema de democracia representativa de la anterior Constitución Nacional de 1961, permite otras formas de postulación -radicadas en el hecho constitucional de que la participación política no es monopolio de los partidos políticos- ampliándose hasta la postulación por **iniciativa propia**, nota que se acentúa para los cargos de elección popular de los órganos deliberantes, en el que puede coexistir un sistema electoral mixto de personalización del sufragio para los cargos nominales, y de representación proporcional para los llamados cargos de la lista. Lo importante a retener aquí es que la participación política se ejerce mediante múltiples mecanismos democráticos en el que cada uno de los ciudadanos y ciudadanas y demás actores políticos que configuran la Sociedad venezolana hagan valer sus intereses bien sea mediante elecciones, alianzas, consensos y demás mecanismos políticos que son reconocidos por nuestro ordenamiento constitucional y legal en la medida en que se mantengan dentro del esquema constitucional.

En torno al mandato constitucional que los accionantes consideran como lesionado, la diferencia radica en que la exigencia contenida en el encabezado del artículo 67 está destinada a los partidos políticos, entendidos como agrupaciones permanentes cuya finalidad es participar en la dinámica política de la Nación, en cualesquiera de sus ámbitos -artículo 48 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales-; por ser ese, para el caso de las Asociaciones Políticas, la forma de controlar que los mecanismos políticos de estas Asociaciones no se distorsionen, y deriven en meros custodios de intereses político-partidistas secuestradoras de la voluntad popular.

Al ser ello así, la Sala estima que no existe lesión constitucional alguna, razón por la cual declara improcedente *in limine litis* la acción de amparo por derechos e intereses difusos interpuesta por los ciudadanos JUAN PABLO TORRES DELGADO, NEBLET NAVAS GÓMEZ y ENRIQUE RAFAEL TINEO SUQUET contra la Mesa de la Unidad Democrática. Así se decide.

## II. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

### 1. *El Poder Público Nacional*

- A. *Privilegios y prerrogativas de la República: Consulta obligatoria de toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República*

TSJ-SPA (435)

19-5-2010

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Coca-Cola Servicios de Venezuela, C.A vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)

**En el caso de que la sentencia definitiva objeto de consulta fuese desfavorable a los intereses de la República, procede esta Sala de seguir a revisar su conformidad a derecho, de acuerdo con el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008.**

Corresponde a esta Sala conocer en consulta, conforme a lo previsto en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008, de la sentencia No. 0055/2009 dictada en fecha 19 de mayo de 2009, por el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró “*procedente*” la acción de amparo tributario interpuesta por la sociedad mercantil Coca-Cola Servicios de Venezuela, C.A., contra la demora incurrida por la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), en resolver la solicitud de recuperación de créditos fiscales producto de retenciones acumuladas del impuesto al valor agregado soportadas desde el mes de marzo de 2003 hasta diciembre de 2006, por el monto total de once mil seiscientos dos millones cuatrocientos setenta y cinco mil ochocientos bolívares con setenta y siete céntimos (Bs. 11.602.475.800,77).

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, es de observar que el artículo 278 *eiusdem* contempla el principio de apelabilidad de las sentencias, indicando respecto a ello, las decisiones recurribles, el tiempo en que puede ejercer la apelación y, en su aparte único, los casos en que es procedente tal recurso, 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).

A objeto de verificar la procedencia de la referida consulta, resulta oportuno examinar los requisitos exigidos por el legislador plasmados en 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.

Respecto al primer supuesto, pudo observar esta Sala que en el presente caso se encuentra cumplido, toda vez que el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró por sentencia definitiva procedente la acción de amparo tributario incoada por la contribuyente Coca-Cola Servicios de Venezuela, C.A., contra la demora incurrida por la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), en resolver la solicitud de recuperación de créditos fiscales producto de retenciones acumuladas del impuesto al valor agregado soportadas desde el mes de marzo de 2003 hasta diciembre de 2006, por el monto de once mil seiscientos dos millones cuatrocientos setenta y cinco mil ochocientos bolívares con setenta y siete céntimos (Bs. 11.602.475.800,77).

En cuanto al segundo supuesto, una vez concordada la cuantía de la causa de once mil seiscientos dos millones cuatrocientos setenta y cinco mil ochocientos bolívares con setenta y siete céntimos (Bs. 11.602.475.800,77), ahora expresada en once millones seiscientos dos mil cuatrocientos setenta y cinco bolívares con ochenta céntimos (Bs. 11.602.475,80), con lo establecido en la Providencia Administrativa No. 0002344 de fecha 26 de febrero de 2009, suscrita por el Superintendente Nacional Aduanero y Tributario del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), publicada en la Gaceta Oficial No. 39.127 de igual fecha, mediante la cual se reajustó el valor de la unidad tributaria de cuarenta y seis bolívares (Bs. 46,00) a cincuenta y cinco bolívares (Bs. 55,00), cantidades aplicables para la fecha en que fue dictada la sentencia objeto de consulta (19 de mayo de 2009), se constata que la cuantía de la causa alcanza el monto requerido en el artículo 278 del Código Orgánico Tributario de 2001, pues siendo la contribuyente una persona jurídica, la consulta procede sólo si la cuantía excede de las quinientas unidades tributarias (500 U.T.), equivalentes para la precitada fecha a la cantidad de veintisiete mil quinientos bolívares sin céntimos (Bs. 27.500,00).

Por último, visto que la sentencia definitiva objeto de consulta fue desfavorable a los intereses de la República, procede esta Sala de seguidas a revisar su conformidad a derecho, de acuerdo con el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008.

## 2. *El Poder Público Municipal*

### A. *Privilegios y prerrogativas de los Municipios: Eximente de costas procesales*

**TSJ-SPA (517)**

**3-6-2010**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Distribuidora de Motores Cordillera Andina Compañía Anónima (DIMCA, C.A.) vs. Dirección de Hacienda Pública del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira

**La Sala extiende el privilegio referente a la eximente de costas procesales que goza la República a los Municipios, en virtud de que el aludido ente local no puede actuar en juicio bajo las mismas condiciones que un particular, teniendo en cuenta la magnitud de la responsabilidad legal que posee en un procedimiento, en resguardo de los intereses patrimoniales de la colectividad.**

Por último, la representación judicial del Fisco Municipal arguye que la condenatoria en costas efectuada por el Tribunal de instancia a su representado es improcedente, toda vez que, por una parte, no hubo vencimiento total, pues sólo resultó procedente el vicio de falso supuesto de hecho alegado por la contribuyente; y, por la otra, el referido ente local tenía motivos racionales para litigar.

Al respecto, es pertinente señalar que independientemente del número de alegatos planteados por la recurrente, si se determina la procedencia de algún vicio que implique la nulidad del acto administrativo impugnado, el recurso contencioso tributario deberá ser declarado con lugar, tal como fue llevado a cabo en el caso de autos por el Tribunal de instancia.

Sin embargo, por cuanto el ente recurrido es un Municipio, es necesario traer a colación el criterio jurisprudencial fijado por esta Sala Político-Administrativa referente a la extensión de los privilegios de la República a los Municipios, en sentencias, *Praxair Venezuela, S.C.A.*,

reiterado recientemente por el caso: *Constructora Julyone, C.A.*, cuyo tenor es el que a continuación se indica:

*“(...) Al respecto, debe señalarse que la demanda está dirigida contra el Distrito Metropolitano de Caracas, el cual según los artículos 20 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, 1 y 3 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, es una entidad local territorial autónoma con personalidad jurídica propia.*

*Ahora bien, observa esta Sala que ninguno de los mencionados instrumentos normativos contienen regulación alguna respecto a la obligatoriedad de agotar el antejuicio administrativo como requisito para acceder a la vía jurisdiccional contra los Municipios, o en este caso, contra el Distrito Metropolitano de Caracas.*

*Sin embargo, tal y como lo afirmó el apoderado judicial de esa entidad, se observa que mediante sentencia del 26 de febrero de 2007 en el expediente N° 06-1855, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, afirmó que PDVSA Petróleo, S.A. ‘es una empresa del estado beneficiaria de las prerrogativas procesales que la Ley le confiere tanto a la República Bolivariana de Venezuela como a una serie de entes de derecho público similares.’*

*Tal criterio se sustentó en la interpretación progresiva de fallos anteriores de dicha Sala, en los cuales se dejó sentado, entre otros aspectos, que la República ‘no puede actuar en juicio al igual que un particular, no porque este sea más o menos, sino porque la magnitud de la responsabilidad legal que posee la República en un procedimiento, amerita y justifica la existencia de ciertas condiciones especiales. En tal sentido, cuando la República es demandada en juicio, se acciona contra uno de los componentes más importantes del Estado y la eventual afectación de su patrimonio puede llegar a afectar el patrimonio de la población, y mermar la eficacia de la prestación de los servicios públicos. Conforme a esta premisa, el ordenamiento jurídico ha establecido privilegios y prerrogativas procesales para la actuación de la República en juicio en resguardo de los intereses superiores que rigen la actuación del Estado.’ (Vid., sentencia de la Sala Constitucional N° 2229 del 29 de julio de 2005 caso: Procuraduría General del Estado Lara).*

***Así pues, si bien en el primer caso señalado, la Sala Constitucional sólo extendió expresamente a PDVSA Petróleo, S.A., las prerrogativas procesales otorgadas a favor de la República, esta Sala atendiendo a las razones que sustentaron tal declaración, es decir, las referidas a que un ente público no puede actuar en juicio en las mismas condiciones que un particular, en virtud de la magnitud de la responsabilidad legal que posee en un procedimiento, considera que al igual que la República, se amerita que los Municipios, en cuyo nivel se encuentra también el Distrito Metropolitano de Caracas, gocen en juicio de ciertas condiciones especiales, en resguardo de los intereses superiores que rigen la actuación pública de dichos entes políticos territoriales, entre ellos, el agotamiento del antejuicio administrativo.***

*Lo anterior, no constituye una aplicación retroactiva de un presupuesto procesal, pues si bien condiciona la admisibilidad de las demandas que se ejerzan contra las entidades locales, su implementación deviene del criterio vinculante establecido por la Sala Constitucional en la sentencia del 26 de febrero de 2007, que delimitó el alcance que debe tener en juicio el derecho al debido proceso y a la defensa de la sociedad mercantil PDVSA Petróleo, S.A., interpretación que resulta de atención inmediata para las demás Salas de este Máximo Órgano Jurisdiccional y de los otros tribunales de la República.*

*Conforme a lo expuesto, concluye esta Sala que en el caso bajo análisis, al haberse ejercido una demanda de contenido patrimonial contra el Distrito Metropolitano de Caracas, antes de acudir a la vía jurisdiccional, debía agotarse el antejuicio administrativo. Así se establece. (...)”.* (Destacado de la Sala Político-Administrativa).

En armonía con lo anterior, es preciso referir al criterio jurisprudencial sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 1238 del 30 de septiembre de 2009, caso: *Julián Isaías Rodríguez Díaz*, en la cual se dejó sentado lo siguiente:

“...la Sala, mediante sentencia del 21 de octubre de 2008, aunque abandonó el criterio acogido en la sentencia *supra*, según el cual constituye una desigualdad injustificada que la República y los entes que gozan de tal privilegio no pudieran ser condenados en costas y en cambio sí pudieran serlo los particulares que litiguen en su contra y resulten totalmente vencidos, **ratificó la constitucionalidad de la prohibición de condenatoria en costas a la República, de manera general, por estimar lo siguiente:** (Destacado de la Sala).

*‘Ahora bien, el privilegio procesal de la República y de otros entes públicos, relativo a la exención de la condena en costas ha sido establecido por el Legislador en uso de su amplia libertad de configuración normativa que le permite determinar y aplicar, de manera concreta, las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales, ello, mediante el establecimiento de una diferenciación racional que responde a los intereses superiores que tutela el Estado, aun en juicio, como son, la no afectación del servicio e interés público y la protección de sus bienes y derechos, que son, en definitiva expresión del interés general.*

*Sobre el particular esta Sala ha sostenido que ‘la labor del legislador debe tener como norte no sólo los principios generales expresamente consagrados en el Texto Fundamental, sino además los supremos fines en él perseguidos, por lo que está obligado a realizar una interpretación integral y coordinada del cuerpo constitucional, lo cual implica que la actividad legislativa no conlleva la simple ejecución de los principios constitucionales, sino que, por el contrario, comprende una amplia libertad de configuración normativa que le permite determinar y aplicar, de manera concreta, las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales’. (Vid. sentencia N° 962/2006, del 09.05, caso: Cervecerías Polar Los Cortijos C.A.).*

(...)

*Así las cosas, a juicio de esta Sala el privilegio en cuestión no es contrario a los artículos 21 y 26 de la Constitución, ya que, el trato diferente obedece a un objetivo constitucionalmente válido, además, el mismo resulta coherente y proporcional con el fin perseguido y la singularización se encuentra perfectamente delimitada en cada una de las leyes que lo establecen. Por consiguiente, la Sala juzga que no constituye una desigualdad injustificada, el que la República, y los entes que gozan de tal privilegio, no puedan ser condenados en costas, y en cambio si puedan serlo los particulares que litigan contra ella y resulten totalmente vencidos, por lo que la Sala abandona el criterio sentado en sentencia n° 172 del 18 de febrero de 2004, caso: Alexandra Margarita Stelling Fernández, de conformidad con los criterios establecidos en la jurisprudencia de esta (Vid. pp. 22 y 23). Así se decide.*

*Lo expuesto no es aplicable a los procesos de amparos, en los que el Legislador estableció un criterio subjetivo para la condenatoria en costas basado en la temeridad, además de que el artículo 21 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece que cuando el agraviante sea una autoridad pública quedarán excluidos del procedimiento los privilegios procesales, de allí que se ratifica la doctrina de interpretación vinculante que estableció en sentencia N° 2333 del 2 de octubre de 2002, caso: Fiesta C.A., según la cual, indiferentemente de la persona contra la cual obre la pretensión, y con las particularidades dispuestas en la norma que lo estipula, puede ser condenado en costas el perdedor, bien se trate de entidades públicas o de particulares que hubieren intentado una acción contra aquellas personas públicas.*

*Con base en lo expuesto, se concluye que las disposiciones que contienen los artículos 10 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, 76 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, anteriormente 47, y en la última frase del 287 del Código de Procedimiento Civil, que establecen la prohibición de condena en costas contra la República, no son contrarias a la Constitución, en consecuencia, debe declararse sin lugar la pretensión de nulidad de las referidas disposiciones normativas. Así se declara.* (Subrayado de este fallo).



*Según este criterio, el privilegio procesal de la República que le exime de ser condenada en costas procesales cuando resulta vencida en juicio está plenamente justificado por los objetivos que constitucionalmente se le han asignado, lo cual resulta coherente y proporcional con los fines perseguidos que han sido delimitados en cada una de las leyes que lo establece, situación que no varía en materia penal, donde la acción está atribuida al Estado a través del Ministerio Público, según lo previsto en los artículos 285 de la Carta Magna y 11 del Código Orgánico Procesal Penal.*

*En virtud de los criterios jurisprudenciales expuestos, esta Sala considera que el enunciado normativo de prohibición de condenatoria en costas a la República encuentra una justificación constitucional por lo que debe prevalecer como privilegio procesal cuando ésta resulta vencida en los juicios en los que haya sido parte por intermedio de cualquiera de sus órganos, incluso en aquellos de carácter penal en todos los supuestos previstos en el artículo 268 del Código Orgánico Procesal Penal; y así se decide". (Destacado de la Sala Político- Administrativa).*

Con vista a los criterios jurisprudenciales parcialmente transcritos, esta Sala extiende el privilegio referente a la eximente de costas procesales que goza la República a los Municipios, en virtud de que el aludido ente local no puede actuar en juicio bajo las mismas condiciones que un particular, teniendo en cuenta la magnitud de la responsabilidad legal que posee en un procedimiento, en resguardo de los intereses patrimoniales de la colectividad. Por tal razón, se exime del pago de costas procesales impuestas por el Tribunal *a quo* al Municipio San Cristóbal del Estado Táchira. Así se declara.

En consecuencia, esta Alzada declara sin lugar la apelación ejercida por la representación judicial del Fisco Municipal, contra la sentencia definitiva N° 574-2008 del 8 de diciembre de 2008 dictada por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Los Andes, decisión que se confirma con excepción del pronunciamiento referente a la condenatoria en costas procesales impuestas al Municipio recurrido, el cual se revoca conforme a los términos expresados en este fallo. Así se declara.

### III. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Impuestos municipales: Impuesto a las Actividades Económicas: Actividad de comisionista y de concesionario*

**TSJ-SPA (517)**

**3-6-2010**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Distribuidora de Motores Cordillera Andina Compañía Anónima (DIMCA, C.A.) vs. Dirección de Hacienda Pública del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira

.....Disponen los artículos 2, 7 y 37 de la Ordenanza sobre Patente e Impuestos de Industria, Comercio, Servicios e Índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira de fecha 21 de diciembre de 2004, aplicable *ratione temporis*, lo siguiente:

*"Artículo 2.- La Actividad Lucrativa representará siempre el hecho imponible; la base imponible estará representada generalmente por los ingresos brutos, como referencia, salvo aquellos casos en donde se imposibilite su determinación, como consecuencia de la naturaleza de la actividad lucrativa; en esos casos la base imponible se determinará con base al movimiento económico, a la magnitud de la empresa, al estudio de documentos jurídicos contables exigidos por la Dirección de Hacienda, interrogatorios al representante del contribuyente y cualquier otro documento o información que suministre el contribuyente y la base de cálculo será siempre el aforo o alícuota que aparece asignado para cada rubro en el respectivo clasificador contenido en el Artículo 37 de esta Ordenanza".*

*“Artículo 7.- A los efectos de esta Ordenanza, se entiende por Ingresos Brutos, los obtenidos por el ejercicio de la actividad lucrativa que realmente se ejerza dentro del Territorio Municipal, abstracción hecha del objeto establecido en el Acta Constitutiva a excepción de los Ingresos Brutos que obtengan las sociedades civiles sin fines de lucro y que realmente no obtengan ningún lucro, sino que los mismos sean para ser reinvertidos en la misma sociedad civil, con el propósito de que ésta cumpla cabalmente con sus fines legítimos y específicos”.*

*“Artículo 37.- El monto del Impuesto establecido en el Artículo 2 de esta Ordenanza se determinará de acuerdo a la base de Cálculo o a las Unidades Tributarias establecidas en el siguiente clasificador de actividades económicas (Clasificador).*

*Parágrafo Único.- El Valor de la Unidad Tributaria será aquel establecido por el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (Seniat).*

(...)

#### 4.- VENTA DE VEHÍCULOS, MAQUINARIAS, EQUIPOS Y ACCESORIOS

*Código. Actividad Económica. Aforo anual % Mínimo Tributable*

##### 4.3 Concesionarias, distribuidores y vendedores de vehículos nuevos

0,35%                      21 U.T.

(...)

#### 7.- OTRAS ACTIVIDADES COMERCIALES

##### 7.38.- Venta en Consignación y por Comisiones de vehículos Nuevos

3%                              20 U.T.”

.....De las normas anteriormente transcritas se desprende que el hecho imponible en materia de impuesto sobre patente de industria, comercio, servicios e índole similar en el Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, está constituido por la realización de actividades lucrativas dentro de su ámbito territorial. Igualmente, señala la referida Ordenanza que la base imponible se configura, como regla general, por los ingresos brutos. Asimismo, dependiendo de la actividad que explote la contribuyente le corresponderá una alícuota impositiva de 0,35% si actúa como concesionaria, o de 3% si lo hace como comisionista.

En armonía con lo indicado es necesario determinar si la contribuyente Distribuidora de Motores Cordillera Andina C.A. (DIMCA), posee el carácter de “comisionista” o de “concesionaria”, a fin de establecer cuál es la base imponible que le corresponde para calcular el impuesto a las actividades económicas de industria, comercio, servicios e índole similar referido al período fiscal coincidente con el año civil 2007. En este sentido, cabe mencionar el contenido de los artículos 376, 379, 385, 386, 389 y 396 del Código de Comercio, cuyos textos disponen lo siguiente:

*“Artículo 376.- Comisionista es el que ejerce actos de comercio en su propio nombre por cuenta de un comitente”.*

*“Artículo 379.- Si el negocio encomendado se hiciere bajo el nombre de comitente, los derechos y las obligaciones que produce, se determinan por las disposiciones del Código Civil sobre el contrato de mandato; pero el mandato mercantil no es gratuito por naturaleza”.*

*“Artículo 385.- El comisionista debe sujetarse estrictamente a las instrucciones de su comitente en el desempeño de la comisión; pero si creyere que cumpliéndolas a la letra debe resultar un daño grave a su comitente, podrá suspender la ejecución, dándole aviso en primera oportunidad.*

*En ningún caso podrá obrar contra las disposiciones expresas y claras de su comitente”.*

**“Artículo 386.-** *El comisionista debe comunicar oportunamente al comitente todas las noticias relativas a la negociación de que estuviere encargado que puedan inducirle a modificar o revocar sus instrucciones”.*

**“Artículo 389.-** *El mandatario mercantil tiene derecho a exigir una remuneración por el desempeño de su encargo. Si no hubiere convenio previo sobre su monto, se estará al uso de la plaza en que se hubiere ejecutado el mandato”.*

**“Artículo 395.-** *Las mercancías o efectos recibidos o comprados por el comisionista por cuenta del comitente, pertenecen a éste y los que expidieren viajan por cuenta y riesgo del comitente, salvo que hubiere convención en contrario”.*

De las normas citadas, aplicables supletoriamente al caso de autos, se desprende que en los contratos de comisión siempre subyace una encomienda a cargo del comisionista, la cual consiste en la venta o distribución en forma exclusiva de un producto o mercancía, y como consecuencia de la aceptación de tal encargo se le imponen ciertas limitaciones, condiciones u obligaciones al comisionista, así como también se le concede un beneficio económico producto del cumplimiento de tales obligaciones, que será un porcentaje o comisión del precio de venta de dicho producto o mercancía, previamente fijado por la empresa. (*Vid.* Sentencias de esta Sala N° 05568, 00874 y 00059 del 11 de agosto de 2005, 17 de junio de 2009 y 21 de enero de 2010, casos: *Rustiaco Caracas, C.A., Toyotáchira S.A. y Sakura Motors, C.A.*, respectivamente).

Ahora bien, esta Máxima Instancia en la sentencia N° 01009 de fecha 8 de julio de 2009, caso: *Distribuidora de Motores Cordillera Andina Compañía Anónima (DIMCA C.A.)*, sobre la base de los elementos probatorios consignados en el expediente, evidenció que *“la contribuyente Distribuidora de Motores Cordillera Andina Compañía Anónima (DIMCA C.A.) realiza la actividad de concesionario al vender al público los vehículos con la marca del fabricante Toyota”.*

En el caso concreto, de las pruebas promovidas por la recurrente en primera instancia (folios 161 y 162 del expediente judicial), se evidencia la constancia expedida en fecha 10 de febrero de 2006 por la sociedad mercantil TOYOTA DE VENEZUELA, C.A., por medio de la cual se reconoce a Distribuidora de Motores Cordillera Andina Compañía Anónima (DIMCA C.A.) como concesionario de vehículos de dicha marca.

De allí concluye esta Sala que la actividad lucrativa desarrollada por la contribuyente dentro del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, la cual constituye el hecho imponible, es la venta de vehículos nuevos fabricados y ensamblados por Toyota de Venezuela, dentro del territorio del referido ente local.

En este contexto, es preciso determinar cuál es la alícuota aplicable para gravar a la empresa Distribuidora de Motores Cordillera Andina, Compañía Anónima (DIMCA C.A.), con el impuesto sobre actividades de industria, comercio, servicios e índole similar en el territorio del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira.

En tal sentido, el Clasificador de Actividades en su artículo 37, numeral 4 de la *Ordenanza sobre Patente e Impuestos de Industria, Comercio, Servicios e Índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira* de fecha 21 de diciembre de 2004, publicada en la Gaceta Municipal Extraordinario N° 045 del mes de diciembre de 2004, vigente *ratione temporis*, contempla la actividad lucrativa gravada bajo la denominación *“VENTA DE VEHÍCULOS, MAQUINARIAS, EQUIPOS Y ACCESORIOS”*, y en su aparte 4.3 a las *“Concesionarias, distribuidores y vendedores de vehículos nuevos”*.

Por otra parte, del numeral 7 del artículo 37 de la referida Ordenanza, se desprenden como gravadas “*OTRAS ACTIVIDADES COMERCIALES*” entre las cuales destaca la establecida en el aparte 7.38 denominada: “*Venta en Consignación y por Comisiones de vehículos Nuevos*”.

Sobre la base de lo anteriormente señalado, observa esta Sala que la mencionada Ordenanza grava la actividad económica relativa a la venta de “*vehículos, maquinarias, equipos y accesorios*”, con el clasificador ubicado en el literal 4 y, específicamente, en el aparte 4.3, la venta de vehículos nuevos bajo forma de “*concesión*”; mientras que en el artículo 37, numeral 7 se gravan todas aquellas actividades diferentes a la venta de vehículos, maquinarias, equipos y accesorios.

Por lo tanto, disiente esta Alzada de lo argumentado por el Fisco Municipal, cuando pretende gravar a la contribuyente con un *clasificador* que corresponde a “*otras actividades comerciales*”, lo cual entiende esta Sala por todas aquellas no establecidas en los numerales que la preceden; pues tal como se ha señalado previamente la actividad lucrativa de la empresa DIMCA, C.A. es la venta de vehículos, maquinarias, equipos y accesorios (dentro de la cual se encuentran incluidas todas las formas jurídicas utilizadas para la venta de vehículos nuevos), como concesionario de la empresa Toyota de Venezuela, C.A. y no como comisionista, habida cuenta que no se desprende de autos dicho carácter, el cual posee una alícuota y clasificador específico....

#### IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

##### 1. *El Procedimiento Administrativo*

##### A. *Derechos de los administrados: Derecho a la defensa y debido proceso (ausencia de procedimiento)*

TSJ-SPA (581)

17-6-2010

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Sorzano & Asociados, C.A. vs. Comisión Reestructuradora del Instituto de Previsión y Asistencia Social del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

**La Administración puede reconocer la nulidad de sus actos, bien de oficio o a solicitud de parte, sin que para ello deba ordenar abrir procedimiento alguno, toda vez que el grado de discrecionalidad de ese tipo de decisiones debe fundamentarse en la justa valoración y equilibrio que debe haber entre el interés general y el interés público o privado.**

.....Finalmente, sostiene la recurrente que la citada Resolución también vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa de su representada, por cuanto se dictó con prescindencia total y absoluta del procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que le permite a la Administración revisar sus propios actos.

Respecto a la denuncia planteada, esta Sala en reiteradas oportunidades ha establecido:

*“(...) en casos como éstos en los que impera la autotutela, no existe en principio, la obligación de abrir un procedimiento administrativo (que garantice los derechos del Administrado), por el grado de discrecionalidad que opera en este tipo de decisiones administrativas (actos) los cuales deben fundamentarse suficientemente en la justa valoración y equilibrio que la Administración debe hacer entre un ‘interés primario’ (representado por el interés*

*general) y unos ‘intereses secundarios’ (representados por intereses públicos o privados) que en cierta oportunidad, por razones de conveniencia deben ser dejados de lado en favor de ese interés primario. Es decir, la cuestión de la discrecionalidad plantea la valoración del interés público frente a otros (heterogéneos), también protegidos por el ordenamiento. Este mecanismo per se, constituye la garantía que la Administración brinda a sus administrados en estos casos y, es por ello que ante la ausencia de un procedimiento administrativo previo, el control de estos actos y la consecuente garantía de los derechos de los administrados queda en manos de la jurisdicción. Es precisamente este control de la jurisdicción contencioso administrativa y la debida proporcionalidad y adecuación al interés público que debe guardar la Administración, lo que garantiza a los administrados el límite y el equilibrio que la Constitución consagra entre el ejercicio del Poder Público y el de los derechos y garantías de los particulares.”. (Vid. decisión N° 1836 del 7 de agosto de 2001, reiterada en fallo N° 01447 del 8 de agosto de 2007, caso: Minera La Cerbatana, C.A.) (Resaltado del texto)*

Conforme a lo señalado por esta Máxima Instancia en la sentencia parcialmente transcrita, la Administración puede reconocer la nulidad de sus actos, bien de oficio o a solicitud de parte, sin que para ello deba ordenar abrir procedimiento alguno, toda vez que el grado de discrecionalidad de ese tipo de decisiones debe fundamentarse en la justa valoración y equilibrio que debe haber entre el interés general y el interés público o privado.

Por tanto, debe desestimarse el alegato de prescindencia total y absoluta del procedimiento previsto, formulado por la recurrente. Así se declara.

En cuanto a la violación del derecho a la defensa y debido proceso alegada por la recurrente, en virtud de haberse “*revocado un acto mediante un procedimiento no previsto ni consagrado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*”, la Sala observa:

Respecto al derecho a la defensa, este Órgano Jurisdiccional ha sido constante en reiterar sus distintas manifestaciones, entre éstas, el derecho a ser oído, puesto que no podría hablarse de defensa alguna, si el administrado no cuenta con esta posibilidad; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa, a los efectos de que le sea posible al particular presentar los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento, más aun si se trata de un procedimiento que ha sido iniciado de oficio; el derecho a tener acceso al expediente, con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento las actas que lo componen; el derecho que tiene el administrado a presentar pruebas que permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración; el derecho que tiene toda persona a ser informado de los recursos y medios de defensa y finalmente, el derecho a recibir oportuna respuesta a sus solicitudes.

De otra parte, cabe apuntar que el debido proceso encuentra manifestación en un grupo de garantías procesales, entre las cuales destaca el acceso a la justicia, el acceso a los recursos legalmente establecidos, así como el derecho a un tribunal competente y a la ejecución del procedimiento correspondiente.

En el presente caso, la violación alegada por la recurrente, deviene “*de la revocatoria de un acto mediante un procedimiento no previsto en la ley*”, sin embargo, como ha quedado expuesto, en efecto, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sí consagra el ejercicio del recurso de revisión en los casos señalados en el artículo 97 de la mencionada Ley.

En ese sentido, advierte la Sala que la referida Ley no establece de manera expresa el procedimiento que habrá de seguirse a los fines de sustanciar el recurso de revisión ejercido, sino que hace referencia al lapso de treinta (30) días a los efectos de su correspondiente decisión.

No obstante, el hecho de que en el presente caso la Administración haya decidido admitir y sustanciar dicho recurso a los efectos de oír a las partes involucradas, esto no determina la violación de derecho alguno; al contrario, otorga mayor garantía a las partes, al concederle a éstas la posibilidad no sólo de que argumenten sus pretensiones, sino que también sean objeto de pruebas.

Así, esta Máxima instancia en reiteradas oportunidades, ha denominado el procedimiento como el conjunto concatenado de actos previos llamados de mero trámite de carácter iniciador cuyo fin está dirigido tanto a preparar la fase decisoria, como brindar a las partes oportunidad a los fines de que éstas puedan hacer valer sus derechos y aportar los medios de prueba pertinentes a objeto de determinar la procedencia de sus pretensiones. Es por ello, que en la fase de sustanciación la Administración acumula en el expediente administrativo que abre al efecto todos los elementos que sirven de base para su decisión.

En el presente caso, una vez solicitada la revisión del acto administrativo contenido en la Resolución N° 1 de fecha 8 de enero de 2003, la Administración procedió a notificar a las partes y en ese sentido, compareció la representación judicial de la empresa hoy recurrente Sorzano & Asociados, C.A., a fin de presentar sus descargos, tal y como se evidencia del escrito presentado ante la Administración el 5 de mayo de 2003.

Una vez oídas las partes y verificadas las actuaciones cursantes en el expediente administrativo correspondiente, la Administración procedió a revocar su propia decisión, con base en lo dispuesto en el ordinal 3° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, "*por resultar materialmente imposible dar cumplimiento a una resolución declarada nula con anterioridad*".

En atención a lo antes expuesto, la Sala debe desechar la denuncia de violación del derecho a la defensa y debido proceso formulada por la recurrente, ello por cuanto: i) de la revisión del expediente administrativo se evidencia que ésta hizo uso del derecho de defensa al comparecer a la vía administrativa y presentar sus alegatos y pruebas correspondientes y, ii) el procedimiento sustanciado por el órgano administrativo lejos de causar un perjuicio a las partes, ofrece garantías al permitirles ejercer su defensa. Así se decide.

## 2. *Recursos Administrativos: Lapso aplicable*

CPCA

5-5-2010

Juez Ponente: Efrén Navarro

Caso: Mapfre La Seguridad, C.A. De Seguros vs. Comisión de Administración de Divisas (CADIVI)

**Ante el supuesto de que el acto emanado de un nivel inferior al Ministro ponga fin a la vía administrativa, se considera que el lapso aplicable para decidir el recurso de reconsideración debe ser aquel que permita a los ciudadanos el ejercicio del recurso contencioso de nulidad en el menor tiempo posible, como manifestación del derecho de obtener oportuna respuesta, o que habiendo operado el silencio administrativo, como garantía del administrado, le permita acceder en un lapso menor a la jurisdicción contenciosa administrativa para lograr la revisión del acto que puso fin al procedimiento administrativo.**

.....Conforme a lo expuesto, observa esta Corte que el artículo 91 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que tanto el recurso de reconsideración, cuando

deba decidir el propio Ministro, así como el recurso jerárquico, deberán ser decididos dentro de los noventa (90) días siguientes a su interposición.

Por su parte, el artículo 94 *eiusdem*, prevé con relación a la interposición del recurso de reconsideración que "...Si el acto no pone fin a la vía administrativa, el órgano ante el cual se interpone el recurso, decidirá dentro de los quince (15) días siguientes al recibo del mismo...".

Ahora bien, en el presente caso se observa que el acto cuya nulidad se pretende, contra el cual se interpuso recurso de reconsideración, ha sido dictado por una autoridad en un nivel inferior en la jerarquía administrativa que el Ministro, pero cuyas decisiones ponen fin a la vía administrativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio Cambiario N° 1, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.625 de fecha 5 de febrero de 2003, reimpresso por error material en fecha 19 de marzo de 2003.

De forma tal que esta Corte observa que tal supuesto no se encuentra regulado por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo que obliga a este Órgano Jurisdiccional a determinar cuál debe ser la norma aplicable en resguardo del derecho a la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por aplicación analógica de las normas expuestas de la Ley *in commento*.

Al efecto, considera esta Corte necesario señalar que la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) fue creada como un órgano desconcentrado del Ministerio de Finanzas, hoy día, Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas, mediante Decreto N° 2.302, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.625 de fecha 5 de febrero de 2003, cuyas decisiones agotan la vía administrativa; no obstante, en virtud del carácter optativo que se ha atribuido al previo agotamiento de los recursos en sede administrativa por parte del interesado, para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo establece el artículo 7, numeral 10 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, dichos recursos deberán ser decididos por los funcionarios que correspondan dentro de los lapsos previstos por el legislador.

Ello así, a elección del interesado, contra los actos dictados por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), cabe la interposición del recurso de reconsideración por ante el mismo funcionario autor del acto, y en caso de producirse una decisión expresa contraria a sus intereses, o bien, la denegatoria tácita del recurso (silencio administrativo), podrá interponerse el recurso contencioso administrativo de nulidad.

En el caso de autos, se observa que el acto impugnado indicó a la Sociedad Mercantil recurrente que contra el mismo podía interponer el recurso de reconsideración, o bien, el recurso contencioso administrativo de nulidad, sin necesidad del previo agotamiento de la vía administrativa, dentro del lapso de seis (6) meses contados a partir de su notificación, la cual, tal como señala la actora en su libelo, se verificó en fecha 6 de octubre de 2008.

Por ello, ante el supuesto de que el acto emanado de un nivel inferior al Ministro ponga fin a la vía administrativa, se considera que el lapso aplicable para decidir el recurso de reconsideración debe ser aquel que permita a los ciudadanos el ejercicio del recurso contencioso de nulidad en el menor tiempo posible, como manifestación del derecho de obtener oportuna respuesta, o que habiendo operado el silencio administrativo, como garantía del administrado, le permita acceder en un lapso menor a la jurisdicción contenciosa administrativa para lograr la revisión del acto que puso fin al procedimiento administrativo.

En ese sentido, destaca esta Corte que el referido lapso de noventa (90) días previsto en el artículo 91 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, resulta inaplicable al

caso de autos, pues el supuesto de la norma está referido claramente al Ministro, siendo que en el presente caso, el recurso de reconsideración fue interpuesto ante una autoridad de rango inferior al ministerial, como lo es el Presidente de la Comisión de Administración de Divisas. En consecuencia, el lapso que disponía dicha autoridad para dar respuesta al recurso de reconsideración era de quince (15) días hábiles, conforme a lo previsto en el artículo 94 *eiusdem*, en aras de garantizar el derecho a una oportuna respuesta y el derecho a una tutela judicial efectiva.

Ello así, el lapso que más beneficia a los ciudadanos a los fines de favorecer el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, es el de quince (15) días hábiles establecido en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual se considera aplicable al presente caso, y así se decide.

## V. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### 1. *El Contencioso Administrativo: Sistema judicialista integral*

TSJ-SC (290)

23-4-2010

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

**El contencioso administrativo se erige como una “jurisdicción” (*rectius: competencia*) que ocupa una posición central dentro de la estructura orgánica y funcional del Poder Judicial, pues, dentro de los mecanismos de control de la actuación del Estado, organiza un sistema judicialista integral de protección de la legalidad administrativa y de los derechos e intereses de los particulares que garantiza la plena jurisdicción de la actividad administrativa, a través de un marco general cuya relevancia y especificidad demandaron del Constituyente de 1999, un reconocimiento constitucional.**

En el marco de lo anteriormente expuesto, la Sala observa que la ley sobre la cual versan las presentes consideraciones, es una de las leyes adjetivas cuyo ámbito material se encuentra predefinido en la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“Artículo 259. La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Con la norma transcrita, se terminó de desmontar la concepción puramente objetiva o revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para acoger una visión de corte utilitarista y subjetiva, que no se limita a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de los actos administrativos formales, sino que se extiende a todos los aspectos de la actuación administrativa, como una manifestación del sometimiento a la juridicidad de la actuación del Estado y de la salvaguarda de las situaciones jurídicas de los particulares frente a dicha actuación.



De este modo, el contencioso administrativo se erige como una “jurisdicción” (*rectius*: competencia) que ocupa una posición central dentro de la estructura orgánica y funcional del Poder Judicial, pues, dentro de los mecanismos de control de la actuación del Estado, organiza un sistema judicialista integral de protección de la legalidad administrativa y de los derechos e intereses de los particulares que garantiza la plena jurisdicción de la actividad administrativa, a través de un marco general cuya relevancia y especificidad demandaron del Constituyente de 1999, un reconocimiento constitucional, cuyo desarrollo sólo puede ser encomendado a una ley orgánica, cuya organicidad deriva igualmente de la plena jurisdicción de los actos, hechos y omisiones de los órganos administrativos del Estado al resolver los conflictos donde la naturaleza de la cosa pública es determinante a los fines del mismo.

En este propósito, las disposiciones contenidas en la normativa que da lugar al pronunciamiento de autos, crea, organiza, atribuye competencia a los tribunales contencioso administrativos y, al mismo tiempo, regula exhaustivamente los procedimientos para el conocimiento de las distintas pretensiones que se pueden interponer ante los mismos, con lo cual, se ha implementado un conjunto de mecanismos (órganos y procedimientos), que de manera singular, tienen reconocimiento constitucional y se encuentran concebidos para salvaguardar jurisdiccionalmente a los particulares.

Ciertamente, la ley bajo examen implementa un sistema orgánico-procesal expresamente establecido en la Constitución, que viabiliza el ejercicio de los derechos adjetivos de acceso a la justicia (legitimación, caducidad de las acciones, requisitos de la demanda, entre otros), el derecho al juez natural (determinación de las competencias de los juzgados contencioso administrativos), la tutela cautelar (condiciones de procedencia de las medidas cautelares), el debido proceso (procedimiento de sustanciación de las pretensiones anulatorias, demandas patrimoniales e interpretación de leyes, entre otros) y el derecho a la ejecución del fallo (procedimiento para la ejecutoria de lo decidido), los cuales, integran el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro del ámbito del control jurisdiccional de las actuaciones administrativas de los Poderes Públicos.

Es decir, que la ley sub examine consagra a nivel legislativo los componentes fundamentales del contencioso administrativo estipulado en la Carta Magna y extiende su contenido a los elementos básicos y esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva, desarrollando in extenso su contenido y, en consecuencia, contribuyendo a la mejor aplicación del precepto constitucional contenido en el antes referido artículo 26 del Texto Fundamental o, lo que es lo mismo, cristalizando su ejercicio a través de un cuadro general que reconoce las bases constitucionales del contencioso y del derecho a la tutela judicial, garantizando el acceso de los justiciables a dichos órganos.

De acuerdo con lo expuesto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa presenta, de manera particular, un reconocimiento constitucional que determina, en el contexto de lo antes dicho, el carácter orgánico de sus disposiciones y, como quiera que ello se complementa con el desarrollo exhaustivo del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, esta Sala, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara la constitucionalidad de su carácter orgánico. Así se decide.

2. *Contencioso Administrativo de Anulación*A. *Órganos*a. *Cortes de lo Contencioso Administrativo. Competencia*

TSJ-SE (62)

18-5-2010

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Geomar Clemente Morillo Pérez y Cesar Augusto Oviol Tuozzo vs. Consejo de Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Carabobo.

**Al tratarse de la impugnación de un acto que no es de naturaleza electoral, emanado de un funcionario que no tiene funciones electorales, sino que se trata de una autoridad universitaria como lo es el Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Carabobo, la Sala Electoral no asume la competencia y la declina a las Cortes de lo Contencioso Administrativo.**

Corresponde a esta Sala en primer término, pronunciarse en relación con su competencia para decidir el presente recurso, para lo cual observa que en sentencia N° 2 de fecha 10 de marzo de 2000 (caso: *Cira Urdaneta de Gómez*), ratificada mediante sentencia N° 77 de fecha 27 de mayo de 2004 (caso: *Julián Niño Gamboa*), estableció que le corresponde conocer de:

*Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, contra los actos de naturaleza electoral emanados de los sindicatos, organizaciones gremiales o colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales, y de otras organizaciones de la sociedad civil.*

Conforme a la jurisprudencia citada, el ámbito de competencia material de la Sala Electoral se determina atendiendo a dos criterios, el primero de ellos -denominado por la jurisprudencia como criterio orgánico- atiende al órgano del cual emana el acto, actuación u omisión, que en todo caso debe ser el Poder Electoral o un órgano que ejecute funciones electorales y, el segundo -criterio material- en virtud del cual el objeto de control necesariamente tiene que circunscribirse a actos, actuaciones u omisiones de contenido electoral que surjan en la instrumentación de mecanismos tendentes a garantizar el ejercicio del derecho al sufragio o la participación protagónica del Pueblo.

Partiendo de tales premisas, se observa que en el presente caso se cuestiona la legalidad de la Circular número 2 emanada del Consejo de Facultad de Ciencias de la Educación de la mencionada Universidad, y cuya copia simple cursa al folio cuarenta y cinco (45) del expediente, mediante la cual le informa a los Jefes de Departamento "...que el Consejo de Facultad en su Sesión Ordinaria N° 546, de fecha 22-04-2010, aprobó la apertura del llamado a Concurso de Jefes de Departamentos y Cátedras, a partir del día viernes 23-04-2010."

Al respecto se aprecia que el Reglamento de Departamentos y Cátedras de la Facultad de Ciencias de la Educación, en lo que respecta a los Jefes de Departamento establece lo siguiente:

Artículo 11: Son atribuciones de la asamblea de departamento:

(...)

*13.- Someter a consideración la aprobación, en reunión ordinaria y por mayoría absoluta, la propuesta de designación para el cargo de Jefe de Departamento del aspirante que reúna los requisitos establecidos en este Reglamento y que haya alcanzado la mayor puntuación en el concurso correspondiente, y por votación directa y secreta.*

*Artículo 16: Cada Departamento estará bajo la responsabilidad de un Jefe de Departamento, quien será su máxima autoridad ejecutiva. Durará tres (3) años en sus funciones. Al cabo de este tiempo el cargo deberá ser provisto por concurso y de votación directa y secreta de los seleccionados en Asamblea Departamental.*

*Artículo 20: A los efectos del nombramiento para el cargo del Jefe de Departamento el Consejo de la facultad hará la designación del ganador absoluto de acuerdo a la mayor puntuación obtenida en la votación y posteriormente lo remitirá a la Comisión Delegada del Consejo Universitario. (Negrillas de esta Sala)*

Tal como se aprecia de las normas parcialmente transcritas, los Jefes de Departamento en la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Carabobo, son designados por el Consejo de Facultad previa la selección de un aspirante por parte de la Asamblea de Departamento, mediante la votación de sus miembros.

Siendo así resulta evidente que los Jefes de Departamento no son electos en el marco de un proceso comicial, aun cuando para su selección los miembros de la Asamblea de Departamento realicen una votación secreta.

En lo que respecta a los jefes de cátedra se aprecia, que el citado Reglamento establece:

*Artículo 33: Al cargo de Jefe de Cátedra se optará por Concurso Interno de Credenciales. A tal efecto el Consejo de la Facultad designará un Jurado, integrado por el Director Académico, el Director de la Escuela, el Jefe del Departamento, un (1) profesor miembro principal del Consejo de la Facultad.*

*Este concurso deberá notificarse públicamente con quince (15) días hábiles de anticipación a la fecha de su realización.*

*Artículo 34: A los efectos del nombramiento en el cargo de Jefe de Cátedra, el Consejo de la Facultad propondrá al Consejo Universitario el aspirante que haya alcanzado la mayor puntuación en el Concurso de Credenciales. En caso de presentarse un empate, se postulará, desde el seno de la Cátedra, a quien tenga la mayor antigüedad en el escalafón universitario.*

Del texto de los artículos transcritos, se desprende que los Jefes de Cátedra de la Facultad de Ciencias de la Educación son nombrados por el Consejo Universitario previa la proposición del Consejo de Facultad una vez realizado un concurso de credenciales, de manera tal que tampoco se realiza un proceso comicial para la elección del Jefe de Cátedra.

En consecuencia, resulta evidente para esta Sala que el presente caso trata de la impugnación de un acto que no es de naturaleza electoral, emanado de un funcionario que no tiene funciones electorales, sino que se trata de una autoridad universitaria como lo es el Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Carabobo, en virtud de lo cual esta Sala no asume la competencia para conocer del presente recurso contencioso electoral interpuesto conjuntamente con medida cautelar, y así se declara.

Precisado lo anterior, debe esta Sala determinar cuál es el órgano competente para conocer de la presente causa, y al respecto observa que la Sala Político Administrativa de este Tribunal de manera pacífica ha reiterado el criterio sentado en su decisión de fecha 20 de febrero de 2003 (caso: *Endy Argenis Villasmil Soto y Otros vs. Universidad del Sur del Lago "Jesús María Semprúm". UNISUR*), conforme a la cual corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra los

actos administrativos dictados por las autoridades de las Universidades Nacionales y Experimentales, o aquellos que surjan con ocasión de la relación funcional del personal docente, de conformidad con lo establecido en el ordinal 3° del artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, en la referida decisión se expresó lo siguiente:

*Determinado el objeto de la pretensión, debe esta Sala realizar algunas precisiones respecto de la competencia para conocer de las acciones que interpongan los Docentes Universitarios con ocasión de la relación laboral que mantienen con las Universidades.*

*En tal sentido, debe señalarse que la jurisprudencia de esta Sala ha sido pacífica al sostener que ante una relación funcional o de empleo público, deben prevalecer los principios constitucionales relativos al juez natural y a la especialidad, conforme a la materia de que se trate.*

*Así pues, se ha establecido, incluso antes de la promulgación de la Ley del Estatuto de la Función Pública, es decir, bajo la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa, que independientemente de que se excluyan a determinados grupos de funcionarios de su aplicación, por imperio de dichos principios, todo lo concerniente con relaciones funcionariales debía ser conocido por el Tribunal de la Carrera Administrativa, ahora Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo Regionales.*

*No obstante, estima esta Sala que existen relaciones laborales que requieren un tratamiento especial respecto del régimen competencial aplicable, como es el caso de los Docentes Universitarios, quienes desempeñan una labor fundamental y muy específica al servicio de las Universidades y de la Comunidad.*

*En efecto los Docentes Universitarios están sujetos a un régimen especialísimo y específico que no necesariamente se compara con el régimen general aplicable a los funcionarios públicos. De allí que, considera esta Sala que este tipo de acciones deben ser conocidas conforme al régimen de competencia establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Así, el artículo 185, ordinal 3° establece:*

*‘La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, será competente para conocer:*

*(...)*

*3. De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9, 10, 11 y 12 del artículo 42 de esta Ley, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal.*

Posteriormente, una vez que entró en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, y ante la ausencia de la Ley que regula la jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala Político Administrativa mediante sentencia N° 2.271, publicada el día 24 de noviembre de 2004 (Caso: *Tecno Servicios Yes’ Card, C.A.*), delimitó transitoriamente las competencias de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, determinando que corresponderá a las aludidas Cortes la competencia para conocer en primera instancia de “*las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los numerales 30 y 31 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal*”.

En atención al criterio antes transcrito, resulta evidente que al tratarse el presente caso de un recurso de nulidad interpuesto contra un acto emanado del Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Carabobo, la competencia para su conocimiento corresponde a las Cortes de lo Contencioso Administrativo. Así se declara.

B. *Medidas Cautelares*

TSJ-SPA (392)

12-5-2010

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Constructora 2127, C.A.

**El poder cautelar debe ejercerse con estricta sujeción a las disposiciones legales que lo contemplan, en razón de lo cual la providencia cautelar sólo se concede cuando existen en autos medios de prueba que constituyan presunción grave de la existencia concurrente del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo y del derecho que se reclama,**

Vistas las medidas cautelares innominadas planteadas por la representación judicial de la Constructora 2127, C.A., pasa esta Sala a pronunciarse sobre su procedencia en los siguientes términos:

Debe destacarse lo que en reiteradas oportunidades ha expuesto la Sala acerca de que la garantía de la tutela judicial efectiva, prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota con el libre acceso a los órganos de administración de justicia, ni con la posibilidad de obtener un pronunciamiento expedito o de hacer efectiva la ejecución de un fallo, sino también con la protección anticipada de los intereses y derechos en juego, cuando éstos se encuentren apegados a la legalidad. Por tal razón, el ordenamiento jurídico coloca a disposición de los justiciables un conjunto de medidas de naturaleza preventiva, destinadas a procurar la protección anticipada de quien acude a juicio alegando ser titular de una situación jurídico-subjetiva susceptible de ser protegida, de forma tal que el transcurso del tiempo no obre contra quien pueda tener la razón (Ver sentencia de esta Sala N° 5653 del 21 de septiembre de 2005).

El poder cautelar debe ejercerse con estricta sujeción a las disposiciones legales que lo contemplan, en razón de lo cual la providencia cautelar sólo se concede cuando existen en autos medios de prueba que constituyan presunción grave de la existencia concurrente del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo y del derecho que se reclama, por cuanto la emisión de cualquier medida cautelar, tal como lo disponen los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, está condicionada al cumplimiento coincidente de dos requisitos; a saber, que se presuma la existencia del buen derecho que se busca proteger con la cautelar (*fumus boni iuris*), es decir, que el derecho que se pretende tutelar aparezca como probable y verosímil, o sea, que de la apreciación del sentenciador al decidir sobre la protección cautelar, aparezca tal derecho en forma realizable en el sentido de existir altas posibilidades de que una decisión de fondo así lo considere; y que exista el riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), vale decir, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte peticionante, por el retardo en obtener la sentencia definitiva.

Al respecto, los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil disponen:

*Artículo 585.- “Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.”*

*Artículo 588.- “En conformidad con el Artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:*

*1° El embargo de bienes muebles;*

*2° El secuestro de bienes determinados;*

*3° La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.*

*Podrá también el Juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado.*

*Parágrafo Primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. (...).”*

En las medidas cautelares innominadas deben cumplirse no sólo esos dos requisitos estudiados, sino uno más los cuales se discriminan como sigue: 1) Que se presuma la existencia del buen derecho que se busca proteger (*fumus boni iuris*). 2) Que haya riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*). 3) Específicamente para este caso de las medidas cautelares innominadas (requisito previsto en el Código de Procedimiento Civil), se exige que esté presente el temor fundado de que una de las partes pudiera causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (*periculum in damni*). Además, el solicitante de la medida tiene la carga de acreditar, haciendo uso de los medios de prueba que confiere el ordenamiento, las referidas presunciones.

En cuanto a las exigencias anteriormente mencionadas, su simple alegación no conducirá a otorgar la protección cautelar, puesto que deben ser probadas en autos; sólo así podrá el juzgador verificar en cada caso, a los efectos de decretar la procedencia o no de la medida preventiva solicitada, la existencia en el expediente de hechos concretos que permitan comprobar la certeza del derecho que se reclama, el peligro de que quede ilusoria la ejecución del fallo y, por último, que el peligro de daño o lesión sea grave, real e inminente, pues no bastarán las simples alegaciones sobre la apariencia de un derecho, o sobre la existencia de peligros derivados por la mora en obtener sentencia definitiva y de grave afectación de los derechos e intereses del accionante (ver entre otras, sentencia N° 00984 del 13 de agosto de 2008).

En virtud de lo expuesto, corresponde a la Sala precisar si existen concurrentemente en el caso concreto, los requisitos antes referidos, para lo cual observa lo siguiente:

La actora solicitó, de conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, como medidas cautelares innominadas que se “prohíba la ejecución de la Resolución N° 088 del 22 de septiembre de 2008, en el sentido de impedir los efectos de la rescisión unilateral de **EL CONTRATO** de obra N° CJ-0014-2007 por parte del **MINEC**, y así impedir los daños que se causarían a [su] representada y al interés general si el **MINEC** suscribe otro contrato de obras con otra sociedad mercantil distinta a [su] mandante mientras se decide el presente proceso. (...), que un nuevo contrato implicaría que otra empresa ocupe el lugar donde se encuentran materiales de mucho valor

*que pertenecen a [su] representada, ya que no han sido pagados. Por ello, igualmente solicito (ii) se ordene el resguardo del inmueble en el que se está ejecutando la obra, de los materiales y equipos que se encuentran en la obra. Igualmente, solicito (iii) que se prohíba la ejecución de la Fianza de Anticipo N° 5051-502001-103, la Fianza de Fiel Cumplimiento N° 5054-502001-159, la Fianza de Anticipo Especial N° 5051-502001-149, y el Anexo N° 001 el cual forma parte de la Fianza de Fiel Cumplimiento N° 5054-502001-159, todas suscritas con la sociedad mercantil SEGUROS CONSTITUCIÓN, S.A.”.*

De los pedimentos formulados por la parte actora, se advierte que la petición de la medida cautelar innominada está dirigida a obtener la decisión favorable de la Sala para suspender los efectos de la rescisión del contrato de obras suscrito entre ambas partes y evitar que se contrate a otra empresa que culmine los trabajos encomendados.

Ahora bien, tal como ha afirmado la doctrina las medidas cautelares son un medio para el logro de la justicia, de donde se deriva su naturaleza instrumental, teniendo como límite natural el no constituirse en sentencia definitiva. Además, las referidas medidas detentan un carácter provisional, pues el juez no queda atado a la cautelar antes dictada para decidir el fondo del asunto, sino que siempre existirá la posibilidad de revertir la situación provisional creada. (*Vid. Sentencia de esta Sala N° 00451 del 11 de mayo de 2004*).

Aprueba la Sala que la referida solicitud sobrepasaría el límite natural de una tutela cautelar ya que se estaría anticipando al fondo de la controversia y vaciaría de contenido a la sentencia que deba resolver del asunto.

Por otra parte, de las actas procesales se evidencia que el contrato en cuestión versa sobre obras de infraestructura y adquisición de equipos faltantes para la puesta en marcha del segundo lote de plantas iraníes, así como diez (10) miniplantas procesadoras de leche, por lo que en la pronta culminación de las mismas podría estar involucrado el interés público; de aquí que no pueda la Sala ordenar se deje de contratar a otra empresa para la realización de los trabajos hasta la culminación del presente juicio, máxime si en todo caso de resultar vencedora la empresa demandante, la satisfacción total de sus pretensiones podría verificarse mediante la reclamación correspondiente (*Vid. Sentencias N° 00969 y 01121 del 13 de agosto de 2008 y 29 de julio de 2009, respectivamente*).

Adicionalmente a ello, tampoco se desprende actuación alguna de la demandada de la que pueda objetivamente inferirse su intención de desmejorar el inmueble en el que se está ejecutando la obra, así como los materiales y equipos que allí se encuentren o de burlar la efectividad del fallo definitivo.

En cualquier caso, resulta pertinente destacar que la República cuenta con bienes suficientes con los cuales la parte demandante podría satisfacer su pretensión de condena, de resultar ésta procedente en la sentencia definitiva.

En consecuencia, debe esta Sala declarar improcedentes las medidas cautelares innominadas solicitadas por la representación judicial de la parte demandante consistentes en que se *“prohíba la ejecución de la Resolución N° 088 del 22 de septiembre de 2008, en el sentido de impedir los efectos de la rescisión unilateral de EL CONTRATO de obra N° CJ-0014-2007 por parte del MINEC, y así impedir los daños que se causarían a [su] representada y al interés general si el MINEC suscribe otro contrato de obras con otra sociedad mercantil distinta a [su] mandante mientras se decide el presente proceso. (...) igualmente solicito (ii) se ordene el resguardo del inmueble en el que se está ejecutando la obra, de los materiales y equipos que se encuentran en la obra.*

Por lo que respecta a la medida cautelar innominada consistente en ordenar a la demandada que se abstenga de requerir pagos o indemnizaciones a la empresa Seguros Constitución, S.A., con ocasión de las fianzas otorgadas a Constructora 2127, C.A., se hace necesario precisar que la solicitante se limitó a alegar que se le ocasionaría un daño de forma general.

Al respecto cabe mencionar que la parte actora se limitó a fundamentar su petición en que el referido contrato de obras fue resuelto de forma arbitraria sin haber realizado la contrastista incumplimiento alguno y agregó que *“el MINEC puede ejecutar las fianzas que suscribió [su] mandante con el objeto de garantizar la ejecución de la obra, siendo el caso que no sólo [su] representado no incumplió de forma alguna con la ejecución de la obra, sino que además en el caso del anticipo especial, el MINEC nunca le pagó a [su] mandante dicho anticipo. Si ello sucediera, y la compañía de seguros paga a la República en nombre del MINEC, [su] mandante se vería obligada injustamente a responderle a SEGUROS CONSTITUCIÓN, C.A. con su patrimonio por los contratos de fianza suscritos con dicha empresa y utilizadas para garantizar la obra”*.

Al respecto, se reitera, que no basta con solicitar una medida cautelar, sino que es imperativo que de forma expresa se establezcan los hechos o circunstancias específicas que en criterio de la parte afectada, darían lugar al daño inminente que se produciría con la espera de la decisión definitiva y que hacen procedente la medida solicitada; sólo así puede el órgano jurisdiccional concluir objetivamente en la necesidad de dictarla de forma inmediata por temor al daño irreparable que podría ocasionarse mientras se produce una decisión definitiva.

Conforme a los razonamientos expuestos, juzga la Sala que resulta insuficiente lo alegado por la demandante para declarar procedente la medida cautelar solicitada, motivo por el cual debe desestimarse. Así se decide.

**TSJ-SPA (388)**

**6-5-2010**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Evelyn de Jesús Gómez de Quiñones vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)

**El Juez tiene el deber de exigir caución, conforme a lo establecido en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, con el objeto de otorgar las medidas cautelares que se soliciten en sede contencioso administrativa.**

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre el asunto sometido a su consideración y, al efecto observa:

El artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones prevé lo siguiente:

*“Artículo 205. La interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderá su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso.*

*Sin perjuicio de lo anterior la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá hacer uso de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales”*.

Como puede apreciarse, la mencionada norma establece el cumplimiento de tres requisitos para la procedencia de la suspensión de efectos de los actos administrativos de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) que impongan penas pecuniarias (mul-



tas), tales requisitos son: i) Que la suspensión sea solicitada expresamente por la parte actora; ii) Que se trate de acciones contencioso administrativas; y iii) Que tales acciones se interpongan contra actos administrativos de imposición de multas emanados de ese órgano.

Ahora bien, no puede dejar de advertir la Sala el deber que tiene el Juez de exigir caución, conforme a lo establecido en el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, con el objeto de otorgar las medidas cautelares que se soliciten en sede contencioso administrativa.

En este orden de ideas, si bien el legislador en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, al hacer referencia a "...*las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales...*", estableció la posibilidad para el Juez de exigir la constitución de una caución cuando ello sea solicitado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), a título potestativo, esta Sala tiene la obligación de exigir caución aun en aquellos casos en los cuales dicha garantía no sea requerida por el referido órgano administrativo, a los fines de asegurar la efectividad y resultado de la medida de suspensión de multa decretada con fundamento en la aludida norma legal, así como proteger el interés público tutelado por la Administración (*vid.* sentencia de esta Sala N° 0381, publicada en fecha 7 de marzo de 2007, expediente N° 2003-1545, caso: *Globovisión vs. Conatel*).

Precisado lo anterior, pasa este Alto Tribunal a examinar cada uno de los requisitos antes mencionados para la procedencia de la medida de suspensión de efectos solicitada, en los siguientes términos:

Al folio 15 del cuaderno separado, se observa que la ciudadana Evelyn de Jesús Gómez de Quiñones solicitó expresamente en el escrito contentivo de la acción ejercida, la suspensión de la multa impuesta por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), de conformidad con lo establecido en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Igualmente, se aprecia que la parte actora interpuso el recurso contencioso administrativo de nulidad contra el acto administrativo contenido en la Providencia Administrativa N° PADRS-1.486 de fecha 2 de octubre de 2009, dictada por la Directora General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Por último, se constata que la acción fue ejercida contra la mencionada Providencia, en la cual se impuso sanción de multa a la accionante por la cantidad de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.).

De esta manera, cumplidos los requisitos previstos en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, esta Sala debe declarar procedente la suspensión de los efectos de la Providencia Administrativa N° PADRS-1.486 de fecha 2 de octubre de 2009, dictada por la Directora General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), mientras se decide el fondo del asunto controvertido. Así se declara.

Ahora bien, visto el deber de esta Sala en exigir una caución conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, atendiendo al contenido del artículo 590, ordinal 4° del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 657 *eiusdem*, anteriormente transcritos, y con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, acuerda ordenar a la recurrente la constitución de una caución, otorgada pura y simplemente por un Banco o una Empresa de Seguros autorizada, por el monto indicado en la referida Providencia Administrativa, esto es, el equivalente a diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.).

A los fines antes indicados, se concede un plazo de diez (10) días de despacho contados a partir de que conste en autos su notificación; con la advertencia, por una parte, de que sólo una vez otorgada la caución podrán materializarse los efectos de la medida cautelar decretada en este fallo y, por la otra, que la falta de consignación de la caución ante esta Sala en el plazo mencionado, dará lugar a la revocatoria inmediata de la medida cautelar. Así se declara.

Finalmente, una vez satisfecha la caución y su constancia en el cuaderno separado, se ordena oficiar a la Directora General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), con el objeto de notificarle acerca de la suspensión de efectos acordada en el caso bajo análisis. Así se declara.

CSCA

28-6-2010

Juez Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Caso: Sucesión Juliana Rengifo vs. Municipio Baruta del Estado Miranda

**El pronunciamiento definitivo correspondiente al primer grado de jurisdicción, no implica que en razón de ese pronunciamiento que resolvió la primera instancia del proceso, éste deba darse por concluido y, por tal motivo, entenderse extinguidos los efectos de la providencia cautelar decretada, pues el agotamiento de la primera instancia no comporta la conclusión del proceso jurisdiccional, máxime si ha sido ejercido recurso de apelación contra dicha sentencia definitiva.**

Previo a resolver dicha situación en particular, es importante indicar que la finalidad de las medidas cautelares y a las circunstancias cuya comprobación se exige para su consecuente adopción, la doctrina ha precisado que “[si] la justicia se pudiera otorgar de una manera inmediata, las medidas cautelares no tendrían razón de ser; pero es evidente que la justicia en la mayoría de los casos no puede actuarse con esa deseable celeridad. Para que la sentencia nazca con todas las garantías (...) debe estar precedida del regular y mediato desarrollo de toda una serie de actividades, para cuyo cumplimiento es preciso un período, no breve, de espera (...) [las] medidas cautelares sirven precisamente para eso (...) para que el juez en cada caso concreto utilice los medios que sean necesarios para que el derecho cuya tutela se solicita permanezca íntegro durante el tiempo que dura el proceso, de tal manera que sea posible ejecutar en su día la sentencia que, llegado el caso, reconociese tal derecho” (Cfr. Chinchilla Marín, Carmen. *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Editorial Civitas. Madrid, 1991, p. 31).

De lo anterior, se desprende el carácter instrumental de la medida cautelar, la cual es considerada como instrumento que sirve al Juez para que, en cada caso particular, emplee los medios necesarios a los fines de salvaguardar la integridad del derecho cuya tutela ha sido reclamada. Ello así, el proceso cautelar “nace en previsión y a la espera de una decisión final y definitiva. La tutela cautelar es, por ello, una tutela mediata que más que hacer justicia sirve para garantizar la eficacia del funcionamiento de la justicia. Es, dirá CALAMANDREI, instrumento del instrumento”. Lo cual lleva a la conclusión de que la instrumentalidad del proceso cautelar “(...) determina que la vida de la medida cautelar siga la suerte de la pretensión principal, desde el principio hasta el final. Así las medidas cautelares, solicitadas y adoptadas antes de la interposición de la demanda, quedarán extinguidas automáticamente si ésta no se presenta en el plazo indicado por la ley. También pueden sufrir modificaciones durante el proceso si también las sufre la pretensión principal y, por último, se extinguen -sin necesidad de revocación expresa- cuando se procede a la ejecución de la sentencia” (Obra *cit.* 33).

En tal sentido, visto que los efectos de las medidas cautelares se extinguen cuando el proceso ha concluido, una vez agotada la doble instancia y, de ser el caso, sea procedente la ejecución de la sentencia, ello sin perjuicio de la facultad que tiene el Juez de modificar a posteriori e incluso revocar la providencia cautelar otorgada, cuando las circunstancias que justificaron su adopción sufrieren alguna alteración (vid. sentencia N° 2008-932 de fecha 28 de mayo de 2008 dictada por esta Corte, caso: *Cristalería Las Colinas, C.A contra la Superintendencia Municipal Tributaria del Municipio Baruta*).

En el caso de autos, si bien el Juez de la causa emitió el pronunciamiento definitivo correspondiente al primer grado de jurisdicción (en el cual declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto), ello no implica que en razón de ese pronunciamiento que resolvió la primera instancia del proceso éste deba darse por concluido y, por tal motivo, entenderse extinguidos los efectos de la providencia cautelar decretada, pues el agotamiento de la primera instancia no comporta la conclusión del proceso jurisdiccional, máxime si ha sido ejercido recurso de apelación contra dicha sentencia definitiva, siendo la misma admitida en ambos efectos, conforme lo dispone el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil (vid. sentencia N° 2008-932 citada *ut supra*).

Sobre este punto particular, la doctrina ha precisado que la instancia configura “cada una de las etapas o grados del proceso que van, sucesivamente, desde la iniciación del juicio hasta la primera sentencia definitiva que se dicte y desde la interposición de la apelación hasta la sentencia que se pronuncia sobre ella” (Cfr. Rengel Romberg, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Venezolano*. Volumen II. Caracas, 2004. p. 397).

En ese sentido, al encontrarse constituido el proceso venezolano por un sistema de doble instancia, debe necesariamente concluirse que en el caso de autos, aún cuando el *iudex a quo* haya dictado la sentencia definitiva correspondiente a la primera instancia del proceso, ello no implica que éste haya concluido y que, por tal motivo, los efectos de la procedencia del amparo cautelar dictado el 10 agosto de 2006 y, ratificado el 16 de noviembre de 2006, deban entenderse extinguidos, máxime si, tal como se señaló, contra dicha sentencia definitiva dictada en fecha 1° de noviembre de 2007, ha sido interpuesto recurso de apelación, cuyo conocimiento y decisión corresponde actualmente a esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo bajo el expediente N° AP42-R-2008-000210, hecho del cual este Órgano Jurisdiccional tiene conocimiento por virtud del principio de notoriedad judicial, razón por la cual esta Corte, constatado que el proceso aún no ha concluido, pasa a pronunciarse sobre la conformidad del fallo que confirmó el amparo cautelar decretado. Así se declara.

A mayor abundamiento, esta Corte considera necesario precisar las siguientes consideraciones relativo a la Jurisdicción Contencioso Administrativo y las facultades cautelares del Juez en esta materia especial con ocasión al conocimiento de las causas:

Los valores consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consolidan de manera específica una justicia garantista, que asegura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, otorgando la atribución conferida a la jurisdicción contencioso administrativa de “disponer lo necesario” para el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa (artículo 259 *eiusdem*), así como la regla contenida en el artículo 27 *ibídem*, con acuerdo a la cual la autoridad judicial competente “tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, o la situación que más se asemeje a ella” (vid. sentencia N° 2007-2132 de fecha 28 de noviembre de 2007 dictada por esta Corte, caso: *Juan Cancio Garantón Nicolai y Juan Ernesto Garantón Hernández contra la Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda*).

Por su parte, el Constituyente de 1999 en su exposición de motivos, con relación al ejercicio conjunto del amparo, insistió en el poder cautelar propio del Juez contencioso administrativo para decretar, de oficio o a instancia de parte, cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y el restablecimiento de sus situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso de que se trate, “bien sea a través de la suspensión de los efectos del acto administrativo correspondiente, o a través de ordenes de hacer o no hacer, incluyendo el pago de sumas de dinero, que se impongan a la administración dependiendo del caso en concreto” (*vid.* sentencia N° 2007-2132 citada *ut supra*). A ese respecto, en aras de permitirle a las partes conocer la procedencia o no del amparo cautelar solicitado ante el Juzgado a quo, para salvaguardar así el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y, dado que la sentencia definitiva dictada en primera instancia no se encuentra firme en razón de la apelación interpuesta por el apoderado judicial de la recurrente, esta Corte pasa a revisar el amparo cautelar solicitado en razón de la denuncia de violación al derecho de propiedad consagrado en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela denunciado por la recurrente como vulnerado por el Municipio Baruta del Estado Miranda.

Previo a pronunciarse sobre la anterior solicitud, es conveniente señalar que los requisitos de procedencia de este medio de protección, que la presunta violación constitucional difícilmente pueda ser reparada por la sentencia que juzgue la ilegitimidad del acto; es decir, que la actividad probatoria de la parte presuntamente agraviada debería superar toda posibilidad de restablecimiento satisfactorio de la situación jurídica infringida por la simple sentencia del recurso junto al cual se interpone el amparo.

Configurando de esta manera el carácter accesorio e instrumental que tiene el amparo constitucional cautelar respecto de la pretensión principal debatida en juicio, se considera posible asumir la solicitud de amparo en los mismos términos de una medida cautelar, con la diferencia de que la primera alude exclusivamente a la presunta violación de derechos y garantías de rango constitucional, circunstancia ésta que por su trascendencia, hace aún más apremiante el pronunciamiento sobre la procedencia de la medida solicitada.

Ahora bien, en concordancia con lo anteriormente expuesto, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia de fecha 20 de marzo de 2001 (Caso: *Marvin Enrique Sierra Velasco*), estableció la forma en que deben decidirse las acciones presentadas conjuntamente con amparo cautelar:

“(…) Se justifica, entonces, que una vez admitida la causa principal por la Sala, se emita al mismo tiempo un pronunciamiento sobre la medida cautelar de amparo solicitada, con prescindencia de cualquier otro aspecto, cumpliéndose así con el propósito constitucional antes acotado.

En ese sentido, es menester revisar el cumplimiento de los requisitos que condicionan la procedencia de toda medida cautelar, adaptados naturalmente a las características propias de la institución del amparo en fuerza de la especialidad de los derechos presuntamente vulnerados. Dicho lo anterior, estima la Sala que debe analizarse en primer término, el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación del derecho constitucional alegado por la parte quejosa y que lo vincula al caso concreto; y en segundo lugar, el *periculum in mora*, elemento éste determinable por la sola verificación del requisito anterior, pues la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional, el cual por su naturaleza debe ser restituido en forma inmediata, conduce a la convicción de que debe preservarse *ipso facto* la actualidad de ese derecho, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación (…)” (resaltado de esta Corte).

3. *El Contencioso Administrativo de Interpretación*A. *Órganos*a. *Competencia Tribunal Supremo de Justicia***TSJ-SPA (393)****12-5-2010**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: (Federación Internacional de Capellanes y Derechos Humanos). Recurso de interpretación los artículos 10, 17 y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela.

**La Sala Político Administrativa se declara competente para conocer el recurso de interpretación de los artículos 10, 17 y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela.**

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispuso, en los artículos 262 y 266, la estructura de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, así como algunas de sus competencias dejando a cargo de la Ley Orgánica que se dictara al efecto el establecimiento de otras competencias y el desarrollo de las ya instituidas.

Al respecto, el prenombrado artículo 266 del texto fundamental estableció:

*Artículo 266.- “Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia: (...)*

*6.- Conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley. (...)*

*Las atribuciones señaladas en el numeral 1 serán ejercidas por la Sala Constitucional; las señaladas en los numerales 2 y 3, en Sala- Plena; y las contenidas en los numerales 4 y 5 en Sala Político Administrativa. Las demás atribuciones serán ejercidas por las diversas Salas conforme a lo previsto por esta Constitución y la ley”* (Resaltado de la Sala).

Asimismo, esta Sala ha establecido su criterio de competencias en asuntos como éste, entre otras, en las siguientes sentencias cuyos números y fechas se mencionan a continuación: 1344 del 13 de junio de 2000, 01126 del 24 de septiembre de 2002, 00321 del 05 de marzo de 2003, 00120 del 18 de febrero de 2004, 05174 del 21 de julio de 2005 y 02134 del 27 de septiembre de 2006. Tal criterio reza así:

“(...) puede inferirse del citado precepto constitucional, que al no indicarse específicamente a cuál de las Salas corresponde conocer sobre el recurso de interpretación de textos legales, la intención del constituyente fue ampliar el criterio atributivo adoptado por el legislador en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (ordinal 24 artículo 42, en concordancia con el artículo 43), que reservaba la decisión en esta materia a la Sala Político-Administrativa.

(...) ‘como quiera que la creación de nuevas Salas es reveladora del ánimo de especializar sus funciones con respecto a las áreas que constituyen su ámbito de competencia, debe entenderse que la intención del constituyente es que dicho mecanismo, dirigido a resolver las consultas que se formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, lo conozca y resuelva la Sala cuya competencia sea afín con la materia del caso concreto’ (...).”

El 20 de mayo de 2004 entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (publicada en la *Gaceta Oficial de la Re-*

pública Bolivariana de Venezuela N° 37.942, de igual fecha), la cual estableció las competencias de las Salas que integran este Supremo Tribunal, en la forma siguiente:

Artículo 5.- “Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República: (...)

**52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.**

*El Tribunal conocerá en Sala Plena los asuntos a que se refiere este artículo en sus numerales 1 al 2. En Sala Constitucional los asuntos previstos en los numerales 3 al 23. (...). En los casos previstos en los numerales 47 al 52 su conocimiento corresponderá a la Sala afín con la materia debatida (...)*” (Resaltado de la Sala).

Conforme a las normas parcialmente transcritas (artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 5 de la Ley que rige a este Máximo Tribunal), corresponderá conocer de los recursos de interpretación interpuestos a **la Sala afín con la materia debatida.**

En el caso de autos se ha solicitado la interpretación de los artículos 10, 17 y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela, las cuales disponen:

“Artículo 10. El Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela se usará en la correspondencia y publicaciones oficiales de los Poderes Públicos Nacionales, Estadales y Municipales y en los demás casos en que lo especifique el Reglamento de esta Ley.

...omissis...

Artículo 17. El que de cualquier manera y de forma premeditada destruya, irrespete o dé uso indebido a los Símbolos Patrios, será sancionado de la manera siguiente:

1.- De veinte unidades tributarias (20 U.T.) a cuarenta unidades tributarias (40 U.T.) si son destruidos parcial o totalmente.

2.- De diez unidades tributarias (10 U.T.) a veinte unidades tributarias (20 U.T.) si son irrespetados.

3.- De cinco unidades tributarias (5 U.T.) a diez unidades tributarias (10 U.T.) si son utilizados indebidamente.

El Reglamento de esta Ley fijará las condiciones de uso y la forma en que deben respetarse los Símbolos Patrios.

...omissis...

#### **Disposiciones Transitorias**

**Cuarta.** El Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio del Interior y Justicia, queda autorizado para reglamentar la forma, dimensiones y usos de todos los Símbolos Patrios, Bandera Nacional, Escudo de Armas e Himno Nacional, por parte de las instituciones públicas, privadas y el pueblo en general; así como también la posición, tamaño y jerarquía que, según el protocolo, debe tener la Bandera Nacional cuando haya otras banderas presentes. Igualmente reglamentará las formas, dimensiones y usos que tendrán los estandartes, emblemas e insignias que lleven los colores de la Bandera Nacional, así como cualquier otro uso de ellos en condecoraciones e insignias. Este Reglamento deberá ser dictado dentro de los seis meses siguientes a la publicación de esta Ley en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”.

En relación con lo anterior, la Sala Constitucional en la decisión N° 19 de fecha 5 de marzo de 2010, mediante la cual se declaró incompetente, estableció lo siguiente:

*“la parte accionante en su petitorio indica que “(...) de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, interprete el contenido y alcance de los artículos 10, 17 y la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial N° 38.394 del 9 de marzo de 2006 (...)”.*

*En atención a lo anterior, se aprecia que del contenido del escrito mediante el cual fue formalizada la petición de interpretación que se examina, se deriva, con claridad, que la pretensión de la solicitante es la de que esta Sala expida interpretación de normas de rango infra-constitucional, contenidas en los artículos antes referidos de la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela.*

*Ello así, debe advertirse que de conformidad con los artículos 266.1, 334 y 335 de la Carta Magna, la competencia de la Sala Constitucional en materia de interpretación normativa, se encuentra reducida a la que atañe al contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (Vid. Sentencia de esta Sala N° 609/2007, entre otras).*

*De tal forma que la interpretación de textos legales no compete a esta Sala Constitucional, ya que la misma fue asignada, por el artículo 266.6 de la Constitución, a las Salas de este Máximo Tribunal atendiendo a la materia afín, tal como lo estableció esta Sala mediante sentencia N° 2588/2001, en la cual se declaró “(...) la invalidez sobrevinida –y en consecuencia la derogación- con efectos generales de la norma que se deriva de la lectura conjunta de los artículos 42.24 y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (...)”, la cual establecía la competencia exclusiva, para el conocimiento de las solicitudes de interpretación de leyes a la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, con fundamento en el mencionado artículo constitucional, quedando expresamente habilitadas todas las Salas para el conocimiento de las solicitudes de interpretación de leyes, como consecuencia de la entrada en vigencia del Texto Constitucional.*

*En atención a lo expuesto, esta Sala se declara incompetente para el conocimiento de la solicitud de interpretación de autos, por cuanto la misma versa sobre la interpretación de normas de rango legal que no pertenecen al bloque de la constitucionalidad. Así se decide.*

*...omissis...*

*En tal sentido, conforme a las normas antes transcritas y según se desprende del escrito libelar de la solicitante, lo que se pretende es que se determine lo que debe entenderse por el uso adecuado de los símbolos patrios y la posibilidad de la imposición de las respectivas sanciones cuando se haga un uso indebido de los mismos.*

*Al respecto, se observa que la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela impone a los Poderes Públicos Nacionales, Estadales y Municipales la obligación de adecuarse a las normas estipuladas en dicha norma y la Disposición Transitoria Cuarta, establece que el Ejecutivo Nacional reglamentará, entre otras cosas, el uso de los símbolos patrios.*

*Ello así, aprecia la Sala que en el presente caso compete a los órganos del Poder Público Nacional –a través del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia- velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley de Bandera Nacional, Himno Nacional y Escudo de Armas de la República Bolivariana de Venezuela, así como la aplicación de las respectivas sanciones, lo que entraña que la Administración podrá ejercer de su potestad sancionatoria si determina que se hizo un uso indebido de los símbolos patrios.*

*Determinado lo anterior, se advierte que el asunto objeto de la pretensión de marras es de naturaleza contencioso administrativa, por lo que esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declina la competencia en la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide”.*

Comparte esta Máxima Instancia el criterio sostenido por la Sala Constitucional en el fallo antes transcrito, en el sentido de que le corresponde a la Administración ejercer su potestad sancionatoria si determina que se hizo un uso indebido de los símbolos patrios, actividad administrativa sustentada en normas de derecho público.

Así las cosas, siendo que en principio lo solicitado se refiere a la interpretación de una materia afín a las competencias atribuidas a esta Sala Político Administrativa es por lo que acepta la competencia para conocer y decidir el recurso incoado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como lo establecido en el numeral 52 y último aparte del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

#### 4. *El Contencioso Administrativo Especial*

##### A. *El Contencioso Administrativo Tributario: Amparo Tributario*

**TSJ-SPA (435)**

**19-5-2010**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: COCA-COLA Servicios de Venezuela, C.A vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

El Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en sentencia del 19 de mayo de 2009, declaró procedente la acción de amparo tributario incoada por la sociedad de comercio Coca-Cola Servicios de Venezuela, C.A., contra la demora incurrida por la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), en resolver la solicitud de recuperación de créditos fiscales producto de retenciones acumuladas del impuesto al valor agregado soportadas desde el mes de marzo de 2003 hasta diciembre de 2006, por el monto *supra* indicado.

El fundamento de tal decisión atiende a que el Juez de la causa consideró que en el presente asunto existe, en efecto, un retardo por parte de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT en dar respuesta a las solicitudes efectuadas por la empresa accionante sin una justificación válida, lo que le ha causado como perjuicio que *“las declaraciones de impuesto sobre la renta (...) no han podido ser compensadas, correspondientes a los ejercicios fiscales de los años 2006, 2007, y 2008; así como la relación de retenciones acumuladas hasta octubre de 2008, que no puede ser reclamada hasta tanto la administración resuelva”*.

En virtud de lo anterior, esta Alzada estima necesario reiterar el criterio sostenido con relación a la acción de amparo tributario, concretamente en su decisión No. 01431 de fecha 12 de noviembre de 2008, caso: *Constructora Sura Mar, S.R.L.*, en la que se señaló lo siguiente:



*“(…) En atención a lo antes expuesto, es imperioso para la Sala analizar preliminarmente la naturaleza jurídica y el procedimiento de la institución del amparo tributario en Venezuela; en tal sentido, el Código Orgánico Tributario vigente en su Capítulo IV del Título VI, establece en sus artículos 302, 303 y 304, lo siguiente:*

*‘Artículo 302. Procederá la acción de amparo tributario cuando la Administración Tributaria incurra en demoras excesivas en resolver peticiones de los interesados, y ellas causen perjuicios no reparables por los medios establecidos en este Código o en leyes especiales.*

*Artículo 303. La acción podrá ser interpuesta por cualquier persona afectada, mediante escrito presentado ante el Tribunal competente.*

*La demanda especificará las gestiones realizadas y el perjuicio que ocasiona la demora. Con la demanda se presentará copia de los escritos mediante los cuales se ha urgido el trámite.*

*Artículo 304. Si la acción apareciere razonablemente fundada, el Tribunal requerirá informes sobre la causa de la demora y fijará un término para la respuesta no menor de tres (3) días de despacho ni mayor de cinco (5), contados a partir de la fecha de notificación. Vencido el lapso el tribunal dictará la decisión que corresponda dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes. En ella fijará un término a la Administración Tributaria para que se pronuncie sobre el trámite omitido. Asimismo, el tribunal podrá, cuando el caso así lo amerite, sustituir la decisión administrativa previo afianzamiento del interés fiscal comprometido. Las fianzas serán otorgadas conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de este Código.*

*De la decisión dictada se oirá apelación en el sólo efecto devolutivo, dentro de los diez (10) días de despacho siguientes’.*

*De las normas transcritas se aprecia que dicha acción de amparo tributario es un medio judicial expedito cuya finalidad estriba en que la Administración Tributaria cumpla con una obligación que la ley le impone, cuando ha incurrido en demora excesiva en resolver peticiones de los interesados y que de ella se causen perjuicios no reparables por los medios procesales establecidos en el Código Orgánico Tributario o en leyes especiales.*

*De acuerdo con lo expresado, conviene precisar que el amparo tributario es un proceso en el cual basta con que el accionante demuestre que ha presentado ‘peticiones’ ante la Administración Tributaria y que se ha producido una demora excesiva en darle la respuesta correspondiente y que a su vez, tal demora le ha causado un daño no susceptible de ser reparado por otro medio legal, para que el juez requiera al órgano tributario la justificación del retardo, conforme a lo pautado en el artículo 304 del vigente Código Orgánico Tributario.” (Destacado de esta Sala).*

En atención a lo expuesto y circunscribiendo el análisis al caso concreto, esta Alzada aprecia de las actas procesales que la sociedad mercantil Coca-Cola Servicios de Venezuela, C.A., en fecha 31 de marzo de 2006 solicitó ante la División de Contribuyentes Especiales de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), la recuperación de créditos fiscales producto de retenciones acumuladas de impuesto al valor agregado soportadas desde el mes de marzo de 2003 hasta diciembre de 2005, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado del año 2002 y en los artículos 9 y 10 de la Providencia identificada con las letras y números SNAT/2005/0056 del 28 de febrero de 2005, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.136 de igual fecha, que designó a los contribuyentes especiales y a los entes públicos nacionales como agentes de retención del impuesto al valor agregado.

Luego, el 11 de abril de 2007, ante la falta de respuesta de la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del SENIAT, la contribuyente interpuso nuevamente una solicitud de reintegro incluyendo los ejercicios impositivos comprendidos en el año 2006.

Asimismo, no se aprecia del expediente judicial que la representación del Fisco Nacional haya consignado elementos probatorios que demuestren que la aludida Gerencia cumpliera con su obligación de dar oportuna respuesta a las peticiones efectuadas por la contribuyente accionante en fechas 31 de marzo de 2006 y 11 de abril de 2007, siendo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del vigente Código Orgánico Tributario, “*la Administración Tributaria está obligada a dar resolución a toda petición planteada por los interesados dentro del plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación*”.

Con fundamento en lo expuesto, esta Sala estima que el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) ha incurrido en una demora injustificada en responder a las solicitudes realizadas por la sociedad de comercio Coca-Cola Servicios de Venezuela, C.A., con relación a la recuperación de créditos fiscales producto de retenciones acumuladas del impuesto al valor agregado soportadas desde el mes de marzo de 2003 hasta diciembre de 2006, por el monto total de once mil seiscientos dos millones cuatrocientos setenta y cinco mil ochocientos bolívares con setenta y siete céntimos (Bs. 11.602.475.800,77), causándole en razón de ello un perjuicio, dado que las declaraciones de impuesto sobre la renta correspondientes a los ejercicios fiscales de los años 2006, 2007 y 2008 (folios 49, 50 y 51 vto.), así como la relación de retenciones por concepto de impuesto al valor agregado acumuladas hasta octubre de 2008, no han podido ser compensadas, ni podrán serlo, mientras la Administración Tributaria no de respuesta a las peticiones de la sociedad mercantil accionante.

En consecuencia, debe esta Sala confirmar el fallo objeto de consulta dictado bajo el N° 0055/2009 de fecha 19 de mayo de 2009, por el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se declara.

## VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. *Control difuso de la constitucionalidad*

TSJ-SC (187)

8-4-2010

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Juan Ismael Herrera y Yunia Rosa Lárez, vs. Juntas Directivas de los Consejos de Administración y de Vigilancia de la Caja de Ahorro de los Trabajadores del Instituto Nacional de Nutrición.

**La potestad que tienen los tribunales de desaplicar disposiciones de rango legal depende de ciertas circunstancias. Lo primero que habría de verificarse, por supuesto, es si la norma aplicable al caso colide de algún modo con la Constitución. En segundo lugar, es necesario constatar si dicha norma resulta ser la única aplicable a la problemática que desea resolverse, pues si pudiera solucionarse el conflicto planteado mediante la aplicación de otra norma que no resultase inconstitucional, la desaplicación por control difuso de aquélla que sí contradijese la Constitución sería claramente innecesaria.**

Una vez declarada su competencia para pronunciarse sobre el presente asunto, esta Sala pasa a efectuar las consideraciones que se explican a continuación:

1.- El artículo 334 constitucional atribuye a todos los Jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, siempre dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo Texto Fundamental. Esto se traduce en el deber de ejercer, aun de oficio, el control difuso de la constitucionalidad de disposiciones de rango legal, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver por esta vía los conflictos o colisiones que puedan presentarse en cualquier causa, entre aquellas y una o varias disposiciones constitucionales, en cuyo caso deben aplicar preferentemente estas últimas.

En este sentido, la Sala reitera que el examen de las sentencias definitivamente firmes de control difuso de la constitucionalidad, remitidas por los Tribunales de la República, resulta en una mayor protección de la Constitución e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la desaplicación de normas ajustadas al Texto Fundamental.

De allí que el juez que desaplique una norma jurídica por considerarla inconstitucional, está obligado a remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme y del auto que verifica dicha cualidad, a fin de que esta Sala proceda a la revisión de la misma.

2.- En acatamiento del criterio antes señalado, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia remitió a esta Sala la decisión que dictara el 14 de agosto de 2008, mediante la cual, para resolver un punto previo al fondo de la controversia, desaplicó el tercer párrafo del artículo 10 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares por estimar que la disposición contenida en el mismo, según la cual sólo a instancia de un grupo de trabajadores no menor al 10% de los asociados inscritos es como pudiese ser convocada la Asamblea Extraordinaria de una Caja de Ahorro, impide el ejercicio de la acción de amparo en tutela de derechos y garantías constitucionales.

Visto que dicha decisión ostenta la cualidad de definitivamente firme, pues las decisiones de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en materia de amparo no tienen apelación ante ninguna instancia, la Sala pasa de seguidas a efectuar el examen de la desaplicación realizada.

3.- Ante todo, es importante recordar que la potestad que tienen los tribunales de desaplicar disposiciones de rango legal depende de ciertas circunstancias. Lo primero que habría de verificarse, por supuesto, es si la norma aplicable al caso colide de algún modo con la Constitución. En segundo lugar, es necesario constatar si dicha norma resulta ser la única aplicable a la problemática que desea resolverse, pues si pudiera solucionarse el conflicto planteado mediante la aplicación de otra norma que no resultase inconstitucional, la desaplicación por control difuso de aquella que sí contradijese la Constitución sería claramente innecesaria.

En el caso bajo examen, la defensa señaló que los solicitantes de la acción de amparo carecían de legitimación para intentarla, ya que no representaban el porcentaje de asociados previsto en el párrafo tercero del artículo 10 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares. Ante esa objeción, la Sala Electoral consideró que dicha norma era la aplicable para determinar la legitimación de los miembros de una Caja de Ahorro a la hora de intentar un amparo constitucional. No obstante, y a juicio de dicha Sala, tal disposición resultaba inconstitucional, pues impedía el ejercicio del derecho de amparo de los miembros de las Cajas de Ahorro, y lesionaba, en consecuencia, el derecho de acción de tales ciudadanos.

Es decir, la Sala Electoral partió de la premisa siguiente: si los socios de una Caja de Ahorro quisieran interponer un amparo constitucional para restablecer la lesión a sus derechos en virtud de la falta de elección de la Comisión Electoral, sólo lo podrían hacer si el número de quienes intenten el amparo alcanzase, al menos, el 10% de los socios activos, pues ese porcentaje es el que exige el referido artículo 10 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares para que se convoque a una Asamblea Extraordinaria que elija a la mencionada Comisión Electoral.

Sin embargo, dicha premisa no resulta correcta una vez que se examina el ordenamiento jurídico como un todo.

En primer lugar, porque dicho artículo 10 no contiene disposiciones de Derecho Procesal, entendiendo por tales el conjunto de enunciados jurídicos que disciplinan la conducta de los sujetos que participan en un juicio. Por el contrario, dicha disposición establece los trámites que deben seguirse con el fin de convocar una Asamblea de socios de una Caja de Ahorro, así como las potestades y deberes que ostentan los sujetos involucrados en tales trámites. Es decir, dichos deberes y potestades surten efecto a lo interno de la Caja de Ahorro respectiva, o respecto del órgano superintendente de dicha Caja de Ahorro. En conclusión, dicho precepto no es una norma de procedimiento judicial ni de competencia judicial; por lo tanto, no puede aplicarse al procedimiento de amparo constitucional.

En segundo lugar, la premisa referida resulta contradicha por lo siguiente: es evidente que sí existe en nuestra legislación una particular regulación respecto del ejercicio de la acción de amparo constitucional y a la legitimación necesaria para ejercerla. Tal regulación la encabeza la propia Constitución, al establecer en su artículo 27 que “[t]oda persona tiene derecho a ser amparada por los Tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales...”. Lo propio hace la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en cuyo artículo 1 se estableció que “[t]oda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales...”.

De esta referencias se sigue que cualquier persona, venezolana o extranjera, domiciliada o no en la República, y en ejercicio de un interés particular o colectivo, tiene legitimación para intentar una acción de amparo constitucional, siempre que afirme su interés en que le sea restablecido el ejercicio y goce de un derecho fundamental, o en que se impida la consumación de una lesión a algún derecho fundamental. Éstas serían, en conclusión, las normas básicas que en materia de legitimación son de aplicación al procedimiento de amparo constitucional.

La propia Sala Electoral tuvo consciencia de la particularidad de la acción de amparo en cuanto a los sujetos habilitados para interponerla, pues en la misma sentencia bajo examen afirma, “(que) desde la perspectiva de la acción de amparo constitucional, la legitimación para proponerla la tiene la persona directamente afectada por la vulneración del derecho o garantía constitucional...”.

Considera esta Sala Constitucional que la “perspectiva”, a la cual hace referencia la Sala Electoral, la crea y la orienta la legislación procesal relativa a la aptitud de los sujetos a ser partes de un proceso de amparo, y tal “legislación” está encabezada por las normas constitucional y legales anteriormente referidas.

En virtud de los argumentos anteriormente expuestos, se sigue que la decisión de des- aplicar el tercer párrafo del artículo 10 de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y

Asociaciones de Ahorro Similares, tomada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en el caso bajo examen, era innecesaria, pues nuestro ordenamiento jurídico dispone de un conjunto de normas que de forma expresa, y sin desconocer la Constitución, resultaban aplicables a dicho caso.

Ahora bien, siendo que dicha necesidad es un elemento indispensable al objeto de des-aplicar en ejercicio del control difuso de constitucionalidad una disposición de rango legal, se concluye que dicha desaplicación no es conforme a derecho.

Ello conduce a la anulación del veredicto en cuestión, y a la reposición de la causa al estado en que se dicte una nueva decisión que atienda las consideraciones aquí expuestas. Así se decide.

*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, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

1. La mayoría sentenciadora declaró que, para el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, debe verificarse, no sólo si la norma que se analice colide con la Constitución sino, además, “*si dicha norma resulta ser la única aplicable a la problemática que desea resolverse, pues si pudiera solucionarse el conflicto planteado mediante la aplicación de otras norma que no resultase inconstitucional, la desaplicación por control difuso de aquélla que sí contradijese la Constitución sería claramente innecesaria*”.

Al respecto se impone la disidencia porque, aunque se comparte la determinación de que, en el caso concreto, era innecesaria la desaplicación que se hizo de la Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro similares porque, en efecto, no era aplicable al amparo constitucional, se discrepa de la afirmación general según la cual la desaplicación sólo se justifica si el asunto de que se trate no puede ser resuelto a través de otras normas que no sean inconstitucionales.

Respecto de la afirmación anterior, es indispensable la precisión de que toda conducta jurídicamente relevante debe ajustarse al *bloque de la legalidad* (Hauriou), el cual empieza, como es natural, en la Constitución (más precisamente, en el *bloque de la constitucionalidad*), sigue por las leyes, los actos administrativos normativos (básicamente, reglamentos) y los actos administrativos de efectos particulares que sean aplicables a la conducta de que se trate, pública o privada (en el caso de la actividad administrativa, como es sabido, se presume *-iuris tantum-* su conformidad a estos bloques).

El juez que analice una determinada conducta jurídicamente relevante, pública o privada, no puede extraer ningún elemento de aquel sistema de normas sino por las vías apropiadas, como, por ejemplo, desaplicación, anulación, interpretación conforme a la Constitución.

Así, para la solución del caso concreto, la Sala Electoral no habría tenido que “ignorar” una norma inconstitucional aplicable porque podía resolver el asunto bajo su consideración mediante la selección de otras que no adolecían de tal vicio; por el contrario, simplemente, la disposición normativa que aquella Sala estimó inconstitucional para el caso concreto no era aplicable a éste, no formaba parte del sistema de normas que todo intérprete debe armar para el cabal análisis y solución de cualquier problema jurídico. Por otra parte, en este asunto, la decisión de anulación y reposición es inútil –y, como tal, está prohibida–, porque la Sala Electoral admitió y resolvió el amparo constitucional.

En conclusión, aunque se comparte la declaración de que no fue conforme a derecho la desaplicación que hizo la Sala Electoral en el veredicto objeto de consulta, no ha debido declararse la nulidad total del mismo sino parcial, sólo en lo que respecta al incorrecto ejercicio del control de constitucionalidad, ni, en consecuencia, ha debido ordenarse la reposición de la causa.

(...)

2. *Acción de Inconstitucionalidad: Medidas Cautelares*

TSJ-SC (232)

13-4-2010

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Enrique Capriles Radonski y Rafael David Guzmán Reverón

**La ausencia de actividad probatoria o argumentativa para justificar el *periculum in mora*, conduce a la Sala a estimar no cumplido este presupuesto necesario para adoptar la medida cautelar, pues el pronunciamiento sobre la medida cautelar impondría, en este caso, necesariamente, un análisis del derecho sustantivo reclamado, ejercicio reservado para el fondo del asunto debatido.**

En ese orden de ideas, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia recogió, de manera expresa, ese derecho a la tutela cautelar, que es garantía del derecho a la tutela judicial eficaz y postuló la existencia de un poder cautelar general en el marco de los procesos que se sustancien de conformidad con esa Ley. Así, se lee del artículo 19, párrafo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo siguiente:

“En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estimen pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva”.

La norma hace suyo el primero de los requisitos de procedencia propios de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Además, y aunque no lo establezca con la misma claridad, exige el segundo de los requisitos immanentes a toda medida cautelar, como lo es la verificación del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), desde que dispone que la cautela no tiene otra finalidad que la garantía de las resultas del juicio. No podría entenderse de otra manera, pues la exigencia de ambos requisitos es consustancial a la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, tanto así que si el legislador prescindiera de alguno de tales supuestos, estaría desnaturalizando la esencia misma de las medidas cautelares (CALAMANDREI, PIERO, *Providencias Cautelares*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984, pp. 69 y ss.).

De allí que el juez dictará la medida preventiva cuando exista presunción del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, esto es, de que no sean plenamente ejecutables las resultas del juicio (*periculum in mora*), ya que en función de la tutela judicial eficaz, las medidas cautelares en este ámbito no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez que se compruebe el cumplimiento de los requisitos que exige la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas.

En definitiva, el pronunciamiento de una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial eficaz de la contraparte de quien solicitó la cautela y no cumplió sus requisitos; y, al contrario, negarle tutela

cautelar a quien cumple plenamente los requisitos implica una violación a ese mismo derecho fundamental, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la efectiva ejecución del fallo, lo cual sólo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar (Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1989, pp. 227 y ss). Asunto distinto es que, en la ponderación del cumplimiento de los requisitos que exige la tutela cautelar, el juez tenga una amplia facultad de valoración que lo lleve a la conclusión de que, efectivamente, existen condiciones suficientes para el otorgamiento de la medida.

Tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que si falta alguno de ellos el juez no podría decretar la cautela. En este orden de ideas, debe agregarse que, en materia de Derecho Público y, más concretamente, en el ámbito de la competencia constitucional, donde necesariamente están en juego intereses generales, el juez deberá también realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión a intereses generales en un caso concreto, o bien para la determinación de si, en el caso concreto, el interés general se vería favorecido o amenazado por el otorgamiento de la medida.

Del análisis del cumplimiento de tales supuestos de procedencia de las medidas preventivas en el caso de autos, la Sala observa:

En cuanto al *fumus boni iuris* (presunción de buen derecho), debe precisarse que el mismo se configura cuando el juzgador evidencia que el derecho respecto del cual se solicita la protección cautelar tiene apariencia de conformidad a derecho, sin incurrir con ello en un estudio detallado y profundo de lo que constituye el *thema decidendum*.

Los recurrentes alegaron como prueba de la apariencia grave del derecho reclamado, la sola entrada en vigencia de la ley impugnada “*cuyas normas no hay que analizar en mayor profundidad para percatarse de que, ostensiblemente, lesionan la autonomía normativa que corresponde a los estados y el Principio de Legalidad, constituye una razón suficiente para que sean suspendidos sus efectos*” y la existencia de “*estar afectado (sic) la mencionada ley de vicios graves de inconstitucionalidad que ameritan su nulidad absoluta*”.

En cuanto al *periculum in mora*, esto es, el peligro en que el retardo normal del proceso conduzca a la irreparabilidad o dificultad en la reparación del daño temido, la parte recurrente sostuvo que estaba presente en que:

*“La situación descrita, implicará una reducción sustancial en el situado constitucional que les corresponde al estado (sic) Bolivariano de Miranda y afectará a los habitantes de sus municipios más desposeídos, pues en la Ley especial del Régimen Municipal a Dos Niveles del Área Metropolitana de Caracas, no existe norma alguna que obligue a las autoridades del Área Metropolitana de Caracas, a invertir el ‘aporte único’ transferido en alguno de los cuatro los Municipios (sic) del estado (sic) Bolivariano de Miranda que conforman parte del Área Metropolitana, recursos que bien podrían ser desviados entonces únicamente hacia el ámbito territorial Distrito Capital (sic), todo lo cual supone un gravísimo daño patrimonial al Estado y a las políticas que se adelantan en beneficios de los Mirandinos (sic) más necesitados ”.*

Para decidir esta Sala advierte, que los recurrentes se limitaron a reproducir los argumentos sobre los cuales fundamentaron el recurso de nulidad, sin mediar actividad probatoria alguna, para con ello justificar el *periculum in mora*. Esa ausencia de actividad probatoria o argumentativa conduce a esta Sala a estimar no cumplido este presupuesto necesario para adoptar la medida cautelar, pues el pronunciamiento sobre la medida cautelar impondría, en

este caso, necesariamente, un análisis del derecho sustantivo reclamado, ejercicio reservado para el fondo del asunto debatido. Así se declara.

Por tanto, considera la Sala que no se cumplen los dos presupuestos que concurrentemente se exigen para que se acuerde la medida cautelar de suspensión de efectos de las disposiciones impugnadas. Así se decide.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

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

La decisión que precede negó la medida cautelar innominada de suspensión de efectos de la ley que se impugnó, cautela que se omitió bajo el argumento de que su conferimiento implicaría un pronunciamiento que atañe al fondo del asunto, esto es, al análisis de nulidad de dicho cuerpo normativo.

Quien suscribe como disidente no comparte tal razonamiento de la mayoría, pues el requisito del *fumus boni iuris*, cuyo cumplimiento es indispensable para que se acuerde cualquier medida preventiva, implica que exista presunción del derecho que se reclama; implicación que, evidentemente, exige un análisis presuntivo y *a priori* de la probabilidad de éxito de la pretensión principal –en este caso de nulidad-, lo que no es, en modo alguno, un “adelanto” ni se “inmiscuye” en el fondo del asunto. De lo contrario, nunca sería procedente la medida cautelar de suspensión de efectos de actos, sean normativos o no. (*vid.* entre otras muchas, sentencia N° 3082/05).

De este modo, no es acertado el señalamiento del fallo del que se difiere en el sentido de que el estudio de la tutela cautelar “...impondría, en este caso, necesariamente, un análisis del derecho sustantivo reclamado, ejercicio reservado para el fondo del asunto debatido”.

Por otra parte, es importante el recordatorio de que el juzgador, en el fallo cautelar, hace un juicio de verosimilitud y no de plena certeza, mientras que en la sentencia de mérito el juzgamiento es definitivo.

Quien disiente lamenta que la Sala asuma una conducta que no es acorde con la garantía del derecho a la tutela judicial eficaz de los usuarios del sistema de justicia, dentro de la cual se inscribe el derecho a la obtención de una protección cautelar cuando se cumpla con los requisitos de ley.

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

**TSJ-SPA (606)**

**23-6-2010**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Roxana Orihuela Gonzatti y Fermín Toro Jiménez (ARTS. 3, 11 literal c), 15, 29, 31, 43, 71, 100 y 103 del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela)

**La sola entrada en vigencia de una normativa impugnada puede suponer, respecto de un supuesto de hecho determinado, una violación o amenaza de violación a derechos constitucionales susceptible de ser objeto de amparo constitucional.**



Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la oposición formulada por la representación de la Universidad Central de Venezuela, a la medida cautelar otorgada y al respecto, observa:

Alegaron que la medida cautelar acordada al Profesor Fermín Toro Jiménez, debe ser revocada ante la inexistencia del acto de aplicación de los artículos impugnados del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la mencionada Casa de Estudios.

Sostuvieron que conforme a la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, los amparos ejercidos contra actos normativos no pueden estar dirigidos a impugnar el propio texto legal, sino los actos de aplicación del mismo, ya que según indican, las normas no son capaces de incidir por sí solas en la esfera jurídica de un sujeto determinado.

Afirmaron que la situación planteada por el mencionado Profesor “...es hipotética y, por tanto, futura e incierta...”, por ello, consideran que no se cumplió con el requisito del *periculum in mora* al momento de acordarse la medida cautelar ya que en su opinión, en el caso concreto, no existe indicio alguno que permita al menos presumir que el Profesor en referencia, fue convocado o será convocado próximamente como miembro de un Jurado Examinador en algún concurso de oposición, razón ésta por la que estiman que no existiendo elemento alguno para verificar el cumplimiento del indicado requisito de procedencia, debe revocarse la medida cautelar mediante la cual se inaplicaron los artículos 3, 11 literal c), 15, 29, 43, 71 y 100 del Reglamento del Personal Docente y de Investigación y así solicitan sea declarado por esta Sala.

Al respecto, debe reiterar este órgano jurisdiccional que el criterio jurisprudencial relativo a los amparos ejercidos contra actos normativos, aducido por la parte opositora, tiene su *excepción* tal y como se dejó sentado en la referida sentencia N° 01789 de fecha 9 de diciembre de 2009, en la cual, acerca de la necesidad de impugnación del acto de aplicación concreta de la norma como presupuesto para el cumplimiento del *periculum in mora* se indicó lo siguiente:

*“...En este sentido, cabe destacar que de manera reiterada este Máximo Tribunal ha sostenido, como se expuso anteriormente, que el amparo cautelar contra actos normativos se otorga -y, por tanto, se pretende- con respecto del acto de aplicación de la norma cuya nulidad se demanda y no respecto de ella en sí misma, por cuanto sus características de generalidad y abstracción le impedirán, cualquier vulneración directa a la esfera jurídica de los justiciables. (Vid., Sent. SPA-CSJ, caso: Colegio de Abogados del Distrito Federal de 12.08.92). Sin embargo, dicho criterio tiene su **excepción** en aquellos supuestos en los cuales, la referida acción ha sido interpuesta contra una ‘norma autoaplicativa’.*

*En concreto, respecto a este supuesto excepcional se ha pronunciado la Sala Constitucional, al establecer y definir lo siguiente:*

*“...No obstante, ese principio cuenta con la excepción de que la norma objeto de la pretensión de amparo -sea autónomo o cautelar- que se solicita con fundamento en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sea una norma autoaplicativa, caso en el cual el amparo tiene por finalidad la inaplicación de la norma en cuestión al caso concreto y no respecto de acto de aplicación alguno.*

***Las denominadas normas jurídicas autoaplicativas son aquellas cuya eficacia no está supeditada a la aplicación por acto posterior; por tanto, la sola iniciación de su vigencia puede suponer, respecto de un supuesto de hecho determinado, una violación o amenaza de violación a derechos constitucionales susceptible de ser objeto de amparo constitucional. Esta Sala se ha pronunciado en anteriores oportunidades, sobre el alcance de esta modalidad de normas jurídicas. En concreto, en sentencia N° 1505 de 5-6-03 (caso: Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas) señaló que por norma autoaplicativa se entiende***

*“...aquella norma cuya sola promulgación implica una obligatoriedad efectiva y actual (rectius, también inminente) para las personas por ella prevista de manera concreta, por lo que no requiere de ejecución por acto posterior...”*. (Destacado de esta decisión). (Sent de la SC Nº1179 del 17-7-2008) caso: FÁBRICA DE TABACOS BERMÚDEZ C.A.).

*La cita anterior cobra especial interés para esta Sala ya que en el caso particular que nos ocupa, se observa que el abogado Fermín Toro Jiménez alegó concretamente que “...una vez convocado como jurado no podría excusar[se] alegando un motivo falso y la motivación cierta, cual es la constitucionalidad del Reglamento, tampoco podría ser invocada, **al tratarse de un instrumento normativo obligatorio, válido, vigente**, de no estar suspendidos sus efectos por vía cautelar...”*. (destacado de esta decisión).

*Es decir, que conforme a los términos expuestos por el mencionado accionante y en criterio de la Sala, las normas contenidas en los artículos del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela cuya nulidad ha sido interpuesta por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, **no requieren de un acto posterior para resultar lesivas a los derechos denunciados** como conculcados, siendo en consecuencia, conforme a la citada definición establecida por la Sala Constitucional, normas autoaplicativas, las cuales si bien no son el producto de un acto legislativo formal, son actos de efectos generales y de contenido normativo en virtud de su carácter general y abstracto y por ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, resultan susceptibles de ser impugnadas bajo la modalidad prevista en el artículo 3 eiusdem...”*.

Siguiendo los anteriores lineamientos jurisprudenciales que se ratifican en el presente fallo, debe esta Sala concluir en relación a este punto, que en asuntos como el que se analiza, el amparo solicitado tiene por finalidad la inaplicación de la **norma** al caso concreto y no respecto al **acto** de aplicación, ya que la sola entrada en vigencia de la normativa impugnada puede suponer, respecto de un supuesto de hecho determinado, una violación o *amenaza de violación* a derechos constitucionales susceptible de ser objeto de amparo constitucional.

Por ello debe indicarse que el mencionado Profesor en su escrito de fecha 11 de agosto de 2009, alegó en su favor, que en supuestos como el que se analiza, *“...esperar a que se produzca [su] convocatoria como jurado de un concurso de oposición o de un trabajo de ascenso, equivaldría a desnaturalizar la acción de amparo constitucional cautelar por amenaza, ya que negaría su existencia, y sólo haría viable el amparo ante la consumación, pues una vez convocado como jurado no podría excusar[se] alegando un motivo falso y la motivación cierta, cual es la inconstitucionalidad del Reglamento, tampoco podría ser invocada, al tratarse de un instrumento normativo obligatorio, válido y vigente, de no estar suspendidos sus efectos por vía cautelar...”*.

En virtud de lo anterior, este órgano jurisdiccional concluyó que por la situación concreta del accionante, cuya condición de Profesor Titular de la Casa de Estudios en referencia, lo lleva al cabal cumplimiento de las obligaciones y deberes del Personal Docente y de Investigación estipulados en el Título III, Capítulo I *eiusdem* y por ser el destinatario de las normas *autoaplicativas* recurridas en nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, (particularmente de los artículos 15, 29, 43, 71, 100 del citado Reglamento) y de cuyo contenido, presume la Sala, podrían derivarse violaciones a sus derechos al debido proceso administrativo y al derecho a la educación, el amparo cautelar solicitado resulta procedente, razón por la cual debe desestimarse la oposición formulada es ese sentido Así se decide.

Por otra parte, los apoderados judiciales de la Universidad Central de Venezuela formularon oposición a la medida cautelar acordada a la Profesora Roxana Orihuela Gonzatti, mediante decisión de fecha 9 de diciembre de 2009, indicando en tal sentido que en su caso, tampoco existe presunción de riesgo de violación de los derechos constitucionales denuncia-

dos como conculcados, pues consideran que en virtud de la decisión dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Contencioso Administrativo de la Región Capital el 31 de marzo de 2009, que declaró procedente la solicitud de amparo cautelar por ella formulada, “...*el objeto del amparo cautelar decretado por el [mencionado Tribunal] satisface plenamente la pretensión principal que procura hacer valer la accionante con el recurso de nulidad interpuesto contra el veredicto y-muy especialmente- con la medida cautelar decretada por esta Sala Político-Administrativa...*”. (Destacado de la parte opositora).

Ahora bien, debe señalarse que en el presente caso, el objeto de impugnación del recurso contencioso administrativo de nulidad planteado por los abogados Roxana Orihuela Gonzatti y Fermín Toro Jiménez, son las disposiciones contenidas en los artículos 3, 11 literal c, 15, 29, 31, 43, 71, 100 y 103, del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela, respecto al cual se dejó establecido en la decisión N° 01118 del 29 de julio de 2009, que es un acto administrativo de *efectos generales* que regula todo lo relativo al ingreso, ubicación, ascenso, antigüedad, deberes y derechos, incompatibilidades, medidas disciplinarias y protección social de los miembros del personal docente y de investigación de la Casa de Estudios en referencia, es decir, del personal académico llamado a dedicarse a dicha institución universitaria, pues éstos prestan sus servicios no sólo a nivel de pregrado, sino también se dedican a las actividades de consulta con los estudiantes de pregrado, a la docencia de postgrado y a la realización permanente de labores de investigación y de extensión.

En virtud de la naturaleza jurídica de la normativa citada, esta Sala Político-Administrativa en la referida sentencia, declaró su competencia para conocer y decidir del recurso de nulidad interpuesto contra las mencionadas disposiciones de *efectos generales*, de conformidad con el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con la competencia establecida en citado artículo 5, numerales 30 y 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable *ratione temporis*.

De lo expuesto se evidencia la errada apreciación en la que incurre la parte opositora en su escrito de fecha 21 de enero de 2010, al afirmar que con la mencionada decisión dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, en fecha 31 de marzo de 2009, (que en su opinión reitera el contenido de la sentencia dictada por la Sala Constitucional N° 64 del 10/02/2009) se satisface plenamente la pretensión principal de la accionante, pues contrariamente a lo indicado, del expediente se evidencia que, en ambos casos, la acción principal o nulidad fue interpuesta contra el veredicto dictado en el concurso de oposición celebrado el 15 de octubre de 2008, en la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, para la provisión de un cargo a tiempo convencional en la Cátedra de Derecho Internacional Público, es decir, contra un acto de efectos particulares, que difiere sustancialmente de las disposiciones de efectos generales del Reglamento del Personal Docente y de Investigación recurridas ante esta Sala.

En virtud de lo anterior, siendo que el presente juicio se contrae a impugnar la nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, de los artículos 3, 11 literal c), 15, 29, 31, 43, 71, 100 y 103 del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela, aprobado por el Consejo Universitario en sesión del 6 de enero de 1999 y publicado en la Gaceta de la Universidad Central de Venezuela, Edición Especial del 20 de mayo de 1999, esta Sala desestima la oposición formulada en la forma que ha sido planteada. Así se declara.

Finalmente, observa la Sala que los apoderados judiciales de la Universidad Central de Venezuela, solicitan sea revocada la medida de inaplicación del artículo 3 del mencionado Reglamento, el cual dispone lo siguiente:

*“...Sólo podrán ser objeto de concursos aquellos cargos que por su naturaleza revisten el carácter de permanentes y para los cuales exista la adecuada previsión presupuestaria. Los concursos de oposición se abrirán preferentemente para los cargos a dedicación exclusiva y tiempo completo, y de manera excepcional para profesores a medio tiempo y tiempo convencional de acuerdo a lo previsto en el presente reglamento.*

*Parágrafo Único: Para cubrir los cargos de carácter transitorio o para desempeñar transitoriamente cargos de carácter permanente, siempre que no hubiese disponible miembros ordinarios del personal docente y de Investigación, quienes a juicio del respectivo Consejo de Facultad estén en capacidad de hacerlo, se recurrirá a la designación de miembros especiales suplentes de acuerdo con lo previsto en la Ley de Universidades y en el presente reglamento...”*

Al respecto se debe indicar, contrario a lo expuesto por la parte opositora, que las razones alegadas por la accionante en el juicio de nulidad planteado, no se refieren al condicionamiento que hace la citada disposición, acerca de la necesaria disponibilidad presupuestaria para el llamado a concurso, sino fundamentalmente se cuestiona su inconstitucionalidad e ilegalidad, la cual plantea la recurrente en los términos siguientes: *“...al no haber ingresado al escalafón por concurso de oposición sino mantenerse en situación de contratada, tiene derecho a que tal concurso no sólo le sea abierto para poder ingresar a la carrera docente y poder ascender, sino que el Reglamento que se aplique en la realización de tal concurso no sea inconstitucional ni ilegal, como en efecto lo es...”*.

Asimismo se desprende del escrito libelar, que indistintamente de la medida de inaplicación requerida en virtud del efecto autoaplicativo de las disposiciones del Reglamento del Personal Docente y de Investigación impugnadas, la pretensión de los accionantes en este juicio está centrada en la solicitud de nulidad de los citados artículos. De allí que expresamente indicaran en su solicitud que, *“...no basta con impugnar los concursos de oposición que se celebren en la Universidad Central de Venezuela, ni siquiera con que se logre ganar un juicio en tal sentido y que los órganos jurisdiccionales ordenen que se vuelva a celebrar un concurso en el que se hayan probado y declarado sus irregularidades, sini (sic) se ataca el Reglamento que rige tales concursos, y se acepta pacíficamente que se aplique un instrumento jurídico desfasado con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por tanto, inconstitucional...”*

Por todo lo anterior, considera esta Sala que debe declararse **improcedente** la oposición formulada por los apoderados judiciales *ad honorem* de la Universidad Central de Venezuela, contra la medida cautelar de inaplicación de los artículos 3, 11 literal c), 15, 29, 31, 43, 71, 100 y 103 del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela, en el marco del caso concreto que se planteó en este juicio, otorgada por esta Sala en fecha 9 de diciembre de 2009. Así se decide.

3. *Revisión de sentencias en materia constitucional*

A. *Revisión de sentencias sobre control difuso de la constitucionalidad*

**TSJ-SC (508)**

**25-5-2010**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Ángela Magaly Valbuena Rivero, (Desaplicación efectuada por el Tribunal Segundo de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, de los artículos 13.3 y 22 del Código Penal)

**La revisión de las sentencias definitivamente firmes de control difuso de la constitucionalidad, redundante en una mayor protección de la Constitución e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la desaplicación de normas ajustadas al Texto Fundamental, en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional.**

El artículo 334 constitucional atribuye a todos los jueces de la República la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, siempre dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en el mismo Texto Fundamental, lo que se traduce en el deber de ejercer, aún de oficio, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, a fin de garantizar la supremacía constitucional y resolver por esta vía, los conflictos o colisiones que puedan presentarse en cualquier causa, entre normas legales o sublegales y una o varias disposiciones constitucionales, en cuyo caso deben aplicar preferentemente estas últimas.

En este sentido, reitera la Sala, que la revisión de las sentencias definitivamente firmes de control difuso de la constitucionalidad, redundante en una mayor protección de la Constitución e impide la aplicación generalizada de normas inconstitucionales o bien la desaplicación de normas ajustadas al Texto Fundamental, en perjuicio de la seguridad jurídica y del orden público constitucional.

Así pues, en el caso bajo estudio el Tribunal Segundo de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, desaplicó por control difuso de la constitucionalidad los artículos 13.3 y 22 del Código Penal, por estimar que dichas disposiciones normativas coliden con el contenido del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En ese sentido, cabe destacar que la sentencia N° 389-09, objeto de revisión quedó definitivamente firme, por no haberse ejercido en su contra los recursos ordinarios o extraordinarios de ley, como se constata del oficio N° 424-10, del 26 de enero de 2010, recibido en esta Sala el 5 de febrero de 2010.

B. *Solicitante. Representación*

**TSJ-SC (324)**

**6-5-2010**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Jhonathar Monterola vs. Caribbean SPA, S.A.

**La Sala reitera que los interesados en solicitar la revisión de alguna sentencia definitivamente firme deben inexorablemente estar asistidos o debidamente representados por un abogado para la interposición del escrito contentivo de dicha solicitud, debiendo ello cons-**

**tar en su contenido y consignar, junto al libelo, en el caso de apoderados, el documento debidamente otorgado que acredite la representación para esa causa, con el fin de verificar dicho carácter, de conformidad con lo previsto en el aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.**

Al efecto, la parte actora solicitó la revisión constitucional de la sentencia dictada el 14 de abril de 2008 por el Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo que declaró sin lugar la apelación interpuesta, con lugar la demanda por calificación de despido incoada por el ciudadano Jhonathar Monterola contra la solicitante y, en consecuencia, quedó confirmada la sentencia, por la presunta violación de los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, ya que el referido fallo fue incongruente en su motivación.

Ahora bien, esta Sala estima necesario aclarar que del documento que acredita la representación que se atribuye el abogado actuante consignado en autos, autenticado el 7 de mayo de 2009, anotado bajo el N° 16, Tomo 33 de los Libros de Autenticaciones llevados por la Notaría Pública Primera de Valencia, Estado Carabobo y el cual cursa en los folios 15 al 18 del presente expediente judicial junto con la solicitud de revisión -con el fin de permitir la verificación de tal carácter-, no se desprende la facultad para solicitar la revisión constitucional, en virtud que el mismo expone: “Yo, **JORGE HEEMSEN SUCRE**, venezolano, hábil en derecho, titular de la cédula de identidad N° 3.577.11 y de este domicilio, procediendo en este acto con el carácter de Presidente de la Sociedad de Comercio de este domicilio ‘**CARIBBEAN SPA, S.A.**’ (...), por medio del presente instrumento declaro: Que en nombre de la precitada Sociedad Mercantil, confiero **PODER JUDICIAL**, amplio y bastante cuanto en derecho se requiere, a los Abogados en ejercicio **JUAN VICENTE ARDILA** y **CARLOS MANUEL FIGUEREDO VILLAMIZAR**, quienes son Venezolanos, hábiles en derecho, titulares de las Cédulas de Identidad Nos. 2.159.322 y 3.575.922, respectivamente, e inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nos. 7.691 y 7.278 también respectivamente y con domicilio en la ciudad de Caracas y Valencia en su orden; para que sin limitación alguna, actuando conjunta o separadamente, representen, sostengan y defiendan los derechos, acciones e intereses de mi representada ‘**CARIBBEAN SPA, S.A.**’, antes identificada, en todos los asuntos judiciales o extrajudiciales que se le presenten o puedan presentársele, por ante cualquiera organismos administrativos y/o jurisdiccionales de la República. En virtud del presente mandato, podrán los apoderados aquí constituidos intentar y contestar toda clase de demandas, reclamos y procedimientos; darse por citados o notificados; oponer y contestar cuestiones previas; convenir, reconvenir, desistir, transigir, comprometer en árbitros arbitradores o de derecho; promover pruebas, repreguntar testigos; recibir cantidades de dinero otorgando los correspondientes recibos o finiquitos, solicitar, practicar medidas preventivas o ejecutivas, proceder a su ejecución, intentar recursos ordinarios y extraordinarios hasta casación inclusive, solicitar decisión según la equidad, disponer del derecho en litigio, sustituir este Poder, en todo o en parte, en abogado o en Abogados de su confianza, reservándose o no su ejercicio, pudiendo revocar las sustituciones que hicieren y en fin, realizar las gestiones necesarias encaminadas para la mejor defensa de los derechos, acciones, e intereses de ‘**CARIBBEAN SPA, S.A.**’, por cuanto es entendido que las facultades conferidas lo son a título enunciativo y no taxativo (...).”

Ello así, el aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, señala lo siguiente:

*“(…) 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 (…)”* (Subrayado de la Sala).

En este orden de ideas, esta Sala en sentencia N° 1.406 del 27 de julio de 2004, señaló lo siguiente: *“(…) Se hace notar, además, que si bien es cierto que esta Sala ostenta esa facultad revisora, lo es también el hecho de que el abogado que intente la solicitud de revisión constitucional en su carácter de apoderado judicial de la parte que resulta afectada, debe acreditar, al momento de la interposición de su petición, esa condición de representante judicial. En otras palabras, debe acompañar un documento que permita aseverar que, ciertamente, tiene la facultad de actuar judicialmente y solicitar, en nombre de una persona determinada, la revisión de una decisión definitivamente firme. Se colige, en efecto, si no existe un documento que evidencie esa representación judicial, podría decirse que esa circunstancia puede ser subsanada a través de otros mecanismos que permita esa verificación, como lo sería observar si en el expediente se encuentra otro medio de prueba que lo permita aseverar, pero ello no demuestra si, realmente, un ciudadano determinado le confirió a un abogado la posibilidad de que intentase en su nombre el recurso de revisión, dado que no se sabe, a ciencia cierta, cuáles fueron las facultades de representación que fueron encomendadas (…)”*.

Igualmente, se observa que esta Sala en sentencia N° 1.089 del 8 de julio de 2008 (caso: “Enelven”), señaló lo siguiente:

*“(…) En este sentido, la Sala ha señalado que los interesados en solicitar la revisión de alguna sentencia definitivamente firme deben inexorablemente estar asistidos o debidamente representados por un abogado para la interposición del escrito contentivo de dicha solicitud, debiendo ello constar en su contenido y consignar, junto al libelo, en el caso de apoderados, el documento debidamente otorgado que acredite la representación para esa causa ante este Máximo Tribunal, con el fin de verificar dicho carácter (Vid. Sentencias números 157/05 y 1406/2004).*

*Ahora bien, la Sala observa que en el instrumento poder inserto en actas se autoriza a los abogados para que actuando conjunta, alterna o separadamente unos o unos de otros, tengan la plena y total representación de la COMPAÑÍA ANÓNIMA ENERGÍA ELÉCTRICA DE VENEZUELA, (ENELVEN) en todos los asuntos de índole extrajudicial o judicial de naturaleza administrativa, civil, laboral, mercantil, de tránsito, contencioso administrativo y contencioso tributario, en los que la mencionada empresa tenga interés o actúe como demandante o demandada, pudiendo actuar como tercero con intervención voluntaria o forzada e incluso en asuntos o juicios expropiatorios (...). En tal virtud, podrán darse por citados, intentar, contestar demandas, reconvenir y contestar reconveniones, citar en saneamiento o garantía, tercerías y contestarlas; presentar cualquier clase de peticiones, alegatos o representaciones ante autoridades judiciales o administrativas; promover y hacer instruir pruebas, ejercer recursos de nulidad o suspensión de efectos de actos administrativos ante los Tribunales u organismos competentes, proseguir los juicios en todas sus instancias o grados, trámites de incidencias, inclusive por ante el Tribunal Supremo de Justicia e intentar recursos o demandas de invalidación y en general, defender los derechos de la identificada compañía en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales en que tenga interés, como demandante o demandada, reclamante o reclamada, o solicitante, pudiendo solicitar cualquier medida*

*cautelar, preventiva o ejecutiva. Es entendido que las facultades conferidas tanto en sede judicial como en el orden administrativo, son de carácter enunciativo y no limitativo, pudiendo hacer todo cuanto consideren conveniente para la defensa de los derechos e intereses de la identificada compañía, inclusive en juicio de expropiación. Finalmente se prohíbe de forma expresa a los apoderados aquí nombrados, sustituir el presente Poder (...)*'.

*De lo transcrito aprecia esta Sala que, tratándose la solicitud de revisión de una pretensión autónoma y no un recurso ordinario ni extraordinario que pueda interponerse en una causa para dar lugar a otra instancia derivada del proceso que dio origen a la sentencia objeto de la solicitud de revisión, es necesario que el apoderado se encuentre facultado para su presentación y que ello esté debidamente acreditado en el documento poder que se consigna (Vid. Sentencia SC número 750, del 8 de mayo de 2008, caso: Instituto Autónomo de Tránsito, Transporte y Circulación del Municipio Chacao del Estado Miranda) (...)*”.

Asimismo, la Sala en sentencia N° 1.247 del 29 de julio de 2008, reiteró el referido criterio, señalando lo siguiente:

*“(...) Ahora bien, revisadas las actas que conforman el presente expediente, esta Sala advierte que el poder presentado por los abogados (...), al incoar la revisión constitucional del fallo dictado por el Tribunal Superior Primero para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana, no cumple a cabalidad los requerimientos para el ejercicio de tal solicitud, toda vez que dicho instrumento no los faculta de manera expresa para interponer la solicitud de revisión presentada ante esta Sala.*

Así, dicho documento expresa textualmente lo que sigue:

*‘Quienes suscriben (...), por medio del presente documento declaramos: Que sustituimos en los Abogados (...), reservándonos su ejercicio, el poder que nos confirieran DANIEL JOSEPH GALVIS DELLAN Y ELUJINA NODA MONCADA (...), para que nuestros nombrados sustitutos, lo ejerzan separada o conjuntamente con nosotros, poder este, amplio, bastante y suficiente en cuanto a derecho se refiere, para que nos representen, sostengan y defiendan los derechos e intereses de nuestros mandantes, en los procedimientos de Solicitud de Reenganche y pago de Salarios Caídos y cualquier otro procedimiento judiciales y/o administrativo, que intentara (...) el poderdante, contra SERVICIOS HALLIBURTON DE VENEZUELA, S.A. Y BAROID DE VENEZUELA, S.A. y cualquier filial o sucursal de HALLIBURTON COMPANY y cualquier persona natural o jurídica, por ante los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela. En ejercicio del presente poder, quedan facultados los prenombrados sustitutos apoderados para: intentar y contestar toda clase de demandas, interponer o hacerse parte en toda clase de recursos, acciones de amparo autónomo y/o procedimientos y proseguirlos en todas sus instancias e incidencias, hasta su terminación definitiva; oponer y contestar cuestiones previas y reconveniones; darse por citado y/o notificado; convenir en la demanda, desistir, transigir, comprometer en árbitros, arbitradores o de derecho, solicitar la decisión según la equidad, hacer posturas en remate con facultad tanto para lo principal como para lo accesorio, intentar toda clase de recursos, tanto el ordinario de apelación como los extraordinarios de casación, invalidación, nulidad, queja, los contencioso-administrativos o contencioso-tributarios; constituir asociados; transacciones laborales; para resolver en la forma más amplia según convenga a los intereses de nuestros mandantes, exigir rendición de cuentas en cuanto a pagos salariales se refiera, y por último, hacer todo lo que sea necesario para la mejor defensa de los derechos e intereses en los procedimientos administrativos y judicial que intentara (...) el poderdante, contra las empresas SERVICIOS HALLIBURTON DE VENEZUELA, S.A. y BAROID DE VENEZUELA, S.A. y cualquier otra filial o sucursal de HALLIBURTON COMPANY o cualquier persona natural o jurídica, pudiendo cumplir con todos los actos del proceso que no estén reservados expresamente por la ley a la parte misma ya que la anterior enumeración de facultades son simplemente enunciativas y no limitativas (...).*

*...omissis...*



*En el marco de lo expuesto, esta Sala observa que en el poder sustituido a los abogados actuantes en autos, no consta la facultad para presentar la solicitud de revisión constitucional ante esta Sala, por lo que considera que dicho instrumento resulta insuficiente en derecho y, siendo así, no se encuentra acreditada la debida representación judicial en el caso de autos, circunstancia que no permite a esta Sala conocer de la revisión sub examine (...)*”.

Sobre la base de los criterios jurisprudenciales parcialmente transcritos, esta Sala estima necesario reiterar que los interesados en solicitar la revisión de alguna sentencia definitivamente firme deben inexorablemente estar asistidos o debidamente representados por un abogado para la interposición del escrito contentivo de dicha solicitud, debiendo ello constar en su contenido y consignar, junto al libelo, en el caso de apoderados, el documento debidamente otorgado que acredite la representación para esa causa, con el fin de verificar dicho carácter, de conformidad con lo previsto en el aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.558/08-.

En virtud de las anteriores consideraciones, resulta forzoso para esta Sala declarar inadmisibles la presente solicitud de revisión constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el aparte quinto del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que no se encuentra acreditada, en forma manifiesta, la representación judicial del abogado Juan Vicente Ardila, puesto que el instrumento poder que consta en autos no lo faculta de manera expresa para ejercer esta extraordinaria vía judicial -folios 15 al 18 del presente expediente judicial-. Así se decide.

C. *Carácter discrecional de la revisión constitucional*

TSJ-SC (365)

10-5-2010

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Fernando Pérez Amado (Revisión de sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia).

**Por ser la revisión constitucional una potestad discrecional, la Sala no está atada a un precedente de la misma para el caso concreto, pues pudiera reexaminarse un criterio anterior de la Sala ante nuevas solicitudes de revisión que conlleven nuevos o distintos alegatos aun cuando exista cosa juzgada al respecto, pudiendo estimarlas o rechazarlas; pues el precedente invocado por las partes no puede funcionar *stricto sensu* con la eficacia persuasiva del precedente judicial, toda vez que cada caso será decidido en atención al análisis de los valores jurídicos que rodean una situación concreta; aceptar lo contrario conllevaría una suerte de petrificación de la potestad que le ha sido otorgada a la Sala Constitucional mediante la revisión.**

Corresponde a esta Sala Constitucional pronunciarse acerca de la presente solicitud de revisión de sentencia, para lo cual estima pertinente hacer las siguientes consideraciones previas:

En materia de revisión constitucional esta Sala ha reiterado, en ausencia de ley especial que defina los supuestos conforme a los cuales procedería el ejercicio de tal atribución, el criterio establecido en la sentencia N° 93 del 6 de febrero de 2001, (caso: *Corpoturismo*), referido a que sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, la Sala ejercerá la potestad de revisar aquellos fallos que corresponden a los siguientes supuestos: “1) *Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o*

*tribunal del país. 2) Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia. 3) Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente interpretaciones sobre la Constitución, contenida en sentencias dictadas por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando así un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional. 4) Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los tribunales o juzgados del país que, de manera evidente, hayan incurrido en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional”.*

Asimismo, la Sala ha establecido en la citada sentencia que: “[...] puede en cualquier caso desestimar la revisión [...] motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales [...]”.

De esta manera, la revisión constitucional ha sido prevista en el artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como una de las atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, específicamente en el numeral 10; ello, con el fin de resguardar el orden público constitucional, y garantizar la debida aplicación y correcta interpretación de los valores constitucionales; de allí que la potestad de revisión atribuida a la Sala Constitucional constituye un mecanismo orientado a la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, que a su vez garantiza la observancia de las interpretaciones vinculantes efectuadas por esta Sala Constitucional en tanto Máximo intérprete de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La potestad de revisión se asemeja al “*right of certiorari*” propio del sistema anglosajón en cuanto le interesa el conocimiento de aquellos casos de relevancia constitucional, por lo que en procura del fin antes advertido, la cosa juzgada de aquellos fallos sometidos a revisión puede verse afectada con el propósito final de reafirmar los valores supremos del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que proclama el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y lograr la justicia positiva en el caso concreto.

Así entonces, la revisión constitucional no constituye una tercera instancia, ni un recurso ordinario concebido como medio de defensa ante las violaciones o injusticias sufridas por a raíz de determinados fallos, sino una potestad extraordinaria y excepcional de esta Sala Constitucional cuya finalidad es mantener la uniformidad de los criterios constitucionales en resguardo de la garantía de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, lo cual reafirma otro valor como lo es la seguridad jurídica. (Sentencia N° 1725/2003 del 23 de junio, recaída en el caso: *Carmen Bartola Guerra*); por lo tanto, no hay ninguna duda sobre el carácter eminentemente discrecional de la revisión y con componentes de prudencia jurídica, estando por tanto destinada a valorar y razonar normas sobre hechos concretos a fin de crear una situación jurídica única e irrepetible.

De allí que pueda afirmarse que la revisión constitucional tiene como finalidad hacer valer los principios constitucionales que sustentan el carácter normativo de la Constitución y la uniformidad en la interpretación de las normas constitucionales y legales, es decir, tiene una función nomofiláctica, de defensa de la Constitución y leyes que conforman el ordenamiento jurídico; y su consecuencia jurídico procesal: declarar la inexistencia o nulidad de la sentencia definitivamente firme sometida a revisión, e incluso de todo el proceso que la precede.

Así, si ha habido infracción a principios fundamentales o a interpretaciones vinculantes de esta Sala Constitucional, la revisión posibilita corregir errores, que por estar cubiertos por la cosa juzgada no deben permanecer inmutables, constituyendo un daño social mayor que el principio de inviolabilidad de lo juzgado; pudiendo generar una verdadera injusticia, que no es posible sostener.

Por lo tanto, la Sala Constitucional puede rechazar *in limine* la solicitud de revisión constitucional, tal como ha sido expuesto como doctrina en la Sentencia N° 93 de fecha 6 de febrero de 2002, caso: *Corpoturismo* al señalar que: “[Omissis]...esta Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión,...sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales...”; lo cual obedece –como se señaló- a su carácter eminentemente discrecional.

Precisamente, por ser la revisión constitucional una potestad discrecional, la Sala no está atada a un precedente de la misma para el caso concreto, pues pudiera reexaminarse un criterio anterior de la Sala ante nuevas solicitudes de revisión que conlleven nuevos o distintos alegatos aun cuando exista cosa juzgada al respecto, pudiendo estimarlas o rechazarlas; pues el precedente invocado por las partes no puede funcionar *stricto sensu* con la eficacia persuasiva del precedente judicial, toda vez que cada caso será decidido en atención al análisis de los valores jurídicos que rodean una situación concreta; aceptar lo contrario conllevaría una suerte de petrificación de la potestad que le ha sido otorgada a la Sala Constitucional mediante la revisión.

Ciertamente, la doctrina del precedente supone la vinculación a la *ratio decidendi*; pero tratándose de la Sala Constitucional cuya potestad revisora se asemeja al *right of certiorari*, es concluyente afirmar que se admite la desvinculación al precedente que se le invoca, pues como se ha señalado, la Sala Constitucional en tanto intérprete supremo de la Constitución no tiene por qué estar obligada por la fuerza persuasiva de un criterio adoptado anteriormente en revisión respecto a un caso que aun cuando se alega es idéntico a otro previamente decidido, efectivamente no lo es; pues las situaciones jurídicas que se consideraron para resolver un caso concreto sometido primeramente a la consideración de la Sala, pudieron haber variado o presentar una diferencia o impacto social relevante con el caso cuya solución ha sido invocada.

Desde esta perspectiva, la eficacia persuasiva de las decisiones dictadas en materia de revisión constitucional no vincula a la propia Sala Constitucional para resolver un caso similar a otro previamente sometido a su consideración en revisión, pues la función del juez constitucional en este supuesto está sometida al imperio de la Constitución y no al precedente judicial invocado, más aún cuando este precedente invocado no responde de manera exacta al caso concreto ni su impacto social es similar; lo contrario implicaría ante la invocación de situaciones jurídicas aparentemente similares, una suerte de anclaje de la potestad revisora de la Sala; cuando por su propia naturaleza el ejercicio de una potestad es impredecible. Así se declara.

Por ello, la revisión constitucional atribuida a esta Sala no puede ni debe entenderse como una tercera instancia ni como parte de los derechos a la defensa, a la tutela judicial efectiva y al amparo consagrados en la Constitución y en las leyes, sino como un mecanismo extraordinario cuya finalidad consiste en mantener la uniformidad a la interpretación de la norma y principios constitucionales; debiendo entenderse como expresión jerárquica y procesal de salvaguarda de la Constitución; por lo tanto, si bien las decisiones dictadas en ejercicio de dicha potestad constituyen, en caso de que así se disponga, precedentes vinculantes para

los demás tribunales de la República e incluso para las demás Salas que integran este Alto Tribunal; no pueden las partes solicitantes en revisión invocarlos para vincular a la Sala Constitucional, ya que en su condición de Máximo y último intérprete de la Carta Magna, puede estimarlo inaplicable al caso concreto o puede incluso modificar o reexaminar sus criterios, ante nuevos y distintos alegatos que no habían sido expuestos a su conocimiento con anterioridad, y que la lleven a considerar nuevas violaciones a principios y derechos constitucionales, para lo cual la Sala deberá motivar sus decisiones para justificar la razonabilidad del fallo contenido del nuevo criterio.

Desde esta perspectiva, tiene firme asidero la posibilidad de que esta Sala Constitucional revise, incluso de oficio, decisiones, autos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios haya fijado la Sala; a fin de garantizar –se insiste– la supremacía constitucional conforme al estado de derecho y justicia proclamado por la Constitución.

Así entonces, la revisión prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no permite a las partes una nueva posibilidad de atacar las determinaciones judiciales de primero y segundo grado. Su sentido y razón consisten en asegurar que, por parte del tribunal que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Magna, se unifiquen los criterios con base en los cuales ella se interpreta y aplica en materia de derechos, se elabore la doctrina constitucional y se tracen las pautas de la jurisprudencia, a propósito de casos paradigmáticos, sobre el alcance de los principios, postulados, preceptos y reglas de la Constitución, corrigiendo, si hay lugar a ello, las desviaciones y errores de equivocadas interpretaciones y decisiones judiciales.

De esta manera, el ejercicio de la mencionada potestad discrecional le permite a la Sala Constitucional reservarse las razones por las cuales decide revisar o no un caso en particular; siendo plausible si así lo estima pertinente explicar, como se señaló, el por qué de tal decisión.

Corolario de lo anterior, y sin que ello implique una violación del principio *stare decisis*, la Sala Constitucional decidirá cada caso sometido a su consideración mediante la revisión considerando una situación jurídica concreta y sin que esté necesariamente vinculada a la alegada aplicación de criterios sentados en casos de revisión previos; pues se insiste que las situaciones jurídicas en que se encuentran los justiciables son susceptibles de sufrir variaciones de un caso respecto a otro, por tanto las distintas posturas adoptadas por esta Sala en ejercicio de su potestad revisora no tienen el mismo valor si las distintas situaciones alegadas por los particulares han variado; aceptar lo contrario supondría una especie de petrificación de su potestad revisora en detrimento de su función de guardián y último intérprete supremo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Precisado el punto anterior, esta Sala Constitucional observa que la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada por la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, la cual declaró sin lugar el avocamiento petitionado por el ciudadano Fernando Pérez Amado, solicitante en revisión, quien estuvo siendo juzgado en ausencia tal como lo permitía la Constitución de 1961 y pretendía mediante el avocamiento que se le aplicaran los efectos extensivos de la decisión dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, el 28 de diciembre de 2001, que absolvió al ciudadano Jorge Baíz, y de la decisión proferida el 20 de julio de 2004, por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial Penal, que absolvió al ciudadano Carlos José Omaña; todo ello a propósito del proceso penal seguido en su contra por la comisión del delito de aprovechamiento o distracción de dinero

concedido por organismos públicos en grado de continuidad, previsto y sancionado en el artículo 71, numeral 2 de la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en relación con el artículo 99 del Código Penal.

Para arribar a tal determinación, la Sala de Casación Penal consideró que no se encontraban cumplidos los requisitos de procedencia del avocamiento, a cuyo efecto argumentó fundamentalmente lo que a continuación se transcribe:

“[...] En el caso que nos ocupa, al ciudadano **FERNANDO PÉREZ AMADO**, el 9 de agosto de 1994, el Juzgado Vigésimo Sexto de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, le decretó orden de detención judicial por el delito de **APROVECHAMIENTO O DISTRACCIÓN DE DINERO CONCEDIDO POR ORGANISMOS PÚBLICOS EN GRADO DE CONTINUIDAD**, tipificado en el artículo 71 numeral 2 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en concordancia con el artículo 99 del Código Penal; medida que fue confirmada el 21 de julio 1995, por el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público.

Hasta la fecha no se ha ejecutado la referida orden de aprehensión, pues ni ha sido aprehendido por las autoridades competentes, ni se ha presentado ante el juzgado correspondiente. De hecho, el referido ciudadano fue enjuiciado en ausencia, bajo las disposiciones constitucionales anteriores que permitan ese tipo de enjuiciamiento en los casos de delitos contra el patrimonio público (artículo 60 ordinal 5° de la Constitución de 1961). El 26 de abril de 1999, se celebró la Audiencia Pública del Reo y el 2 de junio de 1999, se admitieron las pruebas ofrecidas y se declaró abierto el lapso para su evacuación. Encontrándose la causa en la etapa de evacuación de pruebas, conforme a lo dispuesto en el artículo 508 del Código Orgánico Procesal Penal (vigente para ese momento), y a solicitud de las representantes del Ministerio Público, el Juzgado Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, el 11 de julio de 2000, acordó la suspensión del proceso (en esa etapa procesal) respecto al ciudadano **FERNANDO PÉREZ AMADO**, quien estaba siendo enjuiciado en ausencia, hasta que se presentaran en el Tribunal, en virtud de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, que no contempla el juicio en ausencia.

La Sala de Casación Penal, ha establecido de manera reiterada que el proceso penal comprende una serie de actos que requieren de la presencia del inculpado y esta presencia no puede ser delegada en representantes o mandatarios, en virtud de del derecho a ser oído y a la defensa, garantizados por la Constitución y las leyes, y como se expresó precedentemente, el ciudadano **FERNANDO PÉREZ AMADO**, hasta la presente fecha no ha sido conducido ni ha comparecido voluntariamente ante el Tribunal que lo requiere, circunstancia esta que no es imputable al órgano jurisdiccional.

Dicho criterio está en consonancia con lo expresado por la Sala Constitucional en su decisión N° 938 del 28 de abril de 2003, en la cual se decidió: ‘...*Otra circunstancia que evidencia esta Sala es que en el proceso penal existen una serie de actos que necesariamente requieren la presencia del imputado, no siendo delegable en mandatarios tal facultad, cuyo origen es precisamente garantizar el derecho a ser oído y a la defensa...*’.

Por todo lo expuesto, la Sala de Casación Penal, concluye que en la presente causa no se dan los supuestos de procedencia del avocamiento y por tal motivo se declara **SIN LUGAR**. Así se decide”.

Como puede observarse la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada en ejercicio de una potestad discrecional como es el avocamiento, potestad esta que tienen atribuidas todas las Salas de este Alto Tribunal, según lo dispone el cardinal 48 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Así, la Sala de Casación Penal consideró con base en su potestad de juzgamiento y como cúspide de la jurisdicción penal que no existían razones suficientes para la procedencia del avocamiento solicitado, pues dicha instancia penal tiene establecido de manera reiterada que el proceso penal está estructurado de manera tal que los actos comprendidos en él requieren de la presencia del inculpado y esta obligación (presencia) no puede ser delegada en representantes o mandatarios, en virtud de los derechos a ser oído y a la defensa.

Asimismo, la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal consideró que el ciudadano Fernando Pérez Amado, quien estaba siendo enjuiciado en ausencia, y cuyo proceso penal fue suspendido en virtud de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, hasta la fecha de la sentencia cuestionada en revisión no había comparecido voluntariamente ante el Tribunal que lo requiere, considerando que este hecho no era imputable al órgano jurisdiccional que lleva la causa penal; en razón de lo cual esta Sala concluye que las razones emitidas por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal para declarar sin lugar la procedencia del avocamiento fueron producto de su apreciación soberana, una vez que analizó las actas del expediente a la luz del ordenamiento jurídico vigente.

En esta línea de razonamiento se ha pronunciado la Sala Constitucional mediante jurisprudencia pacífica y reiterada, dejando establecido que en principio las sentencias de las demás Salas que integran esta Alto Tribunal, dictadas en ejercicio de la potestad discrecional de avocamiento no son susceptibles de revisión constitucional (Vid. Sentencias Números 952/2006, caso: *Jesús Miguel Idrogo Barberii y otros*; 743/2007, caso: *Jesús Salvador Rendón*; 691/2008, caso: *Osmil Manuel Sequera Weffer y otro*; 1907/2008, caso: *Frank Eduardo Alvarado Barrios y otros*; 1344/2008, caso: *Despacho de Abogado Miembros de Macleod Dixon S.C.* y 748/2009, caso: *Gregorio Carrasquero*).

Cabe destacar además que en el proceso penal contemplado en la legislación penal vigente el ejercicio de los derechos y garantías contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela operan para el imputado una vez que éste ha cumplido con el deber de comparecer a juicio y, por ende, ponerse a derecho, en aras de permitir el ejercicio de la acción penal mediante el debido proceso. Así se declara.

Así entonces, la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal declaró sin lugar el avocamiento solicitado por la defensa privada del imputado Fernando Pérez Amado considerando que al señalado imputado (solicitante de la revisión), le fue decretada orden de detención judicial el 9 de agosto de 1994, por el extinto Juzgado Vigésimo Sexto de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por la presunta comisión del delito de aprovechamiento o distracción de dinero concedido por organismos públicos en grado de continuidad, tipificado en el artículo 71 cardinal 2 de la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en concordancia con el artículo 99 del Código Penal; orden de detención que fue confirmada el 21 de julio de 1995, por el extinto Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público, y que una vez que entró en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la causa penal fue suspendida a solicitud del Ministerio Público para garantizar el debido proceso, ante la imposibilidad de continuar el proceso en ausencia del imputado.

Debe enfatizarse además, que los hechos imputados por el Ministerio Público en su escrito de formulación de cargos y que motivaron la orden de detención judicial –vigente el Código de Enjuiciamiento Criminal– contra el procesado Fernando Pérez Amado fueron debidamente establecidos por el Juzgador de Instancia Penal y reproducidos por la Sala de Casación Penal en la sentencia sometida a revisión, de la manera siguiente: “[...] por cuanto durante el lapso comprendido entre el 25-01-94 y el 15-04-94, se dispuso indebidamente de

*recursos del patrimonio público, que por la suma de Ciento Tres Mil Setecientos Cincuenta millones de bolívares (Bs. 103.705.000.000,00) –según la denominación anterior-, fueron entregados al Banco Maracaibo S.A.C.A., a través del Fondo de Garantías de Depósitos y Protección Bancaria, con fundamento en el sistema de auxilio financiero, contemplado en el artículo 314 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras –aplicable hilo tempore-, al cual estuvo sujeto hasta el 14-06-94; fecha en que fue publicada en la Gaceta Oficial N° 35.482, la Resolución N° 065-94 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que acuerda su intervención. El ilícito señalado, se materializó mediante la desviación de los fondos que debían ser destinados a cubrir requerimientos de caja y liquidez inmediata, hacia operaciones fraudulentas que no podían ejecutarse con el dinero del Estado Venezolano, según las limitaciones claramente establecidas en los contratos de auxilio financiero; pues estos recursos habían sido confiados a dicha Institución, con la finalidad de salvaguardar la estabilidad del sistema bancario; sorprendiéndose así la buena fe de los Organismos que intervinieron en la aprobación de la decisión de ayudar al Banco Maracaibo, a superar la crisis en la que se encontraba [...]”;* hechos estos que, como puede observarse, acaecieron en el marco del notorio derrumbe financiero que azotó a Venezuela en 1994; y que trajo como consecuencia que miles de personas que confiaron su dinero -fruto de su esfuerzo y trabajo- a la banca privada lo perdieran.

En otro orden de ideas y según se desprende de la decisión de la Sala de Casación Penal –sometida a revisión-, el procesado Fernando Pérez Amado estaba siendo enjuiciado en ausencia desde 1994 conforme al régimen procesal del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal por haberle sido imputado un delito contra el patrimonio público; y no fue sino hasta el 11 de julio de 2000 –según lo constató la Sala de Casación Penal en la sentencia recurrida, que el Juzgado Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, suspendió respecto a dicho procesado el proceso penal hasta que se presentara en el señalado Tribunal, suspensión motivada a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual no prevé la posibilidad del juicio en ausencia, como sí lo permitía expresamente la extinta Constitución de 1961.

Llegado a este punto, la Sala considera precisar que en el proceso penal actual, de corte acusatorio, regido por los principios de publicidad, intermediación y concentración –inherente este último al derecho a la defensa- la presencia del procesado requerido judicialmente es esencial, pues con ella se consolida la aplicación del principio de oportunidad, por lo que la no comparecencia a juicio por parte del imputado constituye una suerte de desobediencia específica al mandato judicial, quien enterado de su obligación de comparecer al juicio incumple con una obligación derivada del mandato constitucional; siendo considerado ante esta conducta como procesado contumaz.

Así entonces, en el caso *sub examine*, la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal consideró demostrado que el ciudadano Fernando Pérez Amado se encuentra evadido y ha rehusado someterse al ordenamiento jurídico penal vigente por cuanto no se ha puesto voluntariamente a derecho, contraviniendo -por imperio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y del Código Orgánico Procesal Penal- el ordenamiento jurídico penal vigente; y fue precisamente por esa razón que consideró sin lugar el avocamiento solicitado respecto a la denuncia de falta de aplicación del efecto extensivo previsto en el artículo 438 del Código de Enjuiciamiento Criminal (antes 430) sin que dicho ciudadano comparezca a juicio; siendo enfática la Sala de Casación Penal en su decisión al señalar expresamente que el proceso penal que comenzó bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal fue formalmente suspendido al entrar en vigencia el régimen constitucional actual que no prevé –

como se dijo- el juicio en ausencia del procesado por delitos de salvaguarda contra el patrimonio público ni por ningún otro delito de los previstos en el ordenamiento jurídico vigente..

Aunado a ello, es preciso destacar que en el proceso penal actual es imprescindible la estadía a derecho del procesado para dirimir en audiencia pública y en presencia de todas las partes cualquier solicitud que efectúe el procesado y respecto de la cual pretenda favorecerse invocando sus derechos; aceptar lo contrario implicaría desconocer la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y trastocar los principios que informan el Código Orgánico Procesal Penal, convalidando así, en este caso, la conducta evasiva y contumaz del procesado Fernando Pérez Amado (solicitante de la revisión) quien ha rehusado someterse a la justicia venezolana, y no obstante, pretende entonces invocar derechos y garantías a su favor, los cuales derivarían –según afirma- de sentencias absolutorias.

Por otro lado, la parte actora señaló como fundamento para su revisión que “*los efectos de la sentencia cuya revisión y nulidad solicito se traducen en una contravención a la interpretación que la Sala Constitucional había adoptado ya en este mismo caso*”; siendo además que “*la existencia de la sentencia N° 861 del 12 de mayo de 2004 dictada por la Sala Constitucional es inocultable, así como inequívocos resultan sus términos en relación con la procedencia de la aplicación del efecto extensivo de una sentencia absolutoria a un procesado en ausencia [...]*”.

Al respecto, si bien en la decisión N° 861 del 12 de mayo de 2004, recaída en el caso: *Carlos José Omaña*, dictada por esta Sala -invocada como infringida por la parte actora, por cuanto a su decir contiene una interpretación vinculante- se consideró que para la aplicación de los efectos extensivos de una sentencia absolutoria no se requería la presencia del imputado solicitante de dicho efecto, dicho precedente judicial en modo alguno era de aplicación obligatoria para la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, toda vez que esta Sala en esa oportunidad circunscribió dicho pronunciamiento de amparo al caso concreto, sin otorgarle a ese fallo carácter vinculante alguno; debiendo señalarse además que la sentencia N° 721 del 18 de diciembre de 2007, impugnada en revisión, fue dictada por la Sala de Casación Penal de esta Alto Tribunal en ejercicio de la potestad de avocamiento.

Respecto al avocamiento como potestad, debe señalarse que el undécimo aparte del artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispone: “*Esta atribución (la del avocamiento) deberá ser ejercida con suma prudencia y sólo en caso grave, o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública, la decencia o la institucionalidad democrática venezolana, y se hayan desatendido o mal tramitado los recursos ordinarios o extraordinarios que los interesados hubieren ejercido*”.

Efectivamente, la figura del avocamiento reviste un carácter extraordinario por cuanto afecta las garantías del juez natural y del doble grado de jurisdicción y de allí deriva que las Salas de este Máximo Tribunal, cuando ejerzan la misma, deberán ceñirse estrictamente al contenido de la precitada norma, que regula las condiciones de procedencia de las solicitudes al respecto.

Ahora bien, ponderadas las circunstancias que motivaron la revisión en el caso *sub lite*, esta Sala Constitucional considera que los razonamientos expresados por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal en la sentencia impugnada, son producto de la apreciación soberana del juez de casación sobre el avocamiento que fue sometido a su conocimiento una vez que revisó el total de las actas procesales, razonamientos estos que fueron efectuados conforme al ordenamiento jurídico vigente y con apoyo además en su propia doctrina en casos análogos; por lo tanto se consideran conforme a derecho.



En consecuencia, esta Sala Constitucional declara no ha lugar la revisión solicitada por la apoderada judicial del ciudadano Fernando Pérez Amado, puesto que la sentencia N° 721 dictada el 18 de diciembre de 2007, por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, guarda uniformidad con los principios constitucionales y con la doctrina vinculante de esta Sala Constitucional. En razón de la declaratoria anterior, la Sala considera inoficioso pronunciarse sobre la medida cautelar innominada solicitada, dado su carácter accesorio e instrumental respecto a la solicitud principal. Así se declara.

*Voto Salvado del Magistrado Arcadio Delgado Rosales*

Quien suscribe, Magistrado Arcadio Delgado Rosales, disiente de la mayoría sentenciadora por las razones que a continuación se exponen:

El fallo del cual se discrepa declaró que **no ha lugar** la revisión de la sentencia N° 721 dictada el 18 de septiembre de 2007 por la Sala de Casación Penal de este máximo Tribunal, que declaró sin lugar el avocamiento peticionado por la defensa privada del ciudadano Fernando Pérez Amado –hoy solicitante-, en el proceso penal que se instauró en su contra por la comisión del delito de aprovechamiento o distracción de dinero concedido por organismos públicos en grado de continuidad, previsto y sancionado en el artículo 71.2 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público –aplicable para aquél entonces-, quien fue juzgado en ausencia –tal como lo preveía la Constitución de la República de Venezuela (1961)-, con el fin de que se le aplicaran los efectos extensivos de las decisiones emitidas el 28 de diciembre de 2001 por el Juzgado Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que absolvió al ciudadano Jorge Baíz, y el 20 de julio de 2004, por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial Penal.

La mayoría sentenciadora centró la motivación de la decisión en los siguientes aspectos:

1. Conforme a la jurisprudencia de esta Sala “en principio las sentencias de las demás Salas que integran este Alto Tribunal, dictadas en ejercicio de la potestad discrecional de avocamiento no son susceptibles de revisión constitucional (...)”, ya que son producto de su apreciación soberana y de la ponderación de las circunstancias planteadas.
2. La obligación de comparecer a juicio del imputado, y por ende, ponerse a derecho en el proceso penal, pues admitir lo contrario implicaría desconocer la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y trastocar los principios que informan el Código Orgánico Procesal Penal. De manera que no debe convalidarse la conducta desplegada por el hoy solicitante, “(...) *quien ha rehusado someterse a la justicia venezolana, y no obstante, pretende entonces invocar derechos y garantías a su favor (...)*”.

Al respecto, quien suscribe el presente voto salvado advierte que el criterio pacífico y reiterado de esta Sala, tal como lo señaló el hoy peticionante, ha establecido que la prohibición de lo que se conoce como juicio en ausencia es una garantía al debido proceso y a la defensa, que obra a favor del imputado, por lo que tal prohibición no puede configurarse como un mecanismo que vaya en detrimento del imputado o limite su derecho a ser juzgado en libertad, tal como lo prevé el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de oponer todos los medios de defensa que le concede la ley, bien sea directamente o a través de sus defensores (al respecto *vid.* SSC N° 384 del 27 de marzo de 2001, caso: *Antonio José Yibirin*; SSC N° 1262 de 11 de junio de 2002, caso: *Oscar A. Echevarría* SSC N° 861 del 12 de mayo de 2004, caso: *Carlos José Omaña*, SSC N° 1311 del 11 de julio de 2004).

Ahora bien, el hoy solicitante fue objeto del mismo proceso penal que el ciudadano Jorge Baíz Bermúdez, quien mediante sentencia dictada el 28 de diciembre de 2001 por el Juz-

gado Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio Penal del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, fue absuelto por cuanto “no existía delito alguno en relación con el presente juicio”; decisión que fue extendida al ciudadano Carlos José Omaña por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial Penal, en acatamiento a la decisión N° 861 expedida por esta Sala Constitucional, el 12 de mayo de 2004, la cual ordenó aplicar el efecto extensivo de la decisión absolutoria “al resto de las personas ... que están siendo juzgadas en litis consorcio pasivo (...)”.

En efecto, el artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal (ex artículo 430), prevé que “[c]uando en un proceso haya varios imputados o se trate de delitos conexos, el recurso interpuesto en interés de uno de ellos se extenderá a los demás en lo que les sea favorable, siempre que se encuentren en la misma situación y les sean aplicables idénticos motivos, sin que en ningún caso les perjudique”.

Así las cosas, en el presente caso, el solicitante tiene una seria y fundada expectativa de que, por razón de la concurrencia de las identidades que señala el referido artículo 438 (ex artículo 430) del Código Orgánico Procesal Penal, deben extenderse los efectos de las sentencias absolutorias a su favor; aunado a que la sentencia de esta Sala N° 861/2004 señaló que la decisión absolutoria debía ser extendida al resto de las personas que estaban siendo procesadas, la cual comprendía incluso al hoy peticionante, por ser parte del *litis* consorcio pasivo en el proceso que se instauró por la supuesta comisión del delito de distracción de dinero concedido por organismo público en forma continuada.

Considera quien disiente que la mayoría sentenciadora erró al señalar que la sentencia N° 861/2004 no tiene carácter vinculante, pues aún cuando sea cierto, se obvió que el peticionante formaba parte del *litis* consorcio pasivo, tal como se indicó *supra*, dictando un fallo contradictorio, en distorsión del artículo 438 (ex artículo 430) del Código Orgánico Procesal Penal, y en detrimento del principio de la confianza legítima y la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y del derecho a la igualdad que prevé el artículo 21 *eiusdem*.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

Quien suscribe, 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 mayoría sentenciadora impartió conformidad jurídica a la negación del avocamiento que solicitó el quejoso de autos, con fundamento en las siguientes valoraciones:

Precisado el punto anterior, esta Sala Constitucional observa que la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada por la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual declaró sin lugar el avocamiento solicitado por el ciudadano Fernando Pérez Amado, solicitante en revisión, quien estuvo siendo juzgado en ausencia tal como lo permitía la Constitución de 1961 y pretendía mediante el avocamiento que se la aplicaran los efectos extensivos de la decisión dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio del Área Metropolitana de Caracas, el 28 de diciembre de 2001, que absolvió al ciudadano Jorge Baíz, y de la decisión proferida el 20 de julio de 2004, por la Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial Penal, que absolvió al ciudadano Carlos José Omaña; todo ello a propósito del proceso penal seguido en su contra por la comisión del delito de aprovechamiento o distracción de dinero concedido por organismos

públicos en grado de continuidad, previsto y sancionado en el artículo 71, numeral 2 de la derogada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en relación con el artículo 99 del Código Penal.

Para arribar a tal determinación, la Sala de Casación Penal consideró que no se encontraban cumplidos los requisitos de procedencia del avocamiento, a cuyo efecto argumentó fundamentalmente lo que a continuación se transcribe:

(...)

Como puede observarse la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada en ejercicio de una potestad discrecional como es el avocamiento, potestad esta que tienen atribuidas todas las Salas de este Alto Tribunal, según lo dispone el cardinal 48 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Así, la Sala de Casación Penal consideró con base en su potestad de juzgamiento y como cúspide de la jurisdicción penal que no existían razones suficientes para la procedencia del avocamiento solicitado, pues dicha instancia penal tiene establecido de manera reiterada que el proceso penal ésta estructurado de manera tal que los actos comprendidos en él requieren de la presencia del inculpado y esta obligación (presencia) no puede ser delegada en representantes o mandatarios, en virtud de los derechos ser oído y a la defensa...

1.1. En relación con el pronunciamiento que acaba de ser reproducido, quien suscribe no encuentra objeción alguna que oponer a dichos términos, en la medida en la cual los mismos derivaron del respeto a cuyo sostenimiento esta Sala está obligada, como, en efecto, lo ha, hecho en oportunidades precedentes.

2. Ahora bien, lo que sí estima este Magistrado disidente debe ser rechazado categóricamente es la serie de apreciaciones y valoraciones que la Sala extendió a continuación, atinentes al fondo de la causa penal, porque las mismas son contrarias a la doctrina que esta misma Sala ha invocado en ocasiones anteriores, sobre la base de que tales consideraciones convertirían a este órgano jurisdiccional en una ilegal tercera instancia del proceso penal.

3. En todo caso, si la mayoría sentenciadora estimó que, contrariamente, a su criterio doctrinal preexistente, debía decidir sobre particulares que, según aquella, concernían al fondo del proceso penal, tales como la legalidad y constitucionalidad del enjuiciamiento del actual solicitante, debió hacerlo sobre la base de la pertinencia de dicha modalidad procesal, bajo el imperio de la Constitución vigente, cuando se trate de hechos punibles que se habrían producido bajo la vigencia de la Constitución de 1961 y el extinto Código de Enjuiciamiento Criminal.

3.1. En efecto, tal ha sido la doctrina que esta Sala ha sostenido y que no aparece expresamente abandonada a través de la sentencia de la cual ahora se discrepa.

3.2. Así, por ejemplo, 1262, de 11 de junio de 2002, la Sala se pronunció en los siguientes términos:

Con base en las actas del expediente, así como de las exposiciones del demandante y del Ministerio Público, la Sala observa que:

La decisión del presunto agravante que ha sido impugnada en el presente proceso declaró sin lugar el recurso de apelación que ejerció la parte actora de la presente causa y, en consecuencia, confirmó el auto dictado, el 02 de agosto de 2000, por el Juez Segundo de Primera Instancia para el Régimen Procesal Transitorio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de 19 de junio de 2000, mediante el cual negó la solicitud que hizo el demandante de autos, de que fueran extendidos, en su favor y conforme a lo establecido en el antiguo artículo 430 del Código Orgánico Procesal Penal, los efectos de la antes referida decisión del extinto Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Públi-

co, decisión fundada en las disposiciones contenidas en los artículos 49, cardinales 1 y 2, de la Constitución de la República, y 122.12, 382 y 430 del entonces vigente Código Orgánico Procesal Penal. En su impugnada decisión, el Juez señalado como agravante en el presente proceso, estimó que el quejoso de autos no se había presentado ante el Tribunal penal competente, luego de que fuera decretado el auto de detención en su contra, razón por la cual una decisión de la Corte de Apelaciones, dentro del proceso penal que se le sigue al quejoso, constituiría una infracción al artículo 507.2 (ahora, 522.2) del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto el juez penal de primera instancia debía practicar todas las diligencias conducentes a la ejecución del referido auto de detención, lo cual no había sido posible, por causas imputables al accionante de autos; asimismo, estimó el presunto agravante que no siendo un delito contra la cosa pública el que se le imputó al hoy accionante, no podía ser juzgado mediante el procedimiento del juicio en ausencia que desarrollaba el Código Orgánico Procesal Penal, a través de sus derogados artículos 382, 383 y 384; de suerte que “...pronunciamientos judiciales en estas circunstancias violarían el derecho al debido proceso, consagrados en los ordinales 1° y 3° del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el ordinal 12° del artículo 122 del Código Orgánico Procesal Penal”.

Para decidir, la Sala observa:

1. Que, en esencia, la presente causa tuvo como origen la desestimación, por parte de la Sala Octava de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, de la solicitud que presentó el actual demandante, de que fueran declarados extensivos hasta él, conforme al artículo 430 (ahora, 438) del Código Orgánico Procesal Penal, los efectos favorables del fallo firme que declaró con lugar el recurso de apelación ejercido contra el auto de detención que fue dictado, entre otros, contra el accionante de autos y el cual, en consecuencia, quedó revocado respecto de los recurrentes; declaratoria esta que pronunció el extinto Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público, porque estimó que no estaban satisfechos los requisitos concurrentes señalados del artículo 182 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, respecto del recurso de apelación ejercido; desestimación que fue fundada –según lo que pudo deducir la Sala, de la defectuosa redacción del fallo impugnado– en la circunstancia de que el quejoso aún no se había puesto a derecho, en el referido juicio penal al cual, como integrante de un consorcio pasivo, se encontraba sometido y, por tanto, la referida defensa por él alegada, a través de apoderados, era contraria a lo dispuesto en el artículo 49, cardinales 1 y 3, de la Constitución;

Que ya esta Sala, con anterioridad, ha establecido que la prohibición de lo que se conoce como juicio en ausencia se entiende como una garantía que fue establecida, en favor del acusado o imputado, de su derecho al debido proceso, *in genere*, y de la manifestación específica de éste: el derecho a la defensa, por lo que dicha prohibición no puede configurarse como un mecanismo que vaya en detrimento del imputado o limite su derecho a ser juzgado en libertad y de oponer todos los medios de defensa que, directamente o mediante representantes, le reconoce la ley.

En efecto, en fallo de 27 de marzo de 2001 (caso *Antonio José Yibirín P.*); esta Sala estableció lo siguiente:

“La prohibición prevista en el Código Orgánico Procesal Penal relativa al juicio en ausencia configura una garantía del derecho al debido proceso y a la defensa de manera tal de evitar que se juzgue a un ciudadano a sus espaldas, esto es, sin haberle imputado los delitos y sin darle oportunidad de contestar y probar lo conducente para su defensa.

Sin embargo, la prohibición del denominado juicio en ausencia debe ser entendida como un mecanismo para garantizar el derecho al debido proceso y a la defensa del imputado en causa penal, no pudiendo configurarse como un mecanismo que vaya en detrimento de éste o limite su derecho a ser juzgado en libertad”;

2. Que, adicionalmente a lo expresado en el anterior aparte, el artículo 25 de la Constitución establece la garantía de un proceso sin formalidades inútiles; que, en el caso bajo análisis, nada obsta, por tanto, a que, aun en ausencia del procesado, el Tribunal aplique, hasta de ofi-

cio, el efecto extensivo que, de lo decidido en alzada, se encuentra establecido, con carácter imperativo, en el artículo 430 (hoy, 438) del Código Orgánico Procesal Penal, en favor de quienes, no habiendo ejercido dicho recurso, se encontraren, sin embargo, en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables idénticos motivos;

3. Que resulta inicuo y contrario a la tutela constitucional que debe ejercer el juez, que el legitimado pasivo exigiera que fuera ejecutada la referida medida cautelar privativa de libertad del encausado, como requisito previo para pronunciarse sobre la aplicabilidad, en favor de éste, de lo que dispone el artículo 430 (ahora, 438) del Código Orgánico Procesal Penal; sobre todo, habida cuenta de la vigencia del principio del juicio en libertad que caracteriza a nuestro proceso penal, según los artículos 44.1, de la Constitución, y 9 y 252 (hoy, sin modificación sustancial, 243) del Código Orgánico Procesal Penal, y de que, en el caso presente, existe una seria y fundada expectativa de que, por razón de la concurrencia de las identidades previstas en el señalado artículo 430 del antiguo Código Orgánico Procesal Penal, deban ser extendidos al demandante los efectos de la apelación decidida a favor de sus precitados coprocesados;

4. Con base en las antecedentes consideraciones, se concluye que es procedente la acción de amparo constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, como particular manifestación de aquél, y a la libertad personal, reconocidos en los términos de los artículos constitucionales 26, 49 y 257, el primero, 49.1, el segundo, y 44, el tercero, de los cuales efectivamente, resultaron, efectivamente, vulnerados los dos primeros y amenazado de lesión inminente el tercero, como consecuencia de lo que se dispuso en la sentencia que ha sido impugnada en el presente proceso; se concluye, asimismo, que, por consiguiente, debe ser revocada la impugnada decisión del legitimado pasivo, de desestimar la solicitud, presentada por el demandante de autos, de que fuera aplicada, en su favor, el efecto extensivo dispuesto en el artículo 430 (ahora, 438) del Código Orgánico Procesal Penal y de que, en definitiva, se ordene a la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas que, en Sala distinta, se pronuncie, sin más dilación y con observancia de lo establecido en el presente fallo, sobre la referida solicitud presentada por el demandante de autos, en relación con la aplicabilidad del efecto extensivo establecido en el artículo 430 (actual 438) del Código Orgánico Procesal Penal. Así se declara.

3.3. Por otra parte, en su acto decisorio N° 1311, de 12 de julio de 2004, esta Sala hizo la siguiente afirmación, contra la cual no extendió objeción alguna en la sentencia que se examina:

Con atención a las actas del expediente, la exposición de la parte actora y del Ministerio Público, así como de las conclusiones que, por escrito, presentaron las partes, en la ocasión de la antes referida audiencia pública, la Sala pasa a decidir, con base en la siguiente fundamentación:

1. En la presente causa, el objeto de impugnación es el auto por el cual la supuesta agravante de autos declaró sin lugar el recurso de apelación que ejerció el actual demandante, contra el auto que, el 20 de marzo de 2003, dictó el Juez Octavo del Tribunal de Juicio del mismo Circuito, mediante el cual NEGÓ la solicitud que presentó el acusado, hoy demandante en amparo, conforme al artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal, de extensión de los efectos favorables de las sentencias absolutorias que fueron dictadas en favor de otras personas que, con el accionante de autos, constituyeron o conformaron *litis* consorcio pasivo, en el proceso penal que se les sigue o siguió, por la comisión de los delitos que han sido referidos en el expediente; desestimación que fue fundada en las circunstancias que se encuentran referidas en las presentes actuaciones.

2. Respecto de la mencionada pretensión de tutela, observa la Sala que, de lo que aparece expuesto, surge para ella la convicción de que dichas decisiones favorables deben ser extendidas al resto de las personas –incluso el quejoso– que estén siendo procesadas, en *litis* consorcio pasivo, por la supuesta comisión de los mismos hechos, siempre que se encuentren en la misma situación y les sean aplicables idénticos motivos, en relación con aquellas que fueron favorecidas por las referidas absolutorias- En el caso de autos, las predichas sentencias favo-

recieron a quienes, con el actual accionante, conformaron un *litis* consorcio pasivo. El *substratum* de la comunicabilidad o extensibilidad de los efectos favorables de una decisión que se dicte con ocasión de una apelación, es el mismo de los efectos de la sentencia absolutoria firme, esto es, evitar que se produzcan fallos contradictorios; ello, según la garantía de la tutela judicial efectiva y la igualdad de todas las personas ante la Ley que establecen los artículos 26 y 21, respectivamente, de la Constitución;

3. Ya, antes, esta Sala estableció (*vide* sentencia N° 384, de 27 de marzo de 2001, caso *Antonio José Yibirín*), y ratifica en esta oportunidad, que la prohibición del juicio en ausencia era una garantía que se estableció en favor del acusado o imputado, de su derecho al debido proceso, *in genere*, y de la manifestación específica de éste: el derecho a la defensa, de manera tal de evitar que se juzgara a un ciudadano a espaldas del mismo, por lo que dicha prohibición no podía entenderse como un mecanismo que limitara el derecho del imputado al juicio en libertad y a la oposición de todos los medios de defensa, por sí o mediante representación, que le reconoce la Ley;

4. Adicionalmente, el artículo 25 de la Constitución establece la garantía de un proceso sin formalidades inútiles o innecesarias; que, en el presente caso, nada obsta, por tanto, para que, aun en ausencia del procesado, el Tribunal aplique, hasta de oficio, el efecto extensivo del artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal, siempre que se evidencien las correspondientes identidades de situación y de los motivos aplicables;

5. Resulta inicuo y contrario a la tutela constitucional que debe ejercer el Juez, el criterio que confirmó la legitimada pasiva de que se debía ejecutar el referido decreto de privación de libertad del encausado, antes de la decisión sobre la aplicabilidad, en favor de éste, del artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal; ello, por razón de la vigencia de la garantía del juicio en libertad, propia de nuestro proceso penal, según los artículos 44.1 de la Constitución, y 9 y 243 del referido código adjetivo, y de que, en el caso presente, en el cual existe una seria y fundada expectativa de que, por razón de la concurrencia de las identidades que exigía el antiguo artículo 430 (hoy, 438) del Código Orgánico Procesal Penal, deban ser extendidos, al demandante en esta causa, los efectos de la apelación que fue decidida en favor de sus precitados co-procesados.

6. Por otra parte, observa la Sala que el auto de detención que supuestamente estaría pendiente de ejecución, contra el actual demandante, fue dictado por la imputación del delito de estafa que tipifica el artículo 464 del Código Penal, esto es, un delito ajeno a los hechos típicamente antijurídicos a los que se refirieron las sentencias absolutorias cuyos efectos pretende el actual accionante le sean aplicados, por extensión, de acuerdo con el actual artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal; ajeno, igualmente, a la excepción de la garantía de la prohibición del juicio en ausencia que establecía el artículo 60.5 de la Constitución de 1961. Independientemente del destino que, de acuerdo con la alegación del actual demandante, pueda tener o haber tenido la acusación que, por la supuesta comisión de dicho delito, fue presentada contra el demandante de autos, la Sala estima que se trata de un hecho ajeno, por completo, al fondo de la presente controversia, que no es otra que la pretensión de que, en beneficio del actual quejoso, sean extendidos los efectos de las sentencias absolutorias que fueron expedidas en favor de quienes, junto con el hoy legitimado activo, habían sido imputados de la comisión de los mismos hechos delictivos.

Por ser un hecho extraño al fondo de la presente controversia, estima la Sala que la situación procesal que deriva de la acusación por el delito de estafa no debe ser objeto de valoración alguna, como motivo de la decisión que se asuma en la presente causa. Así se declara.

7. Con base en las antecedentes consideraciones, se concluye: que es procedente la acción de amparo constitucional de la cual conoce esta Sala en la presente causa; que, en consecuencia, debe ser revocada la decisión de la legitimada pasiva que confirmó la declaración sin lugar, por parte de la primera instancia penal, de la solicitud que presentó el demandante de autos, para que fuera aplicado, en su favor, el efecto extensivo que dispone el actual artículo del Código Orgánico Procesal Penal y que, en definitiva, se ordene a la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, que, en Sala distinta, se pronun-

cie, sin más dilación y con observancia de lo que establece el presente fallo, sobre la solicitud que presentó el demandante de autos, en relación con la aplicabilidad del efecto extensivo que preceptúa el artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se declara.

8. Por último, debe la Sala expedir decisión sobre un punto de impugnación que, en la audiencia pública, añadió la parte accionante a la pretensión de amparo que interpuso inicialmente, en el sentido de que esta sentenciadora se pronuncie en relación con la solicitud de extensión, en favor del actual quejoso, de los efectos del fallo N° 3242 que esta Sala expidió, el 12 de diciembre de 2002, por el cual declaró

“Con lugar la solicitud de revisión de la sentencia que dictó la Sala de Casación Penal del mismo Máximo Tribunal, el 10 de enero de 2002, dentro del proceso penal que, por la comisión de los delitos aprovechamiento fraudulento o distracción de fondos públicos, actos violatorios de las obligaciones del fiduciario, elaboración, suscripción, autorización, certificación, presentación o publicación de balances y estados financieros falsos, agavillamiento, estafa en grado de continuidad, aprovechamiento de cosas provenientes de delito y porte ilícito de arma de fuego, se sigue, entre otros, contra el preidentificado ciudadano Gustavo Adolfo Gómez, en el proceso penal que se ha mencionado anteriormente. En consecuencia, declara la nulidad de dicho fallo. Por tanto, declara firme y con autoridad de cosa juzgada la referida sentencia absolutoria que pronunció, el 11 de julio de 2001, la Sala Accidental Primera de Reenvío para el Régimen Procesal Transitorio de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

8.1. En relación con la solicitud que se registró en el precedente aparte, la Sala, para la decisión, observa previamente:

8.1.1. El 12 de febrero de 2003, los abogados Augusto Matheus Pinto y José Patiño, identificados en autos, presentaron, ante el Tribunal de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en representación del imputado José Luis Romero García, actual quejoso, solicitud de decreto judicial de extensión, a la causa penal que se le sigue a este último, de los efectos del referido fallo que dictó esta Sala Constitucional y que se mencionó en el aparte 8 del presente capítulo.

8.1.2. Del contenido de las actas procesales se infiere que, respecto de la predicha solicitud de aplicación de efectos extensivos conoció, en primer término, el Juez Décimo del Tribunal de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, quien, mediante auto de 18 de febrero de 2003, declinó la competencia en la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial, la cual, a su vez, se declaró incompetente para el conocimiento de la referida solicitud, con lo cual se generó un conflicto de competencia que fue elevado al conocimiento de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, órgano jurisdiccional que, mediante fallo de 01 de julio de 2003, decidió que el Tribunal competente para el conocimiento del asunto en referencia era el de Control del antes mencionado Circuito Judicial Penal;

8.1.3. El 05 de diciembre de 2003, el Juez Duodécimo de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, dictó auto por el cual ordenó la citación del prenombrado ciudadano José Luis Romero García –según el texto de la boleta de notificación que aparece agregada a los autos-,

“...a los fines de que éste comparezca ante la sede de este despacho y en consecuencia pronunciarse respecto a la solicitud interpuesta por ustedes, referente al efecto extensivo, todo ello, en cumplimiento con lo establecido en el artículo 522 numeral 2, del Código Orgánico Procesal Penal, y a la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 01 julio de 2003”;

8.1.4. Contra el auto que se mencionó en el anterior aparte, los representantes judiciales del prenombrado ciudadano Jorge Luis Romero García ejercieron recurso de apelación, mediante escrito que presentaron, el 12 de diciembre de 2003, ante el Juez Duodécimo de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, de conformidad con el artículo 448 del Código Orgánico Procesal Penal.

8.1.5. De acuerdo con la precedente relación, la Sala concluye que, respecto de la antes referida pretensión, la misma había sido planteada ante el Juez Duodécimo de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, cuya decisión, al respecto, fue impugnada mediante el ejercicio del antes mencionado recurso de apelación, en relación con el cual la Sala no tiene información sobre la decisión que presume debió ya haberse producido, de acuerdo con los lapsos que establecen los artículos 449 y 450 del Código Orgánico Procesal Penal. Con base en la información disponible, debe concluirse, en consecuencia, que el solicitante, respecto del punto que se examina, utilizó, como medio de impugnación de la predicha decisión del Tribunal de Control, el recurso de apelación, razón por la cual, la acción de amparo, en lo que tiene que ver con el asunto *sub examine*, resulta inadmisibles, de conformidad con el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se declara.

4. Ahora bien, se advierte que el proceso penal que resultó afectado por la sentencia que acaba de ser reproducida parcialmente no sólo es el mismo que se sigue, entre otros, al solicitante de autos, sino que, dentro de él, también participó, como procesado, el ciudadano Oscar A Echevarría, en cuyo favor esta Sala expidió la sentencia que se reprodujo en el aparte 3.2. según se hizo constar en el texto del acto de juzgamiento que fue objeto de impugnación en la presente causa, así: *“Los hechos imputados por las representantes del Ministerio Público en su escrito de formulación de cargos, contra los ciudadanos **Fernando Pérez Amado**, **Jorge Baíz Bermúdez**, **Carlos José Omaña González** y **José Luís Romero García**, son los siguientes: “...Con los elementos probatorios precedentemente analizados, se demuestra plenamente la perpetración del delito de distracción de dinero concedido por organismo público en grado de continuidad, previsto y sancionado en el artículo 71 numeral 2 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en relación con el artículo 99 del Código Penal”* (nuestro el resaltado).

4.1. La aseveración que contiene el aparte que antecede fue corroborada en el voto salvado que aparece agregado a la sentencia en cuestión, a través del cual la Magistrada disidente afirmó que *“la fecha de comisión del delito de aprovechamiento o distracción de dinero concedido por organismos públicos en grado de continuidad, previsto y sancionado en los artículos 71 ordinal 2° y 99 del Código Penal, se estimó el día 15 de abril de 2994 (último acto) de acuerdo al escrito de formulación de cargos presentado por los Fiscales 29° y 12° del Ministerio Público (...) Dicho delito dio lugar en su oportunidad a que fueran dictados autos de detención en contra de ciudadanos **Fernando Pérez Amado**, **Jorge Baíz Bermúdez**, **Carlos Omaña** y **José Luís Romero García**, a este último también por el delito de suscripción de balances inexactos”* (nuestro el resaltado).

4.2. Ocurre, entonces, que la Sala Constitucional decretó, en favor de los ciudadanos Oscar A. Echevarría y José Luís Romero García, que el Tribunal penal correspondiente decidiera, **en ausencia de los mismos**, la solicitud que éstos presentaron de que fueran extendidos a ellos, de conformidad con el entonces vigente artículo 430 (hoy, 438) del Código Orgánico Procesal Penal, los efectos favorables de sentencias que anteriormente habían sido expedidas, dentro de la misma causa, en relación con otros co-procesados. Dicho criterio, así como el de la interpretación ampliada de la referida disposición legal, fue sustentado por esta juzgadora, entre otras, en las siguientes valoraciones:

1. Para decidir, la Sala observa:

(...)

2. Que, adicionalmente a lo expresado en el anterior aparte, el artículo 25 de la Constitución establece la garantía de un proceso sin formalidades inútiles; que, en el caso bajo análisis, nada obsta, por tanto, a que, aun en ausencia del procesado, el Tribunal aplique, hasta de oficio, el efecto extensivo que, de lo decidido en alzada, se encuentra establecido, con carácter



imperativo, en el artículo 430 (hoy, 438) del Código Orgánico Procesal Penal, en favor de quienes, no habiendo ejercido dicho recurso, se encontraren, sin embargo, en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables idénticos motivos (sSC N° 1262, de 11 de junio de 2002);

2. El *substratum* de la comunicabilidad o extensibilidad de los efectos favorables de una decisión que se dicte con ocasión de una apelación, es el mismo de los efectos de la sentencia absolutoria firme, esto es, evitar que se produzcan fallos contradictorios; ello, según la garantía de la tutela judicial efectiva y la igualdad de todas las personas ante la Ley que establecen los artículos 26 y 21, respectivamente, de la Constitución;

4.3. No obstante, negó dicha posibilidad procesal a favor del actual solicitante; ello, sin que esta juzgadora expresara fundamento alguno para tal cambio de criterio que afectó al quejoso de autos, quien se encontraba en idéntica situación –ausencia- que sus otros referidos compañeros de causa; sin que, obviamente, tampoco expresara cuáles eran las razones que le que le habrían permitido una conclusión negativa de identidad entre ambas situaciones y, por consiguiente, de inaplicabilidad de los referidos efectos extensivos. Con ello, resultó manifiesto el incumplimiento, por parte de la Sala, de su insoslayable deber de tutela que el mismo órgano jurisdiccional ha provisto, en múltiples ocasiones precedentes, a la garantía fundamental de la expectativa legítima .que el mismo

4.4. Se observa, por consiguiente, la existencia de sentencias que decidieron sobre situaciones que, dentro de un mismo proceso penal, se encontraban comunicadas por la identidad que exige el artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal, actos jurisdiccionales respecto de los cuales el juzgador tenía un deber legal de congruencia que observó en las citadas sentencias que precedieron a la que fue revisada en la presente causa, pero que no lo hizo en ésta, ya que la misma contiene una grave e inexplicada contradicción con aquéllas, dislate que resulta inexcusable; principalmente, dado que fue la máxima instancia de tutela constitucional la que incurrió en el mismo, de lo cual generó el gravamen irreparable que supone un pronunciamiento jurisdiccional contra el cual no es admisible impugnación alguna.

5. En todo caso, si la Sala decidió que eran pertinentes las valoraciones de fondo en las cuales se adentró y fueron cuestionadas *supra*, no había obstáculo alguno, entonces, para que, en beneficio de la economía procesal concreción de la tutela judicial eficaz, no lo hubiera hecho en relación con la evidente extinción de la acción penal que debió ser declarada, de conformidad con el artículo 110 del Código Penal, dado que el proceso dentro del cual se produjo la sentencia que fue revisada en la presente causa se ha prolongado por un término manifiestamente mayor que el de la prescripción normalmente aplicable, más la mitad del mismo, ya que, con arreglo a la doctrina que la Sala desarrolló y no ha abandonado expresamente, no había obstáculo constitucional ni legal alguno para la continuación del juicio penal que se sigue al solicitante de autos, aun en ausencia de éste.

5.1. Asimismo, si era pertinente la valoración, por parte de la Sala, de cuestiones que atañen al proceso penal que antes ha sido referido, dicha juzgadora también pudo haber anotado que, en lo que concierne al actual solicitante, la sentencia condenatoria definitivamente firme que se expida en el juicio penal que se le sigue, resultará inejecutable la pena que la ley dispone para el delito por el cual se le declare penalmente responsable, ya que a ello se opone, inequívocamente, la norma prohibitiva que contiene el artículo 73 del Código Penal. Por tanto, ¿Cuál era el interés, jurídicamente inexplicable para la prolongación de un proceso que tendría que concluir, en el peor de los casos para el procesado en referencia, en la aplicación de la consecuencia jurídica que preceptúa la antes señalada norma sustantiva.

6. Por último, quien suscribe observa que, de conformidad con la transcripción que contiene la sentencia de la cual se discrepa, relación con el acto de juzgamiento que fue revisado en la presente causa, se reconoció que:

La Sala Accidental 4 de la Corte de Apelaciones de este mismo Circuito Judicial Penal del se pronunció acerca de la apelación interpuesta en los términos siguientes:

1. Declaró sin lugar dicha apelación **por discrepar de la Sala Constitucional en torno a la declaratoria de concurrencia de identidades.**

6.1. Concerniente al pronunciamiento que acaba de ser reproducido, se advierte que si bien las sentencias de la Sala Constitucional, mediante las cuales ésta declaró la conformidad jurídico constitucional del juicio en ausencia en los casos que antes fueron referidos y, por ende, de la aplicabilidad, en los mismos, del efecto extensivo que dispone el artículo 438 del Código Orgánico Procesal Penal, no fueron expedidas con fuerza vinculante, tal efecto sí lo tenían en relación con la situación que se examina, toda vez que, tanto los precedentes judiciales que fueron citados *supra* como la sentencia de la cual actualmente se discrepan se produjeron dentro de un mismo proceso penal, razón por la cual la doctrina estaba obligada a la observancia de dicho criterio doctrinal, so pena de incurrir en el vicio de incongruencia o contradicción que afecta la validez de los actos jurisdiccionales. Se actualizó, así, una infracción de desacato, violación del orden jerárquico jurisdiccional que ordena la Ley y que la Sala Constitucional debió haber juzgado y sancionado conforme a nuestro ordenamiento jurídico positivo. No lo hizo así este Tribunal y, con ello, reforzó, lamentablemente, conductas anteriores similares que, al igual que la que se examina, también resultaron sin sanción alguna, con evidente irrespeto a la supremacía jerárquica de aquél.

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

#### 4. *Control de constitucionalidad de leyes orgánicas*

**TSJ-SC (290)**

**23-4-2010**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

**El criterio de distinción que permite considerar orgánica una ley que regula los derechos fundamentales, parte del objeto de norma-ción, puesto que si la regulación de ese derecho no resulta global o sólo toca algún aspecto secundario o indirecto del mismo, la ley carecerá de tal carácter.**

Establecido lo anterior, esta Sala pasa a pronunciarse acerca de la presente solicitud, ante lo cual es menester reiterar lo desarrollado en la sentencia N° 537 del 12 de junio de 2000, caso: "*Ley Orgánica de Telecomunicaciones*", donde se fijó el alcance de aquellas nociones que sirven para calificar las leyes -u otro acto que detente el mismo rango emanado por una autoridad constitucionalmente habilitada para ello- como orgánicas, prevista en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, utilizando dos criterios de división lógica distintos, a saber: uno, obedece a un criterio técnico-formal, es decir, a la prescripción de su denominación constitucional o la calificación por la Asamblea Nacional de su carácter de ley marco o cuadro; el otro, obedece a un principio material relativo a la organización del Poder Público y al desarrollo de los derechos constitucionales.

En tal sentido, se estableció que el pronunciamiento de la Sala Constitucional era necesario para cualquiera de las categorías señaladas, excepto para las leyes orgánicas por denominación constitucional, pues el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se refiere a “(...) *las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas*”.

Conforme a su ámbito de regulación material, a la luz del artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, son materias reservadas a la ley orgánica: (i) las que en casos concretos así haya considerado el propio Texto Constitucional (vale decir, las leyes orgánicas por denominación constitucional), y aquellas relativas (ii) a la organización de los Poderes Públicos, (iii) al desarrollo de derechos constitucionales, y (iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes. Por tanto, cualquier ley a la cual se pretenda considerar como orgánica, debe ajustarse a alguna de las referidas categorías para que se le estime y se le califique como tal.

En el marco de las observaciones anteriores, debe precisarse que, adicionalmente al análisis de los criterios formales y materiales que debe tomar en consideración el legislador para calificar una ley como orgánica, la doctrina de este Máximo Tribunal ha hecho énfasis en el alcance restrictivo de aquellas previsiones constitucionales que establecen reservas en favor de una ley orgánica y que condicionan la anterior denominación. Sobre el particular, la decisión N° 229 del 14 de febrero de 2007, caso: “*Ley Orgánica sobre el Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia*”), estableció lo siguiente:

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

*Ello conduce a sostener, igualmente, el alcance restrictivo que debe darse a la interpretación de las previsiones constitucionales que establecen reservas de ley orgánica, particularmente en relación con expresiones como ‘organizar los poderes públicos’ y ‘desarrollar los derechos constitucionales’, teniendo en cuenta que, tal como se ha advertido del nuevo precepto constitucional que regula las leyes orgánicas (artículo 203) se desprende ‘la voluntad de la Constitución de crear una diversidad de tipos normativos sustentados en su objeto, el cual es definido a partir del correspondiente ámbito competencial material, debidamente acotado por la propia Constitución,....’ (PEÑA SOLÍS, José, Los Tipos Normativos en la Constitución de 1999, Colección Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, p. 66). En esta oportunidad, la Sala insiste en que los subtipos de ley orgánica introducidos por la Constitución de 1999, desde el punto de vista sustantivo, llevan implícito un contenido, que es aquel que el Constituyente estimó conveniente regular mediante una ley reforzada, dotada de mayor rigidez que la ordinaria en cuanto regule materias de especial repercusión que han sido reservadas a la ley orgánica, ‘las cuales requieren de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos, así como de mayor estabilidad y permanencia en el tiempo’ (vid. sentencia de esta Sala N° 34 del 26 de enero de 2004). Así, aclara esta Sala que la noción constitucional de las leyes orgánicas impone expandir los puntos de vista hacia un enfoque material restrictivo, que da lugar a la prohibición de que la Asamblea Nacional pueda calificar de orgánica a las leyes que regulen materias distintas a*

*las contempladas en los supuestos constitucionales antes identificados o bien aquéllas que tengan una finalidad distinta a la allí expresada, como podría ser la de servir de marco normativo de otras leyes”.*

Dadas las consideraciones que anteceden, es preciso determinar si el complejo normativo bajo análisis se enmarca dentro de una de las materias que componen la denominada reserva de ley orgánica y, en este sentido, la citada sentencia N° 229/2007, determinó el ámbito material de regulación que debe contener el subtipo normativo relativo a las leyes orgánicas dictadas para desarrollar los derechos constitucionales y sus rasgos configuradores, precisando lo siguiente:

*“...las normas que reservan al Poder Legislativo Nacional el desarrollo de derechos constitucionales, específicamente mediante leyes orgánicas, aluden a que la regulación de un derecho sea efectuada de forma directa, frontal y global, excluyendo todo intento tendente a disciplinarlo de manera indirecta.*

*...omissis...*

*En otras palabras, interpretado el término ‘desarrollo’ en un sentido estricto, sólo cabe atribuir a la ley orgánica toda regulación general de la norma constitucional que reconozca un derecho o lo que afecta a cuestiones básicas y esenciales de dicha regulación, que contribuya a la mejor aplicación del precepto constitucional porque incida en aspectos propios de la eficacia del mismo; pero no así cualquier supuesto en que se incida de manera más o menos directa en la esfera de un derecho constitucional, ni siquiera todo lo que se pueda considerar regulación de su ejercicio. De esta forma, la Sala debe reiterar el criterio sentado en sentencia N° 1723 del 31 de julio de 2002, que declaró que el ‘Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Venezolano para la Calidad’ no tiene el carácter orgánico que le atribuyó la Asamblea Nacional, luego ratificado en sentencia N° 2573 del 16 de octubre de 2002 (‘Ley Orgánica contra la Corrupción’), de acuerdo con el cual no podrá extenderse el sentido del primer párrafo del artículo 203 de la Constitución de 1999 con el fin de dar cabida en él a normativas calificadas por la Asamblea Nacional como leyes orgánicas que ‘...b) rocen aspectos secundarios de algún derecho fundamental, ya sea por consagrar alguna modalidad en su ejercicio o por establecer ciertas condiciones o restricciones a su goce, sin que tal regulación constituya un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales de tales derechos fundamentales, o una restricción no autorizada por la propia Constitución de los mismos, pues, una hipersensibilidad respecto a este tema ‘convertiría al ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental’ (cf. Pérez Royo, Javier, Curso de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 791)’.*

*...Omissis...*

*Al respecto, cabe observar que orientada esta Sala esencialmente por la concepción material que preside a las leyes orgánicas tantas veces mencionada, estima importante precisar que, con la expresión ‘derechos constitucionales’, el artículo 203 de la Constitución de 1999 se refiere exactamente a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en el aludido Título III, exceptuando obviamente el Capítulo X, denominado ‘De los Deberes’, así como cualquier contenido que se encuentre en los artículos que van del 19 al 129, que aludan a simples reservas específicas de ley que no pueden estar sujetas a su vez a ley orgánica y que, por ende, deban ser regulados por las leyes ordinarias. Ello obligaría, en un grado más profundo de la cuestión aquí planteada, a que cuando se presente al examen de esta Sala Constitucional una ley designada orgánica por la Asamblea Nacional que no reúna los requisitos impuestos por el propio artículo 203 constitucional, o en cuyo contenido se adviertan preceptos reservados a la ley ordinaria, deba sancionarse tal infracción constitucional con el instrumento de la descalificación, sea de todo el texto legal o de los particulares preceptos apuntados, con la debida advertencia de que en el segundo supuesto planteado.*

*Tales normas se tendrán por ordinarias y, en consecuencia, susceptibles de modificación o derogación por una mayoría simple de parlamentarios, tal como así se estableció expresamente en sentencia de esta Sala N° 1723 del 31 de julio de 2002.*

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

De lo expuesto se evidencia, que el criterio de distinción que permite considerar orgánica una ley que regula los derechos fundamentales, parte entonces del objeto de normación, puesto que si la regulación de ese derecho no resulta global o sólo toca algún aspecto secundario o indirecto del mismo, la ley carecerá de tal carácter. Por tanto, el intérprete constitucional deberá discriminar si en efecto la regulación abarca integralmente a un derecho o una determinada garantía, o si por el contrario, comprende ciertos de sus atributos o algunas modalidades del mismo, pues estos casos, como nociones parciales o tangenciales, son susceptibles de ser desarrollados en el marco de leyes ordinarias, y no se insertan, en principio, en la calificación de leyes orgánicas.

En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 22, reconoce un derecho operacional que ha permitido la sustitución de la autodefensa y constituye un derivado del ejercicio estatal del monopolio de la coacción física legítima, mediante el cual, se reside en el poder judicial cualquier reclamación (no susceptible de autocomposición) sobre un derecho o interés jurídicamente tutelable. A saber, el derecho a la tutela judicial efectiva, interpretado por esta Sala (*Vid.* Sentencia 585 del 30 de marzo de 2007, caso: *Felix Sánchez*) como aquella situación jurídica de poder en la cual toda persona tiene la facultad de recurrir al juez, mediante un juicio en el que se respeten todas las garantías procesales, con el fin de obtener una resolución motivada que sea conforme a derecho.

En otros términos, es la facultad de utilizar los recursos que la ley prevea, con el objeto de poner en práctica los derechos subjetivos ventilados en cada caso en concreto y, por ello, se trata de un derecho prestacional que tiende a la defensa de las situaciones jurídicas subjetivas.

En este propósito, la tutela judicial engloba las garantías básicas de toda Administración de Justicia, tales como acceder a los órganos jurisdiccionales, la obtención de una sentencia impartida conforme al artículo 26 del Texto Fundamental (imparcial, gratuita, accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles), el derecho al debido proceso (que a su vez comprende el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, la proscripción a declarar contra sí mismo y allegados, la confesión sin coacción, la libertad de pruebas, el *nulla crimen nulla pena sine lege*, el *non bis in idem* y la responsabilidad del Estado por error judicial), la tutela cautelar, el derecho a una decisión jurídicamente motivada y finalmente, el derecho a la ejecución del fallo dictado. En el marco de lo anteriormente expuesto, la Sala observa que la ley sobre la cual versan las presentes consideraciones, es una de las leyes adjetivas cuyo ámbito material se encuentra predefinido en la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“Artículo 259. *La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*”.

Con la norma transcrita, se terminó de desmontar la concepción puramente objetiva o revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para acoger una visión de corte utilitarista y subjetiva, que no se limita a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de los actos administrativos formales, sino que se extiende a todos los aspectos de la actuación administrativa, como una manifestación del sometimiento a la juridicidad de la actuación del Estado y de la salvaguarda de las situaciones jurídicas de los particulares frente a dicha actuación. De este modo, el contencioso administrativo se erige como una “jurisdicción” (*rectius: competencia*) que ocupa una posición central dentro de la estructura orgánica y funcional del Poder Judicial, pues, dentro de los mecanismos de control de la actuación del Estado, organiza un sistema judicialista integral de protección de la legalidad administrativa y de los derechos e intereses de los particulares que garantiza la plena jurisdicción de la actividad administrativa, a través de un marco general cuya relevancia y especificidad demandaron del Constituyente de 1999, un reconocimiento constitucional, cuyo desarrollo sólo puede ser encomendado a una ley orgánica, cuya organicidad deriva igualmente de la plena jurisdicción de los actos, hechos y omisiones de los órganos administrativos del Estado al resolver los conflictos donde la naturaleza de la cosa pública es determinante a los fines del mismo.

En este propósito, las disposiciones contenidas en la normativa que da lugar al pronunciamiento de autos, crea, organiza, atribuye competencia a los tribunales contencioso administrativos y, al mismo tiempo, regula exhaustivamente los procedimientos para el conocimiento de las distintas pretensiones que se pueden interponer ante los mismos, con lo cual, se ha implementado un conjunto de mecanismos (órganos y procedimientos), que de manera singular, tienen reconocimiento constitucional y se encuentran concebidos para salvaguardar jurisdiccionalmente a los particulares.

Ciertamente, la ley bajo examen implementa un sistema orgánico-procesal expresamente establecido en la Constitución, que viabiliza el ejercicio de los derechos adjetivos de acceso a la justicia (legitimación, caducidad de las acciones, requisitos de la demanda, entre otros), el derecho al juez natural (determinación de las competencias de los juzgados contencioso administrativos), la tutela cautelar (condiciones de procedencia de las medidas cautelares), el debido proceso (procedimiento de sustanciación de las pretensiones anulatorias, demandas patrimoniales e interpretación de leyes, entre otros) y el derecho a la ejecución del fallo (procedimiento para la ejecutoria de lo decidido), los cuales, integran el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro del ámbito del control jurisdiccional de las actuaciones administrativas de los Poderes Públicos.

Es decir, que la ley *sub examine* consagra a nivel legislativo los componentes fundamentales del contencioso administrativo estipulado en la Carta Magna y extiende su contenido a los elementos básicos y esenciales del derecho a la tutela judicial efectiva, desarrollando *in extenso* su contenido y, en consecuencia, contribuyendo a la mejor aplicación del precepto constitucional contenido en el antes referido artículo 26 del Texto Fundamental o, lo que es lo mismo, cristalizando su ejercicio a través de un cuadro general que reconoce las bases constitucionales del contencioso y del derecho a la tutela judicial, garantizando el acceso de los justiciables a dichos órganos.

De acuerdo con lo expuesto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa presenta, de manera particular, un reconocimiento constitucional que determina, en el contexto de lo antes dicho, el carácter orgánico de sus disposiciones y, como quiera que ello se complementa con el desarrollo exhaustivo del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, esta Sala, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara la constitucionalidad de su carácter orgánico. Así se decide.

**TSJ-SC (354)**

**10-5-2010**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Asamblea Nacional de la Republica Bolivariana de Venezuela (Constitucionalidad del Carácter Orgánico de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional)

**La Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional sirve de base para el desarrollo legislativo posterior en las materias objeto de regulación, lo que inscribe a la citada Ley en la categoría de ley marco o cuadro que sirve de base para otras leyes en la materia, según lo dispone el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

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

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

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

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

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

*En esta oportunidad, la Sala insiste en que los subtipos de ley orgánica introducidos por la Constitución de 1999, desde el punto de vista sustantivo, llevan implícito un contenido, que es aquel que el Constituyente estimó conveniente regular mediante una ley reforzada, dotada de mayor rigidez que la ordinaria en cuanto regule materias de especial repercusión que han sido reservadas a la ley orgánica, ‘las cuales requieren de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos, así como de mayor estabilidad y permanencia en el tiempo’ (vid. Sentencia de esta Sala Nº 34 del 26 de enero de 2004). Así, aclara esta Sala que la noción constitucional de las leyes orgánicas impone expandir los puntos de vista hacia un enfoque material restrictivo, que da lugar a la prohibición de que la Asamblea Nacional pueda calificar de orgánica a las leyes que regulen materias distintas a las contempladas en los supuestos constitucionales antes identificados o bien aquellas que tengan una finalidad distinta a la allí expresada, como podría ser la de servir de marco normativo de otras leyes”. (Vid. Sentencia de esta Sala Nº 229/2007 supra mencionada).*

La Sala insiste en que los subtipos de ley orgánica introducidos por la Constitución de 1999, desde el punto de vista sustantivo, llevan implícito un contenido, que es aquel que el Constituyente estimó conveniente regular mediante una ley reforzada, dotada de mayor rigidez que la ordinaria en cuanto regule materias de especial repercusión que han sido reservadas a la ley orgánica, “(...) las cuales requieren de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos, así como de mayor estabilidad y permanencia en el tiempo” (Vid. Sentencia de esta Sala Nº 34 del 26 de enero de 2004, caso: “*Vestalia Sampedro de Araujo y otros*”). Por tanto, aclara esta Sala que la noción constitucional de las leyes orgánicas impone expandir los puntos de vista hacia un enfoque material restrictivo, que da lugar a la prohibición de que se pueda calificar de orgánicas a las leyes que regulen materias distintas a las contempladas en los supuestos constitucionales antes identificados o bien aquellas que tengan una finalidad distinta a la allí expresada (Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 1.159 del 22 de junio de 2007, caso: “*Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico*”).

En el presente caso, la Ley sometida al control previo de esta Sala tiene como objeto la regulación, supervisión, control y coordinación del Sistema Financiero Nacional, conformado por el conjunto de instituciones financieras públicas, privadas, comunales o que opere bajo otra forma jurídica en el sector bancario, asegurador, el mercado de valores o cualquier otro sector conexo o afín a tales actividades, con el propósito de garantizar el uso e inversión de sus recursos hacia el interés público y el desarrollo económico y social, en el marco de creación real de un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia (artículo 1 de la Ley).



Para tornar operativos los preceptos de dicha Ley, el legislador creó en su texto una estructura orgánica compleja, regida por disposiciones de Derecho Público, que cumplirá con aquellas actividades de regulación, control, supervisión y coordinación del Sistema Financiero Nacional, cual es el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN). Asimismo, estableció su marco de competencias y, correlativamente, fijó las obligaciones que deberán cumplir las personas e instituciones pertenecientes al sector bancario, asegurador, de mercado de valores y otros que podrán pertenecer al Sistema Financiero Nacional. Finalmente, el legislador consagró el régimen sancionatorio en la materia y fijó los mecanismos procedimentales para determinar la comisión de infracciones a la Ley y sus respectivas sanciones.

Lo anterior no sólo es un desarrollo legislativo basado en los principios que recoge el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino que también se halla ínsito en los principios que fundamentan el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela, enunciados en el artículo 299 del mismo Texto Fundamental.

Ya esta Sala, al menos en lo relativo a la calificación orgánica que ostentan las leyes que inciden sobre el sector financiero público, conforme a los parámetros que ofrece el artículo 203 constitucional, ha reiterado que éstas cumplen con las exigencias técnico-formales propias de las leyes orgánicas (Vid. Sentencias de esta Sala N° 1.047 del 15 de agosto de 2000, caso: *“Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público”* y 1.256 del 31 de julio de 2008, caso: *“Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Sistema Financiero Público y del Consejo Superior Financiero”*).

Sin embargo, no puede obviar la Sala que la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, no sólo abarca, desde su ámbito de aplicación subjetiva, instituciones o personas públicas o privadas vinculadas a la actividad bancaria, sino que también regula instituciones o personas que realicen otras actividades, bien en el sector asegurador, de mercado de valores o algún otro sector conexo o afín, conforme lo evalúe y así lo considere el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN).

Conforme a las anteriores consideraciones, la incorporación de esta estructura orgánica, integrada al Poder Ejecutivo Nacional, al estar adscrita al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de finanzas, es un elemento que permite a la Sala considerar a la Ley bajo examen, como una ley que amplía los aspectos organizativos y funcionales de un órgano integrado al Poder Público Nacional, concretamente dentro del Poder Ejecutivo Nacional.

Respecto de esta categoría formal de leyes orgánicas, esta Sala destacó en sentencia N° 1.565/2008 *supra* referida que:

*“(…) corresponde a este subtipo normativo, delinear dentro de los parámetros del Texto Fundamental, las fórmulas organizativas esenciales de los Poderes Públicos, entendiendo por esto, su estructura subjetiva (órganos y eventuales entes) y su ámbito competencial, lo cual comprende el conjunto de facultades, poderes y atribuciones asignadas a uno de los Poderes Públicos (sentido orgánico), para actuar en sus relaciones interorgánicas e intersubjetivas.*

*Como puede observarse, estas leyes orgánicas se enmarcan dentro de la potestad organizativa del Estado, pero de una forma integral sobre cada rama del Poder Público, complementando el marco constitucional relativo a la estructura competencial y subjetiva de los Poderes y, en consecuencia, identificando los distintos tipos de unidades funcionales que lo integran o pueden integrarlo y que se encargarán de desarrollar las competencias que se les atribuya. La referida exhaustividad en cuanto a la organización de cada rama del Poder Público, es lo que permite delimitar el objeto de estas leyes del resto de los instrumentos que el ordenamiento jurídico reconoce para el ejercicio de la potestad organizativa, pues sólo para el esquema subjetivo general y plenario de cada rama del Poder del Estado es que se exige que se haga mediante una ley orgánica.*

*Por tanto, para calificar como orgánica una ley cuyo contenido desarrolle la potestad organizativa del Estado, debe analizarse si en la misma se crea o modifica el diseño general de la organización de un Poder Público, o si por el contrario se desarrolla la potestad organizativa respecto de una o varias unidades funcionales que simplemente pasan a integrar una de sus ramas”.*

Ello así, el desarrollo legislativo posterior a que se refiere el supuesto examinado consiste en el complemento o ampliación de las estructuras básicas de cada Poder Público previstas en el Texto Constitucional, esto es, la incorporación legislativa de figuras organizativas o unidades funcionales que integren y complementen competencial, funcional y subjetivamente a cada una de las ramas del Poder Público.

Es así como, visto su objeto de regulación, la Sala considera que la Ley bajo examen desarrolla con exhaustividad los aspectos organizativos, funcionales, competenciales y operativos de un órgano del Poder Ejecutivo Nacional, de tal forma que la misma es constitucionalmente orgánica, conforme a lo dispuesto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por otra parte, y en refuerzo de su carácter orgánico, debe destacarse que el conjunto de preceptos recogidos en la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional sirven de base para el desarrollo legislativo posterior en las materias objeto de regulación, lo que inscribe a la citada Ley en la categoría de ley marco o cuadro que sirve de base para otras leyes en la materia, según lo dispone el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Con base en las anteriores consideraciones, este Máximo Tribunal se pronuncia, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 5.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de declarar la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, y así se decide.

#### 5. *Acción de Amparo Constitucional*

##### A. *Competencia*

##### a. *Amparos autónomos contra autoridades electorales*

**TSJ-SC (187)**

**8-4-2010**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Juan Ismael Herrera y Yunia Rosa Lárez vs. Juntas Directivas de los Consejos de Administración y de Vigilancia de la Caja de Ahorro de los Trabajadores del Instituto Nacional de Nutrición.

**La Sala Constitucional declara que a partir de la publicación de esta sentencia asumirá, sin excepciones, la competencia para conocer de los amparos autónomos que se interpongan contra autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral y cualesquiera otra petición con sustancia electoral.**

1.- La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, desde sus inicios, ha conocido de solicitudes de amparo constitucional autónomos. Respecto del alcance de esta competencia, dicha Sala estableció en su sentencia núm. 90, del 26 de julio de 2000, caso: *César Acosta Marín y otros*, que le correspondía “*el conocimiento de las acciones de amparo autónomo que se interpongan contra actos, actuaciones y omisiones sustantivamente electorales de los titulares de los órganos administrativos, distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales...*”.

La Sala Electoral sostuvo su competencia para tramitar dichos amparos en los siguientes argumentos:

- Que la Sala Constitucional, conforme a su sentencia núm. 1, del 20 de enero de 2000, caso: *Emery Mata Millán*, resultaba competente para conocer de los actos u omisiones imputables a las máximas autoridades del Consejo Nacional Electoral;

- Que según esa misma decisión, a la Sala Electoral sólo le correspondía conocer de los amparos que se ejercieran conjuntamente con el recurso contencioso electoral de anulación de actos, o conjuntamente con el recurso por omisión electoral (amparo cautelar);

- Que, por tanto, los actos u omisiones imputables a los órganos no comprendidos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (autoridades electorales subalternas); así como los actos u omisiones cometidos por los sujetos a los que se refiere el artículo 293.6 de la Constitución (órganos de interés electoral), no eran susceptibles de control mediante el amparo constitucional autónomo ante la Sala Constitucional, pues no serían “altas autoridades”;

- Que la única manera de resolver este vacío de regulación sería estableciendo que, mientras no se organizara la jurisdicción electoral, fuese la Sala Electoral la encargada de tramitar los procedimientos de amparo contra los entes referidos en el numeral anterior.

Por tal razón, dicha Sala Electoral asumió la competencia en amparo constitucional respecto de los actos u omisiones cometidos por los sujetos señalados.

Este criterio fue ratificado por esta Sala en diversos fallos, en los cuales declaró que el tribunal competente para conocer de acciones de amparo autónomas que involucren organismos públicos en función electoral u otros agentes que participen de algún modo en el hecho electoral, distintos a los señalados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, será la Sala Electoral de este máximo tribunal (ver al respecto, entre otras, la sentencia núm. 940, del 1º de junio de 2001, caso: *Jesús Pérez Salazar y otros vs. Comisión Electoral Nacional de la Federación Médica Venezolana*).

2.- Sobre este particular, esta Sala Constitucional pasa a realizar las siguientes consideraciones:

Tal como lo advirtió esta Sala en su primera sentencia (la ya mencionada del 20 de enero de 2000, caso: *Emery Mata Millán*), el sistema de protección y garantía de la Constitución que contempla nuestra Carta Magna, es un sistema diferente, tanto cuantitativa como cualitativamente, del contenido en la Constitución precedente. Es decir, a los medios de garantía previstos en la Constitución de 1961 se sumaron otros de diverso carácter y alcance. Por ejemplo, bajo la Constitución anterior la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, si bien podía ejercer la potestad de anular actos con rango y fuerza de ley contrarios a la Constitución, carecía de competencias en materia de amparo constitucional, pues como se recordará, de los amparos contra altas autoridades conocían todas las Salas de la Corte Suprema de Justicia según criterios de orden orgánico y materiales. Se observa, pues, que no había un órgano especializado en dicha Corte que tuviese en exclusiva, o de forma preponderante, la salvaguarda de los derechos fundamentales; ni mucho menos, lo cual es de esperarse en un tribunal supremo, había un órgano cuya función fuese la de dictar pautas de interpretación respecto de las normas de derechos fundamentales, o de velar por la uniformidad de la jurisprudencia respecto de la aplicación de dichas normas.

Este cuadro cambió desde que la Constitución de 1999 entró en vigor, y la nueva regulación, así como sus implicaciones y consecuencias, ha venido siendo aplicada y desarrollada por esta Sala en la medida en que los casos que le son planteados lo exigen.

En esta oportunidad, la Sala considera que su función de garante de la observancia de la Constitución, y en virtud de su carácter de titular de la jurisdicción constitucional en el seno del Tribunal Supremo de Justicia, justifica que asuma la tarea de resolver las solicitudes de amparo constitucional autónomo que se intenten respecto de los sujetos a los que se refirió la Sala Electoral en su sentencia núm. 90/2000; es decir, respecto de las autoridades electorales subalternas y a los agentes que participen de algún modo en el hecho electoral.

En primer lugar, porque, como bien lo reconoció dicha Sala en la sentencia mencionada, existe un vacío de regulación sobre este particular, debido a que la ley que debe organizar la jurisdicción electoral aún no ha sido dictada. En segundo lugar, porque la Sala desea llenar ese vacío tomando en cuenta la intención del Constituyente de erigir en el seno del Máximo Tribunal de la República un órgano cuya jurisprudencia sirviera de parámetro de actuación a los órganos administrativos o electorales, especialmente en materia de derechos fundamentales. En tercer lugar, porque estima que el modo más efectivo de lograr instaurar una cultura de respeto a dichos derechos, particularmente de los derechos políticos, es fijando su atención y estudiando de cerca los procesos en los cuales éstos deben ser aplicados y respetados.

Por todas estas razones, esta Sala Constitucional establece que, a partir de la publicación de este fallo, asumirá la competencia para conocer de los amparos autónomos que se interpongan contra autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral. Así se establece.

En definitiva, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conocer en primera y única instancia en materia de amparo, en los siguientes casos:

a) Amparos autónomos contra las conductas (actos, actuaciones u omisiones) del Consejo Nacional Electoral, de la Junta Electoral Nacional, de la Comisión de Registro Civil y Electoral y de la Comisión de Participación Política y Financiamiento, todos mencionados por el artículo 292 de la Constitución.

Ello con fundamento en lo que establece el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, conforme al cual correspondería a esta Sala el conocimiento de los amparos interpuestos contra el “...*Consejo Supremo Electoral* (hoy Consejo Nacional Electoral) y *demás organismos electorales del país*...”.

La expresión: “demás organismos electorales del país”, debe entenderse en el sentido de *demás órganos electorales similares a las altas autoridades mencionadas en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo*. Evidentemente que los organismos electorales subordinados mencionados en el artículo 292 de la Constitución (Junta Electoral Nacional, Comisión de Registro Civil y Electoral y Comisión de Participación Política y Financiamiento) son similares a las altas autoridades a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo.

b) Amparos autónomos contra las conductas de los órganos subalternos del Consejo Nacional Electoral en materia electoral;

c) Amparos autónomas contra las conductas de las Juntas Electorales;

d) Amparos autónomos contra las conductas de entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral.

*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, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

(...)

2. Por lo que respecta al cambio de criterio en cuanto a la competencia para el conocimiento de las demandas de amparo constitucional que se interpongan contra los organismos electorales del país distintos del Consejo Nacional Electoral, el disidente observa que el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece, en forma enunciativa, un fuero personal para las autoridades nacionales de origen constitucional, tal como lo han interpretado pacíficamente doctrina y jurisprudencia desde cuando entró en vigencia. También lo interpretó así el mismo legislador cuando, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispuso, como competencia de la Sala Constitucional, “*Conocer en primera y última instancia las acciones de amparo constitucional interpuestas contra los altos funcionarios públicos nacionales*” (artículo 5.18).

Así lo reconoce, incluso, el acto decisorio que antecede, cuando señala que “(e)*videntemente que los organismos electorales subordinados mencionados en el artículo 292 de la Constitución (Junta Electoral Nacional, Comisión de Registro Civil y Electoral y Comisión de Participación Política y Financiamiento) son similares a las altas autoridades a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo*”.

Discrepa el salvante acerca de la forma en que el nuevo criterio de la mayoría pretende la solución del vacío de regulación en lo que concierne a la competencia para el conocimiento de los amparos que se interpongan contra las autoridades y entes electorales distintos de aquellos que abarcan, en concordancia, las disposiciones que se mencionaron de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (autoridades nacionales de origen constitucional), ya que es clara, por argumento en contrario, la voluntad legislativa de que la misma no compete a la Sala Constitucional (después de la vigencia de la Constitución de 1999).

En este sentido, no se justifica, porque es *contra legem*, la inclusión en el ámbito de competencia de esta Sala el conocimiento de las pretensiones de tutela constitucional que se dirijan contra autoridades diferentes de las que se mencionaron y, con mayor razón, las que ni siquiera son públicas, que quedan abarcadas en la letra e) de la enunciación que hizo el fallo del que se disiente, lo cual llevará a la Sala del más Alto Tribunal del país que tiene a su cargo nada menos que la custodia final de la integridad de la Constitución, ya agobiada de tareas urgentes y de la máxima trascendencia nacional, a ocuparse, en única instancia, de problemas menores, desde la perspectiva constitucional, como elecciones en clubes privados o de reinas de belleza. Ha debido la Sala mantener su criterio anterior y dejar que fuese ese medio extraordinario de control que es la revisión, el medio por el cual esos problemas menores pudieran ser objeto de su atención cuando las circunstancias lo ameritasen y dejar que el único tribunal electoral del país, la Sala Electoral, se ocupe, precisamente, de problemas electorales, que es para lo que el constituyente la creó.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

TSJ-SE (54)

21-4-2010

Magistrado Ponente: Luis Alfredo Sucre Cuba

Caso: Ramón Eduardo Díaz Polanco, Rafael Enrique Escalona Piña y Carlos José Díaz.

**La Sala Electoral se declara incompetente para conocer la acción de amparo constitucional en virtud de la competencia asumida por la Sala Constitucional para conocer de los amparos constitucionales que se interpongan autónomamente contra autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral.**

Como punto previo esta Sala Electoral debe señalar, que ante la inexistencia de desarrollo legislativo de las correspondientes normas constitucionales que crean la jurisdicción contencioso electoral, este órgano judicial estableció su ámbito competencial a través de la jurisprudencia, con especial referencia a la sentencia número 2 del 10 de febrero de 2000 (Caso: *Cira Urdaneta de Gómez*), mediante la cual la Sala configuró su marco de competencias partiendo de dos criterios: el orgánico, referido al órgano del cual emana el acto, actuación u omisión, y el material o sustancial, concerniente al contenido del acto (materia electoral o de participación política) objeto de impugnación, para de tal forma establecer que le corresponde, en forma exclusiva y excluyente, el control de la legalidad y la constitucionalidad de los actos, actuaciones y omisiones emanados de los órganos del Poder Electoral, así como de los actos electorales emanados de los entes enumerados en el artículo 293, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Posteriormente, en su sentencia número 90 del 26 de julio de 2000 (Caso: *Caja de Ahorro y Previsión Social de los Trabajadores de la Universidad Central de Venezuela*), la Sala asumió el monopolio competencial para conocer de las acciones de amparo constitucional interpuestas autónomamente contra los actos, actuaciones y omisiones sustantivamente electorales provenientes de los órganos o entes distintos a las autoridades enumeradas en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Dicho criterio se encontraba en sintonía con el expresado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 1555 del 8 de diciembre de 2000, cuyo texto sigue a continuación:

*“ (...) Corresponderá a la Sala Electoral el conocimiento de las acciones de amparo autónomo que se interpongan contra actos, actuaciones u omisiones sustancialmente electorales de los titulares distintos de los órganos administrativos, distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o de los órganos constitucionales equivalentes a los mismos (...).”*

Asimismo, cabe señalar que en sentencia número 77 del 27 de mayo de 2004 (Caso: *Julián Fernando Niño Gamboa*), esta Sala Electoral con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, estableció, reiterando sus criterios anteriores, que a ella le seguirá correspondiendo conocer de las acciones de amparo autónomo contra los actos, actuaciones u omisiones sustantivamente electorales de los titulares de los órganos distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que lógicamente detentan competencia en materia electoral.

Ahora bien, al revisar los fundamentos en que se basa la presente acción de amparo constitucional, se encontraron los siguientes argumentos:

1.- Que el 25 de noviembre de 2009, en momentos en que se iba a instalar la sesión ordinaria del Concejo Municipal del municipio Libertador del estado Cojedes, las concejales Yansy Pinto, María Isabel Landaeta y Teodora Coromoto Rodríguez, procedieron “... **a declarar la INCAPACIDAD nuestra para el ejercicio del cargo**, y a nombrar una nueva junta directiva, desincorporándonos de los cargos de Presidente, Vicepresidente y Secretario respectivamente, y no solo eso, sino exigiéndonos (...) la entrega de las instalaciones del Concejo Municipal, las llaves del mismos, los sellos, libros de Actas y demás implementos cotidianos de trabajo (...) haciendo necesaria y urgente la intervención de la fuerza policial a los fines de controlar la seguridad de las instalaciones así como de las personas que se encontraban en el interior de la misma...” (Énfasis agregado); y

2.- Que las concejales Yansy Pinto, María Isabel Landaeta y Teodora Rodríguez “... abrogándose una potestad que no le es atribuida por la ley, procedieron a violentar la esfera de nuestros derechos constitucionales, ya que ellas en un acto írrito, ilegal e inconstitucional **procedieron a declararnos INCAPACES para el ejercicio de nuestros cargos de concejales y secretario**, y no solo eso sino que además procedieron a desincorporarnos de nuestros cargos de PRESIDENTE, VICEPRESIDENTE Y SECRETARIO DE LA CAMARA MUNICIPAL, procedimiento este que solo puede ser realizado la primera sesión de cada año o en su defecto en la sesión más inmediata siguiente...” (Énfasis añadido).

De los referidos argumentos se podía inferir una situación de anormalidad institucional de carácter municipal derivada de dos (2) específicos acontecimientos calificados por los accionantes como “*vías de hecho*”, a saber: 1) la declaratoria de “*incapacidad*” de los ciudadanos Ramón Eduardo Díaz Polanco y Rafael Enrique Escalona Piña para ejercer sus cargos de elección popular como concejales del municipio Anzoátegui del estado Cojedes; y 2) la desincorporación de éstos y del ciudadano Carlos José Díaz, como Presidente, Vicepresidente y Secretario de la Cámara Municipal.

Así las cosas, es necesario recordar que cuando tales conflictos de carácter municipal representen un problema acerca de la legitimidad de las autoridades locales y éstas tengan carácter eleccionario, su resolución corresponde a la Sala Electoral, según el criterio jurisprudencial establecido por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 21 del 4 de julio de 2001, que señala:

*“... De acuerdo con lo expuesto, encuentra esta Sala que, cuando se está en presencia de una solicitud de este tipo, debe determinarse, si el conflicto o situación de anormalidad que, eventualmente, impere en el Municipio es producto de la incertidumbre acerca de la legitimidad de las autoridades locales o si -por el contrario- surge de una situación distinta; y, en el primero de los casos, si el funcionario municipal cuestionado es de elección popular; tal establecimiento tendrá por objeto determinar cuál es el órgano jurisdiccional con competencia para ello.*

*Es necesario entonces concluir que, como se ha expuesto, el dispositivo contenido en el citado artículo 166 comprende un supuesto de hecho complejo, ya que regula una situación de carácter general, relativa a las situaciones que amenacen la normalidad institucional de un Municipio, las cuales, al no plantear necesariamente alguna implicación de carácter eleccionario, su resolución debe estar atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa, pero, por otra parte, el supuesto normativo también abarca, de forma especial, la resolución de problemas relativos a la legitimidad de las autoridades municipales, que ocasionaren una situación de anormalidad o la amenaza de crear un caos o inestabilidad en la vida local del municipio, en cuyo caso, de estar estrechamente vinculada la situación planteada a un proceso electoral, su conocimiento estaría atribuido a la jurisdicción contencioso electoral.*

(...)

*Es el carácter eleccionario de la designación de la autoridad municipal, cuya legitimidad se discute, lo que determina que el acto estrechamente relacionado a la anormalidad institucional del Municipio deba someterse a la jurisdicción contencioso electoral, es necesario determinar en cada caso, la autoridad es de elección popular o si es designada por algún otro mecanismo distinto previsto en el ordenamiento vigente.*

*En otras palabras, para determinar la competencia de la Sala Electoral en los conflictos municipales previstos en la norma citada, debe atenderse a que la situación que amenace la normalidad institucional haya surgido del desconocimiento de autoridades municipales legítimas que implique la vulneración de los derechos a elegir o ser elegido a cargos de representación popular, por resultar electas para esos cargos a través de la elección popular (léase Alcaldes y Concejales de acuerdo a la legislación vigente). En ese sentido, no siempre que se trate de la legitimidad de alguna autoridad municipal debe considerarse que la competencia esté atribuida a la jurisdicción contencioso electoral, si dicho funcionario no es de elección popular, ello por no estar involucrado el derecho al sufragio activo o pasivo, tampoco debe pensarse que siempre que se discuta la legitimidad de un funcionario público municipal, la situación se inserte en el supuesto contemplado en el citado artículo 166, si no media una situación como la descrita en la norma”.*

Cabe advertir, que aun cuando el citado criterio jurisprudencial se refería a los conflictos de autoridades planteados en los términos del antiguo artículo 166 de la derogada Ley Orgánica del Régimen Municipal, sus consideraciones doctrinales sobre la distinción de los conflictos de autoridades municipales resultaban orientadoras para determinar la competencia de la Sala Electoral, bien ante el ejercicio de un recurso contencioso electoral por vías de hecho, o bien ante la interposición de un amparo constitucional.

Sin embargo, es menester señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 187 del 8 de abril de 2010, amplió su criterio jurisprudencial respecto a la competencia para conocer de los amparos constitucionales, estableciendo al respecto lo siguiente:

*“Tal como lo advirtió esta Sala en su primera sentencia (la ya mencionada del 20 de enero de 2000, caso: Emery Mata Millán), el sistema de protección y garantía de la Constitución que contempla nuestra Carta Magna, es un sistema diferente, tanto cuantitativa como cualitativamente, del contenido en la Constitución precedente. Es decir, a los medios de garantía previstos en la Constitución de 1961 se sumaron otros de diverso carácter y alcance. Por ejemplo, bajo la Constitución anterior la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, si bien podía ejercer la potestad de anular actos con rango y fuerza de ley contrarios a la Constitución, carecía de competencias en materia de amparo constitucional, pues como se recordará, de los amparos contra altas autoridades conocían todas las Salas de la Corte Suprema de Justicia según criterios de orden orgánico y materiales. Se observa, pues, que no había un órgano especializado en dicha Corte que tuviese en exclusiva, o de forma preponderante, la salvaguarda de los derechos fundamentales; ni mucho menos, lo cual es de esperarse en un tribunal supremo, había un órgano cuya función fuese la de dictar pautas de interpretación respecto de las normas de derechos fundamentales, o de velar por la uniformidad de la jurisprudencia respecto de la aplicación de dichas normas.*

*Este cuadro cambió desde que la Constitución de 1999 entró en vigor, y la nueva regulación, así como sus implicaciones y consecuencias, ha venido siendo aplicada y desarrollada por esta Sala en la medida en que los casos que le son planteados lo exige.*

*En esta oportunidad, la Sala considera que su función de garante de la observancia de la Constitución, y en virtud de su carácter de titular de la jurisdicción constitucional en el seno del Tribunal Supremo de Justicia, justifica que asuma la tarea de resolver las solicitudes de amparo constitucional autónomo que se intenten respecto de los sujetos a los que se refirió la Sala Electoral en su sentencia núm. 90/2000; es decir, respecto de las autoridades electorales subalternas y a los agentes que participen de algún modo en el hecho electoral.*



*En primer lugar, porque, como bien lo reconoció dicha Sala en la sentencia mencionada, existe un vacío de regulación sobre este particular, debido a que la ley que debe organizar la jurisdicción electoral aún no ha sido dictada. En segundo lugar, porque la Sala desea llenar ese vacío tomando en cuenta la intención del Constituyente de erigir en el seno del Máximo Tribunal de la República un órgano cuya jurisprudencia sirviera de parámetro de actuación a los órganos administrativos o electorales, especialmente en materia de derechos fundamentales. En tercer lugar, porque estima que el modo más efectivo de lograr instaurar una cultura de respeto a dichos derechos, particularmente de los derechos políticos, es fijando su atención y estudiando de cerca los procesos en los cuales éstos deben ser aplicados y respetados.*

*Por todas estas razones, esta Sala Constitucional establece que, a partir de la publicación de este fallo, asumirá la competencia para conocer de los amparos autónomos que se interpongan contra autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral. Así se establece”.*

De la transcripción anterior se evidencia que de ahora en adelante la Sala Constitucional asumirá la competencia para conocer de los amparo constitucionales que se interpongan autónomamente contra autoridades subalternas electorales, entes de interés electoral, agentes que participen en el hecho electoral y cualquier otra petición en materia electoral. Siendo ello así, esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia no puede sino declararse incompetente para conocer de la presente acción de amparo constitucional, y así se decide.

**CPCA**

**6-4-2010**

Juez Ponente: María Eugenia Mata

Caso: Inversiones Comuneras y Exclusivas Compañía Anónima (INCO-ECA) vs. Registrador Subalterno del Tercer Circuito del Municipio Autónomo Maracaibo del Estado Zulia.

Una vez precisado lo anterior, debe este Órgano Jurisdiccional determinar qué órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, está facultado para conocer la causa, respecto a lo cual se observa que la presente acción de amparo constitucional fue interpuesta contra el Registrador Subalterno del Tercer Circuito del Municipio Autónomo Maracaibo del estado Zulia, quien es una autoridad distinta a aquellas cuyos procesos judiciales corresponden ser tramitados por ante la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal, lo cual deviene del contenido del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y por tanto, sometido al control de esta Corte, de acuerdo a lo establecido por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, con ponencia conjunta, en sentencia N° 2.271, dictada el 24 de noviembre de 2004 (Caso: *Tecno Servicios Yes' Card, C.A.*), la cual dio “...por reproducidas...” las disposiciones que respecto a la competencia de esta Corte contenía la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Concretamente, dicho fallo señaló que las Cortes de lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer “...De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los numerales 30 y 31 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal...”.

No obstante lo anterior, no pasa desapercibido por esta Corte lo señalado con carácter vinculante por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, mediante sentencia N° 1.700 de fecha 07 de agosto de 2007 (Caso: *Carla Mariela Colmenares*), en cuanto a la inaplicabilidad del criterio residual en materia de amparo autónomo, a cuyo tenor se estableció lo siguiente:

“...Así entonces, tal como se ha señalado, la competencia en materia de amparo se encuentra regida por los criterios material y orgánico, siendo este último el que prepondera en el supuesto de los agravios provenientes de la Administración, con algunas particularidades de competencia funcional (*vgr.* Tributaria o funcionarial).

...*omissis*...

En los términos en que ha sido empleado el criterio orgánico tiene cierta ilogicidad, toda vez que no se está frente a un control objetivo de los actos de la Administración (aunque esto incida en la esfera subjetiva de los particulares) sino frente a la protección de situaciones jurídicas subjetivas constitucionales. De modo que si la aplicación del criterio orgánico delimita la competencia en un tribunal cuya ubicación aleje al afectado de la posibilidad de accionar en amparo se está en presencia de una conclusión que obstaculiza al justiciable el acceso a la justicia.

Este último señalamiento se hace en consideración al supuesto de la competencia residual de las Cortes de lo Contencioso Administrativo -proveniente de la competencia que en su momento la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia le atribuía a la entonces Corte Primera de lo Contencioso Administrativo- que asignaba en esta instancia el conocimiento del contencioso administrativo de los órganos de inferior instancia de la Administración Central, sin importar el domicilio del acto o la ubicación geográfica de la dependencia. En este caso, el control del acto basado en la jerarquía del ente u órgano para una asignación residual de competencia podría ser un determinante de atribución de competencia dentro del ámbito de asignación para los tribunales contencioso administrativos; sin embargo, la aplicación del criterio de la competencia residual de las Cortes en materia de amparo constitucional resulta un obstáculo para el ejercicio de la acción de amparo, propia de la tutela de situaciones jurídicas fundamentales constitucionalmente garantizadas.

En suma, considerar la aplicación del criterio de competencia residual puede resultar atentatorio para el caso en que existan dependencias administrativas de inferior jerarquía que se encuentren desconcentradas -*vgr.* Inspectorías del Trabajo- o que su ubicación sea ajena a la ciudad de Caracas, como ocurre por ejemplo en el caso de algunas Universidades Nacionales, Colegios Universitarios y Colegios Profesionales. Inclusive, aplicar dicho criterio en amparo, como ocurre en áreas especiales como el caso de contencioso funcionarial, y hasta, por la protección en amparo en áreas particulares como en el caso de los servicios públicos, tal como así lo dispone el artículo 259 de la Constitución, haría prácticamente nugatorio para los afectados ejercer el amparo en procura de proteger sus derechos si obligatoriamente deben accionar ante las Cortes de lo Contencioso al margen del lugar donde ocurrió la afectación del derecho, o el lugar donde en realidad se encuentre el ente o dependencia administrativa.

En conclusión, considera esta Sala que mantener el criterio residual para el amparo partiendo de lo que establecía el artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no resulta idóneo frente al principio de acceso a la justicia, siendo necesario aproximar la competencia en aquellos tribunales contenciosos más próximos para el justiciable, ello, por considerarse que de esta manera en lo referente a la protección constitucional se estaría dando cumplimiento a la parte final del artículo 259 de la Constitución cuando dispone que el deber para el Estado de “disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

...*omissis*...

Por ende, esta Sala determina que el criterio residual no regirá en materia de amparo, por lo que en aquellos supuestos donde el contencioso administrativo general le asigne la

competencia a las Cortes para el control de los actos, ese criterio no será aplicable para las acciones de amparo autónomo, aplicándose, en razón del acceso a la justicia, la competencia de los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo con competencia territorial donde se ubique el ente descentralizado funcionalmente (*v.gr.* Universidades Nacionales) o se encuentre la dependencia desconcentrada de la Administración Central, que, por su jerarquía, no conozca esta Sala Constitucional.

En igual sentido, y para armonizar criterio, lo mismo ocurrirá si el amparo autónomo se interpone contra un ente u órgano de estas características que, con su actividad o inactividad, haya generado una lesión que haya acontecido en la ciudad de Caracas: en este caso la competencia recaerá en los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital.

Por último, en caso de apelación, la competencia en este supuesto sí corresponderá a las Cortes, quienes decidirán en segunda y última instancia en materia de amparo...". (Negrillas de esta Corte).

De lo antes expuesto se desprende, que la aplicación del criterio de la competencia residual en materia de amparo constitucional dificulta el acceso a la justicia, por lo que en aquellos supuestos donde el contencioso administrativo general le asigna la competencia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo para el control de los actos, en los casos de amparo autónomo la competencia corresponderá a partir de la citada decisión a los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región donde se ubique el ente descentralizado funcionalmente o la dependencia desconcentrada de la Administración Central, que, por su jerarquía, no conozca la Sala Constitucional, aún cuando se encuentren localizados en la Región Capital, mientras que a las Cortes corresponde su conocimiento en Alzada.

Ahora bien, esta Corte advierte que el referido fallo vino a modificar el régimen competencial que existía en materia de amparo constitucional, siendo que de acuerdo al principio de la *perpetuatio fori* la competencia del órgano jurisdiccional -cuando la ley no disponga expresamente lo contrario- se determina por la situación fáctica y normativa existente para el momento de interposición de la demanda; sin embargo, en el caso de autos el cambio no obedece a una nueva ley sino a una interpretación establecida con carácter vinculante por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que incide sobre un tema de estricto orden público, como es la competencia, por lo que su acatamiento debe privar ante la existencia del señalado principio.

Ello así, visto que la presente acción de amparo constitucional fue ejercida contra el Registrador Subalterno del Tercer Circuito del Municipio Autónomo Maracaibo del Estado Zulia, en fecha 1° de diciembre de 1994, siendo un servicio público, declaratoria que tiene como efecto el sometimiento de tales actividades al régimen especial que supone la tutela del interés general por parte del Estado.

De modo que, visto que nuestro Máximo Tribunal ha establecido claramente los lineamientos establecidos para la distribución de las competencias para el conocimiento de las acciones de amparo constitucional, considera esta Corte en razón del Organismo presuntamente agravante se encuentra ubicado en el estado Zulia, considera esta Corte que corresponde la competencia para conocer la presente acción de amparo constitucional al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental, razón por la cual esta Corte NO ACEPTA LA DECLINATORIA DE COMPETENCIA efectuada por el referido Juzgado. Así se declara.

Ahora bien, vista la anterior declaratoria, correspondería a esta Corte, por ser el segundo Tribunal en declararse incompetente, solicitar la regulación de competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; sin embargo, es importante señalar el contenido de la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.439 de fecha 3 de noviembre de 2009, (caso: *Otoniel Pautt Andrade vs. HIDROCAPITAL*), estableció lo siguiente:

“...Esta Sala Constitucional procede al conocimiento de la presente causa suscitada con ocasión al recurso de regulación de competencia interpuesto por el accionante, contra la sentencia dictada, el 3 de febrero de 2009, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró su incompetencia para conocer de la acción de amparo constitucional, interpuesta por el ciudadano Otoniel Pautt Andrade, contra la sociedad mercantil C.A. HIDROLÓGICA DE LA REGIÓN CAPITAL (HIDROCAPITAL).

Por otra parte, esta Sala determina que la solicitud de regulación de competencia interpuesta con ocasión a la sentencia que declaró la incompetencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el presente amparo resulta improponible en cuanto a derecho se refiere; toda vez que dicho recurso, al corresponder a una incidencia procesal destinada al cuestionamiento de la competencia de un tribunal, no puede ser subsumida dentro del carácter expedito y eficaz inherente al procedimiento de amparo, en los términos expresamente establecidos en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En ese sentido (*vid.* s.S.C. núm. 1437/2000, del 24 de noviembre) con idéntica fundamentación respecto a la ausencia de incidencias procesales en los procedimientos de amparo, esta Sala, al descartar la posibilidad de regulación de competencia en este tipo de procedimientos, señaló:

‘La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, al regular la acción de amparo constitucional no hizo una regulación que comprendiera todas las situaciones que de índole procesal se podían presentar en esta materia. En atención a ello, el referido texto legislativo dispuso en su artículo 48 que le resultaban supletorias todas las disposiciones procesales en vigor. Sin embargo, la señalada disposición debe ser interpretada con las debidas restricciones, ya que siendo el amparo una acción especial que se caracteriza por su esencia breve y sumaria, al mismo no siempre le resultan aplicables las normas procesales vigentes, las cuales, en muchos casos, no se corresponden con la referida naturaleza del amparo, por estar enfocadas a regular otros aspectos del procedimiento distintos a la brevedad y celeridad.

Estas consideraciones resultan perfectamente aplicables a la figura del recurso de regulación de competencia, por cuanto el mismo, al producir en algunos casos la suspensión del proceso y en otros la imposibilidad de que el juez decida el fondo de la causa, tal y como lo prevé el último aparte del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, resulta inaplicable al proceso de amparo’.

Cabe destacar al respecto que esta Sala ha tenido oportunidad de referirse a la inviabilidad de este recurso ante este tipo de acciones y, en este sentido, estableció en un caso análogo al presente, el criterio que a continuación se cita:

‘Visto que los autos fueron remitidos en virtud de la interposición de un recurso de regulación de competencia, estima esta Sala necesario determinar la procedencia del referido recurso en materia de amparo, y al respecto aprecia lo siguiente: La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, al regular la acción de amparo constitucional no hizo una regulación que comprendiera todas las situaciones que de índole procesal se podían presentar en esta materia. En atención a ello, el referido texto legislativo dispuso en su artículo 48 que le resultaban supletorias todas las disposiciones procesales en vigor. Sin embargo, la señalada disposición debe ser interpretada con las debidas restricciones, ya que siendo el

amparo una acción especial que se caracteriza por su esencia breve y sumaria, al mismo no siempre le resultan aplicables las normas procesales vigentes, las cuales, en muchos casos, no se corresponden con la referida naturaleza del amparo, por estar enfocadas a regular otros aspectos del procedimiento distintos a la brevedad y celeridad. Estas consideraciones resultan perfectamente aplicables a la figura del recurso de regulación de competencia, por cuanto el mismo, al producir en algunos casos la suspensión del proceso y en otros la imposibilidad de que el juez decida el fondo de la causa, tal y como lo prevé el último aparte del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, resulta inaplicable al proceso de amparo. Así se ha pronunciado la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, cuando en su decisión de fecha 29 de julio de 1992 dispuso lo siguiente: ‘el legislador, en materia de amparo, tuvo la intención de excluir el sistema de la regulación de competencia como medio de impugnación otorgado a las partes contra la decisión donde se declare competente o incompetente al Juez para conocer del amparo, consagrando únicamente el sistema de conflicto negativo entre jueces, del cual conocerá el Superior respectivo, ya sea entre tribunales de primera instancia, como el suscitado en los tribunales superiores cuando conozcan éstos en primera instancia, caso en el cual sería esta Corte la encargada de solucionar el conflicto. Es decir, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no prevé el sistema de regulación de competencia sino el conflicto de competencia negativo, lo que estaría en comunión con la característica de breve y sumario del procedimiento de amparo’. Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala debe declarar improcedente el recurso de regulación de competencia presentado en la presente causa y así se decide.’ (sentencia de esta Sala N° 1.437 del 24 de noviembre de 2000)”.

Este criterio ha sido constantemente ratificado por la Sala en esta materia, debido a la garantía que representa la inmediatez en la decisión del amparo constitucional; previsión que ha sido considerada tanto por el Legislador, como la jurisprudencia de esta Sala, al establecer la imposibilidad de sustanciar incidencias que hagan nugatoria una decisión eficaz y efectiva en materia de derechos constitucionales (*vide*, entre otras, s. S.C. N° 251/00, del 25 de abril; 1437/00, del 24 de noviembre; 1497/2001, del 13 de agosto; 166/02, del 7 de febrero; 2261/02, del 25 de septiembre; 2607/2002, del 22 de octubre; 2769/2003, del 24 de octubre; 407/2004, del 19 de marzo).

Por tanto, la Sala declara improponible en derecho la regulación de competencia de autos, toda vez que, siendo la característica del amparo su naturaleza breve, sumaria y eficaz, la misma no debe tener incidencias procesales que impida su trámite y decisión en forma oportuna y eficaz, tal como lo exige el artículo 12 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

En tal sentido, esta Sala advierte a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que en lo sucesivo se abstenga de tramitar solicitudes de regulación de competencia, por cuanto las mismas, en atención a las razones antes expuestas, desvirtúan el carácter expedito y eficaz que debe caracterizar al procedimiento de amparo constitucional...”

Vista la anterior decisión, es claro para esta Corte el criterio según el cual no es proponible la solicitud de regulación de competencia en materia de amparo por ser esta una acción especial que se caracteriza por su esencia breve, sumaria y eficaz, ya que la regulación de competencia produce en algunos casos la suspensión del proceso y en otros la imposibilidad de que el Juez decida el fondo de la causa. Por lo que esta Corte DECLINA la competencia al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental, por ser el Juzgado competente en primera instancia de conformidad con el criterio jurisprudencial antes expuesto y en aras de salvaguardar el derecho al juez natural, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva de las partes. Así se decide.