

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Tercer Trimestre de 2011

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogado
Secretaria de Redacción de la Revista

Marianella Villegas Salazar
Abogado Asistente

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico. La Ley: Principio de irretroactividad.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales: La garantía de igualdad ante la Ley. 2. Derechos individuales. A. Derecho a la protección de datos personales. B. Derecho de petición y oportuna respuesta. C. Derecho a la Libertad de expresión en materia publicitaria. 3. Derechos Sociales y de las Familias. A. Derecho a la Salud. a. Medicina prepagada. b. Exclusión de enfermedades preexistentes en los contratos suscritos con empresas de servicios de asistencia médica. B. Derecho de los consumidores y usuarios a disponer de bienes y servicios de calidad.*

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional. A. El Poder Legislativo: Inmunidad parlamentaria. B. El Poder Judicial. a. Medios alternativos de resolución de conflictos: Arbitraje. 2. El Poder Municipal. A. Los Municipios. a. Síndico Procurador Municipal (actuación en juicio). b. Consejo local de planificación pública (organizaciones vecinales y comunitarias que lo integran) Elecciones*

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen Económico: Libertad de empresa. Restricciones. 2. Propiedad y expropiación. A. Derecho de Propiedad. B. Prohibición de confiscaciones.*

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Principio de Legalidad Tributaria. 2. Tributos: Impuesto a las actividades económicas.*

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Aspectos generales del proceso contencioso administrativo. A. Prerrogativas procesales de los entes públicos. a. Consulta de fallos contrarios a los intereses de la República. b. No extensión de privilegios y prerrogativas a las empresas del Estado. 2. El Procedimiento Contencioso Administrativo de Anulación. A. Medidas cautelares: Revocatoria. B. Sentencia. a. Vicios. Falso supuesto. b. Apelación (Fundamentación). 3. El Contencioso Administrativo Especial. A. El Contencioso Administrativo Electoral: Competencia. B. El Contencioso Administrativo Agrario: Acciones posesorias.*

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Recurso de Inconstitucionalidad. Leyes derogadas.* 2. *Recurso de Interpretación Constitucional.* 3. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional.* A. Poder de postulación. B. Objeto: Decisiones definitivamente firmes que han adquirido el carácter de cosa juzgada. 4. *Acción de Amparo Constitucional.* A. Competencia. Sala Constitucional. B. Admisibilidad: Existencia de otros medios procesales. C. Medida cautelar. a. Requisitos. b. Decisión por juez incompetente.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico. La Ley: Principio de irretroactividad*

TSJ-SC (1092)

13-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Corporación Industrial Class Light C.A. y Class Light Publicidad C.A. (Impugnación del Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996).

El principio de irretroactividad normativa se encuentra justificado en la seguridad jurídica que debe ofrecer el ordenamiento a los ciudadanos en el reconocimiento de sus derechos y relaciones ante la eventual mutabilidad de la legislación.

...Precisamente, una de las consecuencias del principio de publicidad normativa y, por tanto, de la entrada en vigencia de las normas jurídicas, es el principio de irretroactividad de la ley establecido en nuestra Carta Magna en su artículo 24, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aún en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o rea.”

Como puede observarse de la norma antes transcrita, la aplicación de las disposiciones legislativas parte del momento de su publicación y, en consecuencia, la aplicación retroactiva está prohibida, salvo la única excepción de la despenalización o de la sanción menos gravosa de una conducta. Cabe agregar que este principio de irretroactividad normativa se encuentra igualmente justificado en la seguridad jurídica que debe ofrecer el ordenamiento a los ciudadanos en el reconocimiento de sus derechos y relaciones ante la eventual mutabilidad de la legislación.

Entonces, tal como señaló esta Sala: “resulta contrario al principio de irretroactividad de la ley aplicar una norma jurídica a una situación fáctica anterior a su entrada en vigencia y, de allí, que la inconstitucionalidad de una norma legal por violación del principio *in commento*, devenga del hecho de establecer disposiciones que regulen situaciones jurídicas precedentes a su promulgación, lo cual, no ocurre en el presente caso.

En efecto, la norma atacada, cuya vigencia se encuentra suspendida desde el 15 de junio de 1999, ni establece expresamente que regulará hechos acaecidos con anterioridad a su publicación, ni ha tenido efectividad práctica hasta la fecha y, tampoco, puede incidir de

manera negativa en la actividad publicitaria que haya empezado a desarrollarse durante el tiempo que estuvo suspendida, pues, en tal caso, no estaríamos en presencia de la irretroactividad de la ley, sino de los actos o actuaciones que se pudieran desarrollarse conforme a un artículo que estaba suspendido.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales: La garantía de igualdad ante la Ley*

TSJ-SC (1092)

13-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Corporación Industrial Class Light C.A. y Class Light Publicidad C.A. (Impugnación del Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996.

El texto Constitucional reconoce expresamente a la igualdad como una de las bases del sistema político instaurado, sobre el cual surge un deber de protección que trasciende la noción retórica, para asumirlo como una técnica jurídica operante, que tiende a equilibrar las situaciones jurídicas de los particulares de una manera no sólo declarativa, sino también real y verdadera.

...Véase Sentencia N°1709 de 7-8-2007, Caso: *Impugnación Art.493 (derogado) del Código Orgánico Procesal Penal*, en *Revista de Derecho Público* N° 111, 2007, pp.144-146

...Así, la igualdad se presenta como una de las decisiones políticas fundamentales del Estado Social de Derecho y de Justicia, del cual constituye un presupuesto cardinal y básico. Es decir, es una regla primaria de los sistemas jurídicos que se considera, a su vez, un aspecto de libertad, pues tal como afirma Hauriou (*Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Editorial Ariel, p. 67), si todos los hombres son plenamente libres, son por ello mismo iguales.

En consonancia con lo expuesto, nuestro Texto Fundamental reconoce en el artículo 21, al principio de igualdad como un “elemento rector de todo el ordenamiento jurídico,” (Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial 2009, p. 289), es decir, como “un valor inserto en nuestro Ordenamiento, que se traduce en un principio general, el cual a su vez se concreta como derecho subjetivo que afecta a todos los derechos constitucionales, y como obligación de los poderes públicos de hacerla real allí donde no surja de forma espontánea” (Molas, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, 1998, p. 299).

De esta manera, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce expresamente a la igualdad como una de las bases del sistema político instaurado, sobre el cual surge un deber de protección que trasciende la noción retórica, para asumirlo como una técnica jurídica operante, que tiende a equilibrar las situaciones jurídicas de los particulares de una manera no sólo declarativa, sino también real y verdadera.

Con ello, es uno de los fines del Estado, que consiste en el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias, lo cual implica, que ante diferencias fácticas, la ley no puede establecer disposiciones uniformes.

En este contexto, García Morillo afirma (*Derecho Constitucional*, 2000, p. 171), que es un derecho prototípicamente relacional, por cuanto antes de concebirlo de manera autónoma, se observa conjuntamente con otro derecho o en una determinada situación material, es decir, “no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con – esto es en la regulación, ejecución o aplicación, ejercicio, etc.- el acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, por solo poner unos ejemplos” (García Morillo, *ob. cit.*, p. 174).

En efecto, el derecho a la igualdad “no es propiamente hablando un derecho autónomo de los otros derechos, puesto que difícilmente puede materializarse en abstracto” (Molas, *ob. cit.*, p. 299), es decir, que aparece adminiculado con otros derechos, concretándose siempre en una situación material determinada.

Este derecho, ha ido “superando cada vez más el concepto formal de igualdad ante la ley y adentrándose en el de igualdad material, esto es, igualdad dentro de la ley o en la ley. En cierta forma, ello ha supuesto la ruptura, al menos parcial, de los caracteres de universalidad, generalidad, abstracción y duración de la ley, al admitirse las leyes singulares o sectoriales –con destinatarios individuales o grupales concretos-, las leyes temporales –cuya validez se persigue sólo durante una época concreta- y las leyes diferenciadoras, que, aún siendo generales o duraderas, otorgan distintos tratamientos en función de sus características” (García Morillo, *ob. cit.*, p. 172).

Tal fenómeno no es injustificado, pues viene determinado por la constatación de diferencias entre las situaciones fácticas de los sujetos de derecho y por la obligación que no pocas Constituciones, entre ellas la de 1999, imponen a los Poderes Públicos, de procurar que esa igualdad sea real y efectiva. Estas circunstancias, aunadas a la complejidad de la sociedad moderna y al carácter social del Estado venezolano, explican que un gran número de normas otorguen hoy, tratamiento diferente a supuestos de hecho que se entienden distintos.

Actualmente, la igualdad se constituye en una situación jurídica de poder, que permite la “reacción frente a la posible arbitrariedad de los poderes públicos. No se trata ya de que éstos no puedan, en sus actuaciones, diferenciar entre individuos o grupos: se trata de que, si lo hacen, su actuación no puede ser arbitraria. Es, por lo tanto, un principio negativo, limitativo, que acota un ámbito de actuación de los poderes públicos, y reaccional, que permite a los particulares reaccionar frente a las actuaciones de aquellos cuando sean arbitrarias” (García Morillo, *ob. cit.*, p. 173).

De este modo, “la igualdad jurídica no implica un trato igual en todos los casos con abstracción de los elementos diferenciadores. Se prohíbe la discriminación, pero no toda desigualdad es una discriminación. Se prohíben las normaciones <<no justificadas>> (es decir arbitrarias o discriminatorias), pero no las normaciones diferenciadas, si corresponden a supuestos de hecho diferentes” (Molas, *ob. cit.*, p. 301). A mayor abundamiento, los dos corolarios de la noción de igualdad: a) no asimilar a los distintos y b) no establecer diferencias entre los iguales.

En este mismo sentido, el referido autor sostiene, que “la igualdad no exige tratar de manera igual situaciones diferentes” (Molas, *ob. cit.*, p. 301), sino, que prohíbe la discriminación, que consiste en la diferenciación “que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes sino inferiores (en ciertos aspectos al menos). El motivo de la discriminación es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación.” (Bilbao, *La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Particulares*, 1997, p. 398).

Al respecto, esta Sala, en sentencia del 17 de febrero de 2006, dictada en el caso *José Gómez Cordero*, señaló:

“el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad -igualdad como equiparación-, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad -igualdad como diferenciación-. En este último supuesto, para lograr justificar el divergente tratamiento que se pretenda aplicar, el establecimiento de las diferencias debe ser llevado a cabo con base en motivos objetivos, razonables y congruentes.

De lo anterior se desprende que no resulta correcto conferirle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos (*Vid.* GUI MORI, Tomás. *Jurisprudencia Constitucional Integral* 1981-2001, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 2002, p. 332). Lo que podría resumirse en dos conclusiones: ‘No asimilar a los distintos, y no establecer diferencias entre los iguales,’ como se dijo *ut supra*”.

Con ello, no cualquier trato desigual resulta discriminatorio, pues sólo lo es el trato desigual no basado en causas objetivas y razonables. En efecto, “la igualdad constitucional no prohíbe que el legislador diferencie. Si lo hiciera, el legislador no podría hacer nada. No se aprobaría ni una sola ley. Lo que prohíbe es que diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada. Es decir, que tome partido ante el ejercicio del derecho a la diferencia” (Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 2000, p. 311).

De allí, que el legislador pueda introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, con lo cual la vigencia del principio de igualdad, no debe analizarse desde una visión puramente formalista.

Sobre este particular, esta Sala estableciendo que “es posible que el ordenamiento jurídico establezca diversas regulaciones de carácter particular que no sean violatorias de los preceptos constitucionales.”

2. *Derechos individuales*

A. *Derecho a la protección de datos personales*

TSJ-SC (1318)

4-8-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Germán José Mundarain Hernández y Otros (Impugnación del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fija interpretación vinculante respecto del derecho a la protección de datos personales.

Igualmente, esta Sala advierte que corresponde a la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, en ejecución de las obligaciones establecidas en la vigente Ley de Instituciones del Sector Bancario, adecuar el ordenamiento jurídico estatutario aplicable al Sistema de Información Central de Riesgos, por lo que se exhorta a la mencionada Superintendencia, que proceda a adecuar su normativa a la legislación vigente. En tal sentido, debe precisarse que si bien el 24 de octubre de 2006, la entonces Superintendencia de Bancos y Otras

Instituciones Financieras, remitió proyecto de “Resolución de Normas de funcionamiento del sistema de Información Central de Riesgos (SICRI)”, con el objeto “que [este] (...) Tribunal evalúe el contenido del mencionado documento y nos indique la viabilidad de emisión del mismo”, tal solicitud no puede ser objeto de consideración, en tanto que no corresponde a este órgano jurisdiccional el ejercicio de una función consultiva como la planteada, por cuanto no se subsume en las competencias que rigen a este órgano jurisdiccional, por lo que se desestima la misma.

Al margen de las anteriores consideraciones, no escapa al conocimiento de la Sala, que en la actualidad no existe un marco legal que regule en forma sistematizada la protección de datos y particularmente el llamado derecho de autodeterminación informativa, cuyo reconocimiento y contenido se deriva de la retícula normativa contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de la jurisprudencia vinculante de esta Sala, la cual reiteradamente ha señalado que las normas constitucionales tienen aplicación inmediata (*Cfr.* Sentencia N° 1.050/00), en tanto los derechos y garantías constitucionales, cuyo ejercicio no han sido desarrollados por la ley, no por ello pierden vigencia y se hacen inaplicables, sino por el contrario vinculan de forma inmediata el ejercicio de las competencias entes y órganos que integran la administración y de los derechos y deberes de la sociedad en general.

Efectivamente, a partir de los derechos fundamentales se forjan un conjunto de estadios normativos que se vinculan entre sí, para la tutela efectiva de los derechos y garantías, por lo que a la par de la garantía judicial inmediata que se derivó de la entrada en vigencia de la Constitución, se generó igualmente el deber de todos los órganos que ejercen el Poder Público, emprender en el marco de sus competencias, una redefinición estructural del arquetipo existente para el funcionamiento de los órganos del Poder Público y, particularmente de sus relaciones entre sí y con la sociedad, en orden a armonizarlo con los fines que le han sido constitucionalmente encomendados

(Véase Sentencia N°332 de14-3-2001 Caso: *Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (Director de drogas y Cosméticos)* en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88, 2001, p.483 y ss.)

Ahora bien, aunado a las anteriores consideraciones, es preciso que las regulaciones generales y sectoriales que se implementen para la defensa del derecho a la protección de datos, respondan a los principios contenidos en la Constitución, particularmente en los artículos 20, 28, 60 y 143 de la Constitución, los cuales establecen expresamente que:

“Artículo 20. Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”.

“Artículo 28. Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

“Artículo 60. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”.

“Artículo 143. Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, recoge la protección de datos de carácter personal, la cual se constituye en un derecho fundamental autónomo que subyace en el contenido de los artículos parcialmente transcritos y que tiene como finalidad cardinal, permitir que todas las personas puedan controlar el acceso y uso por terceros de sus datos personales y, a su vez, que evitar los datos de carácter personal recogidos sufran desviaciones de la finalidad para la que fueron recabados. En tal sentido, debe tenerse en consideración que la protección de datos hace referencia a un “conjunto de bienes o intereses que pueden ser afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas que pueden ser identificadas o identificables” -Cfr. ANTONIO PÉREZ LUÑO. *Nuevos Derechos Fundamentales en la Era de la Tecnología: La libertad informática. Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, N° 2, 1989/90, p. 172-173-. La concepción del derecho a la protección de datos de carácter personal, trasciende entonces el resguardo del ámbito íntimo de la vida privada, y alcanza la posibilidad de controlar esa información, a los fines de asegurar a las personas frente al riesgo que supone el acopio y transmisión de sus datos, como una cuestión que en muchos casos se extiende (más allá del interés particular) a la necesidad de la sociedad en general de contar con medios que la protejan, ante el uso indebido de su información, la cual puede conducir a la negación de derechos fundamentales -vgr. participación- o en la ineficacia de las instituciones que hacen posible su ejercicio.

La relevancia de una debida protección de datos personales en el marco de la sociedad moderna, ha generado a nivel mundial el surgimiento de un marco regulatorio en la materia de protección de datos personales, tal como se desprenden de los principios establecidos por la Organización de las Naciones Unidas -vgr. Asamblea General, Resolución 45/95 del 14 de diciembre de 1990-, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -vgr. Directrices Relativas a la Protección de la Intimidad y de la Circulación Transfronteriza de Datos Personales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)-, normativas generales a nivel regional, como el Convenio N° 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal o a nivel nacional, como en México, con normas como la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

Así, el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, claramente diferenciado del derecho a la intimidad personal y familiar de las personas, al establecer lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

Del contenido del artículo parcialmente transcrito, resulta claro que toda regulación o actividad vinculada al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, comporta la garantía que los datos correspondientes sean tratados de modo leal y respondan para fines concretos, sobre la base del consentimiento del interesado o como consecuencia de algún otro fundamento legítimo, previsto legalmente, aunado a que toda persona tendrá los derechos de acceso, rectificación y cancelación al tratamiento y la existencia de una autoridad independiente encargada de velar por la garantía del derecho.

Igualmente, la ya citada Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1990, considera como garantías mínimas que deben prever las legislaciones nacionales, los principios de legalidad y lealtad; exactitud; especificación de la finalidad; acceso de la persona interesada; no discriminación; limitación de la facultad para hacer excepciones; seguridad; supervisión y sanciones, a través de una autoridad que deberá ofrecer garantías de imparcialidad, independencia y competencia técnica; flujo transfronterizo de datos basado en la similitud de las salvaguardas y de campo mínimo de aplicación general a todos los archivos informatizados públicos y privados.

A nivel jurisprudencial, en el Derecho Comparado, la Corte Constitucional de Colombia a través diversos fallos ha definido el alcance y características del habeas data, así como las condiciones que deben rodear el tratamiento de los datos personales consagrado en el artículo 15 de la Constitución de 1991. Concretamente, en su sentencia N° T-414/92, estableció que:

“al dato no puede aplicarse en todo su rigor el derecho clásico de propiedad. En verdad, bien miradas las cosas, salta a la vista la existencia de varios sujetos con distintas relaciones. Uno es el sujeto del cual se dice algo o al cual algo le concierne en el universo informativo construido a partir del dato. Otro es el sujeto que, aplicando unos códigos o gramáticas como instrumentos auxiliares, hace que el dato se convierta en información.

Pueden existir otros cuya labor específica es la circulación y difusión de la información con destino a los clientes habituales de los medios de comunicación. La labor primordial de estos últimos sujetos es, como se ve, hacer que el dato se convierta en esa mercancía denominada a veces noticia, apta para el consumo de su clientela que las nuevas tecnologías de información permiten ampliar más y más cada día. En estas condiciones, los diversos sujetos son apenas titulares de algunas facultades que no les confieren necesariamente la calidad de propietarios. Muchas veces no son más que simples depositarios forzosos.

De otra parte, la facultad de difusión que es, como se sabe, propia del derecho a la información, adquiere un contenido económico que muy a menudo dificulta establecer un límite claro entre el ejercicio del derecho a la información como dimensión de la libertad política y presupuesto de una democracia participativa y pluralista, y la simple actividad empresarial de producir más y más noticias para una creciente clientela teniendo como materia prima los datos. Algunos se apropian codiciosamente de ellos, como si se tratara de colegiales indisciplinados a la caza de frutos silvestres en predios que consideran baldíos y que son en verdad los huertos de sus iracundos vecinos o colegas.

Lo cierto es que por las muy estrechas relaciones entre el dato personal y la intimidad que atrás hemos destacado, la sola búsqueda y hallazgo de un dato no autoriza a pensar que se ha producido simultáneamente su apropiación exclusiva y, por tanto, la exclusión de toda pretensión por parte del sujeto concernido en el dato.

De ahí que no pueda hablarse de que existe un propietario del dato con las mismas implicaciones como si se tratara de una casa, un automóvil o un bien intangible. Tampoco cabe pensar que la entidad que recibe un dato de su cliente en ejercicio de una actividad económica, se convierte por ello mismo en su propietario exclusivo hasta el punto de que es ella quien pueda decidir omnímodamente su inclusión y posterior exclusión de un banco de datos. Esto

sería tanto como autorizarlo de lleno a desposeer al sujeto, con todas sus consecuencias previsibles, de los ‘perfiles virtuales’ que, como ya hemos visto, pueden construirse a partir de los datos de una persona.

Con las posibilidades que ofrecen hoy las modernas tecnologías de información y, en particular, los bancos de datos computarizados, ello equivaldría también a autorizar a la persona o entidad que recibe el dato a encarcelar ‘virtualmente’ en el banco de datos al sujeto concernido en los mismos. Lo cual, en países que carecen de una legislación específica protectora de la intimidad frente al fenómeno informático, favorecería abiertamente su cotidiana vulneración. Que estos abusos no son simplemente potenciales e imaginarios, lo señala en buena medida el informe del señor Superintendente.

Por eso, a partir de la vigencia del art. 15 de la Carta del 91 y en desarrollo del mismo es indispensable la regulación integral del poder informático para poner coto a sus crecientes abusos. Así lo exige la adecuada protección de la libertad personal frente a los poderosos embates de las nuevas tecnologías”.

En España, por su parte el Tribunal Constitucional en sentencia N° 292/2000, señaló que “el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”, añadiendo que “estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero” y, concluye que “son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele”.

Del contenido de tales experiencias normativas y jurisprudenciales, resulta importante destacar que la regulación no va dirigida exclusivamente a la actividad de los órganos y entes públicos, sino por igual a la actividad desarrollada por particulares que se vinculen o incida sobre el derecho a la protección de datos personales, ya que cualquier regulación parcial, haría nugatorio el mencionado derecho, como por ejemplo puede evidenciarse, en el sector bancario, que cuentan con un Sistema de Información Central de Riesgos, pero el cual no constituiría una garantía real para los usuarios, si sistemas de información paralelos, como los denominados “burós de crédito o sociedades de reportes del consumidor privadas” no ofrecen una protección debida de los datos, bajo los siguientes principios.

Ahora bien, al margen de la necesaria regulación legislativa del Texto Constitucional, de éste se derivan condiciones mínimas de garantía del derecho a la protección de datos personales, que resultan aplicables en términos generales, a todos los sistemas de base de datos personales, los cuales designan al conjunto organizado de datos que sean objeto de tratamien-

to o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los ámbitos público o privado, salvo las excepciones establecidas en la ley.

A tal efecto, esta Sala con carácter vinculante establece que toda normativa o sistema sobre datos personales que contenga información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas determinadas o determinables, debe garantizar

1.- El principio de la autonomía de la voluntad. Lo cual comporta la necesaria existencia de un consentimiento previo, libre, informado, inequívoco y revocable para el uso o recopilación de datos personales.

Al respecto, debe tenerse en consideración que esta Sala ha sostenido en sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002, caso: “*Asodeviprilara*”, que “el que una persona sea capaz no significa que su consentimiento siempre pueda ser manifestado libremente, sin sufrir presiones o influencias que lo menoscaben. Por ello, independientemente de los vicios clásicos del consentimiento (error, dolo o violencia), algunas leyes tienen recomendaciones, normas y otras disposiciones que persiguen que las personas expresen su voluntad con pleno conocimiento de causa o alertados sobre aspectos del negocio. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario es de esa categoría de leyes, en su articulado referente a las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios, contratos de adhesión y a la información sobre precios, pesos y medidas”.

Por ello, la autonomía de la voluntad debe vincularse necesariamente en estos casos, al grado de información que tienen los titulares de los datos en relación al uso de los mismos, vale decir a la finalidad última de la recopilación de la información y sus consecuencias.

Frente a los anteriores asertos, cabe señalar de una vez que la ley puede permitir el acceso a la información personal tutelada por la protección de datos, sin que medie la autorización del afectado, tal como se desprende en el sector bancario del contenido del artículo 89 de la Ley de Instituciones Bancarias del Sector Público, al establecer que:

“Artículo 89

Levantamiento del secreto bancario

El secreto bancario no rige cuando la información sea requerida para fines oficiales por:

1. El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, los Magistrados o Magistradas Presidentes o Presidentas de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, el Ministro o Ministra en el área financiera, el Defensor o Defensora del Pueblo, el Defensor o Defensora Pública General, el Procurador o Procuradora General de la República, el Contralor o Contralora General de la República, el Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, el Presidente o Presidenta del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, el Presidente o Presidenta del Banco Central de Venezuela, el Presidente o Presidenta del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, el Superintendente o Superintendente del mercado de valores y el Superintendente o Superintendente del sector seguros.

2. El Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia para Interior y Justicia, el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia para la Defensa, los Órganos del Poder Judicial, la administración aduanera y tributaria, y la autoridad administrativa con competencia en materia cambiaria, según las leyes.

3. Los jueces o juezas y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el usuario y usuaria de la institución del sector bancario a quien se contrae la solicitud.

4. La Fiscalía General de la República, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios o funcionarias y servidores públicos o servidoras públicas de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que éste otorga soporte económico.

5. El Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, en el ejercicio de sus funciones de supervisión.

6. Los organismos competentes del gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo y la legitimación de capitales.

7. El Presidente o Presidenta de una Comisión Investigadora de la Asamblea Nacional, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público.

En los casos de los numerales 2, 3 y 4, la solicitud de información se canaliza a través de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.

Los receptores o receptoras de la información a que se refiere el presente artículo, deberán utilizarla sólo a los fines para los cuales fue solicitada, y responderán de conformidad con las leyes por el incumplimiento de lo aquí establecido”.

Asimismo, la Sala ha señalado reiteradamente en casos relativos a la existencia de archivos policiales, que estos tienen fundamento legal y no atentan contra derechos constitucionales. En este sentido, se estableció que:

“en sentencia del 29 de octubre de 2004 (caso: *María Isabel Mijares Herbilla*), señaló: ‘Así las cosas, debe concluirse que la existencia per se de tales archivos policiales, legalmente constituidos y llevados, no afecta ilegítimamente los derechos fundamentales de las personas. Lo que puede devenir lesivo, de manera ilegítima, a derechos tales como el de la libertad y la seguridad personales, así como a la honra, a la intimidad de la vida privada y a la reputación –que tutelan la Constitución, en los términos de sus artículos 44, 60 y 143, e instrumentos normativos vigentes en la República; tales los casos de los artículos V, XXV, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 7 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, es el empleo abusivo y contrario a la ley que de tal información se haga. De otro lado, por razones del interés social, la existencia de tales registros es de aceptación universal, como herramienta indispensable que coadyuva a la eficacia de la investigación y la prevención del delito; ello, sin perjuicio de las limitaciones que el ordenamiento jurídico establezca, en relación con el uso de dichos instrumentos, con el propósito de aseguramiento de la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. Así, en el caso de Venezuela, existe una estricta regulación de los registros en referencia, mediante una inequívoca restricción de su empleo para los fines taxativamente señalados en la Ley, razón por la cual el legislador estableció el carácter reservado de los mismos y, por consiguiente, la determinación de quiénes tienen acceso a ellos. Así, los artículos 6 y 7 de la Ley de Registro de Antecedentes Penales, aplicables, mediante interpretación extensiva, a los antecedentes judiciales y policiales –por ende, a la situación presente-, establecen: ‘Artículo 6º. El Registro de Antecedentes Penales es secreto y los datos que en él consten sólo podrán ser suministrados en los casos determinados por esta ley’. ‘Artículo 7º. Solamente se expedirán copias simples o certificadas del Registro de Antecedentes Penales, a las autoridades públicas, por motivo de la función del proceso penal o por razones de seguridad o de interés social en los casos establecidos por la ley. Las autoridades policiales o administrativas no podrán expedir certificaciones relativas a las faltas policiales o administrativas de las que hayan conocido, sino única-

mente al Ministerio de Justicia, cuando éste lo considere conveniente' (...). Resulta claro, entonces, que de la mera existencia, en los registros policiales, penales o judiciales, de antecedentes respecto de alguna persona, no derivaron violaciones como las que, en la presente causa, denunció la parte actora" (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.526/09).

La jurisprudencia parcialmente transcrita, ejemplifica claramente, casos en los cuales la sola existencia de registros como los policiales en los cuales reposan datos inherentes a una persona, de ninguna manera constituye fundamento constitucional ni legal para que sea objeto de limitaciones en sus derechos constitucionales. Pero se insiste, que al margen del carácter lícito para recopilar datos y utilizarlos en casos como los antes señalados, no significa que el afectado pierda su capacidad de autodeterminación en este ámbito.

También deriva del presente principio, el deber de informar al interesado previamente o al tiempo de recolección de datos, elementos como la identidad del responsable de los mismos, los fines para los cuales son recolectados y el modo en que podrá hacer efectivos su derecho a la autodeterminación, así como de cualquier otra información necesaria para garantizar el derecho a la protección de datos personales.

Las anteriores exigencias, deben materializarse en una normativa sectorial que en el caso del sistema bancario regule minuciosamente, qué actividades y omisiones por parte de los usuarios generan su inclusión en el Sistema de Información Central de Riesgos y las consecuencias de la calificación en el mismo.

2.- El principio de legalidad. La recopilación de datos personales comporta que la limitación a la autodeterminación informativa, sea el resultado de normas de rango legal. Así, cualquier limitación al derecho a la "autodeterminación informativa" es admisible en la medida que resguarde un interés general superior que la ley tutele directamente o se fundamente en la Constitución, advirtiéndose en todo caso que las restricciones deberán ser objeto de interpretaciones estrictas, por constituirse en normas restrictivas de derechos. Sentencia N°332 de14-3-2001 Caso: *Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (Director de drogas y Cosméticos)* en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88, 2001, p.483 y ss.)

La información relativa a las personas no debe ser recogida o procesada por métodos desleales o ilegales, ni debe ser utilizada para fines contrarios a los principios y garantías de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Sin embargo, es posible que la ley establezca tratamientos particulares a datos de carácter personal, en la medida que la aplicación de los principios generales pudiera suponer un riesgo para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud pública o la moralidad, lo cual deberá analizarse en cada caso y, será procedente en términos generales, en tanto dicha medida resulte estrictamente necesaria y no excesiva en el ámbito de una sociedad democrática.

En tal sentido, es posible una restricción del derecho a la información ya que como se señala infra, el grado de protección o reserva de los datos personales responden a las circunstancias particulares de cada caso.

Mención aparte, merecen datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, origen racial y la vida sexual del afectado, los cuales sólo podrán ser tratados con su consentimiento, a menos que el afectado los hubiera hecho manifiestamente públicos, o cuando una ley así lo disponga.

A juicio de esta Sala, en materia bancaria cuando el artículo 92 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario en concordancia con el artículo 90 *eiusdem*, establecen una prohibición no absoluta a las instituciones bancarias, las cuales "en consonancia con la presente Ley tienen prohibido informar los antecedentes financieros personales de sus usuarios o usuarias a

cualquier persona natural o jurídica u Organismos Públicos o Privados, exceptuando al mismo usuario o usuaria, a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, al Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, al Banco Central de Venezuela y demás entes autorizados por la presente Ley o Leyes Especiales, salvo que el usuario o usuaria autorice por escrito a la institución, autorización que en cualquier momento podrá ser revocable por el usuario o usuaria” comporta que sistemas de información paralelos, como los denominados “burós de crédito o sociedades de reportes del consumidor privadas”; deban ofrecer una protección debida de los datos y a los usuarios del sistema bancario, bajo los principios contenidos en el presente fallo y a las potestades normativas de la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario.

Ello es posible, sobre la base de la doctrina de los poderes inherentes o implícitos en el ámbito de la actividad administrativa, la cual reitera la Sala debe atender a la posibilidad del intérprete de las normas atributivas de competencia de revisar el espíritu de la norma ‘atributiva’, en forma tal que permite aceptar la existencia de competencia cuando ésta sea consecuencia lógica del dispositivo legal y de la índole de la actividad principal que el órgano o ente ejerza (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 565/08).

Los anteriores razonamientos, sólo contrarían una concepción simple del principio de legalidad, que se restrinja a la literalidad de la exigencia que éste impone respecto a la ineludible existencia de un precepto jurídico que justifique la actuación administrativa, la cual se constituye en una “(...) exigencia [que] debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que por su texto directo. Esta doctrina fue formulada originalmente en el Derecho público Anglosajón, tanto en el ámbito constitucional (inherent powers de la Federación americana, deducidos de su posición general, no mencionados en el pacto federal o Constitución y que una aplicación estricta del principio federal hubiera tenido que interpretar como no transferidos a la Unión por los Estados miembros -Enmienda X-; entre ellos está nada menos que la posición del presidente para conducir las relaciones internacionales), como el del local government (competencias de los entes locales construida sobre el sistema de lista -y no sobre el de la cláusula general-, corregida tal lista con los implied powers). (...) la inherencia o implicación ha de deducirse, no de ninguna imagen ideal o abstracta de unos supuestos poderes ‘normales’ administrativos (imagen que arruinaría la exigencia de la legalidad en su función habilitante), sino de otros poderes expresamente reconocidos por la Ley y de la posición jurídica de los administrados por la Ley y de la posición jurídica singular que ésta construye, como poderes concomitantes de tales o tal posición o, incluso, como filiales o derivados de los mismos (poderes incluidos en otros o derivados) (...)” -*Vid.* Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Reimpresión de la octava edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 440 y De La Cuetara, Juan Miguel, *Las Potestades Administrativas*, ED. TECNOS, Madrid, 1986, p. 101.

Ciertamente, “aun cuando la competencia no esté literalmente contenida en una norma, es posible deducirla acudiendo a una interpretación finalista o sistemática de la misma, ya que si la competencia no surge en forma concreta de la disposición, en orden a materializar los fines del Estado y su cometido esencial de justicia social mediante la prestación de servicios eficientes y bienes de calidad, debe establecerse si la actuación administrativa puede derivarse como consecuencia lógica del texto de ésta” (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 565/08).

Se insiste entonces, que dado que cualquier regulación parcial en esta materia haría nugatorio el derecho a la protección de datos, ya que un Sistema de Información Central de Riesgos, que permita sistemas de información paralelos que no ofrezcan las debidas garantías

a los usuarios del sector bancario, como los denominados “burós de crédito o sociedades de reportes del consumidor privadas”, resulta contrario al contenido y alcance de las normas constitucionales y al ordenamiento estatutario de derecho público aplicable al sistema bancario, es por lo que la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario tiene competencia para regular la actividad desarrollada por dichas instituciones, sobre la base del contenido del último aparte del artículo 90 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario y de conformidad con el contenido del presente fallo.

3.- El principio de finalidad y calidad. La recopilación de datos personales debe responder a finalidades, motivos o causas predeterminadas, que no sean contrarias al ordenamiento jurídico constitucional y sectorial, lo cual se constituye además en un requisito necesario para obtener un consentimiento válido de conformidad con lo indicado en el principio de autonomía de la voluntad.

La elaboración de sistemas o archivos de datos personales, permite con los actuales avances de la tecnología, generar investigaciones que potencialmente pueden influenciar a individuos o sectores de la sociedad, por lo que se pueden constituir restricciones indebidas del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad económica y otros derechos fundamentales.

Por lo tanto, la recolección y uso de datos deben formularse con estricto respeto al principio de buena fe, con lo cual éstos sólo podrán ser obtenidos y tratados para el cumplimiento de finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de quien los obtenga en el marco del ordenamiento jurídico aplicable.

Así, el principio de finalidad comporta igualmente la necesaria proporcionalidad que debe existir en la obtención sólo los datos que resulten adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para los cuales se requieren. Para ello, es necesario en materia bancaria establecer sistemas de datos adecuados, lo que supone necesariamente contar con información sobre los usuarios del sistema financiero, que sea confiable en la medida que pueda reflejar la situación real; plena ya que debe abarcar todo aquello que pueda influir en la situación patrimonial de la banca y su estructura financiera; pertinente o útil, ya que debe comportar no sólo una información actualizada que permita a los interesados -usuarios, administración e instituciones- conocer elementos necesarios para la toma de decisiones, sino que además posibilite prever circunstancias que atenten contra la seguridad del sector; comprensible en tanto garantice que los usuarios puedan efectivamente ponderar las consecuencias de los datos contenidos, su uso, aunado a los medios para obtener su actualización y; finalmente, segura lo cual necesariamente conlleva a la regulación de exigencias mínimas de control de acceso a los mismos, posibilidad de modificación y actualización.

4.- El principio de la temporalidad o conservación. La conservación de los datos se extiende hasta el logro de los objetivos para las cuales han sido elaborados, vale decir, que justificaron su obtención y tratamiento.

El contenido de la recopilación de datos personales, no puede constituirse al margen de la ley, en un medio de estigmatización o de desigualdad, que en forma alguna responda a la realidad o finalidad de la compilación.

Ello resulta particularmente relevante, cuando los datos o información compilada es relativa a sanciones o informaciones negativas acerca de una persona, ya que “no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido” *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-414 del 16 de junio de 1992).

Corolario de lo anterior, es que la materialización de tales asertos, corresponde al ejercicio de las competencias que tiene atribuidas la Superintendencia de las Instituciones Financieras para dictar la normativa prudencial en la materia. Sin embargo, la aplicación de los anteriores principios al sector bancario, y en particular en lo relativo al Sistema de Información Central de Riesgos, en términos generales propendería a generar un registro que garantice el denominado derecho al olvido, conforme al cual los datos tienen por su naturaleza una vigencia limitada en el tiempo y en relación al fin para el cual han sido incluidos en determinado “registro”, lo cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos, la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de “personas virtuales” que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales.

En tal sentido, comparte esta Sala el criterio de la Corte Constitucional de Colombia al señalar sobre el fundamento del derecho al olvido en materia crediticia y, en particular sobre la permanencia indefinida del dato cuando el deudor ha pagado, al asentar que:

“Para la hipótesis específica de las obligaciones con entidades del sector financiero, la actualización debe reflejarse en la verdad actual de la relación que mantiene el afectado con la institución prestamista, de tal manera que el responsable de la informática conculca los derechos de la persona si mantiene registradas como vigentes situaciones ya superadas o si pretende presentar un récord sobre antecedentes cuando han desaparecido las causas de la vinculación del sujeto al sistema, que eran justamente la mora o el incumplimiento.

Considera la Corte que en tales circunstancias, para que la información tenga la característica de veraz, como lo exige el artículo 20 de la Constitución, el nombre y la identificación de quien era deudor y ya no lo es, deben ser excluidos del catálogo de clientes riesgosos.

El pago o solución de la deuda tiene la virtualidad de liberar jurídicamente al deudor, quitando justificación al acreedor para seguir exigiendo algo de él y, con mayor razón, para causar su descrédito (...).

(...)

Los derechos al buen nombre y a la honra deben prevalecer frente al derecho a la información, pues no es justo que se esté suministrando a todo el sector financiero un dato en torno a una persona liberada de la obligación que condujo a su registro y que, pese al pago, se la haga permanecer en la tabla de quienes representan peligro para la banca por no pagar sus deudas cuando los hechos demuestran lo contrario”. (Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-110 del 18 de marzo de 1993 y Sala Sexta. Sentencia T-303 del 3 de agosto de 1993. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara).

De ello resulta pues, que sobre la base del derecho a la protección de datos personales, del derecho a la intimidad y del derecho a actualizar las informaciones que reposan en bancos de datos y en archivos de personas públicas o privadas, constituye una actividad contraria al sistema de derechos fundamentales y, en particular, al ordenamiento constitucional vigente, la conservación de registros o inscripciones en los que se califica como deudor, a una persona que ha pagado sus obligaciones -el capital adeudado y los intereses correspondientes-, pues el pago de la obligación hace desaparecer el fundamento de ese dato justificado plenamente durante el tiempo de la deuda, la mora, el retardo o en general el incumplimiento de la obligación, ya que con posterioridad a la solución, no es posible mantener inalterado o vigente dicho registro, sin incurrir en violación del derecho a la protección de datos personales.

Por ello, quien ha incurrido en alguna mora o retardo en la cancelación de una obligación crediticia, ciertamente debe incluirse en el Sistema de Información Central de Riesgos como ‘deudor moroso’, pero si con posterioridad éste paga su obligación, no podría aceptarse ninguna tesis que le impida ser borrado del correspondiente banco de datos, pues el sentido

de la norma constitucional, y así lo ha entendido la Sala -*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 4.796/07-, es que priva el derecho de toda persona a que la información que sobre ella se recoja o registre en entidades bien sean públicas o privadas sea actualizada; lo que se concreta en la obligación de estas entidades que se encargan de la recolección, tratamiento y circulación de datos, de actualizar sus informaciones incluso de manera oficiosa.

5.- El principio de exactitud y de autodeterminación. Los datos deben mantenerse exactos, completos y actualizados, respondiendo a la verdadera situación de la persona a la que se refieran, ya que toda actividad que comporte la recopilación de datos personales puede ser objeto de control, el cual posee cada ciudadano frente a la información que les concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, dignidad y su libertad ante las injerencias en la zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente de una familia, la cual comprende no sólo sus relaciones afectivas o sexuales, sino también la esfera de confianza que abarca toda la información de un sujeto como afinidad o parentesco, entre otras.

En este sentido, se ha pronunciado la doctrina cuando entiende que la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa, son en cierto modo sinónimos, ya que constituyen un nuevo derecho fundamental que tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivadas en base de datos, controlar su calidad o que impliquen la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados; y disponer sobre su transmisión. (*Vid.* Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María. *La Defensa de la Intimidad de los Ciudadanos y la Tecnología Informática*. Editorial Aranzadi, 1999, pp. 25-26). Para ello, el interesado debe contar con procedimientos claros y expeditos para recabar del responsable del uso o resguardo, confirmación de la existencia o no del tratamiento de datos que le conciernen, así como información relativa los fines de dichos registros y los destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos; que además le permitan lograr de ser procedente, la rectificación o cancelación de los datos que pudieran resultar incompletos, inexactos, inadecuados o excesivos y lograr, que tales modificaciones sean del conocimiento de aquellos a quienes se les haya comunicado la información errada, de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable.

También deriva de este principio, la necesidad de una discriminación en relación a la calificación que se haga de los datos, lo cual se materializa en materia bancaria en lograr un sistema que propenda a reflejar la situación real de los usuarios incluidos en el sistema, así no podría recibir una calificación genérica de deudor moroso, personas que se retrasen por ejemplo en pago mínimo de las tarjetas de crédito y mantengan un buen historial crediticio en relación a otros productos -*vgr.* Créditos hipotecarios-, por lo que la calificación estará vinculada con los respectivos incumplimientos (Principio de finalidad).

6.- El principio previsión e integralidad. La tutela de los derechos fundamentales vinculados con la recopilación de datos personales, debe plantearse inicialmente en relación con la protección del individuo contra la recopilación, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a la persona en los términos antes expuestos, pero el análisis de la posible afectación de sus intereses o derechos, no puede hacerse en todos los casos aisladamente -vinculado a registros de información determinados-, sino necesariamente debe tomar en consideración los datos que integran otros registros y su posible vinculación, ya que si bien éstos pueden carecer en sí mismo de interés, alcanzan un nuevo valor o significado de referencia, en relación con otros sistemas de registro de datos, más aún si se tienen presentes los actuales avances tecnológicos, por lo que no puede afirmarse que algunos datos carezcan per se de interés o relevancia jurídica.

Ahora bien, la averiguación de si existe o no una violación del derecho a la protección de datos -y en general de los derechos fundamentales- y su correspondiente tutela, puede fundarse en elementos esencialmente relativos, ya que como en la denominada “Proclama de Teherán”, aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos el 13 de Mayo de 1968, se declaró que “si bien los recientes descubrimientos científicos y adelantos tecnológicos han abierto amplias perspectivas para el progreso económico, social y cultural, esta evaluación puede, sin embargo, comprometer los derechos y las libertades de los individuos y por ello requerirá una atención permanente”. Igualmente, la “Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad”, de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de noviembre de 1975 expresa que “todos los Estados tomarán medidas apropiadas a fin de impedir que los progresos científicos y tecnológicos sean utilizados, particularmente por órganos estatales, para limitar o dificultar el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales pertinentes”.

Por ello, debe tenerse en consideración que al existir un deber de proteger los derechos fundamentales, ello comprende la posibilidad que exista precaución frente a riesgos o posibles daños graves, por mucho que la incertidumbre científica o técnica que los rodee no permita encajarlos en el concepto tradicional de violación o amenaza de violación, en la medida que “los derechos fundamentales constituyen «mandatos de optimización», imponen la obligación de realizar y salvaguardar un determinado interés en la mayor medida posible, de manera que el Estado está obligado a protegerlos en principio contra cualquier riesgo” -Cfr. GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL. *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*. CEPC, Madrid, 2006, p. 271- bajo los límites que la propia Constitución impone y bajo los principios de racionalidad y ponderación, aplicables en cada caso en concreto.

Dado que la finalidad del Sistema de Información Central de Riesgos, es la de constituirse como una base de datos para “precisar los niveles riesgos”, debe incluir además de usuarios con historial crediticio propiamente dicho, aquellas personas que constituyen bajo el principio de precaución, sujetos que la propia legislación bancaria califica como riesgosos, bien sea para su entrada al sistema bancario o que mediante sentencia definitivamente firme, hayan sido condenados por delitos que atenten contra la integridad en el desarrollo de una actividad económica, como la bancaria o financiera.

Al respecto, esta Sala considera pertinente precisar, que personas condenadas por delitos de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo, terrorismo, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria, o bien aquellos accionistas mayoritarios que directamente o a través de terceros, hayan ocupado cargos de administración o de dirección, consejeros, asesores, consultores, auditores internos y externos, gerentes de áreas, secretarios de la junta directiva o cargos similares, de hecho o de derecho, en una institución del Sistema Financiero Nacional y que haya sido intervenida o liquidada por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario o los entes de regulación del mercado de valores y de las empresas de seguros, se encuentra en una especial situación de riesgo que, por motivos de precaución, deben ser incluidos en el Sistema.

Igualmente, debe aclararse que la incorporación de tales personas al Sistema de Información Central de Riesgos, no constituye una sanción o pena accesoria a la comisión de delitos, sino una medida legislativa cuyo objeto es lograr la integridad y veracidad del registro, para el efectivo cumplimiento de su objetivo, vale decir determinar el nivel de riesgo, en una actividad que constituye un elemento fundamental en la consecución de los postulados contenidos en los ya citados artículos 112, 299 y 308 de la Constitución, dado que la banca y

el resto de las instituciones financieras y comerciales del país, funcionan como los canales de captación y distribución de los capitales hacia los sectores de la economía que hagan un uso eficaz de aquellos y a su vez, coadyuvan en el mantenimiento de la estabilidad económica en general, lo cual se vincula con elementos como la protección de la seguridad y defensa del Estado. Cabe reiterar en tal sentido, que la actividad bancaria debe responder a los principios de transparencia, democratización, sustentabilidad y responsabilidad (*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 794/11). Así, la necesaria inclusión de tales personas en el referido Sistema, tiene su fundamento legal en el artículo 90 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, el cual señala que:

“La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario solicitará información a otras instituciones públicas y privadas sobre el comportamiento en la cancelación oportuna de servicios públicos de las personas naturales o jurídicas, sean usuarios o no del sector bancario nacional, a fin de recopilar información adicional para facilitar la evaluación de riesgos, contribuir con las normas de identificación del usuario y usuaria para la prevención de legitimación de capitales, y facilitar el acceso a productos crediticios a las personas sin historial bancario”.

Ahora bien, al igual que en el caso de los deudores tradicionalmente contenidos en el Sistema de Información Central de Riesgos, debe insistirse que aquellos sujetos que se incluyan por causas vinculadas a delitos de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo, terrorismo, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria, existe igualmente la necesidad de garantizar el principio de temporalidad, advirtiéndose que el tiempo o la generación del derecho al olvido en el presente caso, no se vincula o identifica con el cumplimiento de la pena, sino responde bajo el principio de precaución a la necesidad de monitorear por un plazo determinado el desarrollo de actividades de sujetos activos en el sistema.

Así, personas sometidas a intervenciones o procesos de liquidación, también constituyen posibles sujetos de riesgo, tal como se evidencia de la propia ponderación que formula el legislador al establecer para el procedimiento de intervención (así como la rehabilitación o liquidación), los cuales se caracterizan fundamentalmente por “mantener a la institución bancaria bajo la administración de un administrador o junta administradora designada por el Estado a través de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, para garantizar que la institución conserve su giro comercial con el fin de que adecúe su actividad a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y supere la situación en la cual se encuentra” (Artículo 254 *eiusdem*), lo que “denota una situación irregular que habilita al Estado a actuar en orden a salvaguardar los derechos de los depositantes y agilizar la entrega de activos al Estado, en aquellos casos en los que corresponda”

No sobra anotar entonces, que en ese contexto se establezca la necesaria inclusión al Sistema de Información Central de Riesgos de determinados sujetos vinculados a las instituciones bancarias, ya que si durante el proceso de intervención se estableciere que los activos de la institución del sector bancario de que se trate fueron transferidos a favor de terceras personas naturales o jurídicas de derecho privado, durante los ciento ochenta días continuos inmediatos anteriores a la fecha de la declaratoria de intervención, el Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, debe solicitar al juez competente que dicte las medidas cautelares que estime pertinentes al caso, sin perjuicio de que el Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios proceda de igual forma si detectó tal situación durante la fase de liquidación. Aunado a que coetáneamente, se impone un deber al juez de tutelar efectivamente que los perjuicios que puedan ocasionar tales transferencias no se materialicen, sin partir para ello de los intereses de las partes involucradas en las relaciones contractuales en particular, sino en orden a prevenir daños a los usuarios -directos y potenciales- de la banca -inme-

diatamente afectada por la medida o no-, como sector vulnerable en la actividad y que, por lo tanto, encuentra una protección especial por parte del ordenamiento jurídico, con lo cual las medidas cautelares se mantendrán hasta que el juez o jueza establezca la legalidad y legitimidad de la operación.

Lo anterior se ratifica, ya que también se prevé que la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, instruirá a los administradores de las instituciones del sector bancario que se encuentren sometidos a las medidas señaladas en el artículo 182 *eiusdem* o ante cualquiera de los causales previstos en el artículo 247 *eiusdem*, que solicitarán autorización previa al ente de regulación para realizar cualquier transferencia de sus activos. Ello se ratifica, en los supuestos de liquidación de la institución bancaria, conforme al cual se genera una obligación al Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, de “previa a la declaratoria de liquidación no voluntaria de una institución del sector bancario en la que aparezcan indicios de fraude bancario o financiero, deberá solicitar al juez o jueza competente medidas cautelares sobre los bienes de las personas naturales identificadas en el artículo 186 de esta Ley de la institución del sector bancario declarada en liquidación no voluntaria, que hayan participado en los actos o en la administración que sean objeto de los indicios” (Artículo 261 *eiusdem*). La competencia de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, para dictar normativas prudenciales vinculadas al ejercicio de su actividad de policía y, particularmente, en materia de riesgos, se erige en un medio para la defensa del sistema bancario frente a peligros que atentan contra su sustentabilidad. Por ello, se reitera que tanto la administración sectorial, las instituciones bancarias y las personas que lo integran, así como los órganos jurisdiccionales, deben hacer girar su actuación en el marco de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, para lograr determinar la existencia de peligros o amenazas a la estabilidad del sistema bancario o la negación del objetivo fundamental de la actividad bancaria, contenidos en leyes estatutarias de derecho público en la materia, como la Ley de Instituciones del Sector Bancario, conforme a la cual existe la obligación de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad, mediante el correcto y eficaz desarrollo de la actividad de la banca y demás instituciones financieras, bajo los principios de justicia social -*Cfr.* Sentencia de esta Sala N° 1107/08-.

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

7.- Principio de seguridad y confidencialidad. Corolario de los anteriores principios, es la necesaria garantía -según los casos- de confidencialidad, de no alteración de datos por terceros y del acceso a tales datos por parte de las autoridades competentes de conformidad con la ley. Por lo tanto, deberán adoptarse las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para proteger los datos contra su adulteración, pérdida o destrucción accidental, el acceso no autorizado o su uso fraudulento.

La garantía de seguridad o resguardo de la información, se vincula entonces con el principio de finalidad, en tanto el contenido, uso y finalidad de los datos, determinará el grado resguardo del cual deban ser objeto. Con lo cual, existe una obligación subyacente a cargo de quienes intervienen en cualquier fase del manejo de datos personales, a guardar la debida reserva respecto de los mismos, aun después de finalizada su relación con el titular del archivo de datos.

Como principio general, también debe postularse que debe garantizarse que no procederán transferencias internacionales de datos al territorio de Estados cuya legislación no garantice un mínimo de protección de datos personales conforme a los anteriores principios, teniendo en consideración la naturaleza de los datos, las circunstancias que concurran en cada supuesto, tales como el ordenamiento jurídico estatutario aplicable y el consentimiento del posible afectado.

En tal sentido, se debe tener en consideración en lo que se refiere a la garantía de seguridad que al margen de la obligación contenida en el artículo 91 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, conforme al cual las instituciones bancarias y las instituciones señaladas en el artículo 90 *eiusdem*, suministrarán periódica y oportunamente, la información que se requiere para mantener actualizado el correspondiente registro y que deban contar con sistemas computarizados que les permitan proporcionar dicha información con la periodicidad que determine la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, la normativa prudencial correspondiente a la par de especificaciones técnicas en relación a minimizar el grado de vulnerabilidad de tales sistemas de información, debe implementar restricciones en relación al acceso por parte de las instituciones señaladas en el artículo 90 *eiusdem*, vale decir, no puede sostenerse que cualquier empleado de una institución financiera tenga acceso al referido registro, ya que la información en ella contenida tiene una finalidad específica, que no se corresponde con las funciones de determinados trabajadores de las instituciones bancarias.

8.- Principio de tutela. Al respecto, cabe reiterar que “en sentido amplio el derecho a acceder a la información y al conocimiento del fin (Véase, Sentencia N°332 de 14-3-2001 Caso: *Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (Director de drogas y Cosméticos)* en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88, 2001, p.483 y ss.)

Aunado a la necesidad de contar con el medio de tutela judicial, las personas deben contar con un medio extrajudicial que garantice su derecho a la protección de datos personales, lo cual se concreta en la existencia de órganos o entes públicos que ejercen dicha competencia, por lo que además de conocer de las reclamaciones que les sean dirigidas por los interesados, deberán en el marco del ordenamiento jurídico aplicable, tener la competencia para elaborar o implementar modelos simplificados y basados en estándares técnicos, que permitan generar y medir el nivel de eficacia de las estructuras organizativas y procedimientos vinculados al cumplimiento y el grado de protección de los datos personales.

9.- Principio de Responsabilidad. La violación del derecho a la protección de datos personales debe generar de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable, sanciones de tipo civil, penal y administrativas, según sea el caso.

En ese sentido, la regulación sancionatoria por parte del Estado en materia de protección del derecho a la protección de datos personales, debe hallarse en las características propias de la actividad regulada la cual está fundamentada, tomando en consideración que el manejo de datos, va precedido por la confianza de los usuarios que autorizan su recolección o uso, pero también en la seguridad -en aquellos casos que no sea voluntario- que tal información será objeto de un debido resguardo y uso, por instituciones estructuradas para asumir efectivamente los riesgos que se derivan de sus operaciones, derivado de la convicción de contar con un respaldo normativo que permita certificar la idoneidad de éstas para manejar datos personales. De ello resulta pues, que en sectores donde existe una mayor injerencia en la regulación, control, supervisión y medidas de saneamiento, se manifieste proporcionalmente en materia sanciones administrativas, delitos y penas, que en términos generales extiendan la responsabilidad, no sólo a las personas naturales de las instituciones del sector bancario, sino también a los funcionarios que tienen a su cargo los sistemas de información. Con ello se

indica *per se*, que en el ámbito como el bancario la legislación asume una visión integral de la responsabilidad derivada del funcionamiento del sistema y de la tutela de derechos como el de la protección de datos personales, lo cual abarca no sólo a las actividades desarrolladas por el sector bancario propiamente dicho, sino además a los órganos y entes encargados de velar por la plena aplicación de las normas que informan ese ordenamiento jurídico estatutario de derecho público.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, se exhorta a la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, para que en ejecución de las competencias establecidas en la vigente Ley de Instituciones del Sector Bancario, a adecuar el ordenamiento jurídico estatutario aplicable al Sistema de Información Central de Riesgos, sobre la base de las consideraciones contenidas en la presente decisión y de la normativa aplicable.

B. *Derecho de petición y oportuna respuesta*

TSJ-SPA (1061)

10-8-2011

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (Provea) vs. Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo.

El derecho de petición implica a la vez un deber para la Administración y sus funcionarios de decidir acerca de lo solicitado, sin que la referida obligación implique la emisión de un pronunciamiento favorable a la petición del interesado, y que quienes violen tal derecho de petición “serán sancionados conforme a la ley”, e incluso pueden ser “destituídos del cargo respectivo”.

...Al respecto resulta pertinente citar lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contenido del derecho de petición denunciado como infringido en el caso de autos, cuyo tenor es el siguiente:

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

Respecto al precitado derecho de petición la Sala Constitucional de este Alto Tribunal ha establecido en sentencia del 15 de agosto de 2002 lo siguiente:

“(...) se observa que el derecho presuntamente violado es el derecho de petición y de obtener oportuna respuesta, respecto al cual, esta Sala, en sentencia del 4 de abril de 2001 (Caso: Sociedad Mercantil Estación de Servicios Los Pinos S.R.L.), señaló lo siguiente:

‘Tal como lo exige el artículo 51 de la Constitución, toda persona tiene derecho a obtener una respuesta ‘oportuna’ y ‘adecuada’. Ahora bien, en cuanto a que la respuesta sea ‘oportuna’, esto se refiere a una condición de tiempo, es decir que la respuesta se produzca en el momento apropiado, evitando así que se haga inútil el fin de dicha respuesta.

En cuanto a que la respuesta deba ser ‘adecuada’, esto se refiere a la correlación o adecuación de esa respuesta con la solicitud planteada. Que la respuesta sea adecuada en modo alguno se refiere a que ésta deba ser afirmativa o exenta de errores; lo que quiere decir la norma es que la respuesta debe tener relación directa con la solicitud planteada.

En este sentido, lo que intenta proteger la Constitución a través del artículo 51, es que la autoridad o funcionario responsable responda oportunamente y que dicha respuesta se refiera específicamente al planteamiento realizado por el solicitante’.

Asimismo, también en sentencia del 30 de octubre de 2001 (Caso: Teresa de Jesús Valera Marín y Cruz Elvira Marín vs. Ministro del Interior y Justicia), esta Sala Constitucional señaló lo siguiente:

‘La disposición transcrita, por una parte, consagra el derecho de petición, cuyo objeto es permitir a los particulares acceder a los órganos de la Administración Pública a los fines de ventilar los asuntos de su interés en sede gubernativa. Asimismo, el artículo aludido, contempla el derecho que inviste a estos particulares de obtener la respuesta pertinente en un término prudencial. Sin embargo, el mismo texto constitucional aclara que el derecho de petición debe guardar relación entre la solicitud planteada y las competencias que le han sido conferidas al funcionario público ante el cual es presentada tal petición. De esta forma, no hay lugar a dudas, en cuanto a que la exigencia de oportuna y adecuada respuesta supone que la misma se encuentre ajustada a derecho, pero no implica necesariamente la obligación de la Administración de acordar el pedimento del administrado, sino sólo en aquellos casos en que el marco jurídico positivo permita al órgano de la Administración tal proceder, sobre la base de las competencias que le han sido conferidas’ (...).” (subrayado de esta Sala).

Asimismo, con relación al mencionado derecho de petición esta Sala Político-Administrativa (Véase Sentencia N°332 de14-3-2001 Caso: *Ministerio de Sanidad y Asistencia Social (Director de drogas y Cosméticos)* en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88, 2001, p.483 y ss.)

De las sentencias parcialmente transcritas se colige que toda persona natural o jurídica tiene el derecho de presentar peticiones ante cualquier autoridad sobre los asuntos de su competencia y a obtener respuesta sobre lo solicitado dentro de los lapsos establecidos en la ley (oportuna y adecuada respuesta). El mencionado derecho implica a la vez un deber para la Administración y sus funcionarios de decidir acerca de lo solicitado, sin que la referida obligación implique la emisión de un pronunciamiento favorable a la petición del interesado, y que quienes violen tal derecho de petición “*serán sancionados conforme a la ley*”, e incluso pueden ser). Debe precisarse además que lo peticionado debe guardar relación con las competencias que le han sido conferidas al respectivo funcionario público.

En relación con las competencias del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo conviene citar lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional (publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.654 del 28 de marzo de 2007), aplicable *ratione temporis* (hoy previstas en similares términos -salvo lo relativo a la materia de energía eléctrica- en la prenombrada *Gaceta Oficial* N° 39.294 del 28 de octubre de 2009), que establece lo siguiente:

“Artículo 20. *Son competencias del Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo:*

1. La regulación, formulación y seguimiento de políticas, la planificación, realización y fiscalización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de hidrocarburos, energía en general, petroquímica, carboquímica, similares y conexas;

2. El desarrollo, aprovechamiento y control de los recursos naturales no renovables y de otros recursos energéticos, así como de las industrias eléctrica, petrolera y petroquímica, carboquímica, similares y conexas;

3. *El estudio de mercado y el análisis y fijación de precios de los productos del petróleo, del servicio de la electricidad, de la petroquímica, la carboquímica, similares y conexas;*

4. *La prevención de la contaminación del medio ambiente derivada de las actividades energéticas, de hidrocarburos, petroquímica, carboquímica, similares y conexas, en coordinación con el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente;*

5. *Las demás que le atribuyan las leyes y otros actos normativos”.*

Asimismo, el artículo 6 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36.793 de fecha 23 de septiembre de 1999) consagra:

“Artículo 6. El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, ejercerá la competencia nacional en materia de los hidrocarburos a los cuales se refiere esta Ley y en consecuencia, podrá planificar, vigilar, inspeccionar y fiscalizar a todos los fines previstos en las leyes, las actividades relacionadas con los mismos”.

El artículo 8 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.443 del 24 de mayo de 2006), dispone:

“Artículo 8. Corresponde al Ministerio de Energía y Petróleo la formulación, regulación y seguimiento de las políticas y la planificación, realización y fiscalización de las actividades en materia de hidrocarburos, lo cual comprende lo relativo al desarrollo, conservación, aprovechamiento y control de dichos recursos; así como al estudio de mercados, al análisis y fijación de precios de los hidrocarburos y de sus productos. En tal sentido, el Ministerio de Energía y Petróleo es el órgano nacional competente en todo lo relacionado con la administración de los hidrocarburos y en consecuencia tiene la facultad de inspeccionar los trabajos y actividades inherentes a los mismos, así como las de fiscalizar las operaciones que causen los impuestos, tasas o contribuciones establecidos en esta Ley y revisar las contabilidades respectivas. El Ministerio de Energía y Petróleo realizará la función de planificación a que se refiere este artículo, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo. A los fines del cumplimiento de estas funciones, el Ejecutivo Nacional proveerá los recursos necesarios conforme a las normas legales pertinentes.

Los funcionarios y particulares prestarán a los empleados nacionales que realicen las anteriores funciones, las más amplias facilidades para el cabal desempeño de las mismas”.

El artículo 9 de la Ley Orgánica para el Desarrollo de las Actividades Petroquímicas (publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39.203 del 18 de junio de 2009, reimpresa en la referida *Gaceta Oficial* N° 39.218 del 10 de julio de 2009) establece:

“Artículo 9. Corresponde al Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Energía y Petróleo, la formulación, regulación y seguimiento de las políticas y la planificación, vigilancia, inspección y fiscalización de las actividades reguladas por esta Ley y su Reglamento”.

De las normas transcritas se deriva que al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo le corresponde la regulación, planificación y fiscalización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de hidrocarburos, energía en general, petroquímica, carboquímica, similares y conexas; el desarrollo, aprovechamiento y control de los recursos naturales no renovables y de otros recursos energéticos; el estudio de mercado y fijación de precios de los productos del petróleo, del servicio de electricidad, de la petroquímica, la carboquímica, similares y conexas; la prevención de la contaminación del medio ambiente producto de la actividad energética, de hidrocarburos, petroquímica, carboquímica, similares y conexas en coordinación con el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente.

En el caso de autos se observa de actas que mediante escritos de fechas 13 de junio y 16 de julio de 2008, recibidos por el despacho del Ministro del Poder Popular para la Energía y Petróleo el 13 de junio y 17 de julio de 2008 (folios 40 al 48), la parte recurrente efectuó sus peticiones, sin que conste por parte del referido ministerio una respuesta a tales interrogantes.

Asimismo se evidencia que las últimas tres peticiones -del total de cuatro- efectuadas por la recurrente están referidas a que el Ministro del Poder Popular para la Energía y Petróleo le informe respecto a: 1) “...**los planes y proyectos de construcción de nuevos urbanismos o expansión urbanística con este tipo de viviendas, incluyendo el número de viviendas proyectadas y la ubicación geográfica de las mismas...**”; 2) “...**si este tipo de viviendas será incluida como el sistema oficial de construcción en la nueva Misión Villanueva u otro plan de Estado para solventar el déficit habitacional ...**”; y 3) “...**la posibilidad de realizar visitas institucionales a urbanismo que posean Petrocasas, para hacer evaluaciones de las viviendas...**” (negritas de la cita).

Conviene precisar que las aludidas peticiones de la recurrente, referidas a que se emita información sobre los proyectos de construcción de nuevos urbanismos con las denominadas “PETROCASAS”, no guardan relación con las atribuciones asignadas al Ministerio del Poder Popular para la Energía y Petróleo, lo que permite colegir que el titular de dicho órgano no le corresponde darle respuesta dada su falta de competencia en esa materia, razón por la que esta Sala las desestima por improcedentes. Así se declara.

C. *Derecho a la Libertad de expresión en materia publicitaria*

TSJ-SC (1092)

13-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996 (Corporación Industrial Class Light C.A. y Otras).

La libertad de expresión en materia publicitaria no se limita a la simple exteriorización de una idea o pensamiento, sino que constituye una verdadera manifestación del ejercicio a la libertad económica, en cuanto que la expresión publicitaria es, de ordinario y salvo la publicidad oficial, una actividad mercantil que, como tal, se encuentra sujeta a las restricciones que el artículo 112 de la Carta Magna impone a los derechos económicos.

Por otra parte, las recurrentes denuncian la vulneración del artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se reconoce el derecho a la libertad de expresión en los siguientes términos:

“Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa”.

Tal como se desprende de la norma transcrita, el constituyente de 1999 reconoce en el marco del principio de libertad y de autonomía de la voluntad, el derecho a la libertad de expresión como una de las facultades personales a través de las cuales una persona puede exteriorizar sus procesos intelectuales de acuerdo a sus aspiraciones y capacidades.

En otras palabras, la posibilidad que tiene un sujeto de comunicar y compartir libremente sus temores y esperanzas (Duchacek citado por De Esteban J. González-Trevijano P. (1993). *Curso de Derecho Constitucional Español II*, Madrid, p. 136).

De esta forma, el derecho *in commento* le otorga dimensión social y política a los pensamientos (Torres del Moral. *Introducción al Derecho Constitucional*, Universidad Complutense, Madrid, 1996) y, a su vez, les permite a los sujetos expresar sus puntos de vista de manera omnicomprendensiva, es decir, a través de cualquier vía y, por ende, en su concepción más extensa.

De allí que, la libertad de expresión no se circunscriba a la exteriorización del pensamiento, la idea o la opinión que tiene una persona en un momento determinado, sino que se extienda a la utilización de los mecanismos idóneos para hacerla conocer, lo cual, determina lo que Bronfman. A. et al., (1998) *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Universidad Europea de Madrid-Cees. p. 81), concibe como la doble concepción del derecho a la libertad de expresión, esto es, que el derecho *in commento* se encuentra integrado por varios elementos que lo componen y que pueden ser observados de manera individual.

Por una parte, encontramos el acto de exteriorización de lo que la persona ha desarrollado intelectualmente y, por otra parte, el derecho a comunicarlo a través de cualquier mecanismo en ejercicio de lo que se conoce como el derecho a la pluralidad de fuente. Precisamente, una de las fuentes que ha adquirido mayor importancia como parte del derecho a la libertad de expresión, es el fenómeno publicitario que en los últimos dos siglos ha demostrado ser una de las manifestaciones más trascendentales en lo económico, político y cultural.

En efecto, la actividad publicitaria, entendida como el proceso técnico destinado a atraer la atención del público, para informarlo de un producto, un servicio o una acción con el objetivo de convencer a una persona que adquiera o utilice algo, constituye una de las vías o formas específicas de expresión que, por su especificidad y, como afirma De Esteban J., y González-Trevijano (*Ob. cit.* p. 142), debe ser regulada especialmente en razón de la propia naturaleza de la publicidad para evitar lesiones al bien común o a la salud. Así, igualmente lo afirma López A., (et al. 1998. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Universidad Europea de Madrid-Cees. p. 90), al señalar que la actividad publicitaria, en cuanto a manifestación del derecho a la libertad de expresión, presenta una especificidad que exige la adopción de medidas destinadas a la protección de la moral pública, la juventud y la infancia, frente a expresiones de contenido sexual, violento o incluso ante mensajes que pudieran ser lesivos de la salud y la seguridad ciudadana.

La citada doctrina deja claro que una cosa es la libre posibilidad de exteriorizar un pensamiento, una idea o una opinión de contenido publicitario y, otra cosa, son las condiciones de modo, lugar y tiempo que debe imponer el Estado, en el marco de su poder regulatorio, para que la expresión publicitaria se desarrolle de manera legítima sin afectar el interés general. Entonces, corresponde analizar si en Venezuela tiene cabida la tesis expuesta de limitación a la libre expresión publicitaria, para aquellos casos distintos a los que taxativamente prohíbe el citado artículo 57 del Texto Fundamental, según el cual, los únicos límites del referido derecho son la proscripción de mensajes anónimos, los que hagan propaganda de guerra, los discriminatorios o los que promuevan la intolerancia religiosa.

La respuesta está en la doctrina que esta Sala ha desarrollado sobre el principio de interpretación constitucional: Véase Sentencia N°23 de 22-1-2003, Caso: *Interpretación Art.71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en Revista de Derecho Público* N° 93-94/95-96 2003, pp.107-108

En la referida sentencia, se recoge tanto el principio de unidad o integridad del Texto Fundamental, como el principio de concordancia práctica según el cual, la estructura constitucional (preámbulo, parte orgánica y parte dogmática), no puede observarse como si se tratase de disposiciones autónomas y descoordinadas, sino como el andamiaje jurídico-político que tiene carácter preceptivo en su totalidad.

Así lo ratificó la Sala (caso: *Ángel Rafael Ávila y otros*), en la cual reconoció que un Texto Fundamental,

“...es un conjunto sistemático de valores, principios y normas racionalmente entrelazados, informados por una filosofía política determinada, según la cual se organizan los Poderes Públicos, se atribuyen competencias a los órganos del Estado y se fijan las metas de su actuación. Por ello, ninguno de sus preceptos debe considerarse de manera aislada, ni independiente de los demás, ya que su sentido y alcance se encuentra conectado con los restantes preceptos constitucionales. De este modo, la interpretación intrasistemática de la Constitución obliga a entender sus normas en armonía, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y coherencia”.

Significa entonces, que las disposiciones constitucionales deben ser armonizadas como un todo, en el sentido de no poder hacer abstracción unas de otras y, de allí, que el operador jurídico no deba limitarse a contemplar la norma aislada y aséptica, sino en el contexto general de la Constitución.

Ello así, la libertad de expresión en materia publicitaria no se limita a la mera exteriorización de una idea o pensamiento, sino que constituye una verdadera manifestación del ejercicio a la libertad económica, en cuanto que la expresión publicitaria es, de ordinario y salvo la publicidad oficial, una actividad mercantil que, como tal, se encuentra sujeta a las restricciones que el artículo 112 de la Carta Magna impone a los derechos económicos.

Efectivamente, la libertad de expresión publicitaria se concretiza en un hecho comercial que como se estableció *supra*, está sometido a las limitaciones que el legislador puede imponer legítimamente por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, de acuerdo a lo establecido en el anteriormente analizado artículo 112 de la Carta Magna.

En consecuencia de lo expuesto, esta Sala desestima los argumentos de violación del artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que, la limitación cuya nulidad se pretende, se enmarca dentro de las razones de seguridad y sanidad que justifican la imposición de restricciones a los derechos de libertad económica, y así se declara.

3. *Derechos sociales y de las familias*

A. *Derecho a la salud*

a. *Medicina prepagada*

TSJ-SPA (1001)

21-7-2011

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: SANITAS Venezuela, S.A. vs. Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del consumidor y del Usuario (INDECU), hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS).

En la actualidad la medicina prepagada constituye una forma de actividad aseguradora que se encuentra sujeta al control, vigilancia, supervisión, autorización y regulación de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y, por tanto, quienes la prestan deben cumplir con la normativa prevista en dicha Ley, a fin de desarrollar legalmente su objeto principal, el cual es la prestación de los servicios de salud a sus contratantes

En este sentido, alegan que el *a quo* interpretó erróneamente que la actividad aseguradora de las empresas de medicina prepagada, entre las cuales se encuentra SANITAS, es similar a la actividad desarrollada por las empresas aseguradoras, pues -a su decir- no es sino hasta el 29 de julio de 2010 cuando se publicó la Ley de la Actividad Aseguradora, que la medicina prepagada se somete al control y vigilancia de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.

Por su parte, el *a quo* al decidir sostuvo que las empresas de medicina prepagada “*prestan un servicio de salud, el cual es público, esencial y está a cargo del Estado*”. Asimismo indicó, entre otras cosas, que “*la medicina prepagada, sin importar su denominación técnica, constituye una forma de actividad aseguradora de riesgos médicos, similar a la desplegada por las empresas de seguros al asumir ajenas consecuencias de problemas de salud, que maneja recursos captados del público, y que obtiene un lucro con el ejercicio de esa actividad*”.

En cuanto al error de juzgamiento, esta Sala, en sentencia de fecha 14 de febrero de 2008, sostuvo lo siguiente:

“...Al respecto, resulta menester acotar que de acuerdo a pacífica y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el vicio de suposición falsa en las decisiones judiciales se configura, por una parte, cuando el Juez, al dictar un determinado fallo, fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o que no guardan la debida vinculación con el o los asuntos objeto de decisión, verificándose de esta forma el denominado falso supuesto de hecho...”.

En orden a lo anterior, la Sala considera necesario señalar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 83, establece que “*la salud es un derecho social fundamental*”, por tanto, todo lo relacionado con la prestación del servicio de salud debe estar regulado por el Estado.

En este sentido, se observa que la empresa recurrente al tener como presupuesto básico la prestación de un servicio público, como es la salud, bajo la modalidad de medicina prepagada, éste debe estar sujeto a la intervención, vigilancia y control del Estado para precisar sus fines, alcances y límites, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 constitucional, según el cual “*El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud*”.

Ahora bien, según lo alegado por la parte actora, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de la Actividad Aseguradora publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.990 Extraordinario del 29 de julio de 2010, la medicina prepagada no se encontraba regulada por la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; no obstante, tal como se indicó en las normas constitucionales ya mencionadas, el Estado está en la obligación de regular, controlar, vigilar y supervisar las Instituciones tanto públicas como privadas que presten servicios de salud. En este sentido, la aludida Ley de la Actividad Aseguradora prevé en su artículo 1°, lo siguiente:

“Artículo 1. El objeto de la presente Ley es establecer el marco normativo para el control, vigilancia, supervisión, autorización, regulación y funcionamiento de la actividad aseguradora, a fin de garantizar los procesos de transformación socioeconómico que promueve el

Estado en tutela del interés general representado por los derechos y garantías de los tomadores, asegurados y beneficiarios de los contratos de seguros, reaseguros, los contratantes de la medicina prepagada y de los asociados de las cooperativas que realicen actividad aseguradora de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional.”

Asimismo, dispone el artículo 2 del referido texto normativo que:

“Artículo 2. La actividad aseguradora es toda relación u operación relativas al contrato de seguro y al de reaseguro, en los términos establecidos en la ley especial que regula la materia. De igual manera, forma parte de la actividad aseguradora la intermediación, la inspección de riesgos, el peritaje evaluador, el ajuste de pérdidas, los servicios de medicina prepagada, las fianzas y el financiamiento de primas.”. (Resaltado de la Sala).

De la normativa antes transcrita se observa que, en la actualidad, la medicina prepagada constituye una forma de actividad aseguradora que se encuentra sujeta al control, vigilancia, supervisión, autorización y regulación de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y, por tanto, quienes la prestan deben cumplir con la normativa prevista en dicha Ley, a fin de desarrollar legalmente su objeto principal, el cual es la prestación de los servicios de salud a sus contratantes.

Siendo así, comparte esta Sala lo decidido por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, cuando señala lo que a continuación se transcribe:

“(…) es evidente la importancia que tienen las empresas de medicina prepagada, al punto de considerar esta Corte, que esas empresas deberán cumplir con los requisitos, regulaciones y controles establecidos en la ley con competencia de seguros, por consiguiente, la actividad desplegada por estas empresas, aun cuando existen diferencias entre su objeto social y las sociedades mercantiles dedicadas a la actividad aseguradora, reitera (...) que deben encontrarse bajo la vigilancia, control y supervisión del Estado, por cuanto (...), tales empresas prestan un servicio de salud, el cual es esencial y público; además, el desarrollo de esta actividad implica el ejercicio de la medicina, que es una profesión que implica riesgos sociales, elementos éstos que justifican suficientemente la inspección y vigilancia estatal. En consecuencia, conforme a lo previamente señalado, este Órgano Jurisdiccional considera que empresas como la recurrente, que se dedican a la prestación de la medicina prepagada, dada su naturaleza, deben someter su actuación tanto al Ministerio del ramo como a la Superintendencia de Seguros y por su estrecha vinculación con los consumidores de ese servicio, han de someterse igualmente a las regulaciones previstas en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, así como a los controles ejercidos por el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS).”

En atención a lo anteriormente expuesto, debe la Sala desestimar el alegato expuesto por la parte apelante, en relación a que el *a quo* incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho al interpretar que la actividad desarrollada por las empresas que prestan servicios de medicina prepagada, es similar a la prestada por las empresas de seguro. Así se decide.

- b. *Exclusión de enfermedades preexistentes en los contratos suscritos con empresas de servicios de asistencia médica*

TSJ-SPA (1001)

21-7-2011

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: SANITAS Venezuela, S.A. vs. Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS).

Las empresas prestadoras de servicios de asistencia médica no podrán alegar la preexistencia de alguna enfermedad para desamparar o excluir de los servicios que prestan a los usuarios que han contratado los servicios, si al momento de la suscripción del contrato no han dejado constancia expresa de tales padecimientos a través de los exámenes médicos previos científicamente pertinentes.

- B. *Derecho de los consumidores y usuarios a disponer de bienes y servicios de calidad*

TSJ-SPA (1001)

21-7-2011

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: SANITAS Venezuela, S.A. vs. Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS).

El Estado está en la obligación de tomar las medidas necesarias para el resarcimiento de los daños ocasionados a consumidores y usuarios, lo cual se logra a través de la obtención de compensaciones efectivas por la reparación de los daños y perjuicios.

Afirman que la ley aplicable al caso concreto *ratione temporis*, es la derogada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario la cual no facultaba al INDECU para dictar medidas innominadas resarcitorias de los daños causados a los usuarios, “*como sería la devolución de cantidades de dinero*”, posibilidad que se encuentra prevista en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios; por tanto, dicha norma no es aplicable al caso concreto a pesar de lo cual él *a quo* afirmó que dicho Instituto, debió “*ordenar como medida efectiva para la reparación de los daños ocasionados al usuario, la devolución, al menos, de las cantidades de dinero que fueron pagadas por el ciudadano (...) en la intervención quirúrgica que le efectuaron (...)*”.

Sobre este aspecto, se observa que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo indicó en el fallo apelado que si bien el INDECU, hoy INDEPABIS, impuso una multa a la sociedad mercantil recurrente, este no actuó de manera diligente en cuanto a la reparación del daño ocasionado, toda vez que según lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual contempla auténticos derechos de usuarios y consumidores a disponer de bienes y servicios de calidad, a obtener una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, y, sobre todo, al resarcimiento de los daños ocasionados a consumidores y usuarios, lo cual se logra a través de la obtención de compensaciones efectivas o de la reparación de los daños y perjuicios; dicho organismo ha debido ordenar la cobertura de la intervención quirúrgica de la denunciante y cualesquiera otras derivadas del tratamiento médico que ésta tuvo que asumir dentro de los límites del contrato, a los fines de cumplir y conceder una protección efectiva de los derechos de los consumidores y de los usuarios según el mandato constitucional.

En este sentido, se observa que el *a quo* a los fines de fundamentar lo antes expuesto, en ningún momento hizo alusión al artículo 112 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, sino que se basó en una norma constitucional como es el artículo 117, el cual contempla lo siguiente:

“Artículo 117. Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.”

La disposición antes transcrita contempla el derecho de los consumidores a disponer de bienes y servicios de calidad y a un tratamiento digno y no discriminatorio, por tanto, el Estado está en la obligación de tomar las medidas necesarias para el resarcimiento de los daños ocasionados a consumidores y usuarios, lo cual se logra a través de la obtención de compensaciones efectivas por la reparación de los daños y perjuicios.

En el caso de autos, siendo la actividad desarrollada por la empresa recurrente de interés público y social, por cuanto presta un servicio de salud, la Administración se encuentra en la obligación de velar por su buen funcionamiento y porque ésta preste un servicio óptimo y acorde con las necesidades de los usuarios; así, cuando se observe un daño como el ocasionado a la denunciante en sede administrativa, por habersele negado la cobertura de una intervención quirúrgica, fundamentando su negativa en la existencia de una enfermedad preexistente a la suscripción del contrato de asistencia médica, el INDECU, hoy INDEPABIS, tal como lo indicó *a quo*, debió haber ordenado a la empresa recurrente cubrir dicha intervención denominada en el *Informe Médico “Artroscopia de hombro para Acromioplastia y Reparación del Manguito Rotador”*, y cualquiera otra derivada del tratamiento médico que ésta tuvo que asumir dentro de los límites del contrato, a los fines de cumplir y conceder una protección efectiva de sus derechos como consumidora y los usuarios en los términos de la Constitución y de la Ley.

Conforme a lo anteriormente expuesto, debe esta Alzada desechar el alegato expuesto por la parte apelante, en relación a la aplicación retroactiva del artículo 112 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Así se declara.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *El Poder Nacional*

A. *El Poder Legislativo: Inmunidad parlamentaria*

TSJ-SP (15)

4-5-2011

Magistrado Ponente: Deyanira Nieves Bastidas

Caso: Michael Ferrandina Medina

De conformidad con el criterio interpretativo de la Sala Constitucional, es obligante establecer si el hecho que da lugar a la persecución penal se produce con motivo del ejercicio de su cargo o no, a los fines de determinar la inmunidad parlamentaria.

Asumida la competencia, pasa seguidamente, esta Sala Plena a determinar si en el presente caso existen o no méritos para enjuiciar al ciudadano **MICHAEL FERRANDINA MEDINA**, quien para el momento en que ocurrieron los hechos que se le imputan (**HOMICIDIO INTENCIONAL**), ostentaba la condición de Concejal del municipio Tomas Lander del estado Miranda, quien posteriormente en fecha el 31 de octubre de 2004, fue elegido legislador del Consejo Legislativo del referido estado; al efecto, consignó copia de la credencial que lo acredita como tal, por lo que resulta indiscutible tal función pública, haciéndolo

posible acreedor de la inmunidad parlamentaria y de ser el caso de la prerrogativa procesal de antejuicio de mérito, de conformidad con lo establecido en los artículos 162, 266 (numeral 3) y 200, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como los artículos 112 y 24 numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, el artículo 162 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente:

“Artículo 162. El Poder Legislativo se ejercerá en cada Estado por un Consejo Legislativo (...)

*Los requisitos para ser integrante del Consejo Legislativo, (...) **y la inmunidad** en su jurisdicción territorial, **se regirán por las normas que esta Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional**, en cuanto les sean aplicables. (...)”* (Resaltado de la Sala).

El artículo 200, también de la Carta Magna, establece:

*“Artículo 200. **Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional** gozarán de **inmunidad en el ejercicio de sus funciones** desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los y las integrantes de la Asamblea conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. (...)”*. (Destacado de la Sala).

A su vez el artículo 266, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente:

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

*3.- **Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento (...), de los integrantes de la Asamblea Nacional (...)** en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o Fiscalía General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva (...)”*. (Destacado de la Sala).

Este último en concordancia con el artículo 5 numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo (*Gaceta Oficial* N° 37942 del 20 de mayo de 2004), aplicable en razón al principio de *ratione temporis*, como se advirtió en el capítulo correspondiente a la competencia de esta Sala, y cuyo contenido establece que:

“Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República (...) 2. Declarar, en Sala Plena, si hay o no mérito para el enjuiciamiento (...) de los o las integrantes de la Asamblea Nacional (...)”.

Lo anterior fue recogido en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 39522 de fecha 01 de octubre de 2010, la cual señala en su artículo 24, las competencias de la Sala Plena, destacando entre ellas, el numeral 2, lo siguiente:

“Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento (...) de los o las integrantes de la Asamblea Nacional (...)”.

Por su parte, el artículo 112 *eiusdem* dispone:

“Artículo 112. Corresponde a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento (...) de los o las integrantes de la Asamblea Nacional (...)”.

Trascrito ello, ha quedado claro que el ciudadano: **MICHAEL FERRANDINA MEDINA**, pudiera gozar de inmunidad parlamentaria y de la posibilidad de ser sujeto de la prerrogativa de antejuicio de mérito, empero, respecto a las normas de carácter constitucional, *supra* aludidas, debe esta Sala Plena hacer referencia a la sentencia N° 1636 del 16 de junio de 2003, emanada de la Sala Constitucional, cuyo contenido advierte la interpretación vinculante efectuada de los artículos 162 y 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a saber:

“(…) Partiendo del concepto y finalidad de la inmunidad parlamentaria, así como de la jurisprudencia citada y del análisis de las disposiciones constitucionales y legales que actualmente regulan dicho privilegio constitucional, la Sala resuelve la interpretación solicitada, de la siguiente manera:

1.- Los miembros legisladores de los Consejos Legislativos tienen la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria de conformidad con lo establecido en el artículo 162 constitucional en el territorio del Estado en que ejerzan sus funciones o fuera de dicho territorio siempre y cuando el hecho que da lugar a acciones en su contra se produce con motivo del ejercicio de su cargo. Este trato es diferente al establecido en la Constitución de 1961 respecto a la inmunidad de los miembros de la Asamblea Legislativa de cada Estado.

2.- La solicitud de antejuicio de mérito para el caso de los miembros legisladores de los Consejos Legislativos al igual que ocurre con los altos funcionarios a que se refieren los numerales 2 y 3 del artículo 266 constitucional, corresponde al Fiscal General de la República, y puede ser formulada por quien demuestre la condición de víctima del hecho punible que se le pretenda imputar al funcionario que goza de la prerrogativa, caso éste en el cual se procederá conforme a lo establecido en el fallo dictado por esta Sala el 20 de junio de 2002.

3.- La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia es la competente para declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los miembros legisladores de los Consejos Legislativos.

4.- La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia es la competente -en el caso de decidir que hay mérito para el enjuiciamiento del miembro legislador del Consejo Legislativo- para ordenar su detención, previa autorización del órgano legislativo, el cual deberá en aras al debido proceso, dar oportunidad al afectado de ejercer su defensa antes de decidir al respecto.

A partir de la autorización que dé el órgano legislativo a este Alto Tribunal, quedará allanada la inmunidad, y será la Sala Plena la competente para conocer -en forma privativa- del enjuiciamiento del funcionario.

En el supuesto de que el órgano legislativo niegue la autorización antes referida, el ejercicio de la acción contra el miembro legislativo de dicho órgano estará supeditada a la conclusión del mandato o a la renuncia del parlamentario; circunstancias éstas que producen la pérdida de la inmunidad como prerrogativa procesal.

5.- El procedimiento aplicable será el contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal (artículo 379) para el caso de juicios contra altos funcionarios del Estado. (...)”. (Destacado de la Sala).

Como se dijo con anterioridad, la oportunidad en que ocurrieron los hechos, esto fue el 22 de marzo de 2000, según se desprende de la narrativa de modo, tiempo y lugar, el ciudadano: **MICHAEL FERRANDINA MEDINA**, ostentaba, para ese entonces, el cargo de Concejal del municipio Tomás Lander del estado Miranda, posteriormente fue electo como legislador al Consejo Legislativo del referido estado, por lo que podría ser susceptible de la aplicación de la interpretación de la Sala Constitucional, cuyo texto alude que:

“(…) Los miembros legisladores de los Consejos Legislativos tiene la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria de conformidad con lo establecido en el artículo 162 constitucional en el territorio del Estado en que ejerzan sus funciones o fuera de dicho territorio siempre y cuando el hecho que da lugar a acciones en su contra se produce con motivo del ejercicio de su cargo. (…)” (Destacado de la Sala).

De conformidad con el criterio interpretativo de la Sala Constitucional, es obligante establecer si el hecho que da lugar a la persecución penal se produce con motivo del ejercicio de su cargo o no; en consecuencia como se ha verificado de las actuaciones de marras, el hecho ilícito ocurrió el 22 de marzo de 2000, lo cual nos lleva a concluir que tal suceso no se produjo con motivo del ejercicio del cargo, ya que la función parlamentaria del ciudadano MICHAEL FERRANDINA MEDINA, como legislador del Consejo Legislativo del estado Miranda, se produce posteriormente, esto es el 31 de octubre de 2004.

Concordante al caso que ocupa a esta Sala, es propio hacer referencia a la sentencia de fecha 26 de octubre de 2010 y publicada el 9 de noviembre de 2010, emanada de esta Sala Plena, en Sentencia N° 59, caso *Richar José Blanco Cabrera*, con ponencia del Magistrado Doctor Francisco A. Carrasquero López, en cuyo texto se desprende que:

“(…) en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se perfiló un modelo de prerrogativa constitucional de orden marcadamente procesal.

Esto es, se hace más modesto el supuesto que prohíbe el tipo de inmunidad que se ha venido denominando ‘inmunidad contra el arresto’, ya que no se explicitan los casos en que operaba la prohibición que era costumbre mencionar en las constituciones anteriores, tales como el arresto, el confinamiento, el registro personal o domiciliario, entre otros, pues, simplemente, se advierte en su artículo 200 que el Tribunal Supremo de Justicia será la ‘única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención’.

*De igual modo, el carácter marcadamente procesal que esta Sala evidencia en la regulación que de la inmunidad parlamentaria hizo el Constituyente de 1999, también se observa en la novedad según la cual **sólo el Tribunal Supremo de Justicia conocerá de los procesos en los cuales se señale como presunto autor de un hecho punible a los Diputados a la Asamblea Nacional.***

No hay referencia alguna a la suspensión de los juicios en los que se investigue o procese a un diputado a la Asamblea Nacional, lo cual debe entenderse como la consolidación de un modelo de inmunidad que persigue evitar la detención con fines políticos, es decir, con el fin de modificar la composición de la Asamblea o de evitar que se tome una determinada decisión, y no una inmunidad que tenga como propósito evitar el enjuiciamiento de los parlamentarios. (...) la condición de la cual se hace depender la protección que conlleva gozar de inmunidad parlamentaria consiste en que se detenga de forma inesperada y simulada a un parlamentario con la intención real de obstaculizar o impedir el normal funcionamiento del parlamento (...) nuestra vigente Constitución contiene una regulación de la inmunidad parlamentaria en el sentido apuntado en el párrafo anterior, y ello se observa no sólo por la lectura de sus preceptos, sino también por la tendencia constitucional en la que se inscribe, la cual, como ya se ha dicho, se revitaliza con la Constitución de 1947, se asienta en la Constitución de 1961, y se consolida en la vigente constitución. (...) la estabilidad de la composición de un parlamento (...) afecta por consecuencia el que tome las decisiones en que consiste el ejercicio de las potestades legislativas. Supuestos estos que, (...) son los que justifican en la actualidad el que se proteja mediante la inmunidad la labor o función parlamentaria. (...) el artículo 200 de la Constitución sólo protege al órgano legislativo ante situaciones que afecten de forma inesperada e inadvertida el buen orden de los asuntos que dicha institución discute (...) considera la Sala que los cambios sufridos por el texto original propuesto ante la Asamblea Nacional Constituyente, en el sentido de centrar la naturaleza de la inmunidad en la protección del ejercicio de las funciones encomendadas a los parlamentarios (evidente en la frase ‘los diputados o diputadas... gozarán de inmunidad en el

ejercicio de sus funciones'), así como la atribución al Tribunal Supremo de Justicia, con carácter privativo, de la potestad de enjuiciar a los parlamentarios, demuestran que la intención del constituyente fue restringir la inmunidad parlamentaria a aquéllos casos en los cuales su labor se viese amenazada por decisiones premeditadas y orientadas a perjudicar la composición del órgano y la toma de decisiones. (...) puede afirmarse que nuestros recientes constituyentistas estaban conscientes de la necesidad de implantar una 'inmunidad contra el arresto', y de rechazar una 'inmunidad contra el proceso', pero con un ingrediente adicional: el respeto a la igualdad ante la ley y a otros derechos estimables, como el de la tutela judicial. De todo esto habría surgido un modelo de 'inmunidad contra el arresto premeditado' al mismo tiempo respetuoso de las funciones del parlamento y de las demás garantías consagradas en la constitución, particularmente de la igualdad y de la tutela judicial. (...) citan al autor Pérez Serrano, quien afirma que «resulta doloroso contemplar cómo un privilegio nacido para proteger la función, durante el período parlamentario y para evitar posibles injusticias de turbio origen político, se ha convertido en privilegio personal que permite al Parlamento burlar impunemente y con agravio de la justicia el Código Penal que a todos los ciudadanos obliga.» (...) La inmunidad es, como afirma Pizzorusso, una 'causa temporal de improcedibilidad de la acción penal, acción que queda diferida en su efectividad hasta el momento en que se conceda la autorización parlamentaria o, en su defecto, hasta el término de la legislatura, a no ser que se produzca la reelección', no 'una eximente' de responsabilidad (cf.: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo I, CEC, Madrid, 1984, p. 279). (...) La inmunidad parlamentaria protege directamente la función legislativa, e indirectamente a la persona del diputado, que se beneficia de ella; pero sólo en la medida en que tal beneficio consiste en una prerrogativa procesal, que nada tiene que ver con la autoría o la responsabilidad de los delitos, visto que tal calificación corresponde a los órganos jurisdiccionales. Por eso el autor Burgoa Orihuela sostiene que el 'funcionario con fuero de no procesabilidad sólo goza de él cuando desempeña el cargo respectivo...', (...) **hay prerrogativa en tanto se ejerza la función. Por consecuencia, cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal, y debe el diputado electo seguir sometido al proceso ya iniciado. Incluso, algunos autores sostienen que si el hecho que presuntamente tiene carácter de delito se comete en los pasillos de la Asamblea o el Congreso (en el caso de la inviolabilidad parlamentaria), el parlamentario puede ser desaforado porque en el supuesto de receso no se está cumpliendo con el encargo legislativo.**

Por eso, en los supuestos en los cuales los presuntos hechos punibles no hubiesen sido cometidos durante el ejercicio de funciones legislativas, no deben aplicarse las normas relativas a la inmunidad parlamentaria. Así se establece. (...) la intención del constituyente que redactó el actual artículo 200 de la Constitución fue la de establecer con mayor precisión un modelo de inmunidad parlamentaria respetuoso del principio de igualdad y de los demás derechos y garantías constitucionales, particularmente del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dicho modelo exige, pues, que las denuncias contra los parlamentarios sean tramitadas por el Tribunal Supremo de Justicia, pero sólo aquéllas que pudiesen perjudicar el buen funcionamiento de la Asamblea Nacional. Y, tal como se ha dicho ya, sólo aquéllas decisiones dictadas durante el ejercicio de las funciones parlamentarias podrían tener la capacidad para lograr tal beneficio. (...)" (Destacado de la Sala Plena).

Como se verifica del texto transcrito ut retro, la Sala Plena concluyó y estableció que si los presuntos hechos imputados se cometen fuera del ejercicio de la función legislativa, no será aplicable la inmunidad parlamentaria, al dictaminar que:

"(...) hay prerrogativa en tanto se ejerza la función. Por consecuencia, cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal, y debe el diputado electo seguir sometido al proceso ya iniciado. (...) en los supuestos en los cuales los presuntos hechos punibles no hubiesen sido cometidos durante el ejercicio de funciones legislativas, no deben aplicarse las normas relativas a la inmunidad parlamentaria. Así se establece. (...)"

Igualmente se estima invocar la sentencia N° 58 emanada de esta Sala Plena en fecha 9 de noviembre de 2010, con ponencia del Magistrado Arcadio Delgado Rosales, caso *BIAGIO PILIERI GIANINNOTO*; de cuyo texto se desprende:

*“(…) Las normas recién transcritas vienen a formar parte del denominado estatuto parlamentario, entendido como el sistema normativo que dispone los deberes, derechos, prerrogativas e incompatibilidades que invisten a los miembros del Poder Legislativo. Específicamente, las anotadas disposiciones constitucionales consagran el régimen de inmunidad (**lato sensu**) que asiste a los representantes del pueblo en el seno de la Asamblea Nacional: (i) la inviolabilidad o irresponsabilidad y (ii) la inmunidad (**stricto sensu**), como garantías fundamentales de protección de las funciones legislativas y de control político y fiscal que acometen sus miembros. La primera de tales prerrogativas, la inviolabilidad o irresponsabilidad, impide que los diputados sean perseguidos –en cualquier tiempo– por la manifestación de opiniones en el ejercicio de su función parlamentaria. La segunda de ellas, la inmunidad en sentido estricto, consagra la imposibilidad de perseguir criminalmente a los miembros del Parlamento con ocasión de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie la autorización de la Cámara de la cual forman parte (allanamiento) y el antejuzicio de mérito, a menos que hayan sido aprehendidos en flagrancia (sobre este último supuesto, véase stc. n° 16 del 22 de abril de 2010, [caso: Wilmer Azuaje](#)). (...) la vigente Carta Magna introduce en su artículo 200 un cambio cualitativo en la aplicación de esta prerrogativa. En efecto, la citada disposición alude al goce de la inmunidad parlamentaria “en el ejercicio de sus funciones”, (...) bajo el nuevo esquema constitucional el constituyente utilizó como criterio determinante de la protección el sustantivo y no el adjetivo o procesal. Es decir, la inmunidad está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la Asamblea Nacional, no a los que hubiere cometido antes de la elección y es por ello que no existe alusión alguna en el citado artículo 200 a la eventual circunstancia del arresto, detención o confinamiento para el momento de la proclamación. (...) tratándose de una prerrogativa que –aun autorizada por la propia Carta Fundamental– constituye una excepción al derecho a la igualdad y al derecho a la tutela judicial efectiva de las posibles víctimas de esos delitos, en tanto sustrae del fuero de la justicia penal a los miembros de parlamento y, en esa medida, para que no se convierta en un chocante privilegio que aliente la impunidad del infractor, debe ser interpretada de manera restrictiva. Bajo estas premisas, resultaría aplicable sólo cuando obedezca al imperativo constitucional que le da asidero: la protección de las delicadas funciones de legislación, fiscalización y control político que desarrollan los integrantes del Poder Legislativo frente a indebidas persecuciones propiciadas por los más diversos agentes. (...) lógico es deducir que para que el diputado electo pueda gozar de tal prerrogativa, que como tal es de naturaleza restrictiva por violentar el principio de igualdad, el cuerpo al cual pertenezca debe existir o estar en funcionamiento. Ello, por cuanto resultaría inconcebible que se concedan prerrogativas como la inmunidad sin que exista la posibilidad de que la misma sea allanada, pues ello promovería una total impunidad en caso de que se configurara una conducta delictiva. (...)”* (Destacado de la Sala).

Como se observa de la lectura de la jurisprudencia, “la inmunidad está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la Asamblea Nacional, no a los que hubiere cometido antes de la elección”; y siendo que, los legisladores y legisladoras del Consejo Legislativo, al formar parte del Poder Legislativo, respecto a su inmunidad parlamentaria se regirán por las normas que la Constitución establece para los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, de conformidad con el artículo 162 de la Constitución la República Bolivariana de Venezuela, es por lo que, con fundamento a ello, en cuanto les sean aplicables, igualmente lo serán la jurisprudencia pacífica, reiterada y sentada por esta Sala Plena y la Sala Constitucional. Razonado ello, mal puede la Sala Plena, hacer uso del contenido de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en sus artículos 112 y 24 numeral 2, respecto a: “Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento (...) de los o las integrantes de la Asamblea Nacional (...)”; para el caso de marras de los integran-

tes del Poder Legislativo Estadal, siendo que el ciudadano: MICHAEL FERRANDINA MEDINA, ostenta condición de legislador del Consejo Legislativo del estado Miranda, desde el día 31 de octubre de 2004, y para el momento de la ocurrencia de los hechos ilícitos imputados (22 de marzo del año 2000), no ejercía tal investidura, siéndole negada la posibilidad del goce de inmunidad parlamentaria y menos la prerrogativa de antejuicio de mérito; en razón a que como lo expresa bien la sentencia trascrita ut retro, “*resultaría inconcebible que se concedan prerrogativas como la inmunidad sin que exista la posibilidad de que la misma sea allanada, pues ello promovería una total impunidad en caso de que se configurara una conducta delictiva.*”.

En consecuencia, esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, siendo la competente para conocer de la presente causa, con base a los razonamientos antes aludidos, del criterio pacífico y sostenido de este Alto Tribunal y en amparo a nuestro ordenamiento constitucional, declara que, no procede inmunidad parlamentaria ni prerrogativa de antejuicio de mérito al ciudadano **MICHAEL FERRANDINA MEDINA**, quien el 17 de noviembre de 2004, solicitó ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Carabobo, “*la suspensión del proceso por haber sido electo Diputado del Consejo Legislativo del estado Miranda*”; y no acepta la competencia que le fuera declinada por el referido juzgado, pues corresponde a la justicia penal ordinaria. Por lo que se ordena remitir el expediente al precitado órgano jurisdiccional, a los efectos de continuar el procedimiento penal instaurado de conformidad con las reglas establecidas en el Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

Voto Salvado de la Magistrado Blanca Rosa Marmol de León

Yo, Blanca Rosa Mármol de León, Magistrada de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, presento voto salvado por disentir del criterio expresado por la mayoría en la decisión de esta Sala Plena nomenclatura AA10-L-2009-000078, por las siguientes consideraciones de ley:

El Tribunal Primero de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Carabobo, declinó su competencia en esta Sala Plena por considerarse incompetente para conocer sobre el juicio seguido en contra del acusado **MICHAEL FERRANDINA MEDINA**, por el hecho de que fue electo Diputado en la Asamblea Nacional por el estado Miranda y por tanto goza de inmunidad parlamentaria, según lo establecido en los artículos 162 y 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La mayoría de esta Sala Plena declaró que no procede la inmunidad parlamentaria ni la prerrogativa del antejuicio de mérito al referido Diputado, Negó su competencia para seguir conociendo del caso y Ordenó la remisión del expediente al Tribunal Primero de Juicio del estado Carabobo.

Ahora bien, discrepo de la decisión que antecede por las siguientes razones:

Sobre el concepto de inmunidad la doctrina patria refiere que “Las prerrogativas de la inmunidad parlamentaria, casi tan antiguas como el sistema representativo mismo, tienden a preservar la independencia del Poder Legislativo frente al Ejecutivo y el Judicial y asegurar el libre desempeño de sus funciones por los miembros del primero. No ha pretendido con ello el constituyente (1961) crear privilegios individuales para cada uno de los miembros de las Cámaras (actualmente Asamblea), porque sería contrario al principio, también constitucional, de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. El beneficio, en última instancia, no está concebido para el parlamentario en particular, sino para el Cuerpo en su conjunto. De esta suerte, la inmunidad emana de la soberanía popular, la cual mediante el voto ha elegido a sus representantes y requiere que éstos gocen de las garantías necesarias para que cum-

plan las funciones que se les ha encomendado. No debe olvidarse que el Congreso es el órgano representativo por excelencia de la soberanía popular. Así, por definición, la inmunidad es irrenunciable (...Omissis...). (Gustavo Machado. *La Inmunidad Parlamentaria en la Constitución de 1961, Estudios Sobre la Constitución*. Tomo III, 1979 Universidad Central de Venezuela, p. 1941). (Resaltados de la Magistrada que disiente).

En el mismo sentido, señala Hermann Petzold Pernía (*Obra citada*, p. 1879) citando al profesor argentino Rafael Bielsa, que “el privilegio contra el arresto de los legisladores se justifica ... (*sic*) , por la defensa de la integridad del cuerpo legislativo, **la que se afectaría si se pudiera arrestar a sus miembros como a cualquier particular**, con la sola acusación, o visos de verosimilitud de un hecho que justifica el arresto; y también se afectaría a una parte del pueblo soberano al privársele -aunque sea momentáneamente- de la actuación de alguno de sus representantes.” (Resaltados de la Magistrada que disiente). Siendo ello un privilegio a la función pública en atención a salvaguardar la independencia en el ejercicio de ella **procede en todo caso**, un antejuicio de mérito para “el enjuiciamiento”, lo que conlleva el pronunciamiento en sede Judicial de cualquier situación sobre “presuntos” delitos que pudiera haber cometido un integrante de la Asamblea Nacional, decisión que deberá establecer la procedencia del antejuicio de acuerdo al caso sometido a consideración.

El artículo 200 de la Constitución vigente establece lo siguiente:

“Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.” (Cursivas y resaltado de la Magistrada que aquí disiente).

La primera parte del referido artículo establece la premisa general para todo caso en que se encuentre involucrado un diputado o diputada de la Asamblea Nacional en la **presunta** comisión de un delito.

En el caso de los diputados, altos funcionarios que se encuentran investidos de la garantía de la inmunidad parlamentaria, desde el momento de su proclamación y hasta que finalice su mandato, tal como lo establece la Constitución en el artículo 200, considero, que los procesos por presuntos delitos cometidos antes de la proclamación se encuentran sujetos al allanamiento de la inmunidad y del antejuicio de mérito que son consecuencia indefectible de esa elección realizada mediante voto popular, a los fines de que el Diputado elegido pueda efectivamente cumplir con el mandato conferido, toda vez que el proceso iniciado antes de su proclamación no afecta la investidura obtenida, pues en el proceso como justiciable es una persona amparada por el principio de presunción de inocencia, no se encuentra inhabilitado políticamente y por ende la inmunidad y posible antejuicio de mérito quedan sujetos al conocimiento de esta Sala Plena.

Así pues, en los procesos iniciados antes de la proclamación, la acusación que se presente deberá ser sometida al antejuicio de mérito por esta Sala Plena, de conformidad con el artículo 377 del Código Orgánico Procesal Penal.

Por ello, considero que la mayoría de la Sala Plena debió hacer el pronunciamiento correspondiente sobre la inmunidad que unge o inviste actualmente al ciudadano Diputado **MICHAEL FERRANDINA MEDINA**.

Queda en estos términos salvado mi voto en la decisión que antecede. Fecha *ut-supra*.

Voto Salvado del Magistrado Antonio Ramírez Jiménez del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los términos siguientes:

El Magistrado Antonio Ramírez Jiménez se permite manifestar su disenso del fallo que antecede, por lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica.

La doctrina jurisprudencial pacífica de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido la de que a ella corresponde con carácter exclusivo la interpretación máxima de la Constitución, de conformidad con el artículo 335 de la misma. En fallo N° 1077 de fecha 22/09/2000, Expediente 1289; dicha Sala expresamente señaló: “*A esta Sala corresponde con carácter exclusivo la interpretación máxima y última de la Constitución...*”. Y agregó: “*En consecuencia, se hace imprescindible que la Sala Constitucional asuma plenamente esta competencia para asegurar la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución.*”

El anterior criterio ha sido reiterado y conteste, conforme a lo cual deben señalarse, entre otras, las decisiones siguientes: N° 1415 de fecha 22/11/2000, Expediente N° 001725; N° 601 de fecha 09/04/2007, Expediente N° 07-0172; N° 637 de fecha 22/06/2010, Expediente N° 10-030. En todas ellas, con una importante amplitud de razonamientos, se ha sostenido la opinión referida.

En el presente caso, del ciudadano Michael Ferrandina Medina, electo diputado del Consejo Legislativo del Estado Miranda el 31 de octubre de 2004, el aspecto central de la decisión dictada por la mayoría sentenciadora, lo constituye la interpretación y análisis del artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dicho artículo es del tenor siguiente:

“Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometen los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En todo caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.”

La norma constitucional anteriormente transcrita, dispone, por una parte, lo referente a los presuntos delitos cometidos por los o las integrantes de la Asamblea, (por vía del antejuicio de mérito, según lo pautado en el artículo 266 *eiusdem*), para lo cual, la Sala Plena tiene expresamente atribuida la competencia, y, además, instituye los elementos para la inmunidad de los parlamentarios y parlamentarias de la Asamblea Nacional, y sobre esto se pronuncia la mayoría que decide, para determinar el concepto de inmunidad y el cumplimiento de los requisitos previstos para el goce de la misma, según la expresión textual de dicha norma: “*en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo*”. Por esta consideración, respetando en todo caso el criterio de la mayoría sentenciadora, y sin prejuzgar sobre ningún aspecto de fondo, el suscrito se permite expresar que la competencia para la debida interpretación y análisis del artículo 200 citado, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual debió la Sala Plena de este Alto Tribunal declinar su competencia.

Queda así expuesto el presente voto salvado.

Voto Salvado del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero

El Magistrado ALFONSO VALBUENA CORDERO, disiente de sus colegas con relación a la opinión sostenida por ellos en la sentencia que precede, opinión mayoritaria que el Magistrado disidente respeta pero no comparte, por lo cual se permite salvar su voto basándose en las razones siguientes:

I

DE LA COMPETENCIA DE LA SALA

En la referida decisión, la Sala Plena con Ponencia de la Magistrada Deyanira Nieves Bastidas, se pronunció sobre el caso del Diputado del Consejo Legislativo del estado Miranda, ciudadano Michael Ferrandina Medina. Al respecto, dicho fallo ante la declinatoria de competencia efectuada por la Sala de Casación Penal, vista la incompetencia decretada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Penal del estado Carabobo, en primer lugar se pronunció sobre la competencia de la Sala Plena. En este sentido, se declaró *“competente para pronunciarse sobre la existencia o no de la inmunidad parlamentaria y de la posible prerrogativa de mérito para el enjuiciamiento”* de dicho ciudadano, toda vez que al momento de ocurrir el hecho delictivo del cual se le acusa, era integrante del Concejo Municipal del Municipio Tomás Lander del estado Miranda y actualmente se encuentra en el ejercicio de sus funciones como legislador del Consejo Legislativo de dicha entidad federal.

En segundo lugar, asumida la competencia, se analizó el asunto, apoyándose en decisiones recientes de la Sala Plena, para concluir, de acuerdo a la interpretación que en dicho fallo se hace de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria, que la ocurrencia de los hechos ilícitos imputados no se originaron con motivo del ejercicio del cargo del ciudadano Michael Ferrandina Medina, puesto que su función parlamentaria como legislador del Consejo Legislativo del estado Miranda, se produjo con posterioridad.

Ahora bien, observa quien disiente que dicha prerrogativa, se encuentra consagrada en los artículos 162 y 200 de la Constitución, la cual fue interpretada por el fallo que precede para resolverlo y por tanto declarar -que no procede la inmunidad parlamentaria, ni prerrogativa de antejuicio de mérito al referido ciudadano; y -que no acepta la competencia que le fuera declinada, pues corresponde a la justicia penal ordinaria.

En este sentido disiento sobre la competencia de la Sala Plena para la resolución del caso en cuestión. En efecto, y con relación a la competencia para ser ejercida por la Sala Constitucional, el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala en su ordinal 23 *“Las demás que establezcan la Constitución de la República y las leyes”*. Por su parte, el artículo 266 de la Carta Magna remite a lo consagrado en el título VIII. En efecto, dispone dicho título en su artículo 335 que el alto Tribunal será el máximo y último intérprete de la Constitución. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas y demás Tribunales de la República.

Esta norma claramente le atribuye la competencia solamente a la Sala Constitucional para la interpretación de normas de rango Constitucional y así lo ha determinado dicha Sala en infinidad de decisiones, entre las que destaco, Nos. 1402 del 03-11-09 y la 1527 del 09-11-09.

Por tanto, resulta -sin lugar a dudas- que la competencia de las normas de rango constitucional, está atribuida única y exclusivamente a la Sala Constitucional y no a la Sala Plena de este máximo Tribunal, motivo por el cual debió esta última declinar su competencia en la Sala Constitucional.

Resulta por demás contradictorio, que dicho fallo declare su competencia para pronunciarse sobre la existencia o no de la inmunidad parlamentaria y de la posible prerrogativa de mérito para el enjuiciamiento de dicho ciudadano y posteriormente declare que no acepta la competencia que le fuera declinada, todo lo cual ha debido resolverse a priori -en el capítulo de la competencia de la referida Sala Plena- para así resolverla.

Por otra parte, el artículo 5 numeral 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de mayo del año 2004, aplicable en razón del principio *ratione temporis*, recogido en el artículo 24, ordinal 2° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 39.522, de fecha 01 de octubre del año 2010), le atribuye, entre otras, la competencia a la Sala Plena para declarar si hay o no mérito suficiente para el enjuiciamiento de los ciudadanos allí identificados. Asimismo señala que es competente para dirimir los conflictos de no conocer que se planteen entre Tribunales de Instancia con distintas competencias materiales, cuando no exista una Sala con competencia por la materia afín a la de ambos y por último, expresa, sobre dicha competencia, “las demás que establezca la Constitución y las leyes”.

Por su parte, la Constitución dispone en su artículo 266 las atribuciones del máximo Tribunal y especifica en su parte final que la competencia de la Sala Plena son las señaladas en los numerales 2° y 3°, referidas éstas a las que consagra la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia mencionadas *supra*.

En el caso sometido a revisión, la Sala Plena, para no aceptar la competencia que le fuera declinada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Penal del estado Carabobo, como antes se indicó, tuvo que interpretar los artículos 162 y 200 de la Constitución, para determinar -con base en tal interpretación- la inexistencia de la protección especial de la inmunidad parlamentaria a favor del referido ciudadano.

Debo resaltar que independientemente que el asunto sometido a revisión, como sucedió en el caso en cuestión, tenga relación con un diputado, no se resolvió sobre la atribución expresa contenida en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como lo es la declaratoria acerca de si hay o no méritos suficientes para el enjuiciamiento de algún integrante de la Asamblea Nacional. Por el contrario, a pesar de que el Juzgado que declinó la competencia lo hizo en razón de que dicho ciudadano -a su decir- goza del privilegio procesal, a los efectos de que este máximo Tribunal declarara si hay o no méritos suficientes para su enjuiciamiento, en la decisión que precede se interpretaron los artículos 162 y 200 de la Carta Fundamental a los efectos de verificar si dicho ciudadano goza o no de prerrogativa de la inmunidad parlamentaria, es decir, se interpretaron normas constitucionales, lo cual tiene atribuida su competencia exclusivamente en la Sala Constitucional.

Por tanto, considero que la competencia debió corresponder a la Sala Constitucional a los efectos de la interpretación de las referidas normas y así debió resolverlo la Sala Plena.

Quedan en estos términos expresadas las razones de mi voto salvado.

B. *El Poder Judicial*

a. *Medios alternativos de resolución de conflictos: Arbitraje*

TSJ-SPA (974)

20-7-2011

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Promotora E Inversiones Civiles, C.A.

El análisis que hagan los jueces sobre las cláusulas contentivas de acuerdos arbitrales, no puede desconocer la participación necesaria de los órganos del Poder Judicial para resolver un conflicto, pero tampoco puede afectar al arbitraje como un medio idóneo y eficaz para solucionar una controversia.

....En el caso bajo examen el Juzgado del Municipio Falcón de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial respecto al arbitraje, al constatar la existencia de un cláusula arbitral en el contrato de opción de compra venta suscrito entre la sociedad de comercio oferente y el ciudadano Ramón Agustín Camacho Sandoval, quien mediante escrito consignado el 14 de abril de 2011 opuso la cuestión previa contenida en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil -referida a la falta de jurisdicción del Poder Judicial- al invocar la validez del acuerdo arbitral contenido en la cláusula décima tercera del aludido contrato (folios 20 al 24 del expediente).

De este modo, el referido Juzgado en acatamiento a lo establecido en la sentencia del 3 de noviembre de 2010 dictada por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial para conocer la oferta real de pago, al evidenciar que la voluntad de las partes era someter a arbitraje la resolución de las controversias que pudieran surgir entre ellas derivadas del contrato de opción de compra-venta.

En orden a lo anterior, cabe traer a colación lo consagrado en el segundo párrafo del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respecto al deber que tiene el legislador de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de conflictos, como alternativa para resolver las disputas o querellas en sede judicial, lo que refleja la constitucionalización de estos medios para la solución de conflictos.

Por lo que respecta en concreto a la figura del arbitraje, la doctrina y la jurisprudencia lo han considerado como un medio de autocomposición extrajudicial entre las partes, quienes mediante una voluntad expresa convienen de forma anticipada sustraer del conocimiento del Poder Judicial las diferencias, controversias o desavenencias que por la ejecución, desarrollo, interpretación o terminación de un negocio jurídico puedan sobrevenir entre ellas. De esta manera, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.430 del 7 de abril de 1998, prevé lo siguiente:

*“El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. **El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.** En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”.* (Resaltado de la Sala).

Conforme a la norma transcrita, cuando en una cláusula contractual o no contractual esté incluido un acuerdo de arbitraje, éste adquiere carácter vinculante para las partes que han suscrito el contrato, quienes por el acuerdo se obligan a dirimir sus controversias ante árbitros y renuncian a acudir ante los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Igualmente, la primera parte del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, dispone que: *“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...”*.

Ahora bien, esta Sala estima pertinente hacer referencia al criterio vinculante establecido por la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal respecto al arbitraje, en sentencia publicada el 3 de noviembre de 2010, la cual fue citada por el Juzgado del Municipio Falcón de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, a propósito de la decisión sometida a consulta, según la cual:

“...el análisis judicial de las instituciones del arbitraje debe abandonar cualquier postura dogmática o excluyente que genere el sobredimensionamiento del aspecto contractual que da origen al sometimiento de las partes al sistema arbitral, de forma tal que se desconozca la necesaria participación de los órganos del Poder Judicial para la efectividad de ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos -vgr. Medidas cautelares-; o bien que asuma una visión hipertrofiada de la actividad jurisdiccional, que termine por afectar el núcleo esencial del sistema de arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos.

(...omissis...)

En definitiva, sobre la base de las consideraciones expuestas respecto al principio de competencia-competencia y a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje los órganos del Poder Judicial sólo pueden realizar un examen o verificación ‘prima facie’, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y se excluye cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito (...).

Ahora bien, es de hacer notar que el anterior criterio no comporta la negación de las competencias del Poder Judicial relativas a la interposición de los recursos o consultas establecidas en el ordenamiento jurídico adjetivo aplicable, por lo que en aquellos casos en los cuales ante una demanda o acción interpuesta ante los tribunales se plantee la falta o regulación de jurisdicción, resulta plenamente aplicable el contenido de los artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

(...omissis...)

Ahora bien (...), respecto a la procedencia de la denominada ‘Renuncia Tácita al Arbitraje’ (...), cabe destacar que la misma debe vincularse directamente con el necesario análisis de la actividad desarrollada por las partes en el juicio, en la medida en que se debe formular un examen respecto de si las conductas procesales de las partes en disputa expresan una indiscutible orientación de someterse al arbitraje, y no, una fraudulenta intención de sujetar los conflictos a ese medio alternativo, lo cual debe ahora asumirse con carácter vinculante, conforme a las consideraciones expuestas en el presente fallo (...).

De la jurisprudencia antes transcrita se desprende que el análisis que hagan los jueces sobre las cláusulas contentivas de acuerdos arbitrales, no puede desconocer la participación necesaria de los órganos del Poder Judicial para resolver un conflicto, pero tampoco puede afectar al arbitraje como un medio idóneo y eficaz para solucionar una controversia.

Por otra parte, conforme a dicho criterio jurisprudencial esta Sala Político-Administrativa ha asumido el criterio de acuerdo al cual *“...el examen que realice el Poder Judicial a los efectos de determinar la validez, eficacia y aplicabilidad de las cláusulas arbitrales, debe limitarse a la constatación de la existencia por escrito del acuerdo de arbitraje sin analizar la configuración de los vicios del consentimiento que puedan afectar a dicho acuerdo.”*

Igualmente, para determinar la procedencia de la denominada *“Renuncia Tácita al Arbitraje”* debe estudiarse, en cada caso, el comportamiento desarrollado por las partes en el proceso que demuestren una indiscutible *“orientación”* de someterse al arbitraje como medio de resolución del conflicto.

TSJ-SPA (877)

12-7-2011

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Lorenzo White Montemayor vs. José Ernesto Barceló Sifontes

El arbitraje constituye un medio alternativo eficaz para la resolución de conflictos, aplicable también en materia de los arrendamientos regidos por la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, toda vez que, aún en las situaciones que involucren el orden público, la estipulación en un contrato de una cláusula compromisoria como un medio alternativo de resolución de controversias, no supone la renuncia a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial.

Dicho lo anterior, observa este Máximo Tribunal que el presente caso versa sobre una demanda por cumplimiento de contrato de arrendamiento inmobiliario, interpuesta por la abogada Mercedes Benguigui, actuando con el carácter de apoderada judicial del ciudadano **LORENZO WHITE MONTEMAYOR**, contra el ciudadano **JOSÉ ERNESTO BARCELÓ SIFONTES**.

Asimismo se evidencia, que el abogado Salvador Rubén Yannuzzi Rodríguez, en su carácter de apoderado judicial de la parte demandada, entre otras cosas, opuso ante el tribunal remitente la cuestión previa contenida en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de jurisdicción del juez, alegando que en el contrato cuyo cumplimiento se demanda, estaba contenida una cláusula arbitral, mediante la cual acordaron que “...**TODAS LAS CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON EL PRESENTE CONTRATO, DEBERÁN SER RESUELTAS DEFINITIVAMENTE MEDIANTE ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE CÁMARA DE COMERCIO DE CARACAS...**”. (Sic). (Destacado del escrito).

Por su parte, el Juzgado Décimo Primero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por decisión de fecha 22 de marzo de 2011, declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción, por considerar que las partes se sometieron al procedimiento de arbitraje mediante la cláusula del contrato, con lo cual excluyeron del conocimiento de la presente controversia a la jurisdicción ordinaria.

Expuesto lo anterior, resulta necesario traer a colación, el criterio establecido por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, (Véase Sentencia N°1541 de 17-10-2008, Caso: *Hildegar Rondón de Sanso y otros (Interpretación del único aparte del artículo 258 de la Constitución)* en *Revista de Derecho Público* N° 116, 2008, pp.129 y ss.)

De la decisión previamente transcrita se desprende que el arbitraje constituye un medio alternativo eficaz para la resolución de conflictos, aplicable también en materia de los arrendamientos regidos por la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, toda vez que, de acuerdo a lo expuesto en dicho fallo, aún en las situaciones que involucren el orden público, la estipulación en un contrato de una cláusula compromisoria como un medio alternativo de resolución de controversias, no supone la renuncia a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial.

Dicho criterio fue ratificado recientemente por la referida Sala, en esa oportunidad, estableció lo siguiente:

“(…) Así, se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que “el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-; pero dejando a salvo que lo anterior, no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

También con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, han entrado en vigencia un conjunto de normas que evidencian la aceptación y tendencia del ordenamiento jurídico patrio por incluir y desarrollar al arbitraje como un medio eficaz para la resolución de conflictos. Incluso, ha sido tan generosa la labor legislativa para el desarrollo del desideratum constitucional (ex artículo 258), que se le ha incluido en materias que, tradicionalmente, ni el propio legislador había aceptado la posibilidad de implementar cualquier mecanismo alternativo para la resolución de conflictos.

A juicio de esta Sala, “al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de el arbitraje al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial. Con ello, en términos generales debe afirmarse que el derecho a someter a arbitraje la controversia, implica que la misma puede y debe ser objeto de arbitraje en los precisos términos y ámbitos que establece el ordenamiento jurídico vigente” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008-.

Así, el arbitraje no se limita o se realiza con el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializa en “la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-, lo cual se traduce en que la procedencia y validez del arbitraje, se verifica en la medida en que éste responda a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico ha establecido al respecto -vgr. Procedencia del arbitraje, validez del laudo arbitral, entre otras-, por lo que el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo -en los términos de las normas de derecho comparado- y se erige como una garantía de éstos a someterse a un proceso (arbitral) accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones indebidas.

(…)

Incluso debe reiterarse, que en la sentencia N° 1.541/08 (publicada en la Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008) esta Sala estableció que la inserción del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas “sensibles” como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras (...).”

Sin embargo, debe esta Sala advertir que la existencia en el contrato objeto de autos de una cláusula arbitral, no determina *per se*, la exclusión de la jurisdicción del Poder Judicial para conocer del asunto controvertido, toda vez que frente a tal pacto compromisorio, se impone atender al contenido del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la Gaceta Oficial de Venezuela N° 36.430 del 7 de abril de 1998, que consagra expresamente la

posibilidad de que las partes sometan a arbitraje la resolución de controversias o disputas, mediante un pacto denominado “*acuerdo de arbitraje*”, en los términos expresados a continuación:

“Artículo 5. El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someterse a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”.

De conformidad con la norma anteriormente citada, al estar el acuerdo de arbitraje contemplado en una cláusula contractual, adquiere carácter vinculante para las partes que han suscrito el contrato, quienes por dicha disposición renuncian a acudir ante los órganos jurisdiccionales ordinarios a someter sus conflictos.

Asimismo, dispone la primera parte del artículo 6 de la precitada Ley de Arbitraje Comercial que:

“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje...”.

Sobre la base de lo precedentemente expuesto, esta Sala considera necesario determinar si del contrato cuyo cumplimiento se demanda se desprende la intención de las partes de resolver por vía de arbitraje las divergencias que se presentaren en el transcurso de la vigencia de dicha convención. A tal fin, se observa que en su cláusula vigésima primera se estableció lo siguiente:

“VIGESIMA PRIMERA: A los efectos derivados del presente Contrato, las partes eligen como domicilio especial a la ciudad de Caracas. Todas las controversias que se susciten en relación con el presente contrato, deberán ser resueltas definitivamente mediante arbitraje, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, que se encuentre vigente para la fecha de la controversia, por tres (3) Árbitros de Derecho nombrados de acuerdo a dicho Reglamento. (...)”. (Sic).

De la lectura de la cláusula transcrita, se constata que las partes decidieron en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil, someter las controversias que pudiesen surgir con motivo del contrato suscrito entre éstas a la decisión de un tribunal arbitral, sin que pueda colegirse de la referida cláusula una manifestación genérica, imprecisa o incompleta, lo cual en la situación analizada es suficiente para concluir que la acción planteada debe ser conocida por el mencionado tribunal de arbitraje.

En consecuencia, debe esta Sala declarar sin lugar el recurso de regulación de jurisdicción formulado por la apoderada judicial de la parte actora y confirmar de acuerdo a la motivación expuesta en el presente fallo, la decisión dictada por el Juzgado Décimo Primero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 22 de marzo de 2011, que declaró con lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción del Poder Judicial para conocer de la demanda incoada. Así se decide.

2. *El Poder Municipal*A. *Los Municipios*a. *Síndico Procurador Municipal (actuación en juicio)*

TSJ-SE ACC (106)

12-8-2011

Magistrada Ponente: Jhannett M. Madriz Sotillo

Caso: Mariebe Del Carmen Calderón Rodríguez vs. Convocatoria para la Elección de los Consejeros Parroquiales del Consejo Local de Planificación Pública del Municipio Libertador del Estado Mérida.

El Síndico Procurador Municipal para poder representar y defender al Municipio debe ser sujeto de una “instrucción”, es decir, de una orden, regla o autorización por parte del Concejo Municipal o del Alcalde de dicho ente.

Según el abogado José Gregorio Torrealba, quien actúa en su condición de apoderado judicial del municipio Libertador del estado Mérida, el Síndico Procurador Municipal no puede actuar en la presente causa, porque no ha sido “instruido” por el Alcalde para ejercer la defensa de los derechos del citado municipio. A este respecto, es necesario señalar que el artículo 121 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, establece:

“Artículo 121.- Corresponde al síndico procurador o síndica procuradora:

1. Representar y defender judicial y extrajudicialmente, los intereses del Municipio en relación con los bienes y derechos de la entidad, de acuerdo al ordenamiento jurídico e instrucciones del alcalde o alcaldesa o del Concejo Municipal, según corresponda.

2. Representar y defender al Municipio conforme con las instrucciones impartidas por el alcalde o la alcaldesa, o el Concejo Municipal, en cuanto a los derechos relacionados con el Tesoro Municipal y conforme con lo determinado por las leyes y ordenanzas. Cumplirá las mismas funciones en los juicios contenciosos administrativos que involucren al Municipio, según corresponda...”.

Sobre la citada disposición legal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 1.363, del veintiocho (28) de junio de dos mil siete (2007), ha señalado en relación con su interpretación, lo que se indica a continuación:

“En el numeral 1 se le otorga al Síndico Procurador Municipal la competencia de representar y defender judicial o extrajudicialmente al Municipio, pero sobre la base de una previa instrucción del Alcalde o del Concejo Municipal.

En el numeral 2 se le atribuye a dicho funcionario la competencia de representar y defender los intereses patrimoniales del Municipio, siempre que hubiere sido instruido al respecto por el Alcalde o el Concejo Municipal.

Tomando en cuenta el contexto jurídico-institucional con que el término “instruir” se usa en dichos preceptos, y haciendo uso del Diccionario de la Lengua Española (cuyo contenido es prácticamente reproducido por la Enciclopedia Jurídica Opus y por el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual), se verifica que dicha voz denota: 1. Un conjunto de reglas o advertencias para algún fin; 2. Órdenes que se dictan a los agentes diplomáticos o a los jefes de fuerzas navales; o 3. Reglamento en el que predominan las disposiciones técnicas o explicativas para el cumplimiento de un servicio administrativo.

La “instrucción” consistiría, pues, bien en la emisión de una orden, en la imposición de unas reglas de conducta o en la emisión de una autorización.

En todo caso, lo que es evidente es que en las normas citadas la palabra “instruir” no tiene el sentido de dar una información o educar, con los cuales es usada en el ámbito académico o en el marco de una actividad pedagógica.

El que es, según estos preceptos, instruido, no actúa incondicionadamente, libremente o conforme a su propio criterio. Por el contrario, el cumplimiento de las tareas que tales normas le asignan supone una previa decisión de parte de los órganos políticos del ente municipal, es decir, del Concejo Municipal o del Alcalde.

De este examen semántico del término “instruir” se concluye que el Síndico Procurador Municipal del Municipio Libertador, para poder plantear ante esta Sala la pretensión deducida, debió ser sujeto de una “instrucción”, es decir, de una orden, regla o autorización por parte del Concejo Municipal o del Alcalde de dicho ente”.

Bajo este marco legal y jurisprudencial, la Sala observa que en el caso de autos el Síndico Procurador Municipal se limitó a expresar en su diligencia que se daba por notificado del presente juicio, sin exponer ningún alegato respecto a elección impugnada. De modo que no es posible determinar si el Síndico pretendía plantear una estrategia procesal distinta a los criterios del Alcalde, o contraria a la posición de éste, pues, sólo compareció a “darse por notificado”.

A pesar de ello, el ciudadano José Gregorio Torrealba, en su carácter de apoderado judicial del Alcalde del municipio Libertador del estado Mérida sostuvo que sin la previa instrucción del Alcalde, el Síndico Procurador Municipal no podía actuar en la presente causa, razón por la cual solicitó a esta Sala que declarara la falta de representación del mismo.

Ahora bien, al revisar el expediente se pudo constatar que no consta en el mismo la instrucción a que se refiere los numerales 1 y 2 del artículo 121 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, razón por la cual debe considerarse que el Síndico Procurador Municipal no tiene la representación que se atribuye, y así se decide.

- b. *Consejo local de planificación pública (organizaciones vecinales y comunitarias que lo integran). Elecciones*

TSJ-SE ACC (106)

12-8-2011

Magistrada Ponente: Jhannett M. Madriz Sotillo

Caso: Mariebe Del Carmen Calderón Rodríguez vs. Convocatoria para la Elección de los Consejeros Parroquiales del Consejo Local de Planificación Pública del Municipio Libertador del Estado Mérida.

El Alcalde no tiene competencia para convocar ni organizar la elección de los consejeros de las organizaciones vecinales y comunitarias que integran el Consejo Local de Planificación Pública, sino que la misma corresponde a la Junta Electoral Municipal, previa solicitud de un número de voceros y voceras de los consejos comunales que representen un diez por ciento de los consejos existentes en la Parroquia de que se trate.

Corresponde a la Sala Electoral Accidental N° 1, luego de resolver los puntos previos, pronunciarse respecto al fondo del presente asunto, para lo cual observa que el Consejo Local de Planificación Pública es el órgano encargado de la planificación integral del municipio y de diseñar el Plan Municipal de Desarrollo y demás planes municipales, garantizando la participación ciudadana y protagónica en su formulación, ejecución, seguimiento, evaluación y control, así como su articulación con el Sistema Nacional de Planificación.

Se trata de un órgano que constituye expresión institucional del derecho a la participación en los asuntos públicos y cuyo objetivo fundamental: la planificación integral del municipio, ha sido erigida “en una alta política de Estado”, a través de la cual se encauzan “los recursos y acciones públicas asociados con el progreso del país (...) hacia los fines y objetivos políticos, sociales, culturales y económicos sustentados en nuestra Carta Magna”. (Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional, del 15 de diciembre de 2.004).

En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Planificación se explica que la planificación ha sido erigida “en una alta política de Estado”, a través de la cual se encauzan “los recursos y acciones públicas asociados con el progreso del país (...) hacia los fines y objetivos políticos, sociales, culturales y económicos sustentados en nuestra Carta Magna”.

De tal forma que, los Consejos Locales de Planificación Pública surgen, pues, de la conjunción de estas dos exigencias: 1) el ejercicio efectivo del derecho a la participación ciudadana, y 2) la planificación como tarea racional mediante la cual se define un plan respecto a un objetivo a alcanzar, que en este supuesto abarcaría lo relativo al desarrollo económico y social de los municipios.

Así pues, el artículo 168 constitucional establece que la actuación del municipio en el ámbito de sus competencias se cumplirá incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna conforme a la ley. Esta participación ciudadana se verifica a través de los consejeros parroquiales, y cuyo método de elección se encuentra regulado en el artículo 6 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, en los siguientes términos:

“Artículo 6.- Elección de los consejeros o de las consejeras. Los consejeros o las consejeras del Consejo Local de Planificación Pública, electos o electas por las organizaciones vecinales y comunitarias, y por los pueblos y comunidades indígenas, donde los hubiere, sin menoscabo de las normas que regulan el sufragio y la participación política, serán electos o electas según el siguiente procedimiento:

1. El o los consejeros o la o las consejeras de las organizaciones vecinales y comunitarias articuladas e integradas al Consejo Comunal respectivo, serán electos o electas en la Asamblea Parroquial de voceros o voceras de los consejos comunales, conformada por un vocero o una vocera de cada Consejo Comunal existente en la Parroquia y debidamente registrado ante la Comisión Presidencial del Poder Popular.

Con al menos el diez por ciento de los consejos comunales existentes en la parroquia y debidamente registrado ante la Comisión Presidencial del Poder Popular, los voceros o las voceras de los consejos comunales de una determinada parroquia tramitarán ante la junta electoral municipal del Consejo Nacional Electoral la elección de consejeros y consejeras.

La Asamblea Parroquial, por mayoría simple de sus integrantes, elegirá de manera nominal y directa al o los consejeros o a la o las consejeras, con sus respectivos suplentes.

A cada parroquia le corresponde como mínimo un consejero o una consejera, la distribución restante será de una proporción del sesenta por ciento para las organizaciones vecinales y comunitarias, de acuerdo con la base poblacional, según lo establecido en la ordenanza respectiva y del cuarenta por ciento para las organizaciones sectoriales; en los casos en los cuales la asignación porcentual correspondiente no sea un número entero, la adjudicación se realizará mediante la aproximación a la unidad inmediata superior.

En aquellos municipios donde existan parroquias se conformará una asamblea de voceros y voceras de los consejos comunales constituidos y registrados ante la Comisión Presidencial de Poder Popular, para elegir los consejeros o las consejeras ante el Consejo Local de Planificación Pública”.

De la norma *ut supra* transcrita, se puede inferir que las organizaciones vecinales y comunitarias deben estar articuladas e integradas a los consejos comunales.

A su vez cada consejo comunal tendrá un vocero que lo representará en la Asamblea Parroquial en cuyo seno se elegirán a los consejeros de las organizaciones vecinales y comunitarias (consejeros parroquiales) que integrarán el Consejo Local de Planificación Pública.

Siendo ello así, la Sala observa que en cada Parroquia de un municipio pueden existir varios consejos comunales. Cada una de estos consejos comunales tiene un vocero que lo representará en la Asamblea Parroquial y en la que se elegirá el consejero parroquial. Dicha Asamblea requiere para su celebración el inicio de un trámite previo ante la Junta Electoral Municipal del Consejo Nacional Electoral, que puede ser solicitado

“[c]on al menos el diez por ciento de los consejos comunales existentes en la parroquia y debidamente registrado ante la Comisión Presidencial del Poder Popular...”.

Por su parte, la Junta Electoral Municipal es el órgano que debe verificar el número de consejos comunales que existen en cada parroquia del municipio de que se trate, a fin de determinar cuántos de ellos representan el diez por ciento a que se refiere el artículo 6 de la Ley de Consejos Locales de Planificación Pública, aplicable *ratio temporis* al caso de autos. Y sólo ellos (los consejos comunales) pueden dar inicio al trámite para que la Junta Electoral Municipal (y no el Alcalde) proceda a la organización de la “Asamblea Parroquial” donde los voceros de los consejos comunales elegirán a los consejeros de las organizaciones vecinales y comunitarias que integrarán el Consejo Local de Planificación Pública.

Cabe destacar, que este método utilizado por el legislador para seleccionar a los consejeros de las organizaciones vecinales y comunitarias que integrarán el Consejo Local de Planificación Pública junto con el Alcalde, los concejales y los presidentes de las juntas parroquiales, debe realizarse sin menoscabo de las normas que regulan el sufragio y la participación política, por lo que esta Sala Electoral Accidental N° 1, estima que la organización de estas elecciones debe contar con un cronograma electoral que regule de manera general y simultánea todas las fases del proceso electoral, cuyo acto de votación se verificará en la Asamblea Parroquial donde se elegirán de manera nominal y directa a los referidos consejeros.

De allí que es evidente que el Alcalde del municipio Libertador del estado Mérida no tiene competencia para convocar ni organizar la elección de los consejeros de las organizaciones vecinales y comunitarias que integran el Consejo Local de Planificación Pública, sino que la misma corresponde a la Junta Electoral Municipal, previa solicitud de un número de voceros y voceras de los consejos comunales que representen un diez por ciento de los consejos existentes en la Parroquia de que se trate.

A mayor abundamiento, se debe señalar que el argumento referido a la “inexistencia” de la Junta Electoral Municipal, dado su carácter temporal, no justificaba la convocatoria de un proceso electoral de esta naturaleza por parte del Alcalde del municipio Libertador del estado Mérida, pues, tratándose de un órgano subalterno de la Junta Nacional Electoral, resultaba claro que ésta podía encargarse de la constitución de la referida Junta Electoral Municipal, de conformidad con los numerales 5 y 6 del artículo 48 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, y 4 del artículo 49 *eiusdem*.

Establecido lo anterior, es necesario advertir que en relación con los vicios en la convocatoria a elecciones, la Sala Electoral, del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 232, de fecha once (11) de diciembre de dos mil cinco (2.005), ha señalado lo que se indica a continuación:

“...la convocatoria a elecciones debe cumplir su fin, y los vicios e irregularidades que se le imputen a ésta deben ser de tal magnitud, que altere el resultado general de la elección. De lo contrario, la voluntad popular debe ser respetada, y las irregularidades invocadas deben ser subsanadas o convalidadas, según el caso; excepto en aquellos casos en que la convocatoria a elecciones haya sido efectuada por un órgano manifiestamente incompetente, lo cual acarrearía la nulidad absoluta del acto, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. (Sic).

Asimismo, la Sala Electoral, del Tribunal Supremo de Justicia, ha establecido mediante sentencia número 75, del veinticinco (25) de mayo de dos mil cuatro (2.004), que las disposiciones de la legislación electoral resultan aplicables por analogía a las elecciones de los Consejos Locales de Planificación Pública. En efecto, en dicha sentencia esta Sala expresa lo siguiente:

*“... en el artículo 216 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, se establece:
‘Será nula toda elección:*

1.- Cuando se realice sin la previa convocatoria del Consejo Nacional Electoral, acordada de conformidad con los requisitos establecidos por esta Ley.

2.- Cuando hubiere mediado fraude, cohecho, soborno, o violencia en la formación del Registro Electoral, en las votaciones o en los escrutinios y dichos vicios afecten el resultado de la elección de que se trate.

En estos casos, el denunciante deberá acompañar los elementos probatorios que fundamenten su impugnación’

En la norma transcrita se tipifican las causales de nulidad que se originarían si las elecciones se realizan bajo alguna de las circunstancias, consideradas por la propia Ley, como vicios que enervan absolutamente su validez. Ahora bien, de darse el caso de que unas determinadas elecciones estuvieran viciadas de nulidad absoluta -por haberse configurado en su realización los supuestos previstos el artículo 216 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política- el proceso electoral en el cual estuvieron enmarcadas, indefectiblemente también sería nulo, toda vez que el proceso electoral se establece y desarrolla con un fin único, que no es otro que la realización de unas elecciones.

Ahora bien, aunque el artículo transcrito está referido a los procesos electorales que se celebran en todo el territorio nacional, lo que constituye el ámbito principal de aplicación de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política -de allí que se refiera a la omisión de la previa convocatoria por parte del Consejo Nacional Electoral, la cual debe ser realizada de conformidad con las disposiciones en ella contenidas- cuando se trate de otros procesos electorales que deban realizarse por mandato de la Constitución de la República o de la Ley, como lo es el caso que nos ocupa, estas disposiciones serán aplicables por analogía, a tenor de lo previsto en el artículo 1 eiusdem, y para ello se debe hacer la debida adaptación a las circunstancias de esos procesos electorales que, seguramente, como en el caso de autos, tienen una regulación especial contenida en una Ordenanza, de conformidad con la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública.

Por lo expuesto, en criterio de esta Sala, la ilicitud de un proceso electoral sí puede ser objeto de impugnación cuando se considere que hubo vicios de nulidad en las elecciones, asimilables a los tipificados en el artículo 216 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política...”. (sic).

Con base en las jurisprudencias citadas, esta Sala Electoral Accidental N° 1, debe anular la referida convocatoria y el proceso electoral que se llevó a cabo con base en ella, por aplicación analógica del numeral 1 del artículo 216 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, aplicable *ratione temporis*, en concordancia con el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y así se decide.

Al anular el proceso electoral mediante el cual fueron escogidos los representantes de las organizaciones vecinales y de los distintos sectores de la sociedad civil organizada ante el Consejo Local de Planificación Pública, se deja en la práctica, a la acción de gobierno del Municipio Libertador del estado Mérida, sin un órgano fundamental de enlace entre la Administración Pública municipal y los ciudadanos y ciudadanas, comunidades organizadas y sectores que integran la base poblacional de dicha entidad territorial, es por ello, que se ordena la inmediata reincorporación de quienes ocupaban estos cargos hasta la fecha de la realización del proceso electoral ya anulado, correspondiente al periodo 2007-2009, y así se decide. En consecuencia, acogiendo el criterio doctrinal contenido en la sentencia número 802, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha primero (1°) de junio de dos mil once (2011), es obligación de esta Sala Electoral Accidental N° 1, ordenar la repetición de dicho proceso electoral previa elaboración de un cronograma, en el cual se establezcan todas las fases del proceso comicial con observancia de las disposiciones previstas en la normativa vigente, para lo cual esta Sala Electoral Accidental N° 1, del Tribunal Supremo de Justicia, fija un lapso que no debe exceder de sesenta (60) días continuos, según indica el artículo 8 de la Reforma Parcial de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, *Gaceta Oficial* Extraordinaria número 6.017, de fecha treinta (30) de diciembre de dos mil diez (2010), contados a partir de la reincorporación a sus cargos de los consejeros que ejercían funciones hasta antes de la realización del proceso electoral irrito efectuado por autoridad incompetente para ello, en el Consejo Local de Planificación Pública.

Así se decide.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. Régimen Económico: Libertad de empresa: Restricciones

TSJ-SC (1092)

13-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996 (Corporación Industrial Class Light C.A. y Otras)

La prohibición de publicidad de licores en la infraestructura vial constituye una legítima restricción a la libertad de empresa contenida en el artículo 112 del Texto Fundamental, pues, en los términos de la propia norma constitucional, el legislador puede condicionar el desarrollo de las libertades económicas por razones de seguridad y salubridad entre otras.

De manera preliminar, resulta necesario observar que la norma impugnada, esto es, el Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996, se encuentra derogada por la Ley de Transporte Terrestre, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.985 del 1° de agosto de 2008, la cual, en su artículo 92, reproduce la prohibición de publicidad sobre bebidas alcohólicas en las vías de comunicación en los siguientes términos:

“Artículo 92. Queda prohibida la colocación de anuncios, carteles, vallas y avisos publicitarios, comerciales o institucionales en toda la red vial, pública o privada de uso público, permanente o casual y en una franja de los predios colindantes a las mismas equivalente a cincuenta metros (50 mts) medidos desde el eje de la vía en las autopistas nacionales treinta metros (30 mts) medidos desde el eje de la vía en las carreteras pavimentadas y quince metros (15 mts) medidos desde el eje de la vía en las carreteras no pavimentadas, dentro o fuera del derechos de vía.

Igualmente queda prohibida la colocación de medios publicitarios tanto en vía pública como en las unidades de transporte terrestre, público y privado de personas y de carga que contengan mensajes de:

1. Cigarrillos y derivados del tabaco.
2. **Bebidas Alcohólicas y demás especies previstas en la legislación sobre la materia.**
3. Sustancias estupefacientes o psicotrópicas prohibidas por la ley que rige la materia.
4. Servicios profesionales prestados por personas que no posean o cumplan con los requisitos o condiciones exigidos por la ley.
5. Bienes, servicios o actividades cuya difusión haya sido prohibida o restringida, en forma temporal o permanente, por motivos de salud pública o garantía de los derechos de las personas, por la ley o las autoridades competentes, o no haya sido autorizada, según sea el caso.
6. Juegos de envite y azar que denigren del trabajo como hecho social y proceso fundamental para alcanzar los fines del Estado, o en los cuales participen niños, niñas o adolescentes, salvo que se trate de rifas benéficas por motivo de ayuda humanitaria.
7. Bienes o servicios dirigidos a niños, niñas o adolescentes que muestren o utilicen elementos de violencia regulados en esta Ley.
8. **Armas, explosivos bienes o servicios relacionados y similares" (destacado agregado).**

Tal como se desprende de la disposición transcrita, la ley vigente mantiene la limitación que constituye el objeto de la pretensión anulatoria planteada y, por tanto, resulta patente el interés jurídico actual que subsiste en que se analice la supuesta inconstitucionalidad de la prohibición de instalar publicidad de licores en la vías de comunicación dispuesta en el artículo 92 de Ley de Transporte Terrestre, antiguamente establecida en el Único Aparte del artículo 45 de la derogada Ley de Tránsito Terrestre. Ello así, los accionantes de fundamentan su pretensión anulatoria en la eventual violación de los derechos a la libertad económica, a la igualdad, a la libertad de expresión, a la propiedad, así como la prohibición de confiscación, el principio de irretroactividad de la ley, y finalmente, que la limitación impuesta parte de una premisa falsa que, como tal, no cumple con el denominado principio de racionalidad.

Con respecto a la denuncia de violación del derecho a la libertad de empresa, el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es del siguiente tenor:

“Artículo 112. “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.” (Resaltado añadido).

Del análisis de la disposición transcrita se desprende, que el constituyente, en el contexto del principio de libertad (artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela) que informa como valor fundamental al ordenamiento jurídico venezolano, desarrolló el derecho a la libertad económica, igualmente denominado derecho a la libertad de empresa, como una situación jurídica activa que faculta a los sujetos de derecho a realizar cualquier actividad económica, siempre que ésta no esté expresamente prohibida o que en el caso de estar regulada, se cumpla con las condiciones legalmente establecidas para su desarrollo.

Lo antes expuesto, permite deducir la vertiente negativa del derecho *in commento*, según la cual la situación de libertad, conlleva la prohibición general de perturbación de las posibilidades de desarrollo de una actividad económica, mientras el sistema normativo no prescriba lo contrario, con lo cual se reconoce, de igual manera, el principio de regulación, como uno de los aspectos esenciales del Estado Social de Derecho y de Justicia a que se refiere el artículo 2 del Texto Fundamental.

Ambos valores esenciales -libertad de empresa y regulación económica-, se encuentran en la base del sistema político instaurado, sin que ninguno pueda erigirse como un valor absoluto, propenso a avasallar a cualquier otro que se le interponga. Antes bien, se impone la máxima del equilibrio según la cual, los valores están llamados a convivir armoniosamente, mediante la producción de mutuas concesiones y ello implica, que las exigencias de cada uno de ellos, no sean asumidas con carácter rígido o dogmático, sino con la suficiente flexibilidad para posibilitar su concordancia.

De este modo, las colisiones o conflictos entre valores o derechos, que lleva inherente el carácter mixto de la denominada “Constitución Económica”, permite mantener la armonía del sistema, no mediante la sumisión total de unos valores sustentada en alguna pretendida prevalencia abstracta u ontológica de uno sobre otro, sino mediante el aseguramiento, en la mayor medida posible, de la observancia de cada valor, fijando el punto de equilibrio en atención a las circunstancias del caso y a los principios del ordenamiento.

El comentado punto de equilibrio se logra a través del principio de compatibilidad con el sistema democrático que impera en materia de limitación de derechos fundamentales, de acuerdo al cual, las citadas restricciones deben responder al contexto constitucional en el que habrán de ser dictadas. Así, a través del denominado control democrático, que no es más que un análisis de la vigencia del principio de racionalidad, debe constatar que la actuación del Estado sea idónea, necesaria y proporcional al objetivo perseguido, es decir, que sea apta para los fines que se buscan, requerida ante la inexistencia de una medida menos gravosa para el derecho y, finalmente, que la intervención no resulte lesiva, sino suficientemente significativa, pues de lo contrario se plantea una limitación injustificada.

De esta forma, si el ejercicio del derecho se ve limitado excesivamente, la medida devendrá en desproporcionada y, por ende, inconstitucional, con lo cual no es suficiente su idoneidad, sino la valoración de un propósito donde deben preponderar los requerimientos sociales del pleno goce de los derechos involucrados, sin trascender de lo estrictamente necesario, pues tal como se desprende del artículo 3 del Texto Fundamental vigente, el Estado venezolano tiene una vocación instrumental que como todo Estado constitucional de derecho, propende al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales en un contexto social.

En el referido marco constitucional, la injerencia pública sobre el principio general de libertad de empresa, debe basarse en la salvaguarda del desarrollo humano, la seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y someterse al comentado principio de racionalidad o *test* democrático y, en este sentido, la publicidad comercial en las vías de comunicación constituye una de las actividades conexas del sistema nacional de transporte, pues forma parte del aprovechamiento de la infraestructura vial.

En efecto, la infraestructura vial no sólo se utiliza para garantizar el libre tránsito y el desarrollo del servicio de transporte de personas y bienes, sino que funge, en segundo lugar y debido a su masiva utilización y extensión, de soporte para la divulgación y promoción de publicidad institucional y comercial, a través de vallas, señales, carteles, avisos, dibujos, pancartas y demás medios que puedan difundir información oficial o privada a la colectividad.

Entonces, resulta patente que la actividad publicitaria que se despliega en torno a las estructuras viales, por su conexidad con la actividad de transporte y por repercutir en toda la sociedad, en tanto usuaria de los medios de transporte desde los cuales se tiene acceso a la información vial, presenta los matices de generalidad (interés social en los términos del artículo 112 del Texto Fundamental) que justifican el establecimiento de un régimen jurídico que, atendiendo al principio de la reserva de ley que impera en materia de limitación de los derechos fundamentales, pueda imponer condiciones o restricciones al ejercicio de las actividades por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras razones de interés social.

Ello así, debe analizarse si, en concreto, la prohibición de publicitar bebidas alcohólicas contenida en la norma impugnada, se enmarca o no, dentro de las circunstancias que constitucionalmente legitiman la restricción del derecho a la libertad económica y, al respecto, la publicidad de licores, es una actividad que materialmente tiene como objetivo principal promover el consumo de una bebida alcohólica en particular.

Ciertamente, la actividad publicitaria sobre licores persigue como fin esencial estimular la utilización de una bebida con contenido etílico y, en este propósito, se promocionan los caracteres favorables del producto o incluso, se tiende a crear una impresión de bienestar que va ligada directamente a la marca o a la bebida.

Tal situación, en principio, no resulta ilegítima, pues no se trata de productos ilícitos. Sin embargo, como quiera que las bebidas alcohólicas, por su naturaleza, producen alteración de los sentidos y potencial embriaguez, resulta patente para esta Sala, que el auspiciar su consumo en una circunstancia peligrosa, como es transitar por la vía pública, resulta atentatorio de la seguridad de las personas y, con ella, de su integridad física y patrimonial e, incluso, del derecho a la vida.

Conforme a lo expuesto, la prohibición impugnada se justifica en la situación objetiva de peligrosidad que presenta conjugar la utilización de las vías de comunicación bajo una permanente incitación a consumir una sustancia que causa afectación de las condiciones motoras y, con ella, de la seguridad vial.

Al mismo tiempo, la penetración de los mensajes publicitarios colocados en las arterias viales o incluso, en vallas móviles, donde todo el mundo puede ver cualquier publicidad, da lugar a que la exposición del producto se realice de forma indiscriminada y ello, para el caso concreto de los licores, permite generar estímulos al consumo de alcohol en toda la población e incluso en niños, niñas y adolescentes que, como tales, no tienen ni la capacidad ni el discernimiento para evaluar adecuadamente ni el mensaje, ni el producto en sí mismo y, mucho menos, los efectos del consumo de bebidas alcohólicas.

Debido a esto, razones de orden sanitario demandan la protección de la población en general y de los menores de edad en particular, frente a la promoción de bebidas cuyo consumo causa una de las enfermedades con mayor afectación social y familiar, a saber, el alcoholismo.

De los anteriores planteamientos se hace visible que la regulación contenida en la norma impugnada, a saber, la imposibilidad de publicitar bebidas alcohólicas en la red vial, responde a exigencias de seguridad y salubridad que son, precisamente, dos de las circunstancias donde constitucionalmente resulta admisible una limitación al libre ejercicio de la actividad económica.

Por tanto, la prohibición de publicidad de licores en la infraestructura vial contenida en el derogado Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996 y actualmente recogida en el artículo 92 de la Ley de Transporte Terrestre, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.985 del 1° de agosto de 2008, constituye una legítima restricción a la libertad de empresa contenida en el artículo 112 del Texto Fundamental, pues, en los términos de la propia norma constitucional, el legislador puede condicionar el desarrollo de las libertades económicas por razones de seguridad y salubridad entre otras.

En consecuencia de lo expuesto, esta Sala desestima el argumento de violación del derecho a la libertad de empresa a que se refiere el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara.

2. *Propiedad y expropiación*

A. *Derecho de propiedad*

TSJ-SC (1092)

13-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996 (Corporación Industrial Class Light C.A. y Otras)

La concepción constitucional del derecho a la propiedad en el ordenamiento venezolano resulta muy lejana de la configuración decimonónica que lo reconocía como un derecho sagrado, inviolable e ilimitado, caracterizado por un individualismo impermeable al interés general, para evolucionar a una concepción donde se integran sus aspectos sociales y, de allí, que las limitaciones legítimas (constitucionales o legalmente impuestas por razones de utilidad pública o interés general) a las cuales se encuentra sometido el derecho bajo análisis, sean actualmente concebidas por la doctrina como parte integrantes del mismo y no como límites externos.

Igualmente, la recurrente denuncia la violación del derecho de propiedad, sobre la base que la norma impugnada estaría impidiendo la libre disposición de los derechos marcarios de las empresas productoras y comercializadoras de licores sobre sus productos.

Al respecto, el Texto Fundamental dispone en su artículo lo siguiente:

Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Sobre el citado precepto constitucional se pronunció esta Sala en la sentencia N° 462, dictada el 6 de abril de 2001 (caso: *Manuel Quevedo Fernández*), en la cual se precisó, que de la norma transcrita puede inferirse una configuración individual o personalista del derecho, referida al poder subjetivo de imperio sobre un bien y la libre disposición que se tiene sobre una cosa y, por otra parte, la configuración social del derecho, referido al conjunto de deberes y obligaciones establecidos que puede imponer la ley atendiendo a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

De este modo, la Carta Magna de 1999 se contextualiza con la doctrina ecléctica del constitucionalismo moderno que concibe a la propiedad como un derecho patrimonial subjetivo, pero que igualmente, reconoce la promoción social del mismo y, por tanto, un perfil relativizado que lo hace susceptible de limitaciones tales como contribuciones, restricciones u obligaciones que desde el punto de vista formal obedecen al principio de reserva de legal y, sustancialmente, responden a razones de utilidad pública o de interés general.

De acuerdo a los razonamientos que se han venido realizando, la concepción constitucional del derecho a la propiedad en el ordenamiento venezolano, resulta muy lejana de la configuración decimonónica que lo reconocía como un derecho sagrado, inviolable e ilimitado, caracterizado por un individualismo impermeable al interés general, para evolucionar a una concepción donde se integran sus aspectos sociales y, de allí, que las limitaciones legítimas (constitucionales o legalmente impuestas por razones de utilidad pública o interés general) a las cuales se encuentra sometido el derecho bajo análisis, sean actualmente concebidas por la doctrina (De Esteban J., y González-Trevijano (*Ob. cit.* p. 257), como parte integrantes del mismo y no como límites externos.

Precisamente, la caracterización relativa del derecho a la propiedad determina la improcedencia de la denuncia de violación del citado derecho, pues en el marco de las consideraciones vertidas anteriormente, la publicidad de licores en las vías de comunicación, es una actividad sobre la cual se hacen visibles restricciones que atienden a condiciones de seguridad y salubridad.

Entonces, no es que la norma impugnada imposibilite la disposición de los derechos marcarios de las empresas productoras y comercializadoras de licores sobre sus productos, o sobre los soportes físicos donde se instala la publicidad, sino que tal disposición, se encuentra sometida a condicionamientos que, en el estadio actual del derecho a la propiedad, resultan consustanciales a él y se imponen para evitar lesiones al interés general (como se dijo anteriormente, afectaciones a la seguridad y a la salud).

Como puede observarse, el constituyente venezolano, a tono con la doctrina moderna, abandonó la tesis del arbitrio absoluto de los propietarios sobre sus derechos reales, para atemperar la libre disposición de los bienes, siempre que sobre éstos recaigan circunstancias de utilidad pública o de interés general, como ocurre en el presente asunto, donde se restringe taxativamente y de manera perfectamente determinada, que se coloque publicidad de licores de manera permanente o casual.

Por tanto, debe esta Sala concluir, que resulta legítima y, por ende, constitucional, la restricción a la libertad de disposición publicitaria sobre las marcas de licores y sobre los soportes de las vallas permanentes o movibles a que hace referencia la norma impugnada y, así se declara.

B. *Prohibición de confiscaciones*

TSJ-SC (1092)

13-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Único Aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996 (Corporación Industrial Class Light C.A. y Otras)

La prohibición de actividad confiscatoria no es una protección constitucional sobre los bienes específicos de los administrados, sino una garantía del grado de afectación sobre sus derechos reales, por lo que reviste un límite dogmático al *quantum* de las medidas estatales que inciden en el patrimonio de las personas.

Por otra parte, la accionante arguyó la violación del artículo 116 del Texto Fundamental, alegando el presunto carácter confiscatorio de la norma impugnada, sobre las base que la misma establece una forma de desapoderamiento de las vallas y demás anuncios de bebidas alcohólicas. Al respecto, el artículo 116 de la Constitución vigente dispone un marco conforme al cual, salvo los casos permitidos por el propio Texto Constitucional y excepcionalmente, las materias relacionadas a los delitos contra el patrimonio público y el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, no es posible decretar ni ejecutar la *confiscatio*, toda vez que esta medida, ha estado -salvo las excepciones constitucionalmente admitidas-excluida de las instituciones del ordenamiento jurídico venezolano, desde los propios tiempos independentistas, en razón del carácter excesivamente dañoso que presenta en el patrimonio del sujeto a quien le es aplicada.

Tal castigo, sobre la cual Voltaire expresó, que “*en todos los casos, no es otra cosa que una rapiña...*,” es una sanción que de acuerdo a Dromi (*Derecho Administrativo*. 1996. Editorial Ciudad Argentina. p. 620), procede a través de vías penales, civiles, administrativas y fiscales e implica, un desapoderamiento de parte esencial de los bienes de la persona, que por tanto, excede un porcentaje razonable de punición, constituyéndose en una sanción desproporcionada que resulta violatoria del derecho de propiedad.

En el mismo sentido, Marienhoff M. (*Tratado de derecho Administrativo*. Tomo IV, Editorial Abeledo Perrot, 1965, p. 499), recoge esta noción según la cual, las confiscaciones pueden derivar de actos expresos de naturaleza civil, administrativa, fiscal o penal y, de igual forma, sostiene que se trata del apoderamiento de todos los bienes de una persona, o al menos de la mayoría de estos, por lo que resultará confiscatoria, aquella exigencia de pago cuyo monto absorba todo o gran parte del capital o renta de quien resulte obligado. Por ello, la prohibición de actividad confiscatoria, no es una protección constitucional sobre los bienes específicos de los administrados, sino una garantía del grado de afectación sobre sus derechos reales, por lo que reviste un límite dogmático al *quantum* de las medidas estatales que inciden en el patrimonio de las personas.

De este modo, el Constituyente limitó al legislador en la extensión de las medidas que afectan pecuniariamente a los sujetos de derecho, proporcionándole unos parámetros o un esquema de adecuación entre la actuación del Poder Público y la incidencia en los administrados de acuerdo al cual, no se debe exceder de manera indudable, el grado de restricción necesaria de la libertad, para lograr la preservación de los intereses generales.

Ante la situación planteada, la prohibición de confiscatoriedad se encuentra vinculada al principio de razonabilidad que debe guiar el ajuste entre la actuación del Estado y la afectación a la esfera jurídica de un sujeto de derecho, para lo cual, debe cuidarse que la actividad

no alcance formal o sustancialmente la confiscación de los bienes de la persona, lo cual ocurre ante el desapoderamiento total de los bienes o de su equivalente, pues ello provoca en términos de Valdés (*Curso de Derecho Tributario*. Ediciones De Palma, 1996, p. 128), un sacrificio económico excesivo.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, debe ratificarse que la norma impugnada impone una restricción legítima a los derechos patrimoniales y a la libertad económica sobre la publicidad comercial de licores, pero contrariamente a lo denunciado, dicha limitación no supone un desapoderamiento de la totalidad de los bienes o de una parte sustancial de los activos de las empresas que desarrollan dicha actividad. Antes bien, las empresas de publicidad pueden adecuar su actividad comercial a los parámetros que impone la ley (pues ésta no imposibilita totalmente el desarrollo publicitario) y así, continuar su actividad atendiendo a las condiciones regulatorias que se le han establecido al sector sobre la base de exigencias sanitarias y de seguridad. Como se puede observar, los operadores publicitarios o licoreros, no sufren el desapoderamiento de sus equipos o infraestructura, ni de los ingresos que su actividad genera, sino que incluso para los casos en que deban removerse las vallas y, demás estructuras publicitarias, como consecuencia de su ilegal localización (siempre como resultado de un procedimiento administrativo donde con las debidas garantías se concluya que efectivamente la publicidad se está desarrollando de modo ilegal), subsiste tanto la posibilidad de reubicarlas conforme al marco legal, como la de exigir al Estado la indemnización de los eventuales daños que pudieran generarse a consecuencia de la remoción de la infraestructura publicitaria o de la afectación a la actividad comercial que pudiera derivarse de las nuevas condiciones legales, todo ello, en el marco del principio de responsabilidad del Estado a que hace mención el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Es evidente entonces, que la disposición impugnada no presenta una desproporción irracional, entre el deber social de los derechos de propiedad y la libertad de empresa de quienes se dedican a la publicidad comercial de licores y, como quiera que la referida desproporcionalidad es el elemento fundamental a la hora de determinar el carácter confiscatorio de una norma, debe declararse la improcedencia del referido alegato.

En tal virtud, se desestima la supuesta violación del artículo 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se decide.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. Principio de Legalidad Tributaria

TSJ-SPA (1188)

28-9-2011

Magistrada Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Grupo Nanco, C.A. vs. Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

El principio de legalidad tributaria posee fundamentalmente dos características: por una parte, sólo la Ley puede otorgar exenciones, exoneraciones y demás beneficios fiscales; mientras que, por la otra, únicamente la Ley puede establecer los términos y condiciones para la procedencia del beneficio fiscal.

Dilucidado lo anterior, considera necesario esta Sala, entrar a conocer si la Sentencia objeto de apelación incurrió en la violación del principio de legalidad, por cuanto a criterio de la recurrente "(...) el tribunal obvia que los libros de ventas deben realizarse de conformidad

con lo establecido en el Reglamento del Impuesto al Valor Agregado (sic); que los libros diario y mayor deben realizarse o asentarse de conformidad con lo dispuesto en el Código de Comercio en concordancia con los principios generalmente aceptados en materia de contabilidad (...)”.

Al respecto, el Tribunal de la causa precisó que correspondía a la contribuyente cumplir con la carga de demostrar a la Administración Tributaria Municipal, que sus actividades se encontraban circunscritas dentro del supuesto normativo que otorga el beneficio de rebaja del cincuenta y cinco por ciento (55%), previsto en el artículo 69 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda, para los períodos fiscales investigados 2003, 2004 y 2005, disponiendo para ello de un listado de los bienes vendidos que discrimine cuáles de éstos gozan de dicha rebaja. En relación con el principio de legalidad previsto en el artículo 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal ha señalado recientemente que éste se presenta como un instrumento jurídico formal que tiende a articular las relaciones entre el Estado y los particulares, sujetando el obrar público a las reglas del ordenamiento jurídico y, de allí, que se le conciba como una máxima opuesta a la arbitrariedad. (Sentencia N° 176 de fecha 1° de marzo de 2011, caso: *Consortio Petrobras Energía-Williams*.)

Con vista en lo señalado, es necesario destacar que en materia de rebajas, exenciones, exoneraciones, desgravámenes y demás beneficios fiscales, rige el principio de legalidad tributaria, el cual posee fundamentalmente dos características: **por una parte**, sólo la Ley puede otorgar exenciones, exoneraciones y demás beneficios fiscales; mientras que, **por la otra**, únicamente la Ley puede establecer los términos y condiciones para la procedencia del beneficio fiscal (artículos 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como 3 y 4 del Código Orgánico Tributario de 2001).

En tal sentido, en el caso que nos ocupa, la norma que otorga la rebaja del cincuenta y cinco por ciento (55%) del impuesto causado se encuentra recogida en el artículo 69 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda (artículos 70 de dicha Ordenanza para el ejercicio fiscal 2003 y 71 para los períodos impositivos 2004 y 2005), la cual es del tenor siguiente:

“Artículo 69. Se concede una rebaja del cincuenta y cinco por ciento (55%) del monto del impuesto causado por el ejercicio de las siguientes actividades:

1. Actividad de comercio al detal de prendas de vestir.

(...)”

En este orden de ideas, señala el artículo 130 del Código Orgánico Tributario de 2001:

Artículo 130.- *“Los contribuyentes y responsables, ocurridos los hechos previstos en la Ley cuya realización origina el nacimiento de una obligación tributaria, deberán determinar y cumplir por sí mismos dicha obligación o proporcionar la información necesaria para que la determinación sea efectuada por la Administración Tributaria, según lo dispuesto en las leyes y demás normas de carácter tributario.*

No obstante, la Administración Tributaria podrá proceder a la determinación de oficio, sobre base cierta o sobre base presuntiva (...) en cualquiera de las siguientes situaciones:

1. Cuando el contribuyente o responsable hubiere omitido presentar la declaración.

2. Cuando la declaración ofreciera dudas relativas a su veracidad o exactitud.

3. Cuando el contribuyente, debidamente requerido conforme a la ley, no exhiba los libros y documentos pertinentes o no aporte los elementos necesarios para efectuar la determinación (...).”.

La norma parcialmente transcrita concede a la Administración Tributaria la facultad de proceder a la determinación de oficio de la deuda tributaria: cuando el contribuyente o responsable hubiere omitido presentar la declaración o cuando no hubiere cumplido con la obligación tributaria en los casos en que se exija declaración; y cuando el contribuyente debidamente requerido conforme a la ley no exhiba los libros y documentos pertinentes, entre otras causales.

Circunscribiéndose al caso objeto de análisis en la presente Sentencia, se desprende del contenido de los actos administrativos impugnados que la Administración Tributaria Municipal confirmó el reparo formulado en el Acta Fiscal N° D.A.T.-GAF: N° 1.248-505-2006 de fecha 20 de noviembre de 2006, toda vez que la información obtenida a través de los Libros de Venta de la contribuyente demuestra que “(...) no lleva en su contabilidad los ingresos disgregados conforme a los productos que comercializa (...)”.

De esta manera, el acto recurrido consideró que dicho incumplimiento constituye una infracción al deber previsto en el artículo 145 del Código Orgánico Tributario de 2001, el cual en su numeral tercero establece que los contribuyentes, responsables y terceros deberán exhibir y conservar en forma ordenada, mientras el tributo no esté prescrito, los libros de comercio, los libros y **registros especiales**, los documentos y antecedentes **de las operaciones o situaciones que constituyan hechos imponible**s, razón por la cual, en el caso que nos ocupa, siendo que la contribuyente no aportó el respectivo asiento que discrimine sus ingresos de acuerdo a los diferentes productos que vende, mal podría el Fisco Municipal haber tenido conocimiento sobre cuáles ventas procedería la rebaja establecida en el artículo 69 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda (artículos 70 de dicha Ordenanza para el ejercicio fiscal 2003 y 71 para los períodos impositivos 2004 y 2005), y sobre cuáles no. (*Vid.*, sentencia de esta del 10 de febrero de 2011, caso: *Corporación LR-9, C.A.*).

2. Tributos: Impuesto a las actividades económicas

TSJ-SPA (1188)

28-9-2011

Magistrada Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Grupo Nanco, C.A. vs. Decisión Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La Sala examina las características del impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar.

...Determinado lo anterior y circunscribiendo el análisis a la denuncia antes indicada, esta Alzada estima necesario examinar las características del impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, y al respecto observa:

El impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, es un tributo que grava el ejercicio habitual de las actividades industriales, comerciales o de servicios que realice una persona natural o jurídica, susceptibles de ser vinculadas con el territorio del Municipio por aplicación de los factores de conexión pertinentes, que en el caso de las actividades industriales y comerciales se reconducen a la existencia de un establecimiento permanente.

La base imponible que se tomará para la determinación y liquidación del referido impuesto, está conformada por los ingresos brutos obtenidos por el ejercicio de las actividades industriales, comerciales o económicas de naturaleza similar que se desarrollen en el ámbito territorial del Municipio, o que por su índole se consideren ejercidas en dicha jurisdicción. A tales efectos, se entiende por ingresos brutos todas las cantidades y proventos que de manera regular reciba el sujeto pasivo por el ejercicio de la actividad económica que explota en la jurisdicción del ente local.

En tal sentido, la doctrina en general caracteriza este tributo como un impuesto real, periódico y territorial, entendiéndose por real, la circunstancia que para su cuantificación se toma en cuenta sólo la actividad que los sujetos pasivos ejercen habitualmente, sin atender a las condiciones subjetivas de los contribuyentes para la fijación de la base imponible ni de la alícuota.

Asimismo, es un tributo periódico por existir un tipo impositivo constante relacionado con la actividad cumplida durante el tiempo señalado en la ordenanza respectiva, proyectada sobre el monto de ingresos de un ejercicio determinado, por lo que se le considera un impuesto anual, sin que ello obste que las ordenanzas de los diferentes municipios prevean períodos de pagos menores a ese lapso.

Finalmente, es un impuesto territorial en virtud de recaer, exclusivamente, sobre aquellas actividades ejercidas dentro del ámbito físico de la jurisdicción local que lo impone. De tal manera, para que un contribuyente sea sujeto pasivo del aludido tributo, debe existir una conexión entre el territorio del municipio exactor y los elementos objetivos condicionantes del impuesto, esto es, el lugar de la fuente productora y la capacidad contributiva sobre la que recaerá el tributo. (*Vid.*, sentencia de fecha 23 de abril de 2008, caso: *Comercializadora Snacks, S.R.L.*, posteriormente ratificada por los fallos del 20 de mayo de 2009 y 19 de octubre de 2010.) En este sentido, se puede apreciar del acto administrativo recurrido que el Acta Fiscal N° D.A.T.-G.A.F: 1.248-505-2006 de fecha 20 de noviembre de 2006, verificó el hecho imponible y procedió a determinar “*de oficio sobre base cierta, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 131 del Código Orgánico Tributario*” la base imponible, tomando en consideración los ingresos reflejados en los libros legales de contabilidad y en las declaraciones del impuesto al valor agregado e impuesto sobre la renta para los períodos fiscales comprendidos entre el año 2003 y el 2005. Así, la mencionada Acta Fiscal precisó que los ingresos percibidos por la contribuyente “*no son sólo producto de la venta de prendas de vestir sino también por el comercio de accesorios, correas y bolsos como complementos de la indumentaria, los cuales no son prendas de vestir, por tanto no gozan del referido beneficio fiscal*” correspondiente al cincuenta y cinco por ciento (55%) del impuesto causado, razón por la cual, tomando en consideración las declaraciones estimadas y definitivas de los ingresos brutos de la contribuyente, la funcionaria actuante apreció diferencias entre el impuesto causado y el tributo liquidado lo que trajo como consecuencia la formulación de un reparo fiscal por la suma de diecinueve millones seiscientos cincuenta y nueve mil veintinueve bolívares sin céntimos (Bs. 19.659.029,00), reexpresado en la cantidad de diecinueve mil seiscientos cincuenta y nueve bolívares con tres céntimos (Bs. 19.659,03).

Al respecto, esta Sala observa que la fiscal actuante advirtió que la investigación fue efectuada sobre base cierta, tal y como se desprende del texto de la Resolución N° L/243.09 de fecha 28 de septiembre de 2007, emanada de la Dirección de Administración Tributaria del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda en donde expresamente se señala que: “*(...) Se procedió a la determinación de oficio sobre base cierta, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 131 del Código Orgánico Tributario vigente (...)*”, es decir, con apoyo a los elementos que le permitieron conocer en forma directa la existencia de la

cuantía de la obligación tributaria, conforme a la información suministrada por la contribuyente en sus declaraciones estimadas y definitivas de ingresos brutos, así como de sus “*libros legales de contabilidad, sus declaraciones de IVA e impuesto sobre la renta*”, razón por la cual se desestima el alegato esgrimido por la representación judicial de la empresa Grupo Nanco, C.A., según el cual el Fisco Municipal habría formulado el reparo sobre base presunta. Así se declara.

VI. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. Aspectos generales del proceso contencioso administrativo

A. Prerrogativas procesales de los entes públicos

a. Consulta de fallos contrarios a los intereses de la República

CPCA

27-9-2011

Juez Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño

Caso: Gobernación del Estado Miranda vs. Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES)

En tanto prerrogativa procesal de la República, la consulta opera ante la falta de ejercicio de los medios de impugnación o gravamen dentro de los lapsos establecidos para su interposición, siempre que el pronunciamiento jurisdiccional sea contrario a sus pretensiones, defensas o excepciones, en razón del interés general que subyace en los juicios donde está en juego los intereses patrimoniales de la República o de aquellos entes u órganos públicos a los cuales se extiende su aplicación por expresa regla legal (*Vbgr.* Administración pública descentralizada funcionalmente, a nivel nacional o estatal.

Declarada la competencia de esta Corte para conocer de la consulta planteada, considera necesario establecer la finalidad de dicha institución como una prerrogativa procesal a favor de la República, en los términos previstos en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Conforme a ello, se debe señalar que la prerrogativa procesal de la consulta que haya de ser planteada ante el respectivo Tribunal superior, en ausencia del ejercicio del recurso de apelación de la República, no constituye una fórmula de control general de la juridicidad del fallo objeto de consulta, sino que su finalidad viene a ser la defensa de los intereses de ésta, cuando sea condenada total o parcialmente en la sentencia dictada por el A quo. En efecto, a ningún otro resultado conduce la doctrina vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Véase Sentencia N° (902) de 14-5-2004, Caso: *C.V.G. Bauxilum, C.A.*, en *Revista de Derecho Público* N° 97-98, 2004, P.200.

Asimismo, la señalada Sala en sentencia de fecha 8 de junio de 2007 (caso: *Procuraduría General del estado Lara*), realizando un análisis con relación a la naturaleza y alcance de la prerrogativa procesal de la consulta, determinó lo siguiente:

“...La consulta, como noción procesal, se erige como una fórmula de control judicial en materias donde se encuentra involucrado el orden público, el interés público o el orden constitucional, y el juez que la ejerce debe revisar no sólo la juridicidad del fallo, sino la adecuación del derecho declarado al caso concreto, en los casos de la consulta prevista en el artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República la justificación se centra en el interés general que subyace en todo juicio propuesto contra un órgano o ente público.

Sobre la acepción ‘interés general’ que justifica el elenco de prerrogativas y privilegios procesales que ostenta la República, esta Sala ha sostenido que ‘(...) 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 esta Sala N° 2.229 del 29 de julio de 2005, caso: ‘*Procuraduría General del Estado Lara*’). (...) En tanto prerrogativa procesal de la República, la consulta opera ante la falta de ejercicio de los medios de impugnación o gravamen dentro de los lapsos establecidos para su interposición, siempre que el pronunciamiento jurisdiccional sea contrario a sus pretensiones, defensas o excepciones, en razón, se insiste, del interés general que subyace en los juicios donde está en juego los intereses patrimoniales de la República o de aquellos entes u órganos públicos a los cuales se extiende su aplicación por expresa regla legal (*Vbgr.* Administración pública descentralizada funcionalmente, a nivel nacional o estatal).

Consecuencia de lo expuesto, si una decisión judicial en nada afecta las pretensiones, defensas o excepciones esgrimidas por la República o de aquellos titulares de la prerrogativa procesal examinada, no surge la obligación para el juzgador de primera instancia de remitir el expediente a los fines de la consulta, pues la condición de aplicación del artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, exige un agravio calificado por el legislador: una sentencia definitiva que contrarie las pretensiones procesales, defensas o excepciones opuestas por el ente u órgano público, según sea el caso...” (Énfasis de esta Corte).

En el caso de autos, se observa que la parte recurrida es el Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), en cuya Ley de Creación, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 37.066 de fecha 30 de octubre de 2000, se constituye como un servicio autónomo sin personalidad jurídica, con autonomía administrativa, presupuestaria y de personal, adscrito a la Vicepresidencia de la República, cuya liquidación fue ordenada mediante Ley Especial de Liquidación del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.991 Extraordinario, de fecha 29 de julio de 2010, por lo que le resulta aplicable la prerrogativa procesal acordada a favor de la República en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Así se decide.

b. *No extensión de privilegios y prerrogativas a las empresas del Estado*

TSJ-SC (1453)

10-8-2011

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Ramona Del Carmen Fuentes vs. CABIGAS, C.A.

La Sala reitera que las prerrogativas procesales son de derecho estricto, por comprender una excepción al principio de igualdad procesal. En tal sentido, cuando el artículo 102 de la entonces aplicable Ley Orgánica de Régimen Municipal establecía que el “Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional”, se está refiriendo –y así debe interpretarse– al Municipio como entidad político territorial, indepen-

dientemente de los demás órganos que lo compongan. Por tanto, las empresas, asociaciones civiles o fundaciones municipales, vista su independencia dada su propia personalidad jurídica, requiere, necesariamente, que exista previsión legal expresa que otorgue tales prerrogativas.

...En el presente caso, esta Sala destaca que la sociedad mercantil Cabigas, C.A., es una empresa cuya titularidad accionaria está bajo el control del Municipio Cabimas del Estado Zulia. Dado este aspecto, alegó la representación de la solicitante que un ente corporativo de derecho público de esta naturaleza perteneciente a un Municipio no se encuentra investido, por las normas que regían en su momento, de las prerrogativas procesales conferidas al Estado.

Las leyes que se analizaron para la presente causa, y que por sus razones de temporalidad se encontraban vigentes para dicho procedimiento –admitida el 6 de junio de 2001 y sentenciada definitivamente en primera instancia el 11 de enero de 2005- eran la Ley Orgánica del Régimen Municipal de 1989 y el Decreto Ley con Fuerza, Valor y Rango de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2001.

A este respecto, cabe señalar que, la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, a modo de referencia -por cuanto no es la misma naturaleza del ente demandando en el juicio principal- ni siquiera establecía prerrogativas a favor de los Institutos Autónomos, como puede observarse de la disposición contenida en el artículo 44 de la mencionada Ley. Hacía excepción a una posible delimitación en ley nacional, sin embargo la misma nunca se previó:

Artículo 44. Los institutos autónomos municipales no gozarán de los privilegios y prerrogativas que esta ley acuerda al fisco municipal, a menos que una ley nacional así lo establezca.

A su vez, la mencionada Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 determinó las siguientes prerrogativas sin que ninguna fuera extensible a empresas propiedad de los Municipios:

Artículo 102. El municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al fisco nacional, salvo las disposiciones en contrario contenidas en esta ley. Igualmente, regirán para el municipio, las demás disposiciones sobre hacienda pública nacional en cuanto le sean aplicables.

Artículo 103. Los funcionarios judiciales están obligados a notificar al síndico procurador de toda demanda, oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que, directa o indirectamente, obre contra los intereses patrimoniales del municipio o del distrito metropolitano.

Dichas notificaciones se harán por oficio y deberán ser acompañadas de copia certificada de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto.

El síndico procurador deberá contestarlas en un término de cuarenta y cinco (45) días continuos, vencido el cual se tendrá por notificado.

En los juicios en que el municipio o el distrito sea parte, los funcionarios judiciales están igualmente obligados a notificar al síndico procurador de la apertura de todo término para el ejercicio de algún recurso, de la fijación de oportunidad para la realización de algún acto y de toda actuación que se practique. En este caso, vencido un plazo de ocho (8) días hábiles se tendrá por notificado el municipio o distrito.

La falta de notificación será causal de reposición a instancia del síndico Procurador.

Artículo 104. Cuando el municipio o el distrito resultare condenado en juicio, el tribunal encargado de ejecutar la sentencia lo comunicará al alcalde, quien dentro del término señalado por el tribunal, deberá proponer al concejo o cabildo la forma y oportunidad de dar cumpli-

miento a lo ordenado en la sentencia. El interesado, previa notificación, aprobará o rechazará la proposición del alcalde, y en este último caso, el tribunal fijará otro plazo para presentar una nueva proposición. Si ésta tampoco fuere aprobada por el interesado o el municipio no hubiere presentado alguna, el tribunal determinará la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes:

1°. Si se trata de cantidades de dinero, el tribunal, a petición de parte interesada, ordenará que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva en el próximo o próximos presupuestos, a cuyo efecto enviará al alcalde copia certificada de lo actuado. El monto que se ordene pagar, se cargará a una partida presupuestaria no imputable a programas.

El monto anual de dicha partida no excederá del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del presupuesto del municipio o distrito. Cuando la orden del tribunal no fuere cumplida o la partida prevista no fuere ejecutada, el tribunal, a instancia de parte, ejecutará la sentencia conforme al procedimiento ordinario pautado en el código de procedimiento civil; y,

2° Si se tratare de entrega de bienes, el tribunal pondrá en posesión de ellos a quien corresponda, pero si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a un servicio público o a actividades de utilidad pública prestados en forma directa por el municipio, el tribunal acordará la fijación del precio mediante peritos, en la forma establecida en la ley de expropiación por causa de utilidad pública o social; y determinado el precio, ordenará su entrega a quien corresponda, conforme a lo previsto en el ordinal anterior. En este último caso, la fecha de la sentencia se equiparará a la fecha del decreto de expropiación.

Artículo 105. Para que proceda la condenatoria en costas contra el municipio será necesario que éste resulte totalmente vencido por sentencia definitivamente firme en juicio de contenido patrimonial. En ningún caso se condenará en costas al municipio, cuando se trate de juicios contencioso administrativos de anulación de actos administrativos municipales.

El monto de la condenatoria en costas del municipio, cuando proceda, no podrá exceder del diez por ciento (10%) del valor de la demanda. La retasa será siempre obligatoria. En todo caso, el juez podrá eximir de costas al municipio, cuando éste haya tenido motivos racionales para litigar.

Lo anterior permite determinar con claridad que las disposiciones normativas municipales aplicables por razones de temporalidad no tenían previsto de modo alguno prerrogativas a favor de las empresas propiedad de los Municipios.

Por su parte, al conocer por remisión normativa a las disposiciones nacionales relacionadas con el régimen de prerrogativas procesales, puede observarse que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2001, no prevé en sus disposiciones normativa directa alguna relacionada con la aplicabilidad del régimen procesal especial de protección a favor de empresas municipales. Siendo ello así, no tiene cabida considerar que la institución de la consulta obligatoria del entonces artículo 70 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República puede ser aplicada a una sociedad mercantil como Cabigas, C.A. a solicitud del Síndico Procurador del Municipio Cabimas del Estado Zulia.

Cabe acotar que esta Sala en sentencia núm. 1331/2010, del 17 de diciembre (caso: *Joel Ramón Marín Pérez*), indicó que las limitaciones y modificaciones que se generan en el curso regular del proceso debido a la operatividad de las prerrogativas procesales han de imponerse solamente por razones de estricta necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad que obedezcan a los fines de interés general a los que sirve el Estado. Así, en atención a los también criterios jurisprudenciales asentados previamente en las sentencias 2254/2001, del 13 de noviembre, y 1582/2008, del 21 de octubre, reiteró la interpretación restrictiva de las prerro-

gativas procesales y la inviabilidad para el legislador de instaurarlas mediante fórmulas genéricas e imprecisas. Sobre la base de la excepcionalidad, se reiteró que únicamente por mandato expreso de ley pueden extenderse para otros entes y órganos públicos, si debidamente no se ha realizado con precisión su previsión mediante expreso mandato determine el alcance de la prerrogativa enmarcando al ente u órgano según su función y naturaleza jurídica:

“En este sentido, se observa que las prerrogativas y los privilegios que posee la República son de interpretación restrictiva y no pueden ser extendidos a otros entes u órganos públicos, salvo previsión expresa de ley, ya que suponen una limitación legal de los derechos fundamentales de igualdad y de tutela judicial efectiva, por lo que –se insiste- estas prerrogativas deben encontrarse expresamente reconocidas por ley” (sentencia 1331/2010, del 17 de diciembre, caso: *Joel Ramón Marín Pérez*).

Sobre este punto, también debe indicarse que la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa ha sido pacífica y reiterada al establecer desde el año 2006, que no son extensibles las prerrogativas procesales a favor del Fisco Nacional a los Municipios (vid. s.SPA. 1018 del 24 de septiembre de 2008; caso: *Bodega y Licor es “El Encuentro”*).

A mayor abundamiento, es preciso reiterar que las prerrogativas procesales son de derecho estricto, por comprender una excepción al principio de igualdad procesal. En consecuencia, no cabe en relación a ellos la extensión por analogía a entes o personas, a menos que la misma sea expresa y claramente determinada por la ley. En tal sentido, cuando el artículo 102 de la entonces aplicable Ley Orgánica de Régimen Municipal establecía que el “*Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional*”, se está refiriendo –y así debe interpretarse- al Municipio como entidad político territorial, independientemente de los demás órganos que lo compongan. Por tanto, las empresas, asociaciones civiles o fundaciones municipales, vista su independencia dada su propia personalidad jurídica, requiere, necesariamente, que exista previsión legal expresa que otorgue tales prerrogativas.

Por tanto, cuando el artículo 103 de la entonces aplicable Ley Orgánica de Régimen Municipal alude a la obligación de notificación al Síndico Procurador de todo acto que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales del Municipio, se refiere a aquellos que afecten el patrimonio del Municipio como persona jurídica territorial, y no de aquellos entes que tienen su propia personalidad jurídica. Visto lo anterior, esta Sala determina que, en ejercicio de su facultad de revisión, en el presente caso no podía aplicarse la consulta obligatoria del otrora artículo 70 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República a una sociedad mercantil de carácter estatal como Cabigas, C.A., al no tener fundamento legal, razón por la cual, resulta improcedente que la causa en fase de ejecución haya sido elevada al conocimiento del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia por petición del Síndico Procurador del Municipio Cabimas de esa misma Entidad, quien carece de cualidad alguna en dicha causa, y en aplicación de la previsión que no abarca de modo alguno –ni directa e indirectamente- a una persona jurídica con las connotaciones de Cabigas, C.A.

En efecto, esta Sala verifica que la sociedad mercantil demandada no apeló de la sentencia condenatoria dictada por el tribunal de primera instancia, sino que pidió, en fase de ejecución del fallo, que se procediese a la consulta del artículo 70 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, cuando la sentencia se encontraba definitivamente firme y adquirió el carácter de cosa juzgada, cuando lo procedente en Derecho es que la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia continúe con su ejecución a los fines de asentar de manera definitiva sus efectos, visto que es la decisión que adquirió el carácter de sentencia definitivamente firme.

Por tanto, esta Sala, ante el desconocimiento de la jurisprudencia vinculante de esta Sala y de la debida aplicación de principio y normas constitucionales de orden público, en ejecución de la facultad de revisión, ANULA la sentencia dictada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, el día 26 de enero de 2010, que había ordenado en virtud de la consulta del entonces artículo 70 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2001, la reposición de la causa, al estado de admisión en primera instancia, así como también SE ANULAN todos los actos judiciales subsiguientes que se hayan dictado con ocasión al fallo anulado. Igualmente, a los fines de subsanar las irregularidades procesales suscitadas con la indebida solicitud de la consulta obligatoria antes referida; se ORDENA la continuación de la ejecución de la sentencia dictada, el 11 de enero de 2005, por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en Cabimas, conforme a las previsiones de los artículos 523 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, toda vez que dicho fallo se encuentra definitivamente firme, así se decide.

Se ORDENA a la Secretaría de esta Sala Constitucional remitir copia certificada del presente fallo al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con sede en Cabimas, y al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, a los fines de que se dé cumplimiento a lo establecido en el presente fallo. Así se decide.

2. *El Procedimiento Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Medidas cautelares: Revocatoria*

TSJ-SPA (1153)

11-8-2011

Magistrado Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Fisco Nacional vs. Decisión del Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

La Sala constata que los pedimentos cautelares formulados por la recurrente constituyen el objeto de la acción de nulidad, razón por la cual señala que el tribunal *a quo* no debió manifestarse de manera preventiva sobre tal objeto, pues ese pronunciamiento vaciaría de contenido la sentencia definitiva, antes de la necesaria confrontación probatoria; en cuya virtud deviene en la revocatoria de la medida cautelar innominada.

En virtud de la declaratoria contenida en la decisión judicial apelada, así como de los alegatos formulados en su contra por la representación judicial del Fisco Nacional y la contestación de la contribuyente, la controversia planteada en el presente caso queda circunscrita a decidir sobre la conformidad a derecho del pronunciamiento del *a quo*, respecto a la procedencia de la medida cautelar innominada consistente en la suspensión de efectos de la Resolución N° SNAT/GGSJ/GR/DRAA/2010-0155 de fecha 18 de mayo de 2010, dictada por la Gerencia General de Servicios Jurídicos del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) que decidió el recurso jerárquico ejercido por la contribuyente el 21 de diciembre de 2009 contra el Oficio N° SNAT/INA/GA/DN/2009/E/00829 del 26 de agosto de 2009, emitido por el Intendente Nacional de Aduanas del aludido Órgano fiscal, a través del cual “...se cambió la clasificación arancelaria del producto VIT-E-VAR 400 mg. Cápsulas BLANDAS (‘VIT-E-VAR’)”, y ordenó “...a todas las autoridades aduane-

ras, mantener la clasificación arancelaria bajo Código Arancelario 3004.50.10 correspondiente a 'A LA CATEGORÍA DE MEDICAMENTO' y no en Código Arancelario 2106.90.79.10, cuya descripción refiere a 'los demás complementos alimenticios, no expresados ni comprendidos en otra parte, presentados en envases acondicionados para la venta al por menor', hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el presente asunto”.

A tal efecto, la Sala observa:

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 39.447 del 16 de junio de 2010), prevé en su artículo 31, lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 31.- Las demandas ejercidas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa se tramitarán conforme a lo previsto en esta Ley; supletoriamente, se aplicaran las normas de procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y del Código de Procedimiento Civil”.

Asimismo, los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, disponen lo siguiente:

“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. (...)”.

De las normativas que anteceden se deriva -por una parte, la regla de supletoriedad de las normas del procedimiento cautelar contenidas en el Código de Procedimiento Civil, ante el silencio de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa -y por otra parte, se establece la posibilidad que tiene el Tribunal Supremo de Justicia de acordar, aún de oficio, en cualquier demanda o recurso, las medidas preventivas que estime pertinentes para garantizar las resultas del juicio, cuando haya presunción de buen derecho (sentencia de esta Sala del 15 de octubre de 2008, caso: *Pañales Barquisimeto, C.A.*).

Con relación al correcto análisis acerca de la procedencia de la medida cautelar, este órgano jurisdiccional ha reiterado pacíficamente que se requiere, el cumplimiento concurrente de varios elementos, a saber: que se presuma la existencia del buen derecho que se busca proteger con la medida cautelar, esto es, que el derecho que se pretende tutelar aparezca fundadamente como probable y verosímil (*fumus boni iuris*); que exista riesgo de que quede

ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), es decir, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte peticionante por el retardo en obtener la decisión definitiva; y por último, específicamente para el caso de las medidas cautelares innominadas, que exista el temor fundado de que una de las partes pueda causarle lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (*periculum in damni*).

En cuanto a las exigencias precedentemente 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 afirmaciones 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 de la parte accionante (ver entre otras, sentencia del 13 de agosto de 2008, caso: *Contralor Interino del Municipio Libertador del Estado Monagas*.).

Precisado lo anterior, correspondería revisar si en el presente caso se verifican los requisitos concurrentes que harían procedente la medida cautelar solicitada.

En este sentido, como justificación de su pretensión cautelar, la contribuyente hace referencia al *fumus boni iuris* y al *periculum in damni*, como requisitos de procedencia de la medida solicitada.

En cuanto al *fumus boni iuris* precisó lo siguiente:

Que “...la presunción de buen derecho que asiste a nuestra representada no puede ser más obvia: posee todos los permisos, caracterizaciones y documentación que demuestran a todas luces que el producto importado VIT-E-VAR es un medicamento y no un alimento, como se pretende en el Acto Impugnado. Es decir, asumir el criterio del Acto Impugnado es tanto como obviar los derechos adquiridos por el otorgamiento de permisos y licencias que datan de hace más de dos años”. Respecto de los alegatos precedentemente expuestos, este Alto Tribunal observa que los principales argumentos de la representación judicial de la contribuyente para demostrar el *fumus boni iuris*, están dirigidos a denunciar que el acto administrativo impugnado está viciado de falso supuesto en cuanto a la clasificación arancelaria de la mercancía, lo cual sería demostrable con los documentos presentados en juicio; pruebas que -a su decir- hacen innegable la naturaleza del producto, y por ende debería ser clasificado a efectos aduaneros como un medicamento, que es la pretensión de su recurso.

No obstante, debe precisarse que en casos similares al de autos, esta Sala ha sostenido que

*“las medidas cautelares son actos judiciales que pretenden anticipar los efectos de un fallo mientras transcurra la tramitación de un juicio, con el fin de salvaguardar el derecho que se arroga el solicitante, por existir riesgo manifiesto de que se produzca un daño irreparable (mientras no se haya dictado la sentencia definitiva) que ponga en peligro la satisfacción del derecho que se invoque. Es por ello que la pretensión cautelar debe estar debidamente justificada, por cuanto en caso de decretarse su procedencia, el Juez dispondrá de actos de ejecución tendentes a impedir que los efectos de la sentencia definitiva sean ineficaces”. En tal sentido, el objeto de la pretensión cautelar “no puede ser el mismo que el de la pretensión principal, por cuanto la decisión sobre este último se dicta una vez concluido el debate sobre los hechos controvertidos, mientras que la decisión sobre aquél se dicta prima facie”. (Vid. Sentencia del 17 de enero de 2008, caso: *Concejo Municipal del Municipio Caroní del Estado Bolívar*).*

Al respecto, se observa del fallo recurrido (folio 2 y su vuelto del expediente) que la representación judicial de la sociedad mercantil Representaciones Vargas C.A. expresó en su libelo como cuestión de fondo, lo siguiente:

“...Nuestra representada acompañó al Recurso Jerárquico, todos los permisos emitidos por la autoridad sanitaria legalmente competente para tal fin, como lo es el Instituto Nacional de Higiene ‘Rafael Rangel’, adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Salud y Protección Social, así como todos los permisos de comercialización que demuestran, sin dudas, la naturaleza de medicamento que ese producto y soportan la presunción de buen derecho que asiste a nuestra representada...”.

En consecuencia, esta Sala constata que los pedimentos cautelares formulados por la recurrente constituyen el objeto de la acción de nulidad, razón por la cual el tribunal *a quo* no debió manifestarse de manera preventiva sobre tal objeto, pues ese pronunciamiento vaciaría de contenido la sentencia definitiva, antes de la necesaria confrontación probatoria; en cuya virtud deviene en la revocatoria de la medida cautelar innominada decretada (*Vid.* sentencia N° 00589 del 7 de mayo de 2009, caso: *Rozaira Velásquez Subero*, ratificado en el fallo N° 00535 del 9 de junio de 2010, caso: *Representaciones Vargas, C.A.*).

Así se declara.

B. *Sentencia*

a. *Vicios. Falso supuesto*

TSJ-SPA (1001)

21-7-2011

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: SANITAS Venezuela, S.A. vs. Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), hoy Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS).

La Sala ratifica la jurisprudencia existente en relación al vicio de falso supuesto.

....Ahora bien, en relación al vicio de falso supuesto de derecho por errónea interpretación, esta Alzada ha sostenido que tal vicio se constituye como un error de juzgamiento que se origina en la construcción de la premisa mayor del silogismo judicial, específicamente, cuando el juez que conoce del caso aunque aprecie correctamente los hechos y reconozca la existencia y validez de la norma jurídica apropiada a la relación controvertida, distorsiona el alcance del precepto general, dando como resultado situaciones jurídicas no previstas en la concepción inicial del dispositivo. (*Vid. entre otras, sentencia N° 00937 de fecha 30 de septiembre de 2010*).

De manera que para estar en presencia de un error de juzgamiento de esta naturaleza, resulta imprescindible que exista una total correspondencia entre la situación material objeto de examen y el precepto normativo cuya interpretación se aduce inexacta. De lo contrario, si la norma escogida por el sentenciador no es efectivamente aplicable al supuesto de hecho controvertido, el error *in iudicando* que se configura, lejos de constituir técnicamente una errónea interpretación de ley, daría lugar más bien a una falsa aplicación de una norma jurídica vigente, o a cualquier otra modalidad de falso supuesto de derecho. (*Vid.* Sentencia N° 01614 de fecha 11 de noviembre de 2009, caso: *Sucesión de Jesús Ovidio Avendaño Benítez*).

Aplicando el anterior criterio al caso de autos, observa esta Alzada que el falso supuesto de derecho lo fundamentó la parte apelante en la errónea interpretación del aparte 1.3 de la

cláusula cuarta del contrato de asistencia médica, suscrito entre la denunciante y la empresa SANITAS, en sede administrativa, y no en la errónea interpretación de norma jurídica alguna de la cual pueda desprenderse que el *a quo* haya realizado una mala interpretación de la ley, en razón de lo cual resulta improcedente la denuncia de la parte actora en los términos planteados. Así se decide.

No obstante lo anterior, de los argumentos expuesto por la parte apelante se desprende que los mismos se configuran como un alegato de falso supuesto de hecho y no como un falso supuesto de derecho, pues están dirigidos a desestimar lo afirmado por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en relación a la obligación por parte de SANITAS de realizarle a la denunciante, previo a la contratación del servicio de asistencia médica, todos los exámenes médicos necesarios a fin de determinar si ésta padecía de alguna enfermedad preexistente a la afiliación.

Al respecto, esta Alzada debe reproducir lo expuesto en los puntos 3 y 4 de la motiva de este fallo, cuando se analiza la denuncia de falso supuesto de hecho por errónea interpretación del aludido aparte 1.3 de la cláusula cuarta del contrato de asistencia médica.

En esa oportunidad se indicó, entre otros pronunciamientos, que si la empresa de seguros arguye una enfermedad preexistente, deberá probar tal circunstancia, a través de los exámenes a los cuales el asegurado estuvo obligado a someterse, y, en caso de duda, se considerará que la enfermedad no es preexistente; pero, en caso de probar la preexistencia de una enfermedad, adicionalmente, la aseguradora deberá demostrar que la enfermedad era conocida por el asegurado.

b. *Apelación (Fundamentación)*

TSJ-SC (1350)

5-8-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Desarrollo Las Américas, C.A., e INVERSIONES 431.799, C.A. vs. Decisión Sala Político Administrativa.

Si bien el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa impone una carga procesal sometida al principio de preclusión (fundamentación de la apelación), ello no es óbice para que el perdidoso pueda ejercer la apelación y, paralelamente, fundamentar su recurso con anticipación a los diez días que establece la norma.

.....Ello así, debe determinarse si efectivamente las hoy solicitantes incumplieron con la referida carga procesal de fundamentación de la apelación o si, por el contrario, como afirma el abogado solicitante, dicha carga se cumplió de manera anticipada, en el mismo acto en que se apeló de la sentencia. Al respecto, debe hacerse referencia al tratamiento que esta Sala ha dado a la fundamentación de las apelaciones realizadas en forma anticipada y al respecto, la decisión N° 585 del 30 de marzo de 2007 (caso: *Félix Oswaldo Sánchez*), estableció lo siguiente:

“...la decisión del 11 de diciembre de 2001 (caso: Distribuidora de Alimentos 7844, ratificó el criterio asentado en sentencia del 29 de mayo 2001 (caso: Carlos Alberto Campos), que estableció lo siguiente:

‘...Al respecto esta Sala Constitucional considera, como ya lo ha establecido en anteriores oportunidades, que la apelación proferida el mismo día de la publicación del fallo, no es extemporánea por anticipada, toda vez que se evidencia el interés inmediato de la parte afectada.’

tada por recurrir ante la alzada, por lo que la misma debe considerarse válida, pues es una cuestión de mera forma que ningún perjuicio ocasiona a la parte contra quien obra el recurso, lo que permite revisar el fallo para poder depurar sus supuestos vicios, de no ser así la interpretación de la norma, se estaría creando indefensión al apelante por el juez que limita o priva a una de las partes el libre ejercicio de los medios o recursos que la Ley le brinda para hacer valer sus derecho’.

De lo anterior, se evidencia que bien pudo la parte accionante apelar el mismo día que fue notificada de la sentencia, pues la finalidad de su interposición era la simple manifestación del desacuerdo con la sentencia contra la cual lo ejerció, tal como lo señaló en su escrito libelar. Sin embargo, resultaría diferente si la parte ejerciera el recurso una vez concluido el lapso señalado para su interposición, pues en este caso resultaría imputable a la parte por su falta de interposición oportuna lo cual traería como consecuencia la declaratoria de extemporaneidad por tardío.

Por lo tanto, en el caso de autos es evidente que se infringió el derecho a la defensa de la parte hoy accionante, razón por la cual esta Sala procede a confirmar lo decidido por el Juzgado Superior Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico...’

La decisión parcialmente transcrita, evidencia que la apelación tiene la naturaleza de un recurso subjetivo cuyo objeto es provocar un nuevo examen de la relación controvertida por parte del juez de segundo grado de jurisdicción, a través de su efecto devolutivo.

De este modo, no se trata de un medio de impugnación ejercido sobre la base de la legítima pretensión de obtener la nulidad de una sentencia afectada por determinados vicios de forma o de fondo, sino que encuentra su ratio en el derecho a la doble instancia y la consecuente intención de provocar una revisión completa y de la cuestión litigiosa y no sólo del fallo cuestionado.

Dadas las consideraciones que anteceden, la exigencia de fundamentación dispuesta en el artículo 19.19 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal, debe ser interpretada en el contexto de un medio de gravamen que por su naturaleza se informa del principio anti-formalista y por tanto, si bien la referida norma ciertamente establece una carga procesal para el apelante, que consiste en fundamentar su apelación, ello en modo alguno supone la transmutación de este medio ordinario de gravamen en un mecanismo de impugnación, ya que con su ejercicio, el recurrente no intenta la declaratoria de nulidad del proveimiento jurisdiccional de primera instancia, sino el conocimiento en alzada y ex novo, del asunto ya conocido por el a quo.

En efecto, la naturaleza jurídica de la apelación como medio de gravamen, supone para los órganos jurisdiccionales y concretamente para los jueces contencioso administrativos, el deber de interpretar la carga de fundamentación de la apelación en el sentido más favorable a la efectividad e instrumentalización del principio pro actione.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, el órgano jurisdiccional debe interpretar la disposición contenida en el artículo 19.19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de otorgarle preferencia a la operatividad del principio de doble instancia, lo cual implica que ante una posición de cariz formalista y contraria a la naturaleza del recurso de apelación que se reitera no es impugnatorio, debe otorgársele inequívocamente preferencia a la interpretación que se torne más favorable para la realización de la justicia, como fin del proceso.

A tal efecto, la exigencia de proporcionalidad a que hace referencia García Morillo (Los Derechos de la Libertad (I). La Libertad Personal. Derecho Constitucional Vol. I. Valencia: Cuarta Edición. 2000. p. 339) en cuanto a las consecuencias del incumplimiento u omisión de los requisitos procesales, supone el rechazo de las posiciones impugnatorias como la asumida por el ad quem en el caso de autos, máxime si tempestivamente el apelante ha manifestado inequívocamente su intención de hacer uso de su derecho a la doble instancia y a tal efecto ha fundamentado su recurso al momento de apelar.

De allí que, sin menoscabo del principio preclusión de los actos procesales, en acatamiento a la normativa constitucional que ordena no sacrificar la justicia por el excesivo formalismo y en pro del derecho a la doble instancia, entiende esta Sala que el lapso para fundamentar el recurso vence a los quince días de haber comenzado la relación de segunda instancia, sin que ello impida la oportunidad que tiene el perdedor de ejercer la apelación y paralelamente fundamentar su recurso con anticipación a los referidos quince días, pues en tal supuesto se cumple tanto con la carga procesal dispuesta en la norma, así como con la regla in dubio pro defensor. Significa entonces, que la carga procesal de fundamentación de las apelaciones contencioso administrativas, puede cumplirse de modo inmediato a la manifestación del interés de la parte afectada en atacar ante la alzada el fallo gravoso, toda vez que la separación espacial del acto de la apelación y su fundamentación, no puede ir en contra del derecho a la tutela judicial efectiva del apelante. Por tanto, ambas actuaciones del apelante (la apelación y su fundamentación), deben administrarse con los principios de celeridad y economía procesal, a efectos de que el desacuerdo tempestivo que se haga con la sentencia contra la cual se ejerce el recurso, permita el acceso a la doble instancia y el correspondiente reexamen de la cuestión litigiosa”.

Las consideraciones vertidas en el fallo parcialmente transcrito, resultan igualmente aplicables a la exigencia de fundamentación dispuesta en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, toda vez que éste, si bien impone una carga procesal sometida al principio de preclusión, ello no es óbice para que el perdedor pueda ejercer la apelación y, paralelamente, fundamentar su recurso con anticipación a los diez días que establece la norma.

En este sentido, en la apelación propuesta el 13 de mayo de 2010, la apelante señaló lo siguiente:

“...procedemos en este acto de conformidad con lo previsto en el artículo 33 eiusdem a presentar formalmente RECURSO DE APELACIÓN contra la referida decisión, dado que más allá de las violaciones flagrantes a la Ley que fueran denunciadas oportunamente en el curso del proceso tanto por lo que al procedimiento en sede administrativa se refiere y que damos aquí por reproducidas en todo su contenido y vigencia, y que se resumen en ausencia evidente de Declaratoria de Utilidad Pública por parte del ente competente para el procedimiento de adquisición forzosa de propiedad en el ámbito municipal, esto es el Consejo municipal del municipio San Francisco, ausencia del procedimiento de notificación de nuestras representadas como legítimas, únicas y exclusivas propietarias de los referidos inmuebles para procurar el arreglo amistoso; prescindencia absoluta del procedimiento de designación y conformación de la Comisión de Avalúos competente para la determinación del Justo Precio que como condición sine qua non debe preceder a la solicitud judicial de adquisición forzosa de la propiedad; infracciones de norma expresas que en igual sentido fueron abiertamente desatendidas en clara sintonía con la arbitrariedad en sede administrativa por la instancia judicial, al adelantarse sin las garantías del debido proceso un avalúo unilateral de los inmuebles susceptibles de adquisición forzosa, mediante la designación ilegal de unos operadores municipales en ausencia y sustitución de la Comisión de Avalúos que ordena la Ley para procurar la determinación del Justo Precio de los inmuebles en cuestión; desatenderse las denuncias que en sede judicial a todo evento se hicieran para que con el objeto obtener reposiciones por nulidad absoluta del procedimiento en sede judicial más allá de las opuestas para ser resueltas como punto previo en la sentencia definitiva, por advertir, observarse y denunciarse infracciones de normas expresas de la Ley de expropiación vigente, particularmente la denunciada inobservancia de las condiciones previstas por los artículos 34 y 35 eiusdem para la elaboración y determinación del justo precio de los inmuebles susceptibles de adquisición forzosa de propiedad; ante la ignorada evidencia del juez de la causa de las opuestas denuncias de ocupación previa que arbitraria e ilegalmente ejecutó el Alcalde del Municipio San Francisco del Estado Zulia y, que se pueden constatar de manera inequívoca sobre al menos uno (1) de los Lotes propiedad de nuestras representadas, que por sí sólo produce la nulidad absoluta de todo el procedimiento adelantado al efecto; pedimos que el presente Recurso de Apelación sea oído y sustanciado conforme a derecho...”

De lo transcrito se evidencia que la abogada apelante no sólo se limitó a ejercer el respectivo recurso, sino que expuso una serie de consideraciones sobre las cuales sustenta su apelación, es decir, la fundamentó en el mismo acto, lo cual, resulta admisible, habida cuenta que la carga procesal de fundamentación de las apelaciones contencioso administrativas pueden cumplirse de modo paralelo a la manifestación del interés de la parte afectada en atacar ante la alzada el fallo gravoso, ya que ambas actuaciones del apelante (la apelación y su fundamentación), deben administrarse con los principios de celeridad y economía procesal, a los fines de que el desacuerdo tempestivo que se haga contra una sentencia, permita el acceso al doble grado de jurisdicción.

En definitiva, la aplicación de la norma contenida en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por parte de la decisión objeto del presente análisis, constituye una manifestación exacerbada de formalismo que en el contexto del artículo 26 constitucional, se califica como no esencial y poco razonable “*ius sumun saepe summa est malitia*” (el derecho extremado es a menudo la suma inequidad). En consecuencia, con el objeto de garantizar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, en ejercicio de las potestades que tiene atribuida esta Sala en materia de revisión y sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva y, dentro de éste, los principios de anti-formalismo y *pro actione* inherentes a la propia naturaleza jurídica de la apelación cuya fundamentación anticipada fue inconstitucionalmente inobservada por la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal, se debe declarar ha lugar la solicitud de revisión de la sentencia N° 930, del 29 de septiembre de 2010, mediante la cual se declaró desistida la apelación interpuesta contra la decisión N° 297 dictada el 7 de mayo de 2010, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

3. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Electoral: Competencia*

TSJ-SE (74)

20-7-2011

Magistrado Ponente: Juan José Núñez Calderón

Caso: Federación Venezolana de Tenis vs. Ministerio del Poder Popular para el Deporte.

La Sala Electoral acepta la competencia que le fuera declinada en un recurso contencioso ejercido contra un acto de naturaleza electoral emanado del Ministerio del Poder Popular para el Deporte, por asemejarse a un órgano electoral.

En primer lugar, corresponde a esta Sala Electoral emitir pronunciamiento respecto a la declinatoria de competencia realizada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia para conocer del “*recurso contencioso administrativo de nulidad*” interpuesto conjuntamente con solicitud de amparo cautelar y, subsidiariamente, medida cautelar innominada por el ciudadano Tulio Sánchez González y, en tal sentido, observa lo siguiente:

El numeral 2 del artículo 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece lo siguiente:

Artículo 27: Son competencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia:

2. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos de naturaleza electoral que emanen de sindicatos, organizaciones gremiales, colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales y otras organizaciones de la sociedad civil.

Respecto a las federaciones deportivas esta Sala Electoral, en su sentencia de fecha 28 de agosto de 2001 (caso: *Federación Venezolana de Deportes Acuáticos -FEDEVA-*), dejó sentado que tales organizaciones deben ser consideradas como organizaciones de la sociedad civil en los siguientes términos:

...esta Sala observa en definitiva, que el proceso de elección de la Junta Directiva y Consejo de Honor de la Federación Venezolana de Deportes Acuáticos (...) constituye un acto jurídico colectivo en el que a través de una manifestación de soberanía en lo social, se realizó una selección de preferencia; que la existencia del Reglamento de Elecciones de la mencionada Federación tiene influencia directa en la materia electoral y le está inescindiblemente relacionado; y, dado que la Federación Venezolana de Deportes Acuáticos (...) coincide con lo que en sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 656 del 30 de junio de 2000 y N° 1395 del 30 de junio de 2000, se ha llamado ‘sociedad civil’, entendida como la organización democrática de la sociedad, no estatal, política, religiosa o militar, que busca fines públicos coincidentes con los del Estado; en este caso, promover el Deporte como derecho social y como actividad esencial para la formación integral de la persona humana (artículo 1° de la Ley del Deporte). En consecuencia, resulta claro que en la presente causa el acto impugnado es un acto de naturaleza electoral emanado de una organización de la sociedad civil.

Precisado lo anterior, se observa que el recurso ha sido interpuesto contra la Resolución N° 041/10, emanada del Ministerio del Poder Popular para el Deporte en fecha 14 de octubre de 2010 y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.531 del día 15 del mismo mes y año, en virtud de la que fue intervenida la Junta Directiva de la Federación Venezolana de Tenis.

En tal sentido, aún cuando el Ministerio del Poder Popular para el Deporte no constituye en esencia un órgano de naturaleza electoral, se evidencia que en el caso concreto dicho Ministerio designó una Junta Interventora que tendría entre sus objetivos “[c]onvocar a elecciones de la Junta Directiva y del Consejo de Honor de la Federación, en un lapso no mayor de treinta (30) días continuos contados a partir de su designación...”, lo que implicó el cese de las autoridades que habían sido electas para conformar la Junta Directiva y Consejo de Honor de dicha Federación.

Por tanto, visto que el contenido del acto impugnado es de naturaleza electoral y considerando que la actuación del Ministerio del Poder Popular para el Deporte, en el caso concreto, se asemeja a la de un órgano electoral, esta Sala acepta la competencia declinada por la Sala Político Administrativa de este Máximo Tribunal (*Vid.* sentencia N° 188 del 8 de diciembre de 2010, emanada de esta Sala Electoral, caso: *Federación Venezolana de Tenis*).

En consecuencia, la Sala Electoral declara su competencia para conocer del “recurso contencioso administrativo de nulidad” interpuesto por el ciudadano Tulio Sánchez González, el cual será tramitado como recurso contencioso electoral, en atención al principio *iura novit curia* conforme al cual el error u omisión en la calificación jurídica que realicen las partes respecto tanto de los hechos alegados como de los recursos o acciones interpuestas no resulta vinculante para el juez.

Así se declara.

B. *El Contencioso Administrativo Agrario: Acciones posesorias*

TSJ-SC (1090)

7-7-2011

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Desaplicación de los artículos 699 al 711 del Código de Procedimiento Civil.

Resulta ineludible la necesaria abolición de la aplicación del derecho civil, a instituciones propias del derecho agrario, más aun con la existencia de un cuerpo legal que lo regula, por lo que la aplicación del procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario a las acciones posesorias en materia agraria, si bien se desprende del contenido expreso de los artículos 197 y 208 numerales 1 y 7 *eiusdem*, el mismo encuentra pleno fundamento en las características propias de la competencia agraria.

Ello así, esta Sala considera necesario reiterar respecto a la competencia agraria, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela concibió una reforma del marco institucional del Estado, que traza una redefinición estructural del arquetipo para el desarrollo de la nación y, particularmente de las competencias del Estado -los órganos del Poder Público- la legislación vigente y la sociedad, en orden a armonizarlo con los fines que le han sido constitucionalmente encomendados.

A los fines de resolver el asunto planteado, se aprecia de manera preliminar que de un análisis de las disposiciones de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en su conjunto permiten establecer que las acciones posesorias agrarias por perturbación o por despojo, ejercidas conforme a los supuestos previstos en el numeral 1 del artículo 197 *eiusdem* (competencia material de los Juzgados Agrarios), deben ser tramitadas y decididas conforme al procedimiento ordinario agrario, establecido en los artículos 186 y siguientes de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, y no por el procedimiento interdictal preceptuado en los artículos 699 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, ello en virtud a la **autonomía y especialidad** del derecho agrario, cuyos principios rectores son de estricto orden público en razón de los intereses sociales y colectivos tutelados por los procedimientos previstos en la referida ley especial, la cual ha devenido en el tiempo con más fuerza como una herramienta para la consecución de la paz social en el campo a través del establecimiento y perfeccionamiento de instituciones que le son propias, tal como lo es la posesión agraria.

Incluso, la aplicación preferente de la legislación agraria y por ende del procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario a casos donde lo debatido sea la posesión agraria, se deriva no sólo por el análisis legislativo sino también de los precedentes jurisprudenciales que ha emitido al respecto este Tribunal Supremo de Justicia, destacando primeramente, el artículo 197 *eiusdem*, el cual establece expresamente que “*Las controversias que se susciten entre particulares con motivo de las actividades agrarias serán sustanciadas y decididas por los tribunales de la jurisdicción agraria, conforme al procedimiento ordinario agrario, el cual se tramitará oralmente, a menos que en otras leyes se establezcan procedimientos especiales*”; así como también, el artículo 208 numerales 1 y 7, al indicar que “*Los juzgados de primera instancia agraria conocerán de las demandas entre particulares que se promuevan con ocasión de la actividad agraria, sobre los siguientes asuntos: (...) 1. Acciones declarativas, petitorias, reivindicatorias y posesorias en materia agraria (...). 7. Acciones derivadas de perturbaciones o daños a la propiedad o posesión agraria*”-, lo cual evidencia también la existencia de un foro atrayente con respecto a la jurisdicción agraria

para ventilar conflictos que se produzcan con motivo de dicha actividad; todo ello, en resguardo del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, incluyendo dentro de este último el derecho a ser juzgado por el juez natural, los cuales están garantizados por nuestra Carta Magna. Con respecto al último punto reseñado en el párrafo anterior (foro atrayente), esta Sala Constitucional en decisión N° 5047 del 15 de diciembre de 2005, indicó que del análisis de los artículos 197 y 208 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, se desprende que el legislador ha establecido “*en primer lugar un foro atrayente con respecto a la jurisdicción agraria (artículo 197 eiusdem) para ventilar conflictos que se produzcan entre particulares con motivo de dicha actividad; y en segundo lugar, atribuyen competencia para conocer y decidir de determinadas acciones (como las del caso de marras, esto es, acciones derivadas de perturbaciones o daños a la propiedad o posesión agraria) a los Juzgados de Primera Instancia Agrarios, dejando en su último ordinal una cláusula abierta para que estos Juzgados conozcan de (...) todas las acciones y controversias entre particulares relacionados con la actividad agraria (artículo 208 eiusdem)*”, lo cual fue ratificado por la Sala Plena en su fallo N° 200/2007.

En refuerzo de lo expuesto anteriormente, debe resaltarse que recientemente la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 33 del 29 de junio de 2010, en un caso similar al de autos señaló que las acciones posesorias en materia agraria deben tramitarse conforme al procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, cónsono con la aplicación de los principios de especialidad y temporalidad de las normas.

Ello es así, por cuanto la posesión agraria va más allá de los intereses particulares que rodean la posesión civil, pues sobre la base del interés social y colectivo, persigue proteger la seguridad agroalimentaria de la República, por lo que la misma es una institución eminentemente de derecho agrario, cuyo objetivo fundamental va dirigido a la explotación directa de la tierra con el objeto de favorecer la producción de alimentos, para luego dirimir el conflicto entre los particulares interpuesto con ocasión de la actividad agraria, tal y como lo establece el procedimiento ordinario establecido en la mencionada ley especial, cuyo norte es el respeto y cumplimiento de las garantías constitucionales.

Dicha naturaleza fue objeto de estudio y análisis por esta Sala Constitucional mediante fallo N° 262/2005, cuando se estableció que la actividad agraria constituye “*(...) una actividad sometida en mayor o menor grado a un régimen estatutario de derecho público que ha sido objeto de tutela por parte del legislador, no sólo mediante una serie de medidas relacionadas directamente con el régimen sustantivo de los derechos (vgr., la afectación de uso y redistribución de las tierras), sino mediante la creación de una jurisdicción (competencia) especial que permita a los particulares un acceso directo a órganos jurisdiccionales especializados; que estén en capacidad de atender con criterios técnicos, tomando en consideración el interés general de asentar las bases del desarrollo rural integral y sustentable, asegurando la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de la presente y futuras generaciones (Cfr. Artículo 1 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario)*”.

Efectivamente, la **jurisdicción especial agraria** es la llamada a amparar los principios constitucionales previstos en los artículos 2, 26, 49, 305 y 307 y que el legislador concentró en el artículo 1 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, como la consolidación de los mismos dentro de un estado democrático, social de derecho y de justicia, en la búsqueda de la profundización de los valores constitucionales de desarrollo sustentable, inherentes a la seguridad agroalimentaria y a la justa disponibilidad suficiente de alimentos de calidad, distribución de la riqueza y planificación estratégica, democrática y participativa; así como la mejora de la calidad de vida de la población campesina, y el logro de un desarrollo amónico y viable en el contexto de la justicia social que toda actividad agraria persigue.

Esta especialidad en cuanto a la naturaleza e independencia del derecho agrario sobre el derecho civil, tanto en la materia adjetiva o sustantiva, es el centro de discusión del presente caso, tal como fue formulado en la acción de amparo constitucional, posición la cual no es de novel data, por el contrario la misma tuvo su origen en los estudios del maestro **Gianganzone Bolla**, a inicios del siglo pasado, considerado el padre de la escuela clásica del derecho agrario, quien enfáticamente se pronunció sobre la **inaplicabilidad de las disposiciones del derecho civil para resolver situaciones derivadas de la aplicación de las instituciones propias del derecho agrario**, lo cual fue posteriormente reforzado de manera diferente por el maestro **Antonio Carroza**, conocido como el padre de la escuela clásica, quien a comienzos de los años 60, impulsó el tema de la autonomía del derecho agrario, en la existencia de institutos propios, que lo llevaron a definir el derecho agrario como el complejo ordenado y sistematizado de los institutos típicos que regulan la materia de la agricultura, institutos los cuales fueron recogidos directamente por la Ley de Tierras de Desarrollo Agrario.

En virtud de ello, como nuevo paradigma en la sociedad venezolana, el ordenamiento supremo ha levantado el derecho a la seguridad agroalimentaria, establecido en el artículo 305 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“Artículo 305. El Estado promoverá la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. La seguridad alimentaria se alcanzará desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental para el desarrollo económico y social de la Nación. A tales fines, el Estado dictará las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. Además, promoverá las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola (...).”

Al respecto, debe la Sala aclarar que el Constituyente en el artículo 305 *eiusdem* cometió un error, al confundir un término eminentemente sociológico como lo es el de Nación cuando debe referirse a estructuras político territoriales como Estado o República.

Esta visión integral y por ende sistémica del derecho agrario, se encuentra sometida en mayor o menor grado a un régimen estatutario de derecho público que ha sido objeto de tutela por parte del legislador, no sólo mediante una serie de medidas relacionadas directamente con el régimen sustantivo de los derechos -vgr. La afectación de uso y redistribución de las tierras-, sino mediante la creación de una jurisdicción especial, regulada por un derecho adjetivo también especial, que permita a los particulares un acceso directo a órganos jurisdiccionales especializados; que estén en capacidad de atender con criterios técnicos, sus necesidades frente a las actividades u omisiones de la Administración, tomando en consideración el interés general de asentar las bases del desarrollo rural integral y sustentable, asegurando la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de la presente y futuras generaciones.

Con el referido criterio, se evidencia que

“el legislador viene a reforzar la protección jurídico-constitucional de los particulares a través de normas garantistas de los derechos amparados por la Constitución, favoreciendo la tutela judicial efectiva y protegiendo para el presente caso, la vigencia y efectividad del derecho a la seguridad agroalimentaria en pro del interés general de asentar las bases del desarrollo rural integral y sustentable, asegurando la vigencia efectiva de los derechos de protección ambiental y agroalimentario de la presente y futuras generaciones. Todo en el

contexto de la actuación eficaz del Poder Público, donde los órganos y entes del Estado gestionan efectivamente sus competencias, fomentando la consolidación del principio de paz social, el bien común y la convivencia, en un medio ambiente armónico” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 962/06).

Por ello, la aplicación del procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario a las acciones posesorias en materia agraria, si bien se desprende del contenido expreso de los artículos 186 y 197 numerales 1 y 7 *eiusdem*, el mismo encuentra pleno fundamento en las características propias de la competencia agraria, tal como se desprende de la jurisprudencia vinculante de esta Sala antes mencionada.

Asimismo, la necesidad de atender al contenido del ordenamiento estatutario de derecho público en materia agraria, ha sido puesto de manifiesto por esta Sala según la cual

“siendo que a los órganos jurisdiccionales en la materia les corresponde garantizar la seguridad alimentaria, el legislador no se encuentra limitado en el establecimiento de las facultades inquisitivas de los mencionados órganos, ni siquiera para posibilitar una actuación oficiosa que en modo alguno colide con su imparcialidad, sino que se encuadra en el carácter subjetivo y garantista del procedimiento contencioso administrativo, donde el juez propende a la salvaguarda de las situaciones jurídicas que en el ámbito de sus competencias y por mandato constitucional, se encuentra llamado a tutelar, aun frente a la inactividad particular de invocar la tutela a la seguridad agroalimentaria o ante la omisión de los órganos administrativos, en privilegiar y desarrollar la producción agropecuaria interna y proteger la biodiversidad. Con ello, resulta constitucionalmente legítima la actuación oficiosa de los órganos jurisdiccionales cuando el bien tutelado así lo amerite y exista disposición legal que lo faculte, como es el caso de la adopción de medidas que desde el punto de vista material, pudieran calificarse de funciones administrativas, tomadas en ejercicio de la potestad jurisdiccional para la salvaguarda de la seguridad agroalimentaria y de la biodiversidad”.

Las anteriores decisiones son un ejemplo, de la lucha plausible que se está generando, para establecer y confirmar la **especialidad y autonomía del derecho agrario**; y ello es en cumplimiento a nuestra propia Constitución, quien como ley de leyes, sentó las bases de una solida jurisdicción agraria, cuya misión va más allá de un simple control de la legalidad agraria; por lo cual a los operadores de justicia le es ineludible procurar mantener la vigencia del texto constitucional, previsto en los artículos 305, 306 y 307, como garantes de una efectiva aplicación de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y demás normativas que versen sobre la materia.

En razón de las anteriores consideraciones, es necesario recalcar que lo ajustado a derecho es aplicar a las acciones posesorias en materia agraria el procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, ya que las normas contenidas en nuestro Código Civil desarrolladas a través del Código de Procedimiento Civil, resultan absolutamente incompatibles para dirimir conflictos entre particulares con ocasión de la actividad agrícola, como es el caso de las acciones posesorias agrarias, y ello se hace más patente desde la promulgación de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2001), pues desde ese instante contamos en nuestro país con un derecho agrario autónomo y especial, donde además de muchos otros aspectos de relevancia, se estipuló que en casos de controversias la misma sería dirimida por la nueva jurisdicción especial agraria, o ante la jurisdicción contencioso administrativa, según corresponda a la naturaleza de la acción, demanda o recurso; por lo cual se hace inexplicable que aún existan dudas sobre la aplicación de la normativa especial agraria, y se siga luchando por defender la autonomía de esta rama del derecho tan especial y garantista.

Así, resulta ineludible la necesaria abolición de la aplicación del derecho civil, a instituciones propias del derecho agrario, más aun con la existencia de un cuerpo legal que lo regula, por lo que la aplicación del procedimiento ordinario regulado en la Ley

de Tierras y Desarrollo Agrario a las acciones posesorias en materia agraria, si bien se desprende del contenido expreso de los artículos 197 y 208 numerales 1 y 7 *eiusdem*, el mismo encuentra pleno fundamento en las características propias de la competencia agraria, tal como se desprende de la jurisprudencia vinculante de esta Sala antes mencionada (principio de ley especial y posterior en la materia).

De ello resulta pues, que en todos aquellos casos en los cuales no se trate de acciones posesorias en materia agraria -*Cfr.* Artículos 197 y 208 numerales 1 y 7 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario-, resulta perfectamente aplicable el procedimiento contenido en los artículos 699 al 711 del Código de Procedimiento Civil, conforme a las sentencias de esta Sala Nros. 132/01, 1.717/02, 327/08 y 190/09.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, esta Sala advierte que en el presente caso, la desaplicación por control difuso se generó en el marco de un proceso de amparo constitucional, que verificó una contradicción entre la “*Constitución y una ley u otra norma jurídica*” -conforme a las consideraciones antes expuestas-, que obligaba al ejercicio de la competencia contenida del artículo 334 de la Constitución por parte del *a quo*, con lo cual se garantizó una efectiva tutela de los principios de especialidad y autonomía (ya señalados), así como de la aplicación de la ley posterior en la materia, lo cual se vincula directamente con la garantía del derecho a la defensa y al debido proceso (*Cfr.* Sentencia de esta Sala del 16 de junio de 2006).

Igualmente, la Sala advierte que aunado al tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia objeto de revisión y, dado que efectivamente, el criterio contenido en la misma respecto al procedimiento aplicable a las acciones posesorias en materia agraria se ajusta al régimen jurídico adjetivo procesal aplicable, en los términos antes expuestos, esta Sala sobre la base de la prohibición de reposiciones inútiles contenida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, resultaría contrario al contenido del artículo parcialmente transcrito en concordancia con el artículo 257 *eiusdem*, anular la el fallo y ordenar la reposición de la causa al estado en que el mencionado Juzgado dicte nuevo pronunciamiento de mérito, que en definitiva ratificaría las consideraciones efectuadas por esta Sala y por el propio órgano jurisdiccional.

Así, la Sala advierte que el Juzgado Superior Agrario de la Circunscripción Judicial de los Estados Zulia y Falcón actuó conforme al ordenamiento jurídico vigente, al señalar como procedimiento aplicable a las acciones posesorias en materia agraria el procedimiento ordinario regulado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario -*Cfr.* Artículos 197 y 208 numerales 1 y 7, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 197. Las controversias que se susciten entre particulares con motivo de las actividades agrarias serán sustanciadas y decididas por los tribunales de la jurisdicción agraria, conforme al procedimiento ordinario agrario, el cual se tramitará oralmente, a menos que en otras leyes se establezcan procedimientos especiales” y “Artículo 208. Los juzgados de primera instancia agraria conocerán de las demandas entre particulares que se promuevan con ocasión de la actividad agraria, sobre los siguientes asuntos: (...) 1. Acciones declarativas, petitorias, reivindicatorias y posesorias en materia agraria (...). 7. Acciones derivadas de perturbaciones o daños a la propiedad o posesión agraria”-.

En tal virtud, se declara conforme a derecho la desaplicación de los artículos 699 al 711 del Código de Procedimiento Civil, efectuada por la sentencia N° 223 dictada por el mencionado Juzgado Superior el 21 de abril de 2009.

Finalmente, dado que del texto de la sentencia objeto de control se desprende que coexisten criterios de instancia contradictorios respecto al procedimiento aplicable para el

trámite de las acciones posesorias en materia agraria, lo cual atentaría contra los principios de seguridad jurídica y eficiencia en la administración de justicia, esta Sala ordena la publicación íntegra del presente fallo en la *Gaceta Judicial*, así como en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia.

VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Recurso de Inconstitucionalidad: Leyes derogadas*

TSJ-SC (1318)

4-8-2011

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Germán José Mundarain Hernández y Otros (Impugnación del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

La Sala reitera que si bien la acción de nulidad debe incoarse respecto de textos vigentes, es posible mantener el interés en la sentencia, si fuese derogada o reformada la ley que contiene la disposición impugnada, en dos supuestos: cuando la norma ha sido reproducida en un nuevo texto, con lo que en realidad sigue vigente y lo que ocasiona es el traslado de la argumentación de la demanda a esa otra norma; y cuando la norma, pese a su desaparición, mantiene efectos que es necesario considerar, como ocurre en los casos de la llamada ultraactividad.

Como punto previo, la Sala advierte que el objeto del recurso de nulidad es el artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.555 del 13 de noviembre de 2001, cuyo contenido era el siguiente:

“Del Sistema de Información Central de Riesgos.

Artículo 192. Los bancos, entidades de ahorro y préstamo, otras instituciones financieras y demás personas jurídicas cuyas leyes especiales les permitan o atribuyan facultades crediticias y que hayan sido autorizadas para ingresar al Sistema de Información Central de Riesgos, deberán enviar a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, en los plazos y con las especificaciones que ésta indique, una relación pormenorizada de sus deudores, a los fines de mantener actualizado dicho sistema.

Toda la información contenida en este sistema tendrá carácter confidencial en los términos que señalen las normas que dicte al efecto la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

La información contenida en el Sistema de Información Central de Riesgos podrá ser suministrada a los clientes de los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y demás instituciones financieras directamente afectados, o en su defecto a sus apoderados, debidamente facultados para ello; sin menoscabo de lo previsto en el artículo 233 del presente Decreto Ley.

Dicha información será proporcionada en forma sistemática, integrada y oportuna”.

El contenido del mencionado artículo, se mantuvo inalterado en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.892 del 31 de julio de 2008, la Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.947 extraordinario del 23 de diciembre de 2009, la Ley de Reforma

Parcial de La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.491 del 19 de agosto de 2010. Sin embargo, en la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.015 extraordinario, del 28 de diciembre de 2010, modificó la regulación contenida en el mencionado artículo 192 objeto del recurso de nulidad interpuesto, en tanto que en su artículo 90 estableció lo siguiente:

“Artículo 90

Definición y uso del Sistema

El Sistema de Información Central de Riesgos es una base de datos o registro de la actividad crediticia del sector bancario nacional bajo la responsabilidad de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, el cual permite consultar la situación crediticia de los distintos usuarios y usuarias de las instituciones y cuya finalidad es precisar los niveles de riesgo.

El Sistema de Información Central de Riesgos será utilizado por las instituciones bancarias para realizar consultas automáticas de la información consolidada en el Sistema. Queda terminantemente prohibido el uso del Sistema de Información Central de Riesgos para fines distintos a los previstos en esta Ley, incluyendo el ser requerido como requisito para tramitación de préstamos o créditos, aperturas de cuentas de ahorros o corrientes u otros instrumentos o modalidades de captación.

La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario solicitará información a otras instituciones públicas y privadas sobre el comportamiento en la cancelación oportuna de servicios públicos de las personas naturales o jurídicas, sean usuarios o no del sector bancario nacional, a fin de recopilar información adicional para facilitar la evaluación de riesgos, contribuir con las normas de identificación del usuario y usuaria para la prevención de legitimación de capitales, y facilitar el acceso a productos crediticios a las personas sin historial bancario.

La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictará la normativa prudencial mediante la cual regulará, lo relacionado con la forma y oportunidad de transmisión, calidad de los datos transmitidos, exclusión o inclusión de usuarios, tiempo de permanencia en el Sistema de Información Central de Riesgos, verificación de la veracidad de la información y tramitación de reclamos”.

La anterior regulación, se recogió exactamente en el artículo 90 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.627 del 2 de marzo de 2011.

Ahora bien, la relación de la sucesión de la regulación del “Sistema de Información Central de Riesgos”, evidencia que generó una modificación del contenido de la norma originalmente impugnada, por lo que la Sala reitera que si bien la acción de nulidad debe incoarse respecto de textos vigentes, es posible mantener el interés en la sentencia, si fuese derogada o reformada la ley que contiene la disposición impugnada, en dos supuestos: (i) cuando la norma ha sido reproducida en un nuevo texto, con lo que en realidad sigue vigente y lo que ocasiona es el traslado de la argumentación de la demanda a esa otra norma; y (ii) cuando la norma, pese a su desaparición, mantiene efectos que es necesario considerar, como ocurre en los casos de la llamada ultraactividad -*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 796/07-.

De una simple lectura de las normas parcialmente transcritas, esta Sala advierte que los argumentos contenidos en el recurso de nulidad no son trasladables a la norma contenida en el Parágrafo Único del artículo 90 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, el cual se incluye en una retícula normativa relativa al sigilo bancario.

Ciertamente, del contenido del escrito de nulidad se advierte que las denuncias planteadas son objeto de tutela por la legislación vigente desde el punto de vista de la regulación del “Sistema de Información Central de Riesgos”, aunado a un conjunto de sanciones vinculadas al uso de los datos contenidos en el referido sistema, lo cual por lo demás recogió el contenido de sentencias de esta Sala en la materia (S. N° 4.975/05).

En tal sentido, respecto a las denuncias contenidas en los puntos N° 1, 2, 4, 8 y 9 del capítulo relativo al recurso de nulidad, es clara la garantía contenida en el artículo 90 *eiusdem*, al establecer que “*Queda terminantemente prohibido el uso del Sistema de Información Central de Riesgos para fines distintos a los previstos en esta Ley, incluyendo el ser requerido como requisito para tramitación de préstamos o créditos, aperturas de cuentas de ahorros o corrientes u otros instrumentos o modalidades de captación*”.

Al respecto, esta Sala advierte que ya en la sentencia N° 4.975/05 se estableció en términos generales -aplicables al Sistema de Información Central de Riesgos (SICRI)- que “los sistemas de información de riesgos permiten no sólo una mejor operatividad de las instituciones financieras al momento de otorgar un crédito, sino que a su vez tienen un efecto expansivo con respecto a los usuarios que necesiten el otorgamiento de un crédito y ante el posible agotamiento de la cartera crediticia y su incertidumbre en la recuperación de los mismos se afecte el desarrollo como el mantenimiento económico de los usuarios de la economía financiera del país”, aunado a que “la sola existencia de banco de datos informáticos no genera por sí sola la violación de derechos constitucionales sino cuando éstos en principio, no son adecuados con la información requerida (*vgr.* Datos sobre antecedentes laborales o de seguros suministrados para valorar un posible ascenso laboral), o cuando dichos datos no son fidedignos o veraces, lo cual puede directamente infringir los derechos al honor, a la libertad individual y a la confidencialidad, entre otros”, por lo que se concluyó que:

“existen datos informáticos y archivos de datos que ciertamente no se conciben racionalmente en su recopilación, como en el ámbito laboral (en este aspecto habría que hacer una excepción sobre los antecedentes laborales de los funcionarios que laboran en una empresa de seguridad), pero en el ámbito financiero tiene un influjo económico en el desarrollo de la colectividad, así como en tratar de buscar la igualdad entre los diversos integrantes de la sociedad.

(...)

Habiendo desatacado su importancia histórica, social, política y económica no puede desconocerse que la vigilancia en su cumplimiento, no sólo beneficia al acreedor sino al resto de la colectividad que también requiere del otorgamiento de un crédito por una entidad financiera, ya que el capital productivo que prestan las entidades financieras son parte del ingreso financiero que hacen los ahorristas a dichas instituciones, por lo que la impericia y negligencia en el otorgamiento de los mismos afecta de manera refleja el capital de los ahorristas del sistema financiero. En función de ello, se estima necesaria la existencia de un sistema de administración de riesgos crediticios, sistema el cual no es excluyente de nuestro ordenamiento jurídico sino que por el contrario, el mismo tiene eco en una gran mayoría de los países, siendo su personalidad pública o privada diferente en diversos sistemas o estando presente la concurrencia de ambas (*vgr.* Argentina), con la finalidad de asegurar la rentabilidad en la prestación del capital y la disminución del incumplimiento o fallos de los deudores que perjudiquen el interés general y el capital productivo de las instituciones financieras.

Así, ciertamente, se aprecia que la incertidumbre y el riesgo se encuentran presente en todos los sectores de la vida cotidiana del ser humano, no obstante, en virtud de su funcionalidad e importancia, la disminución del mismo se hace necesaria en atención a la situación financiera y económica del país y la fluctuación de los depósitos, por cuanto el rendimiento de los bancos es un valor reducido y la operatividad de los mismos con el capital de los ahorristas, los cuales pueden exigir su capital inmediatamente.

(...)

Es en la veracidad de los datos y no en la existencia del registro central de información de riesgos que se pueden encontrar las presuntas violaciones a los derechos o garantías constitucionales alegados por los usuarios de las instituciones financieras, ya que los sistemas de administración de riesgos i) contribuyen a dar estabilidad a los sistemas financieros, con la advertencia de que no obstante los mismos no eliminan totalmente los riesgos crediticios sino que los disminuyen; ii) se conciben como un instrumento que garantiza un nivel de rentabilidad, debido a que permite evaluar si el capital que tiene determinada entidad es el adecuado para asumir los riesgos que afronta; iii) la medición veraz y acertada de los riesgos puede generar mayores costos para los deudores en relación con su nivel de riesgo, en virtud de que su utilización y evaluación requieren de una alta capacidad técnica de los operadores ya que su éxito está basado en la precisión y consistencia y, por ende, en su capacidad para diferenciar y advertir el nivel de riesgo.

En conclusión, cabe advertir que los sistemas de información de riesgos permiten no sólo una mejor operatividad de las instituciones financieras al momento de otorgar un crédito, sino que a su vez tienen un efecto expansivo con respecto a los usuarios que necesiten el otorgamiento de un crédito y ante el posible agotamiento de la cartera crediticia y su incertidumbre en la recuperación de los mismos se afecte el desarrollo como el mantenimiento económico de los usuarios de la economía financiera del país.

Vista su necesaria consagración y existencia, se transmuta en aquéllos un correlativo deber de asegurar los derechos de los ciudadanos en cuanto a la ponderación que debe existir entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, honor y confidencialidad de éstos”.

Por ello, la Sala en su fallo N° 794/11 destacó que

“las anteriores consideraciones tuvieron eco, en la legislación vigente al consagrar expresamente que el Sistema de Información Central de Riesgos, será utilizado por las instituciones bancarias para realizar consultas automáticas de la información consolidada en el sistema y se prohibió el uso del Sistema de Información Central de Riesgos para fines distintos a los previstos en la Ley de Instituciones Bancarias, incluyendo el ser requerido como requisito para tramitación de préstamos o créditos, aperturas de cuentas de ahorros o corrientes u otros instrumentos o modalidades de captación”.

En desarrollo de tales consideraciones, cabe igualmente precisar que el vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 39.627 del 02 de marzo de 2011, establece un conjunto de prohibiciones relativas al sigilo bancario -que inciden directamente en las denuncias contenidas en los puntos 3, 5, 6, 7, 10 y 11 de recurso de nulidad-, a saber:

“Artículo 88

Alcance de las prohibiciones

Está prohibido a las instituciones bancarias, así como a sus directores o directoras y trabajadores o trabajadoras, suministrar a terceros cualquier información sobre las operaciones pasivas y activas con sus usuarios y usuarias, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en el artículo 89 de la presente Ley.

También se encuentran obligados a cumplir el secreto bancario:

1. El Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario y los trabajadores o trabajadoras de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.
2. Los directores o directoras y trabajadores o trabajadoras del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional.
3. Los directores o directoras y trabajadores o trabajadoras del Banco Central de Venezuela.
4. Los directores o directoras y trabajadores o trabajadoras de las empresas de auditoría externa.

La institución bancaria está obligada a comunicar la información que requieran los organismos competentes contemplados en la Ley que regula la prevención de legitimación de capitales.

Artículo 89

Levantamiento del secreto bancario

El secreto bancario no rige cuando la información sea requerida para fines oficiales por:

1. El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, los Magistrados o Magistradas Presidentes o Presidentas de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, el Ministro o Ministra en el área financiera, el Defensor o Defensora del Pueblo, el Defensor o Defensora Pública General, el Procurador o Procuradora General de la República, el Contralor o Contralora General de la República, el Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, el Presidente o Presidenta del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, el Presidente o Presidenta del Banco Central de Venezuela, el Presidente o Presidenta del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios, el Superintendente o Superintendente del mercado de valores y el Superintendente o Superintendente del sector seguros.
2. El Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia para Interior y Justicia, el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia para la Defensa, los Órganos del Poder Judicial, la administración aduanera y tributaria, y la autoridad administrativa con competencia en materia cambiaria, según las leyes.
3. Los jueces o juezas y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el usuario y usuaria de la institución del sector bancario a quien se contrae la solicitud.
4. La Fiscalía General de la República, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios o funcionarias y servidores públicos o servidoras públicas de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que éste otorga soporte económico.
5. El Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, en el ejercicio de sus funciones de supervisión.
6. Los organismos competentes del gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo y la legitimación de capitales.
7. El Presidente o Presidenta de una Comisión Investigadora de la Asamblea Nacional, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público.

(...)

Los receptores o receptoras de la información a que se refiere el presente artículo, deberán utilizarla sólo a los fines para los cuales fue solicitada, y responderán de conformidad con las leyes por el incumplimiento de lo aquí establecido”.

Tales normas se concretan en el artículo 92 *eiusdem*, el cual establece una prohibición no absoluta a las instituciones bancarias, las cuales

“en consonancia con la presente Ley tienen prohibido informar los antecedentes financieros personales de sus usuarios o usuarias a cualquier persona natural o jurídica u Organismos Públicos o Privados, exceptuando al mismo usuario o usuaria, a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, al Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, al Banco Central de Venezuela y demás entes autorizados por la presente Ley o Leyes Especiales, salvo que el usuario o usuaria autorice por escrito a la institución, autorización que en cualquier momento podrá ser revocable por el usuario o usuaria”.

Pero además, la violación del sigilo bancario constituye una actividad típica regulada por el ordenamiento jurídico penal especial, ya que el “*manejo y operación de bases de antecedentes financieros*”, se concreta en el delito de “revelación de información” contenido en el artículo 224 *eiusdem* (el cual alcanza personas naturales como “consultores”, “asesores” o “consejeros”) conforme al cual:

“Artículo 224

Revelación de información

Las personas naturales identificadas en el artículo 186 de esta Ley o los empleados de la institución del sector bancario, que en beneficio propio o de un tercero utilicen, modifiquen, revelen, difundan, destruyan, alteren o inutilicen datos reservados de carácter confidencial que se hallen registrados en medios escritos, magnéticos o electrónicos, serán penados con prisión de ocho a diez años”.

De ello resulta pues, que en la normativa vigente es clara la existencia de una prohibición sancionable penalmente, que se materializa en la utilización de “datos reservados de carácter confidencial que se hallen registrados en medios escritos, magnéticos o electrónicos”, tales como la “información sobre las operaciones pasivas y activas con sus usuarios y usuarias, a menos que medie autorización escrita de éstos” (*Cfr.* artículo 88 *eiusdem*).

Bajo tal contexto, es preciso reiterar que el principio de la constitucionalidad de las leyes, que no sólo se limita a la afirmación formal de que la Ley se tendrá por válida hasta cuando sea declarada inconstitucional, implica además: la confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios constitucionales; la seguridad de que la ley no será declarada inconstitucional sino cuando exista insalvable contradicción con la Constitución; y siempre que existiendo la posibilidad de que la amplitud para interpretar la ley se preste a una inconstitucional, hay que presumir que sea “razonablemente posible” que el legislador ha sobreentendido que la interpretación correcta será aquella que permita a la misma mantenerse dentro de los límites constitucionales -*Cfr.* García De Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, p. 96-.

Por lo tanto, a juicio de esta Sala la demanda interpuesta originalmente contra el artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.555 del 13 de noviembre de 2001, no es trasladable a la posterior reforma pues se verificó una modificación sustancial que en forma alguna reproduce el contenido de la norma derogada, circunstancia que no permite el traslado de la argumentación de la demanda al artículo 90 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, el cual se incluye en una retícula normativa relativa al sigilo bancario y su protección.

Asimismo, en la presente causa no existen efectos que corregir derivados de una posible ultraactividad de la disposición impugnada, ya que luego de haber sido derogada en forma expresa por el ordenamiento legal en vigor, no ha mantenido total o parcialmente sus efectos en el tiempo, de forma tal que obligue a esta Sala a analizar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la normativa legal cuestionada, pues no está acreditado en autos que se haya verificado el supuesto contenido en la mencionada norma, cuando quedaron derogadas dichas previsiones legales.

Por lo cual, en criterio de esta Sala el presente recurso ha perdido su objeto respecto del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.555 del 13 de noviembre de 2001 -artículo 90 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de

Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario- y, por vía de consecuencia, “los artículos 1, 6 y 8 de la Resolución N° 001-06-98, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.484, de fecha 26 de junio de 1998, emitida por la Junta de Emergencia Financiera”, por lo que no existiría efecto alguno de una eventual sentencia de inconstitucionalidad -*Cfr.* Disposición Derogatoria Segunda de la mencionada Ley de Instituciones del Sector Bancario, la cual establece que “se derogan las disposiciones contenidas en la normativa prudencial dictada por la Superintendencia (...), que contravengan esta Ley”- y, consecuencia, queda sin efecto la medida cautelar que acordó la Sala en sentencia del 6 de diciembre de 2005. Así se decide.

2. *Recurso de Interpretación Constitucional*

TSJ-SC (1268)

26-7-2011

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Interpretación del artículo 104 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Si bien el recurso de interpretación constitucional tiene una finalidad preventiva, como es la de declarar el sentido y alcance de ciertas normas del Texto Fundamental y evitar así dudas que puedan ir en desmedro de su cumplimiento, no puede ser considerado como un recurso idóneo para la resolución de cualquier duda.

.....En consecuencia, ciertamente aprecia esta Sala que el recurso de interpretación no es una acción popular; y en éste debe expresarse con precisión en qué consiste la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del Texto Constitucional, o en una de ellas en particular; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas surgidas entre la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente.

Así pues, mediante el recurso de interpretación constitucional se “(...) *trata de resolver, cuál es el alcance de una norma constitucional o de los principios que lo informan, cuando los mismos no surgen claros del propio texto de la Carta Fundamental; o de explicar el contenido de una norma contradictoria, oscura o ambigua; o del reconocimiento, alcance y contenido, de principios constitucionales*”. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 1.077/2000).

En este sentido, es menester destacar el criterio sostenido por esta Sala en el fallo N° 1.415 /2000 (caso: “*Freddy H. Rangel Rojas y Michel Brionne Gandon*”), al disponer:

“La petición de interpretación puede resultar inadmisibles, si ella no expresa con precisión en qué consiste la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones, o la contradicción entre las normas del texto constitucional, o si la duda planteada no responde a los fines del recurso o que el asunto no revista ya interés”.

Por otro lado, esta Sala estima conveniente reiterar que el recurso de interpretación de la Constitución no puede sustituir los recursos procesales existentes, por lo que si el recurrente persigue adelantar un pronunciamiento sobre un asunto planteado ante otro órgano jurisdiccional o pretende sustituir con esta vía algún medio ordinario a través del cual el juez pueda aclarar la duda planteada, el recurso deberá ser declarado inadmisibles por existir otro recurso.

En idéntico razonamiento, se pronunció la Sala en la sentencia mencionada en los siguientes términos:

“Ahora bien, el que esta Sala, como parte de las funciones que le corresponden y de la interpretación de la ley, de la cual forma parte la Constitución, pueda abocarse a conocer una petición en el sentido solicitado por el accionante, no significa que cualquier clase de pedimento puede originar la interpretación, ya que de ser así, se procuraría opinión de la Sala ante cualquier juicio en curso o por empezar, para tratar de vincular el resultado de dichos juicios, con la opinión que expresa la Sala, eliminando el derecho que tienen los jueces del país y las otras Salas de este Tribunal de aplicar la Constitución y de asegurar su integridad (artículo 334 de la vigente Constitución), así como ejercer el acto de juzgamiento, conforme a sus criterios; lográndose así que se adelante opinión sobre causas que no han comenzado, y donde tales opiniones previas tienden a desnaturalizar el juzgamiento”.

Sobre la base de los precedentes jurisprudenciales parcialmente transcritos, se aprecia que la presente interpretación no deriva de una presunta ambigüedad de la norma contenida en el artículo 104 de la Constitución, sino de lograr precisar el contenido, alcance, oportunidad y forma de aplicación de normas y principios constitucionales relativos a la “*elevada misión*” de los docentes y si por ello son Altos Funcionarios, debiendo en consecuencia tener -a decir del actor- una remuneración acorde a lo establecido en la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público.

En tal sentido, se aprecia que la presente solicitud de interpretación constitucional se sustenta en dudas y planteamientos vinculados a la remuneración de los docentes, su escalafón, forma de ascenso y realización de los concursos de oposición, siendo que sobre la base de las anteriores circunstancias, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considera oportuno aclarar que, no puede olvidarse que si bien el recurso de interpretación constitucional tiene una finalidad preventiva, como es la de declarar el sentido y alcance de ciertas normas del Texto Fundamental y evitar así dudas que puedan ir en desmedro de su cumplimiento, no puede ser considerado como un recurso idóneo para la resolución de cualquier duda, que en el presente caso es a todas luces de tipo laboral.

Al contrario, esta Sala, desde su primera decisión en la materia, procuró ceñir el recurso a supuestos determinados, fuera de los cuales no se hace necesaria la intervención del Supremo Tribunal, por ser éste un medio procesal excepcional, razón por la cual se estima que el recurso de interpretación interpuesto resulta inadmisibles, en virtud de que lo pretendido por el actor es un prejuzgamiento por parte de esta Sala, respecto de reclamaciones de índole laboral, y busca sustituir otros medios judiciales o impugnatorios a través de los cuales debe ventilarse el ascenso de la carrera, la remuneración, el ingreso a la carrera, y la conducta que deben observar los docentes, lo cual está regulado por la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento.

Así se decide.

3. *Recurso de revisión de sentencias en materia constitucional*

A. *Poder de postulación*

TSJ-SC (1350)

5-8-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Desarrollo Las Américas, C.A., e Inversiones 431.799, C.A. vs. Sentencia dictada por la Sala Político Administrativa el 29 de septiembre de 2010, signada con el N° 930.

La Sala cambia el criterio que tenía establecido con relación al *ius postulandi* o poder de postulación en materia de revisión constitucional, estableciendo que deben admitirse las solicitudes de revisión planteadas conforme a poderes que habiliten genéricamente para actuar en sede jurisdiccional, aun cuando no conste en ellos facultad expresa para solicitar revisiones.

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, la doctrina de esta Sala (*Vid.* sentencia N° 1558, del 21 de octubre de 2008), ha precisado que el abogado solicitante debe encontrarse expresamente facultado, tal como se evidencia de la siguiente transcripción:

“...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.

...omissis...

En virtud de las anteriores consideraciones, Sala declarar inadmisibles la presente solicitud de revisión constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el aparte quinto del artículo 19 de la Ley resulta forzoso para esta Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que no se encuentra acreditada, en forma manifiesta, la representación judicial de la abogada (...), puesto que el instrumento poder que consta en autos no la faculta de manera expresa para ejercer esta extraordinaria vía judicial. Así se decide”. (Resaltado de este fallo).

En el marco de lo expuesto, el poder que cursa en autos fue otorgado al abogado solicitante en los siguientes términos:

“En nombre de nuestras representadas Conferimos PODER JUDICIAL ESPECIAL, pero amplio en cuanto a derecho se requiere, a los ciudadanos: JUAN LUIS NUÑEZ GARCÍA Y XIOMARA J. COLINA C., venezolanos, mayores de edad, con domicilio en la Ciudad de Caracas y en Maracaibo, titulares de las Cédulas de Identidad Números Nos. V-6.925.024 y V-5.037.892, abogados en ejercicio inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 35.774 y 41.422, todo ello respectivamente, para que en forma conjunta o separada, representen, sostengan y defiendan los derechos e intereses de nuestras representadas, ante las autoridades Judiciales de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, los apoderados mencionados quedan plenamente facultados para comparecer ante la honorable Sala constitucional del tribunal supremo de Justicia y cualquier otro tribunal de la República y promover todos los actos y recursos de índole jurídica que tengan a bien interponer en la defensa de nuestras representadas, quedan plenamente facultados los apoderados para interponer acciones de amparo constitucional, intervenir en las audiencias, presentar los escritos y alegatos que estimen pertinentes, intervenir en la promoción y evacuación de pruebas, apelar y presentar formalización de la apelación y cualquier otro escrito, así como, para desistir de la acción y del procedimiento y para disponer del derecho y del objeto en litigio, darse por citados, solicitar medidas preventivas, promover y evacuar pruebas, solicitar decisiones según la equidad y todo aquello que sea necesario ejercer, para la mejor y eficaz defensa de mis derechos e intereses. En el entendido que el presente mandato no tiene otras limitaciones que las legales, pues las facultades antes mencionadas no son taxativas sino meramente enunciativas”.

Tal como se desprende de la anterior transcripción en el poder otorgado al abogado actuante, no consta la facultad para presentar la solicitud de revisión constitucional ante esta Sala, motivo por el cual, dicho instrumento resulta insuficiente a la luz de la doctrina expuesta. Sin embargo, luego de un profuso examen sobre la legitimación *ad procesum* relacionada con las solicitudes de revisión constitucional, se considera permitente realizar las siguientes consideraciones:

La inveterada doctrina de este Sala (*Vid.* sentencia N° 179, dictada el 28 de marzo de 2000, caso: *Gonzalo Pérez Hernández*), ha establecido, que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tiene pleno carácter normativo; de allí, que determine la regularidad jurídica de las actuaciones de todos los órganos del Poder Público.

En otras palabras, la doctrina de este Máximo Órgano Jurisdiccional sostiene que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es un instrumento jurídico formal, que tiene aplicación directa e inmediata y, que por tanto, sirve de fuente jurídica a la actuación del Estado.

De allí que, como afirmó esta Sala Constitucional en sentencia N° 962 del 9 de mayo de 2006 (caso: *Cervecerías Polar Los Cortijos C.A.*),

“...toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordinadas trazadas en la norma normarum, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran”.

En este sentido, el Único Aparte del artículo 26 de la Constitución reconoce el principio de informalidad de la función jurisdiccional que, en términos de De Esteban (*Curso de Derecho Constitucional Español II*, Madrid, p. 1993. 80), supone

“...abandonar toda idea formalista del derecho y de la justicia e involucrarse en la más amplia concepción garantística y teleológica de protección a los sujetos y demás personas relacionadas con él...”.

De esta forma, el Constituyente de 1999 positivizó en el ordenamiento jurídico venezolano, lo que Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*. Caracas. Fundación de Derecho Administrativo. 2001. p. 19), califica como un principio rector propio de los Estados democráticos, según el cual, las formalidades procesales deben tener como norte el encauzamiento del proceso y no su obstaculización.

En el contexto del principio de informalidad de la justicia, esta Sala precisó, en la decisión N° 1174, del 12 de agosto de 2009 (caso: *Colegio Cantaclaro*), que la exigencia de actuación procesal mediante jurista o, garantía de adecuada representación judicial, se encuentra satisfecha cuando los justiciables se hacen asistir de abogado o nombran representante judicial, en cuyo caso,

“el poder conferido debe ser analizado a la luz del referido principio de desformalización de la justicia, según el cual, deben abandonarse las solemnidades no esenciales (aquellas ajenas a la protocolización y atribución de facultades de representación judicial, al menos genéricas) en pro de una concepción garantista y teleológica que salvaguarde el acceso al sistema judicial de quien ha sido o se encuentra amenazado de ser afectado en sus derechos constitucionales”.

Así, igualmente lo sostiene José Manuel Pureza (citado Pérez Nuño. *Derechos Humanos y Constitucionalismos ante el Tercer Milenio*, Voz: *Derechos Humanos y Constitucionalismo en la Actualidad*, Madrid, 1996, p. 129)

“...la etapa del Estado de derecho formal ha sido hace tiempo superada en la evolución del constitucionalismo. Las experiencias de de instrumentalización aristocrática o autoritaria de la legalidad formal han hecho emerger, por contraste, el Estado de derecho democrático...”.

En el caso nuestro, no sólo democrático, sino un Estado Social de Derecho y de Justicia que irrumpe definitivamente la llamada rigidez constitucional, que provoca la transformación política del Estado venezolano.

De lo expuesto anteriormente se evidencia, que en materia de capacidad de postulación, esta Sala ha reconocido que cualquier poder que habilite para plantear solicitudes ante los tribunales, resulta suficiente para poner en marcha al sistema de justicia, independientemente del tipo de solicitud que se trate y del tribunal a quien corresponda resolverla, incluso, para acudir a la denominada jurisdicción constitucional, donde tal como se evidencia de la sentencia N° 2151, dictada el 14 de septiembre de 2004 (caso: *Gustavo E. Azócar Alcalá*), la *legittimatio ad procesum* resulta especialmente garantista e informal, habida cuenta que en ésta se vela por la protección y desarrollo de principios de índole constitucional.

En efecto, la citada decisión estableció que mediante el ejercicio de la jurisdicción constitucional, esta Sala actúa como garante del orden público constitucional, salva las dificultades o contradicciones de la interpretación del Texto Fundamental, hace valer el principio jurídico-político según el cual los derechos fundamentales preceden y limitan axiológicamente las manifestaciones del Poder, garantiza el carácter vinculante de cada uno de sus preceptos y vela por el respeto de los derechos fundamentales, todo esto para que el carácter supremo del Texto Fundamental mantenga su normatividad y, por ende, su supremacía.

Según se ha citado, la Sala ha establecido respecto a otras solicitudes que forman parte de sus competencias, que no debe obstaculizarse de manera innecesaria el acceso a los mecanismos de control que detenta, y como quiera que la exigencia de legitimación procesal se encuentra satisfecha cuando el poder conforme al cual actúa un abogado tiene facultades “...al menos genéricas...”, se concluye que, en el marco doctrinario, constitucional y jurisprudencial expuesto, deben admitirse las solicitudes de revisión planteadas conforme a poderes que habiliten genéricamente para actuar en sede jurisdiccional, aun cuando no conste en ellos facultad expresa para solicitar revisiones, pues cualquier solicitud que tienda a poner en marcha el aparato jurisdiccional del Estado y, en especial, el control constitucional de su actuación (como es el caso de la revisión constitucional de sentencias), se encuentra informada del principio de informalidad de la justicia dispuesto en el Texto Fundamental.

Todo dentro de esa visión y misión del papel de los magistrados y magistradas, jueces y juezas se torna en la hermenéutica jurídica y la creación del derecho en la adaptación de los nuevos valores incorporados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por tanto, esta Sala cambia el criterio que tenía establecido con relación al *ius postulandi* o poder de postulación en materia de revisión constitucional y, como quiera que dicho cambio, para el caso en concreto, no afecta negativamente la situación procesal del solicitante, pues aun cuando se encontraba incurso en una causal de inadmisibilidad, la aplicación de la nueva doctrina le permite ahora obtener una decisión sobre el mérito del asunto planteado, se considera que en el caso de autos no hay menoscabo del principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, se entra a decidir sobre el fondo de la solicitud, para lo cual se observa lo siguiente (...).

- B. *Objeto: Decisiones definitivamente firmes que han adquirido el carácter de cosa juzgada*

TSJ-SC (1211)

25-7-2011

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Audio Rafael Urribarri vs. Revisión de sentencia

La Sala Constitucional, en ejercicio de su potestad de revisión, en consideración de la garantía de la cosa juzgada y de acuerdo a la interpretación uniforme de la Constitución, solo está obligada a admitir y declarar la procedencia de las solicitudes de revisión de decisiones definitivamente firmes, una vez hayan adquirido el carácter de cosa juzgada.

El abogado Eric Lorenzo Pérez Sarmiento, actuando en representación del ciudadano Audio Rafael Urribarri, solicitó la revisión de las sentencias que dictaron el 06 de junio de 2006, la Sala Accidental Segunda de Reenvío para el Régimen Procesal Transitorio de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y el 02 de noviembre de 2006, la Sala de Casación Penal de este Máximo Tribunal, ambas en el curso del proceso penal seguido contra el prenombrado ciudadano por la comisión del delito de calumnia previsto y sancionado en el artículo 241 (hoy 240) del Código Penal.

La primera de las referidas sentencias decretó el sobreseimiento de dicha causa en virtud de la extinción de la acción penal por haber operado la prescripción judicial. Por su parte, la decisión que dictó la Sala de Casación Penal desestimó por manifiestamente infundado el recurso de casación ejercido por la defensa del prenombrado ciudadano contra la señalada decisión de sobreseimiento. Al respecto, es oportuno señalar que esta Sala, de conformidad con lo previsto en el artículo 25, numerales 10, 11 y 12, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en sintonía con lo señalado en su jurisprudencia pacífica y reiterada dictada por esta misma Sala (*Vid.*, entre otras, sentencia N° 93, de fecha 06 de febrero de 2001, caso: *Corpoturismo*), de forma extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, tiene la potestad de revisar las sentencias siguientes:

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 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 alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando 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 demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, 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.

En este sentido, la Sala Constitucional, en ejercicio de su potestad de revisión, en consideración de la garantía de la cosa juzgada y de acuerdo a la interpretación uniforme de la Constitución, solo está obligada a admitir y declarar la procedencia de las solicitudes de revisión de decisiones definitivamente firmes, una vez hayan adquirido el carácter de cosa juzgada.

Ahora, tal y como antes se señaló, en el presente caso se solicitó la revisión tanto de la sentencia que dictó la Sala Accidental Segunda de Reenvío para el Régimen Procesal Transitorio de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, como la de la Sala de Casación Penal de este Máximo Tribunal que al conocer del recurso de casación que se ejerció contra dicha decisión lo desestimó por manifiestamente infundado, lo cual evidencia que el acto jurisdiccional de la Sala de Casación Penal no juzgó sobre el fondo del asunto objeto de la impugnación, por cuanto la parte recurrente, hoy solicitante de la revisión, no cumplió las exigencias del artículo 462 del Código Orgánico Procesal Penal relativas a los requisitos de forma para la interposición del recurso de casación, esto es: mediante escrito fundado en el cual se indicarán, en forma concisa y clara, los preceptos legales que se consideren violados por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por errónea interpretación, expresando de que modo se impugna la decisión, con indicación de los motivos que lo hacen procedente.

De esta manera, el acto de juzgamiento definitivo lo constituye la sentencia del 06 de junio de 2006 dictada por la Sala Accidental Segunda de Reenvío para el Régimen Procesal Transitorio de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, la cual, en virtud de la declaración de desestimación del recurso de casación, adquirió el carácter de definitivamente firme y, por ende, es esta la que será objeto de la presente revisión (*Vid.* sentencias N° 388, del 8 de marzo de 2007, caso: *Condominio Centro Comercial Plaza Las Américas*, y 464, de fecha 20 de mayo de 2010, caso: *Inversiones Vivolo, C.A.*), razón por la que, esta Sala pasa a pronunciarse acerca de la procedencia de la solicitud formulada y, a tal efecto, observa lo siguiente:

4. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Competencia: Sala Constitucional*

TSJ-SC (1082)

12-7-2011

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Luis Delfin Fuenmayor Toro

Al Juez Constitucional no le corresponde determinar en cada caso si concurren o no los presupuestos contemplados en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, a los fines de la adopción -o mantenimiento- de la medida de privación judicial preventiva de libertad, toda vez que tal facultad le corresponde exclusivamente a la jurisdicción penal ordinaria.

.....Así pues, es pertinente reiterar que en la sentencia que se aclara mediante la presente decisión, la Sala en ningún momento impuso o revocó medida judicial privativa preventiva de libertad o sustitutiva de la misma. Por el contrario, simplemente se limitó, dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales, tal como lo hace al admitir acciones similares a la presente, a acordar una medida cautelar innominada de suspensión de efectos del fallo impugnado y del que ese último confirmó, para garantizar la tutela de derechos y garantías constitucionales.

B. *Admisibilidad: Existencia de otros medios procesales*

TSJ-SC (1215)

25-7-2011

Magistrado-Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Ana Leonor Acosta Mérida y otros vs. Decisión Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

La exigencia del agotamiento de los recursos a que se refiere el aludido literal a), no tiene el sentido de que se interponga cualquier recurso imaginable, sino sólo los que permitan reparar adecuadamente lesiones de derechos fundamentales que se denuncian. No se obliga, pues, a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación que puedan estar previstos en el ordenamiento procesal, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiesten ejercitables y razonablemente exigibles.

En inicio, la Sala aprecia que la presente acción de amparo se intentó contra la decisión dictada el 14 de octubre de 2010, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró extinguido el recurso de apelación interpuesto la abogada María Alejandra Ancheta Lara, actuando con el carácter de Apoderada Judicial del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda, contra el auto dictado el 06 de abril de 2009 por el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, mediante el cual se negó la aclaratoria al informe pericial consignado en fecha 26 de mayo de 2009, por la comisión de expertos, en la causa contentiva del recurso de nulidad ejercido conjuntamente con medida cautelar por Café Sambal C.A., contra la Resolución N°: R-LG-08-00067, del 27 de junio de 2008 dictada por la División de Ingeniería Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda.

Señalaron los accionantes que el juzgado presuntamente agravante había violado el derecho a la defensa y al debido proceso del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda, toda vez que, a través de una errónea interpretación del artículo 291 del Código de Procedimiento Civil y fundándose en la decisión de la Sala de Casación Civil, N°: RC.00788 de fecha 03 de agosto de 2004, caso: *Carlos Enrique Mendoza*, la cual no contenía un criterio pacífico y reiterado, subvirtió el proceso, al declarar la extinción del recurso de apelación oportunamente ejercido por esa representación judicial contra el auto de fecha 06 de abril de 2009, mediante el cual se negó la aclaratoria del dictamen pericial.

De esta manera, la Sala observa que de los recaudos contenidos en la presente acción de amparo se evidencia que el 31 de julio de 2008, los abogados Octavio González e Inocencio Figueroa, actuando con el carácter de Apoderados Judiciales de Café Sambal, C.A., interpusieron recurso contencioso administrativo de nulidad contra el acto administrativo de fecha 27 de junio del 2008, emanado de la Dirección de Ingeniería Municipal del Municipio Autónomo Chacao, mediante el cual se resolvió (...) "*Declarar USO ILEGAL la instalación del restaurant 'Café Sambal C.A.,' SEGUNDO: Ordenar el Cese Permanente de las actividades desarrolladas en los niveles 1 y 2 del inmueble Quita (sic) Villa Elena por el Restaurant 'Café Sambal C.A(...)*".

Asimismo, consta que 6 de abril de 2009, el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, dictó auto en el expediente contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad, en los siguientes términos:

Visto el escrito presentado por los abogados (...) en su carácter de apoderados judiciales del MUNICIPIO CHACAO DEL ESTADO BOLIVARIANO DE MIRANDA, mediante la cual solicitan aclaratoria e impugnan la experticia consignada en fecha 26 de marzo (*sic*) de 2009, este Juzgado de la revisión del referido escrito observa, que los motivos por los cuales la representación judicial del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda solicita la aclaratoria de la referida experticia, son los mismos motivos por los cuales la impugnan, razón por la cual este Tribunal niega la aclaratoria solicitada y en cuanto a la impugnación efectuada este Juzgado acuerda pronunciarse sobre este particular como punto previo en la sentencia definitiva (...).

De igual manera, se evidencia que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo tuvo conocimiento por notoriedad judicial, que el 04 de mayo de 2010, se recibió en la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (U.R.D.D.) de las Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo, oficio N°: 10-0538 de fecha 26 de abril 2010, emanado del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, anexo al cual remitió el expediente contentivo del recurso de apelación ejercido contra el fallo de dicho Juzgado que resolvió el fondo de la acción de nulidad incoada por Café Sambal, C.A., contra la Resolución N°: R-LG-08-00067, del 27 de junio de 2008, dictada por la Dirección de Ingeniería Municipal de la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda.

De igual manera se constata que no consta en autos que la representación judicial de dicha Alcaldía haya hecho valer nuevamente junto con la apelación de la sentencia definitiva la apelación contra el auto del 06 de abril de 2009, conforme a lo establecido en el artículo 291 del Código de Procedimiento Civil.

En tal sentido, el artículo 6, numeral 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, textualmente dispone:

Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo:

(...)

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado.

Ante la falta de agotamiento de la vía judicial previa, la Sala en sentencia N° 1496/2001 del 13 de agosto, estableció las condiciones necesarias para que opere la acción de amparo constitucional y, a tal efecto, dispuso que:

(...) la acción de amparo constitucional opera bajo las siguientes condiciones:

- a) Una vez que los medios judiciales ordinarios han sido agotados y la situación jurídico constitucional no ha sido satisfecha; o
- b) Ante la evidencia de que el uso de los medios judiciales ordinarios, en el caso concreto y en virtud de su urgencia, no dará satisfacción a la pretensión deducida.

La disposición del literal a), es bueno insistir, apunta a la comprensión de que el ejercicio de la tutela constitucional por parte de todos los jueces de la República, a través de cualquiera de los canales procesales dispuestos por el ordenamiento jurídico, es una característica inmanente al sistema judicial venezolano; por lo que, en consecuencia, ante la interposición de una acción de amparo constitucional, los tribunales deberán revisar si fue agotada la vía ordinaria o fueron ejercidos los recursos, que de no constar tales circunstancias, la consecuencia será la inadmisión de la acción, sin entrar a analizar la idoneidad del medio procedente,

pues el carácter tuitivo que la Constitución atribuye a las vías procesales ordinarias les impone el deber de conservar o restablecer el goce de los derechos fundamentales, por lo que bastaría con señalar que la vía existe y que su agotamiento previo es un presupuesto procesal a la admisibilidad de la acción de amparo.

La exigencia del agotamiento de los recursos a que se refiere el aludido literal a), no tiene el sentido de que se interponga cualquier recurso imaginable, sino sólo los que permitan reparar adecuadamente lesiones de derechos fundamentales que se denuncian. No se obliga, pues, a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación que puedan estar previstos en el ordenamiento procesal, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiesten ejercitables y razonablemente exigibles. En consecuencia, por ejemplo, ante el agotamiento de la doble instancia en un juicio civil, el actor tendrá la posibilidad de recurrir en casación o en amparo constitucional, pues es sabido que aquélla constituye una vía extraordinaria de revisión.

De cara al segundo supuesto, relativo a que la acción de amparo puede proponerse inmediatamente, esto es, sin que hayan sido agotados los medios o recursos adjetivos disponibles, el mismo procede cuando se desprenda de las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean la pretensión, que el uso de los medios procesales ordinarios resulta insuficiente al restablecimiento del disfrute del bien jurídico lesionado...”.

Asimismo, respecto al supuesto excepcional de admisibilidad de la acción de amparo constitucional, ha señalado la Sala en sentencia N° 939 del 09 de agosto de 2000, caso: *Stefan Mar, C.A.*, que la parte actora puede optar entre el ejercicio de la acción de amparo y la vía de impugnación ordinaria, no obstante, para ello debe poner en evidencia las razones por las cuales decidió hacer uso de dicha vía, (...) *“ya que de lo contrario se estarían atribuyendo a este medio procesal los mismos propósitos que el recurso de apelación, lo cual no ha sido en ningún momento la intención del legislador”*.

De los alegatos expuestos por la parte accionante, no se evidencia que la misma haya mencionado los hechos o motivos por los cuales no hizo valer nuevamente la apelación con el auto del 06 de abril de 2009, dictado por el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, limitándose a señalar que no existían otras vías judiciales previstas en la Constitución y las leyes, como si lo hace el amparo, con los principios de celeridad, brevedad, ausencia de formalismos inútiles y efectividad de conformidad con los artículos 17, 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora, establece el artículo 291 *“eiusdem”*, cuando oída la apelación, y la misma no fuere decidida antes de la sentencia definitiva: (...) *“podrá hacerla valer nuevamente junto con la apelación de la sentencia definitiva, a la cual se acumulará”* (...), concluyendo la norma en que la falta de apelación del fallo definitivo producirá la extinción de las apelaciones de las interlocutorias no decididas.

En el caso bajo examen, si bien es cierto que se ejerció el recurso de apelación contra el auto del 06 de abril de 2009, sobre el mismo no se había emitido pronunciamiento al momento de que el *“a quo”* dictara la sentencia definitiva en la causa principal, esto es, el 05 de noviembre de 2009, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 291 del Código de Procedimiento Civil, pudo la hoy accionante, hacer valer nuevamente la apelación ejercida contra el auto señalado, a fin del restablecimiento de la situación jurídica presuntamente lesionada.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la Sala estima que la acción de amparo propuesta resulta inadmisibile, por cuanto el accionante no agotó la vía ordinaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, numeral 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se declara.

C. *Medida cautelar*a. *Requisitos*

TSJ-SE (69)

20-7-2011

Magistrado Ponente: Malaquías Gil Rodríguez

Caso: Jesús Quevedo y otros vs. SIRUTRAPEGEFAL

Existen casos excepcionales en que la exigencia en la verificación del *fumus boni iuris* por parte del Órgano Jurisdiccional debe ser relajada, dada la imposibilidad de demostrarlo al inicio del proceso, debido a que para ello se requiere un despliegue probatorio que sólo es viable realizar a lo largo de la tramitación del recurso, resultando por esa razón injusto exigirle al requirente el cumplimiento de ese requisito, pues con ello se le colocaría en una situación en extremo gravosa que sin duda vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

.....Una vez establecido lo anterior, y en atención al principio constitucional de tutela judicial efectiva, pasa este órgano jurisdiccional a pronunciarse acerca de la solicitud de medida cautelar innominada, para lo cual observa que ha sido criterio reiterado de la Sala que la procedencia de este tipo de pretensiones está sujeta a que el órgano jurisdiccional verifique la existencia de las condiciones previstas en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, aplicables por remisión del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En consecuencia, se procede a examinar la existencia de los presupuestos necesarios para acordar una medida como la solicitada por el recurrente, es decir, si se verifican los extremos siguientes:

i) Presunción del derecho que se reclama, lo que la doctrina denomina el *fumus boni iuris*.

ii) Riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, o también llamado por la doctrina el *periculum in mora*.

iii) Que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de las anteriores circunstancias.

iv) La existencia de un fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra o *periculum in damni*.

En relación con el *fumus boni iuris*, cabe destacar que en materia contencioso electoral, consiste en la presunción de que sea factible la vulneración del derecho que reclama la parte actora, de manera que el Juzgador constate visos sólidos de que la acción prospere, y sin que ello implique prejuzgar sobre el fondo del *thema decidendum*, o planteado en otros términos, adelantar irreversiblemente el fondo de la controversia. Por su parte, el *periculum in mora* se circunscribe a la posibilidad cierta de que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo definitivo de no acordar la cautela solicitada, con lo que lógicamente se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, para la procedencia de las medidas cautelares, el accionante tiene la carga de alegar de forma concurrente tanto el *fumus boni iuris* como el *periculum in mora*, pero además de ello deberá probarlos, de manera que Juez pueda convencerse de su existencia y, sólo así, acordar lo requerido con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y proteger los derechos posiblemente vulnerados.

En ese sentido, esta Sala en sentencia de fecha 8 de marzo de 2006, expresó que

“... las medidas cautelares son un instrumento necesario para la eficiencia de la justicia, erigiéndose como una garantía de protección de los derechos presuntamente violados hasta tanto se dicte el fallo definitivo, evitando así que el mismo pueda resultar ineficaz (Véase, entre otras, sentencia N° 15 de fecha 7 de febrero de 2001. Caso William Dávila Barrios y Timoteo Zambrano vs. Consejo Nacional Electoral y N° 148 del 3 de septiembre de 2003, Caso Miguel Silva vs. Comisión Electoral de la Universidad del Zulia); garantía que debe operar en aquellos casos en que, cumplidas las condiciones legalmente dispuestas, sea necesario acordar una protección cautelar sobre la base de elementos probatorios suficientes que hagan presumir la necesidad de esta tutela provisoria mientras se dicta la sentencia definitiva. Todo ello con el fin de preservar que puedan ser protegidos por el fallo definitivo los derechos sobre los que se solicita la tutela judicial o para precaver el surgimiento de perjuicios a una de las partes por el transcurso del tiempo.”

Lo anterior se debe a que tal como ha sido sostenido por la doctrina y la jurisprudencia, cuando se acuerda una medida cautelar, se persigue garantizar el derecho a la tutela judicial, lo que en el orden constitucional constituye el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas. En efecto, la protección cautelar persigue la efectividad del fallo definitivo que haya de dictarse en el proceso, ameritando esto que el juzgador tome en cuenta la aplicación de principios de orden constitucional como el Estado de derecho y la garantía a la tutela judicial efectiva, e incluso pudiera conllevar a que al examinar el caso concreto aun cuando no pueda hacerse un análisis preliminar del *fumus boni iuris* que permita apreciarlo con toda claridad, se valoren excepcionalmente riesgos potenciales, tanto para las partes como para la colectividad, tan trascendentes y riesgosos que hagan imposible permitir correr el riesgo de su perfeccionamiento.

En ese sentido, esta Sala en sentencia del 29 de octubre de 2001 (caso: *Alcalde del Municipio Nirgüa del Estado Yaracuy*), sostuvo:

“...el Juez, en su examen de cada situación en concreto y aun cuando la apariencia de buen derecho no se presente con toda claridad de un análisis preliminar, debe valorar en casos excepcionales el hecho del riesgo potencial de que el fallo de fondo que se emita resulte ilusorio (periculum in mora), y, en aquellas situaciones que lo amerite, ponderar los efectos de acordar –o denegar– la cautela solicitada, tanto para las partes, como para el interés general o del colectivo.

*Por otra parte, ha puesto de relieve la doctrina y jurisprudencia extranjera, especialmente la europea, que existen casos en los cuales un escaso cumplimiento del requisito relativo al *fumus boni iuris* (fundamental en condiciones normales para determinar la procedencia o no de acordar una tutela de orden cautelar), puede resultar compensado con los resultados del análisis de los otros requisitos, a saber, el *periculum in mora*, y la ponderación de los intereses afectados, tanto los de los intervinientes en la controversia, como los de la colectividad (al respecto, véase en la doctrina nacional: ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis: *La protección cautelar en el contencioso-administrativo*. Editorial Sherwood. Caracas, 1999), ponderación de intereses que en material electoral adquiere especial relevancia, dada la naturaleza de interés público que en buena parte de los casos debe presidir ésta, a los fines de salvaguardar la fiel expresión de la voluntad soberana del pueblo.*

*En ese sentido, resulta un criterio de avanzada –pero no por eso menos respetable y que este órgano judicial estima que puede acogerse en aquellos casos que presenten especiales particularidades– el de considerar la posibilidad de que existan supuestos en los cuales la exigencia del *fumus boni iuris* no se conciba en el sentido tradicional de requerir la presunción de la fundamentación jurídica de la pretensión deducida, sino en sentido negativo, a saber, que los razonamientos y documentos en los cuales se materializa la pretensión (es decir, el acto procesal de la demanda) evidencien que ésta resulta razonable y no manifiestamente inadmisibles o infundada. En ese sentido, la doctrina italiana postula en ciertos casos este criterio*

de laxitud en el requerimiento de la apariencia de buen derecho (Cfr. FALCON, Giandomenico: La Justicia Administrativa en Italia, en la obra colectiva: La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado. Editorial Civitas. Madrid, 1993. p. 238).

Aún más allá va el sistema judicial comunitario Europeo en lo que a esta tendencia se refiere, puesto que se ha sentado como criterio el hecho de que, en aquellos casos en los que la complejidad técnica y jurídica del asunto sometido a discusión determine la dificultad o imposibilidad de que el accionante pueda cumplir con el requisito de demostrar la presunción grave del derecho reclamado en una etapa previa a la conclusión del debate procesal, pueda acordarse una medida cautelar obviando tal requisito, cuando el periculum in mora y la ponderación de intereses afectados así lo aconsejen.

(...omissis...)

Ahora bien, bajo ese marco doctrinario, que -se reitera- interpretado con la debida ponderación y pudiendo resultar adecuado a aquellos casos que así lo ameriten en modo alguno contraría el ordenamiento legal venezolano, siempre y cuando no se postule como una posición apriorística y genérica que lleve a atentar contra los principios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, evidencia la Sala que el presente caso es un buen ejemplo para demostrar que existen controversias en las cuales la carga de demostrar el cumplimiento del requisito relativo al fumus boni iuris deviene en la práctica en una dificultad extrema, toda vez que las denuncias planteadas por el recurrente requieren de un pormenorizado estudio y análisis de los alegatos y probanzas que se aporten en el debate procesal a los fines de determinar su procedencia o no. Siendo así, de aplicarse en esta situación sin mayores reflexiones el riguroso y tradicional criterio -válido en la generalidad de los casos- de considerar fundamental el requisito de presunción grave de la existencia del derecho reclamado, o más aún, la simple "apariencia de buen derecho", significaría colocar al recurrente en una situación en extremo gravosa en cuanto al cumplimiento de su carga procesal, y por consiguiente, virtualmente denegatoria de su derecho a obtener una cautela oportuna para garantizar el eventual cumplimiento de un fallo que le resulte favorable.

De allí que -en casos como el presente, se insiste- este órgano judicial, en aras de mantener equilibrio de las partes, garantizar una verdadera tutela judicial efectiva, y en última instancia, en obsequio a la Justicia, valor preponderante y principio fundamental en la configuración del Estado de Derecho que plantea la vigente Constitución (Preámbulo y artículos 1 y 3), en virtud de su obligación de interpretar el ordenamiento jurídico en consonancia con el principio de supremacía constitucional, pasa a considerar en esta solicitud de medida cautelar el periculum in mora, al igual que a ponderar los intereses afectados en la solución de la presente incidencia, a los fines de dictar el respectivo pronunciamiento. Así se decide."

Conforme a lo sostenido por esta Sala en la decisión parcialmente transcrita, existen casos excepcionales en que la exigencia en la verificación del *fumus boni iuris* por parte del Órgano Jurisdiccional debe ser relajada, dada la imposibilidad de demostrarlo al inicio del proceso, debido a que para ello se requiere un despliegue probatorio que sólo es viable realizar a lo largo de la tramitación del recurso, resultando por esa razón injusto exigirle al recurrente el cumplimiento de ese requisito, pues con ello se le colocaría en una situación en extremo gravosa que sin duda vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En tales casos, y a pesar de resultar casi imposible probar el *fumus boni iuris*, debe acordarse la cautela solicitada si se evidencia un riesgo inminente e inevitable de que se causen daños durante el transcurso del juicio que luego sean irreparables por la decisión definitiva, y más aún si se trata de eventuales perjuicios a la colectividad, lo que debe ser impedido para asegurar la satisfacción de las garantías y derechos constitucionales del Soberano; casos en los cuales el interés público compensa la tenue presunción de buen derecho.

Bajo este marco conceptual, observa la Sala que en el presente caso la parte accionante solicita que se

“dicte providencia cautelar de suspensión inmediata de los comicios generales del Sindicato Revolucionario Unificado de Trabajadores Petroleros, del Gas, sus Similares y Derivados del estado Falcón (SIRUTRAPEGEFAL), fijadas para el día 10 de mayo de 2011, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de 168 nuevos afiliados de ese Sindicato”.

Al respecto, se observa que la denuncia formulada en la acción de amparo se circunscribe a la no inclusión de 168 nuevos electores en el registro electoral, que es además el argumento en que la parte recurrente fundamenta la presunción de buen derecho, y que de ser constatado pudiera acarrear la necesidad de corregir esta situación antes de que tenga lugar el acto de votación, para que el proceso electoral no sea nulo, pero para verificar esa presunción de buen derecho se requiere un debate probatorio cuya realización no es posible en este estado de proceso.

Aunado a ello, en este caso, una ejecución inmediata del acto de votación, en virtud de la revocatoria realizada por la Sala Electoral en esta decisión, de la medida cautelar innominada acordada por el tribunal de instancia que se declaró incompetente para conocer de la acción, estando pendiente un pronunciamiento judicial sobre la validez del registro electoral que será utilizado para la misma, puede producir resultados prácticos perjudiciales que pueden evitarse mediante la suspensión del proceso electoral, dado que, de ser cierto el hecho de que 168 nuevos electores no hubieran sido incluidos en el padrón electoral, el proceso electoral podría ser declarado nulo. En caso contrario, esto es, si carece de asidero el argumento de la supuesta exclusión de un grupo de electores, simplemente el proceso electoral reanudara su curso normal, una vez que la acción sea desestimada en la sentencia definitiva que se dictara en el presente causa.

Consecuencia de todo lo antes razonado, en criterio de esta Sala, es la evidencia incontestable en autos de la presencia acentuada de un *periculum in mora* para la parte recurrente, es decir, la amenaza para lograr una ejecución cabal del un eventual pronunciamiento a su favor, así como también un *periculum in damni*, es decir, la dificultad en la reparación de un potencial hecho dañoso a la esfera jurídica de éste. En efecto la parte accionante solicitó la suspensión del acto de votación en fecha 5 de mayo de 2011, y el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial de Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, mediante la sentencia de fecha 6 de mayo de 2011 declaró procedente la medida cautelar que ha sido revocada en esta decisión por la subversión de reglas de orden procesal, sin entrar a considerar las razones de fondo en que se sustentó dicha medida. Por lo que, en virtud de las circunstancias ya señaladas y con el fin de preservar el interés de la parte accionante en la decisión de fondo que podría favorecerle en la presente causa, se mantiene la suspensión del acto de votación para la escogencia de la Junta Directiva del Sindicato Revolucionario Unificado de Trabajadores Petroleros, del Gas, sus Similares y Derivados del estado Falcón (SIRUTRAPEGEFAL), que había estado vigente hasta la revocatoria de la medida cautelar que se realiza en esta decisión. En consecuencia, se declara procedente la medida cautelar innominada solicitada por la parte accionante. Así se declara. Finalmente, la Sala exhorta al ciudadano Esgardo Bracho Guanipa, en su condición de Juez Provisorio del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial de Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, para que en el futuro se abstenga de incurrir en actuaciones como la realizada en el caso de autos, en el cual procedió a decretar una medida cautelar sin haber admitido previamente la acción de amparo y sin haberse declarado competente, lo cual constituye una franca subversión del orden procesal y revela un desconocimiento de reglas básicas del derecho.

b. *Decisión por juez incompetente***TSJ- SE (69)****20-7-2011**

Magistrado Ponente: Malaquías Gil Rodríguez

Caso: Jesús Quevedo y otros vs. SIRUTRAPEGEFAL

Si bien dentro del sistema jurídico procesal venezolano, el legislador decidió otorgarle validez a las actuaciones relativas a la sustanciación de las causas, efectuadas ante un tribunal incompetente, esa validez solo puede serle reconocida cuando los actos sean realizados respetando el principio de legalidad de los actos procesales.

Asumida así la competencia de la Sala para conocer de la presente causa, corresponde ahora determinar el trámite que debe darse a la acción de amparo, para lo cual se observa que inicialmente le correspondió el conocimiento de la misma al Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial de Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, el cual en sentencia de fecha 6 de mayo de 2011, que corre inserta a los folios 36 al 38 del expediente, declaró procedente la solicitud de medida cautelar innominada, ordenando, en consecuencia, la suspensión del proceso electoral para la escogencia de la Junta Directiva del Sindicato Revolucionario IRUTRAPEGEFAL), cuyo acto de votación estaba fijado para el día 10 de mayo de 2011. Igualmente, en dicha decisión se declaró incompetente para seguir conociendo la causa y declinó la competencia en esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Por tal razón, debe precisarse la validez de la medida cautelar decretada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial de Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, antes de proceder a declararse incompetente, y a tal efecto se observa que dicho órgano jurisdiccional procedió a acordar la medida cautelar solicitada sin haber admitido previamente la acción de amparo, lo que evidentemente se traduce en una franca subversión de las reglas de procedimiento.

Si bien dentro del sistema jurídico procesal venezolano, el legislador decidió otorgarle validez a las actuaciones relativas a la sustanciación de las causas, efectuadas ante un tribunal incompetente, esa validez solo puede serle reconocida cuando los actos sean realizados respetando el principio de legalidad de los actos procesales.

En el caso de autos, el órgano jurisdiccional procedió a decretar una medida cautelar sin haber admitido previamente la acción de amparo y sin haberse declarado competente, lo cual constituye evidentemente una situación irregular. En ese sentido, en la sentencia de la Sala Político Administrativa número 705 del 18 de junio de 2008, se señaló lo siguiente:

Como consecuencia de la situación anterior, esta Sala advierte que en el desarrollo del proceso iniciado con ocasión de la acción intentada por la contribuyente Petrolera Zuata Petrozuata, C.A., el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Oriental en la decisión N° 12, de fecha 20 de diciembre de 2006, otorgó una medida cautelar de amparo constitucional, suspendiendo los efectos de la Resolución identificada con las letras y números DAMM-025-11-2006, dictada por el Alcalde del Municipio José Gregorio Monagas del Estado Anzoátegui, sin haber admitido previamente el recurso principal, lo cual constituye una irregularidad en el trámite del procedimiento.

Además de ello, posteriormente al mencionado fallo del 20 de diciembre de 2006, el referido tribunal en sentencia N° 15 del 19 de marzo de 2007, “extendió la protección cautelar otorgada por vía de amparo constitucional”, suspendiendo los efectos de la Resolución identificada con las letras y números DAMM-006-02-2007, del 7 de marzo de 2007, mediante la

cual el Alcalde del referido Municipio “corrige la determinación tributaria” arrojada en el antes mencionado acto administrativo, en virtud de la solicitud formulada por la representación judicial de la contribuyente, incurriendo nuevamente en la irregularidad antes advertida, pues no hubo pronunciamiento alguno respecto de la admisión de la acción principal.

Es de señalar, que tal omisión de pronunciamiento fue invocada en fechas 11 de abril y 18 de junio de 2007, por la representación judicial del Municipio José Gregorio Monagas del Estado Anzoátegui, lo cual agrava aún más la subversión procedimental antes advertida, ya que el a quo ha podido subsanar la falta del pronunciamiento previo de admisión de la acción principal, y sin embargo, no lo hizo, perdurando esa omisión hasta la fecha en que se remitieron los expedientes a esta Sala Político-Administrativa, lo cual denota un retardo injustificado en la tramitación de dicho recurso de más de un año desde la fecha en que fuera interpuesto. (En ese mismo sentido véase el criterio expuesto en la sentencia de la Sala Político Administrativa número 840 del 10 de junio de 2009).

En vista de que el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial de Estado Falcón, con sede en Punto Fijo, acordó la medida cautelar sin haber admitido previamente la acción de amparo, resulta forzoso para esta Sala proceder a su revocatoria. Así se decide.