

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Cuarto Trimestre de 2012

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

SUMARIO

I. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales. La garantía de la igualdad ante la Ley. 2. Derechos individuales. A. Derecho a la libertad de expresión y de información. 3. Derechos sociales y de las familias. A. derecho a la salud: Salud mental. B. Derecho a la vivienda. C. Derecho al trabajo. D. Derecho a la seguridad social: Régimen prestacional de vivienda y hábitat.*

II. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Nacional. A. El Poder Judicial: Tribunal Supremo de Justicia: Período de los Magistrados. Faltas Absolutas. Nuevas designaciones. 2. El Poder Estatal: Constituciones Estadales.*

III. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Obligación tributaria: Prescripción.*

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: Institutos Autónomos (Privilegios y prerrogativas). 2. El Contencioso Administrativo Especial. A. El Contencioso Administrativo Tributario. Sentencia: Consulta obligatoria (sentencia contraria a los intereses de la República).*

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Amparo Constitucional. A. Finalidad Protección de derechos y garantías constitucionales. B. Objeto. a. Actos emanados de las Inspectorías del Trabajo. b. Amparo contra decisiones judiciales. 2. Recurso de interpretación constitucional: Inadmisibilidad.*

I. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

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

TSJ-SC (1342)

9-10-2012

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Impugnación del artículo 845 del Código Civil

La Sala Constitucional anula parcialmente la norma contenida en el artículo 845 del Código Civil, al obviar la inclusión de los hijos no habidos en matrimonio, no obstante la igualdad que se garantiza a todos los hijos de una persona, conforme al artículo 21 de la Constitución.

Siendo la oportunidad para decidir, procede esta Sala a emitir su pronunciamiento y al respecto observa que se ha solicitado la anulación del artículo 845 del Código Civil, en cuyo contenido se dispone:

“El cónyuge en segundas o ulteriores nupcias no puede dejar al cónyuge sobreviviente una parte mayor de la que le deje al menos favorecido de los hijos de cualquiera de los matrimonios anteriores”.

La recurrente sostiene que la disposición subrayada infringe las normas contenidas en los artículos 2 y 21, numeral 1, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Al respecto, esta Sala observa que la disposición que supuestamente infringe consagra el **principio de igualdad** que debe distinguir la aplicación de la Ley.

Según la recurrente la disposición legal que impugna “...establece una verdadera discriminación con respecto a los cónyuges de segundas o ulteriores nupcias”, toda vez que, “...el causante en primeras nupcias sí puede dejar al cónyuge sobreviviente una parte mayor a la que pueda dejarle a los hijos de dicho matrimonio...”, lo que considera contrario a las previsiones de los artículos 2 y 21, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Que el precepto impugnado “...establece una evidente diferencia o discriminación entre el cónyuge sobreviviente de primeras nupcias con respecto al de segunda o ulteriores nupcias. De acuerdo con su texto, el causante no puede dejar (¿mediante testamento?) al cónyuge que le sobreviva, de segundos o más matrimonios, una cuota-parte de sus bienes, mayor a la del menos favorecido de sus hijos”.

Que “...haciendo abstracción al derecho que tiene toda persona de disponer, para después de su muerte, del 50% de su patrimonio, respetando por supuesto, la legítima (sic), el legislador establece una odiosa discriminación del cónyuge de segundas nupcias con respecto al de primera, a quien, de acuerdo con dicho dispositivo, sí puede dejarle una cantidad diferente”.

Adujo que dicho dispositivo “...está consagrado en el Código Civil de 1942; en tanto, que la norma constitucional, que prohíbe la discriminación, sólo viene a aparecer en la Constitución de 1999”.

Ahora bien, vista la alegada transgresión del principio de igualdad en que supuestamente incurre el precepto legal impugnado, debe esta Sala analizar si, en efecto, la norma cuestionada infringe tal, por lo que al respecto aprecia que el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece: “*Todas las personas son iguales ante la Ley; en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona*”.

En relación con el referido enunciado esta Sala ha dejado establecido respecto a la violación de esta norma que “...la cláusula de igualdad ante la ley, no prohíbe que se le confiera un trato desigual a un ciudadano o grupo de ciudadanos, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: a) que los ciudadanos o colectivos se encuentren real y efectivamente

en distintas situaciones de hecho; b) que el trato desigual persiga una finalidad específica; c) que la finalidad buscada sea razonable, es decir, que la misma sea admisible desde la perspectiva de los derechos y principio constitucionales; y d) que la relación sea proporcionada, es decir, que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica. Si concurren las condiciones antes señaladas, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima” (sentencia 2.413 /2004).

De otra parte, ha señalado la Sala, con ocasión de excluir la posibilidad de consentir desigualdades, sobre la base de supuestos distintos, cuando se trata de tutelar valores diversos e importantes para la sociedad, considerados por el Legislador, lo siguiente:

“...observa la Sala que, la incorporación de estos factores subjetivos por parte del legislador, se constituye en un mecanismo que busca fomentar el estímulo al desarrollo, desempeño y reconocimiento profesional del funcionario del servicio exterior en el ejercicio de sus funciones, abriendo la posibilidad de obtener una pensión de jubilación justa y acorde con las condiciones particulares de cada funcionario de manera individual.

Lo cual no contraría el derecho a la igualdad entre los funcionarios del Servicio Exterior previsto en la Constitución, y que la Sala ha expuesto en los términos siguientes en su sentencia N° 266 del 17 de febrero de 2006 (caso: José Ramón Mendoza Ríos), en la cual señaló (...) que 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- (vid. sentencia N° 898/2002, del 13 de mayo). 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 Íntegra 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’. (Omissis)

‘Tomando en consideración esta última afirmación, debe señalarse que dos de las modalidades más básicas de este principio son, en primer lugar, el principio de igualdad ante la ley strictu sensu, también denominado principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, el cual constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, es decir, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la piedra de tranca a toda discriminación que se pretenda materializar en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los tribunales de la República, siendo que este segundo principio se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la Ley (vid. Gui Mori. Ob. Cit., p. 331)’.

‘A mayor abundamiento, y con especial referencia al principio de igualdad normativa, resulta necesario señalar que el mismo constituye un mecanismo de defensa en manos del ciudadano frente a las posibles discriminaciones que pudiera sufrir por obra del Poder Legislativo, e implica la prohibición de que en los principales actos de esta rama del poder público - a saber, en las leyes- se establezcan discriminaciones. Siendo así, el órgano legislativo se encuentra en la obligación de respetar el principio de igualdad, toda vez que su incumplimiento es susceptible de conllevar a la movilización del aparato de la justicia constitucional, a los fines de que sea emitido un pronunciamiento que apunte a catalogar como inconstitucional la ley correspondiente, sea en el caso concreto a través de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, o de forma abstracta mediante la motorización del control concentrado de la constitucionalidad’. (Destacado de la Sala).

Así pues la norma impugnada, lejos de imponer criterios de desigualdad jurídica, tiende a fomentar el principio de igualdad que debe existir entre los funcionarios adscritos al Servicio Exterior.

Con base en los criterios doctrinales expuestos, es evidente que el artículo 68 de la Ley del Servicio Exterior no se encuentra viciado de nulidad, por cuanto no infringe lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución; y así se declara”.

En este sentido, considera la Sala –que comparte el criterio de las representaciones de la Procuraduría General de la República y de la Asamblea Nacional- que el fin teleológico de la norma impugnada, sólo aplicable a las sucesiones testamentarias, es la de proteger a los hijos del primer matrimonio del *cujus*, que ha contraído ulteriores nupcias, “*contra una posible extralimitación testamentaria del causante*”, frente a la posibilidad de alguna manipulación del cónyuge supérstite.

Estima la Sala que no se trata de una discriminación como la planteada por la recurrente, en el sentido de querer favorecer al cónyuge en primeras nupcias, la interpretación que hay que darle es la de procurar la protección de los hijos del padre o madre fallecido, no creando ventajas frente a éstos a quien no les une vínculo alguno, por ello ha establecido el legislador una incapacidad parcial o limitada, que en definitiva permitiría al cónyuge sobreviviente heredar, pero no más de lo que tendría el menos favorecido de los hijos del causante, como se establece en los casos de sucesiones *ab-intestato*. Donde el cónyuge no sólo no hereda más que los hijos sino que hereda en igual proporción. Es decir, que como tal es una limitación como otras previstas en el mismo Código con la finalidad de dirigir una herencia de la manera más coherente y justa.

El caso planteado es asimilable al de la legítima, con ella se persigue que el causante que ha adquirido fortuna no desmejore la situación de alguno de los hijos, dejándolos a su suerte, sin herencia; de suerte que no es posible pensar que este instituto sea violatorio de la libertad de las personas para disponer de sus bienes. Se trata en todo caso de dispositivos que permiten al Legislador establecer ciertos principios o valores fundados en los vínculos familiares y consanguíneos, sobre la base de circunstancias de índole afectiva y pasional. Pareciera que quiere evitar el Legislador situaciones familiares conflictivas que incidan negativamente en la buena marcha, la tranquilidad y la paz de las familias y de la sociedad.

Respecto a la disposición impugnada ha señalado la Sala de Casación Civil lo siguiente:

“Ahora bien, lo pretendido por la demandante es participar de la herencia de (...), quien con base a la presunción establecida en el artículo 201 del Código Civil, se estableció era su padre, hecho por el cual intenta la acción de partición.

Al respecto la recurrida señaló:

‘...Pretende también la parte demandada en sus informes que la parte actora debía intentar una acción o demanda de reducción de las disposiciones testamentarias para así poder reclamar la mitad de los bienes dejados a su muerte por el señor Pedro Jesús Muñoz ya que es su hija legítima y heredera. No lo cree tampoco necesario este Juzgado, pues lo que ha pretendido la actora es simplemente la aplicación, en el caso, de la disposición del artículo 845 del Código Civil...’

Al haber quedado establecido que la accionante es hija legítima del causante mencionado, y por vía de consecuencia, su heredera legitimaria, deviene ella en, lo que la doctrina ha catalogado, *herederos necesarios o forzosos*.

Sobre este asunto, ha dicho el autor Raúl Sojo Bianco:

‘...Si bien es cierto que en el campo el Derecho Privado la regla general es la más amplia libertad de disposición tanto por actos *inter vivos* como *mortis causae*; y aunque también **es**

verdad que el testador puede disponer por acto de última voluntad del destino de sus bienes para después de su muerte, hay casos en que por existir determinadas personas que necesariamente deben ser tomadas en cuenta respecto de esos bienes, esa libertad viene a quedar restringida; por que la Ley señala para ellas el derecho a recibir una porción del patrimonio del de cujus, contra la voluntad de éste. Esas personas son denominadas *herederos necesarios o herederos forzosos* y se llama sucesión necesaria a la cuota que por Ley les pertenece” (Sojo Bianco, Raúl. *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. Octava Edición. pp. 345)...”. (Destacado de la Sala).

De la cita realizada debe concluirse que los herederos legitimarios, tendrán derecho a participar en la sucesión del causante, aun contra la voluntad de éste, no pudiendo ser excluidos, de ninguna manera.

A esto se refirió la Alzada al señalar que a tenor del artículo 888 del Código Civil, se tiende a proteger a cada heredero del menoscabo que pudiese ocasionársele en la cuota que le debe ser asignada de forma impretermitible, obligatoria.

Ahora bien, la legitimación activa para ejercer la defensa de ese derecho, se encuentra en cabeza del afectado, motivo por el cual a él pertenece la decisión de escoger la vía idónea a efectos del reconocimiento de aquel.

En el *subiudice*, la demandante eligió accionar la partición en contra de la cónyuge sobreviviente de su padre, por tal razón, se siguió el procedimiento pautado para ese juicio y así se sentenció sobre lo peticionado. La pretensión no estaba dirigida a que se ordenara reducir las porciones dispuestas en el testamento. Establecida como quedó la condición de heredera de la demandante, se demanda para que le fuera reconocido su derecho a participar en la herencia. Razón por la cual no tenía el *ad-quem* que aplicar la disposición contenida en el artículo 888 del Código Civil, lo que por vía de consecuencia, conlleva a desestimar los alegatos del recurrente en ese sentido y a declarar como en efecto, declara improcedente la denuncia de infracción por falta de aplicación de la norma señalada. Así se decide.

Se denuncia igualmente de haber incurrido la alzada en error de interpretación del artículo 845 del Código Civil.

Al efecto dispone el artículo cuya infracción se acusa:

(...)

Encuentra la Sala que el juez del conocimiento jerárquico vertical, interpretó acertadamente la disposición en comentario, ya que estableció, en aplicación de ella, que lo solicitado por la accionante, tendía a impedir que la cónyuge sobreviviente se beneficiara de la totalidad del acervo hereditario, menoscabando de esta manera el derecho que le acreditaba su condición de hija del causante, a participar de ese caudal.

La recurrida, se expresó así:

‘...pues lo que ha pretendido la actora es simplemente la aplicación, en el caso, de la disposición del artículo 845 del Código Civil

(...*Omissis*...)

La disposición del artículo 845 del Código Civil persigue que el cónyuge sobreviviente no se beneficie de la posición cronológica que el cónyuge ha tenido en su relación con el De Cujus, pero en este caso no está envuelto el respeto a los derechos de los otros herederos, no está envuelto el posible menoscabo a la legítima sino que aunque no excedan de la porción disponible el legislador no quiere que ese cónyuge reciba mas que cualquiera de los hijos de los matrimonios anteriores. Va referida la disposición a no permitir un beneficio excesivo del cónyuge y no a proteger la legítima. Es una limitación de la vocación hereditaria del cónyuge sobreviviente...’.

Con base a las consideraciones que preceden, procede la Sala a declarar como en efecto, declara improcedente la denuncia de infracción por errónea interpretación del artículo 845 del Código Civil. Así queda establecido. (Sentencia Núm. 00770/ 2003)”.

Asimismo, la doctrina patria es conteste al afirmar que el origen de la norma es del derecho romano y tiene como fundamento el “*disfavor que entonces inspiraban las segundas nupcias*” (López Herrera, 2009). Asimismo, tal limitación se encamina a moderar favores inconsiderados que perjudiquen a los hijos, cuando el influjo de la pasión entre consortes es casi siempre inconstable. Ahora bien, si no existen hijos de un matrimonio anterior, el cónyuge de segundas o posteriores nupcias puede ser favorecido hasta donde lo permite el derecho de la legítima de otros herederos (Calvo Baca, 2009).

Así las cosas, considera esta Sala que no es verdad que la norma en cuestión, contenida en el artículo 845 del Código Civil, viole los dispositivos constitucionales denunciados y así se decide.

No obstante lo anterior, del análisis efectuado por esta Sala Constitucional a la norma impugnada, contrastada con el dispositivo constitucional que se alegó transgredido, se pudo apreciar que si bien la norma no contraviene el derecho de el o la cónyuge en segunda o posteriores nupcias a recibir por testamento una cuota superior a la que recibiría el hijo menos favorecido del causante, sobre la base de un desconocimiento al derecho a la igualdad, la parte *in fine* de dicha disposición sí contiene una distinción en cuanto a los hijos de aquél, por cuanto separa y beneficia a los hijos “de cualquiera de los matrimonios anteriores”, excluyendo del beneficio a otros que no pertenezcan a tales.

La alusión que realiza la norma excluye no sólo a los hijos del matrimonio existente al momento de la muerte del causante, sino a aquellos hijos no habidos dentro de un matrimonio, desmejorándoles con tal distinción.

Dicha diferenciación desde luego no se justifica en modo alguno luego de la reforma de 1982 al Código Civil, que naturalmente equiparó a los hijos habidos dentro de una unión matrimonial con aquellos no habidos dentro de dicho vínculo.

De donde se sigue que otorgar el beneficio a una categoría de hijos del *de cuius*, esto es los hijos de un MATRIMONIO anterior, obviando la inclusión de los hijos no habidos en matrimonio, no obstante la igualdad que distingue a todos los hijos de una persona, constituye si una violación al derecho a la igualdad contenido en el parcialmente transcrito artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, vistos los razonamientos citados al respecto contenidos en la jurisprudencia de esta Sala.

En tal virtud, esta Sala Constitucional anula la parte *in fine* de la norma contenida en el artículo 845 del Código Civil que estatuye: “de cualquiera de los matrimonios anteriores”, por atentar contra el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.-

En virtud de las consideraciones expuestas, se declara parcialmente con lugar la acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 845 del Código Civil, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982, leyéndose en consecuencia la norma de la siguiente manera: “El cónyuge en segundas o posteriores nupcias no puede dejar al cónyuge sobreviviente una parte mayor de la que le deje al menos favorecido de los hijos”.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 32 y 126 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se fijan los efectos de esta decisión con carácter *ex nunc*, a partir de la publicación del fallo por la Secretaría de esta Sala. Publíquese el presente fallo en la Gaceta Judicial y en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, así como en el portal web de este Alto Tribunal, sin que su publicación condicione la eficacia del mismo.

2. *Derechos individuales*

A. *Derecho a la libertad de expresión y de información*

TSJ-SC (1566)

4-12-2012

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Gilberto Rúa vs. Diarios “El Progreso” y “El Luchador”

La Sala analiza el derecho a la libertad de expresión y el derecho a recibir información, respecto a la publicación en medios de prensa de fotos sangrientas de personas, en las cuales se aprecia el rostro, mutilaciones, entre otras.

En función de los argumentos expuestos, y vista la trabazón de la *litis* en el presente caso, la Sala pasa a decidir y en tal sentido, observa que en la admisión de los hechos realizados por las partes demandadas, se alegó como fundamento para la publicación de las referidas fotos que las mismas se publicaron en ejercicio del derecho constitucional a la información.

Por su parte, el demandante expuso en la oportunidad respectiva que la publicación de las fotografías sangrientas en los referidos medios de prensa vulneran los derechos a la salud del colectivo, en virtud que “(...) *este problema afecta a muchos por igual niños adultos ancianos si bien es cierto que el derecho de expresión es libre también cierto es que tiene algunas limitaciones una de estas (sic) se encuentra en la parte final del artículo 58 de la constitución (sic) vigente, en el artículo 7- 64 ambos de la ley de protección al consumidor (sic) y artículo 79 letra b de la LOPNA (sic) (...)*”.

Asimismo, la representación judicial del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo expusieron que las referidas fotos han causado alarma en el colectivo y que en atención a que dichos periódicos se venden en puntos públicos de fácil acceso, los mismos estaban al alcance de los niños, niñas y adolescentes, lo cual ocasionó una afectación de su derecho a la salud, integridad, física, psicológica y mental así como la violación de los derechos del niño y del adolescente.

Así, se aprecia que el derecho a la información se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual contempla “*La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral*”.

Dicha norma establece el derecho a la información de los ciudadanos de comunicar o recibir libremente información oportuna, veraz e imparcial por cualquier medio de difusión, los cuales en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, regulado en el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pueden y tienen derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones mediante cualquier forma de expresión, asu-

miendo plena responsabilidad por el contenido de las mismas. Al efecto, el referido artículo, dispone: “*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*”.

En este sentido, si bien es cierto que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el legislador consagró los referidos derechos como derechos constitucionales y asimismo fue ratificado por esta Sala en sentencia (Véase: Sentencia N° 1013 del 12-6-2001 en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/88-89, 2001, pp. 177 y ss.) cuando se expuso: “*Se trata de dos derechos diferentes, uno dirigido a garantizar la expresión de las ideas u opiniones, y otro, en beneficio de los ciudadanos, constituido por el derecho de ser informados de manera oportuna, veraz e imparcial y sin censura, por los medios de comunicación, ya que el artículo 58 se refiere a la comunicación. Es en relación con la información comunicacional que surge el derecho a la réplica y a la rectificación, como un derecho de los ciudadanos ante los medios de comunicación en general*”, no es menos cierto, que cuando el primero de los derechos es ejercido por los medios de comunicación y el segundo ejercido por los ciudadanos como consecuencia de la libertad de expresión de los primeros, existe una inter-relación entre el ejercicio de ambos derechos.

Igual aseveración, se puede desprender del fallo (Véase: Sentencia N° 1013 del 12-6-2001 en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/88-89, 2001, pp. 177 y ss.) cuando en relación al derecho a la información dispuso:

“El artículo 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela desarrolla otro concepto distinto al anterior, el del Derecho a la Información, el cual está íntimamente ligado al de la libertad de expresión, ya que las ideas, pensamientos y opiniones a emitirse se forman con base en la información. El derecho a la información es un derecho de las personas que se adelanta, entre otras formas de adquirirlo, por los medios de comunicación; de allí que, en el choque de este derecho con otros de raíz constitucional, el juez debe ponderar el conflicto de intereses entre el derecho de las personas a estar informados y los otros derechos que pudieran transgredirse, utilizando para ello criterios de proporcionalidad y razonabilidad para determinar cual debe prevalecer.

Pero este último derecho no está referido únicamente a la transmisión de expresiones del pensamiento como conceptos, ideas u opiniones, sino a la propagación de noticias del acontecer diario en el mundo, en el país o en una región del mismo; a la entrevista periodística, al reportaje, a la ilustración fotográfica o visual, tal como lo previene el artículo 3 de la Ley de Ejercicio del Periodismo. Es la información del suceso y de sus consecuencias una función básicamente periodística, que se ejerce, no en forma clandestina sino pública, por los medios de comunicación social de circulación diaria o periódica, sean ellos escritos, radiales, visuales, audiovisuales o de otra clase”.

Así en el presente caso, el objeto de la controversia versa sobre si la publicación en medios de prensa de fotos sangrientas de personas, en las cuales se aprecia el rostro, mutilaciones, entre otras; constituye un ejercicio pleno del derecho a la libertad de expresión como mecanismo de ejercicio de la libertad de difundir la información y el derecho a recibir la información por parte de los usuarios de los diferentes medios de comunicación, o si en el ejercicio de dicho derecho, existe una libertad absoluta a su ejercicio o restringida en atención a los límites al ejercicio de dicho derecho por parte de la actividad periodística en atención a las responsabilidades consagradas en el mismo texto constitucional, aun cuando la Constitución expresamente establece que dichos derechos pueden ser ejercido libremente “*sin censura*”.

Así, para atender a la *questio* planteada debe determinarse en primer lugar el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión, para verificar, si el ejercicio exacerbado del primero limita el derecho a la información o si ambos concurren directamente en su ejercicio, ya que la principal función de la expresión es la comunicación entre los seres humanos mediante el lenguaje, y en ejercicio de ello, se garantiza dicho derecho a través de la información que se quiere expresar, por cuanto el constituyente pretende regular mediante éste último la calidad, la oportunidad y la veracidad de la información para que la libertad de expresión no se vuelva en un mecanismo anárquico, disfuncional y arbitrario de la expresión de opiniones sin atender a la posible confrontación con otros derechos constitucionales que pueden verse afectados como el derecho al honor, a la salud, por ende, debe verificarse si el derecho a la libertad de expresión quedaría desnaturalizado o vaciado de contenido con la afectación de un uso exclusivo.

En este sentido, se observa que la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo viene dado en cada caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a esa clase y tiene que quedar comprendido en otro, desnaturalizándose así de alguna manera. Todo ello no puede ser considerado aisladamente al momento histórico, al caso de que se trate y a las condiciones inherentes a toda sociedad democrática, cuando se esté en presencia de derechos constitucionales (Véase: Sentencia N° 403 del 24-2-2006 en *Revista de Derecho Público* N° 105, 2006, p. 94)

Así con respecto al derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información de la parte demandante en el presente caso, la cual alegó su violación al derecho a la salud como la violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, esta Sala delimitó el contenido no solo en la sentencia precitada (Véase: Sentencia N° 1013 del 12-6-2001 en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/88-89, 2001, pp. 177 y ss.) sino con anterioridad en el fallo N° 571/2001, había establecido los límites a dicho derecho, cuando expuso:

“La vigente Constitución, establece en sus artículos 57 y 58 dos derechos diferentes, cuales son el derecho a la libre expresión del pensamiento, y el derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, y sin censuras.

El primero de estos derechos permite a todas las personas expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, de viva voz, por escrito, en forma artística, o mediante cualquier medio de comunicación o difusión. Pero quien hace uso de ese derecho de libre expresión del pensamiento, asume plena responsabilidad por todo lo expresado (artículo 57 aludido), responsabilidad que puede ser civil, penal, disciplinaria o de cualquier otra índole legal.

Conforme al artículo 13 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o,

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

El artículo 19 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es del mismo sentido que el mencionado artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica.

El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, se encuentra tutelado expresamente en el Código Penal, al tipificar –por ejemplo– los delitos de difamación e injuria (artículos 444 y 446 del Código Penal); mientras el Código Civil los recoge en los artículos 1.185 y 1.196 (éste último previene la indemnización por atentado al honor).

En consecuencia, la libre expresión del pensamiento, si bien no está sujeta a censura oficial, ni directa ni indirecta, no por ello deja de generar responsabilidad a quien con ella dañe el honor de otras personas, y quienes realicen el acto dañoso pueden ser accionados por la víctima tanto en lo civil como en lo penal, sin importar quién sea la persona que exprese el pensamiento dañoso.

Ahora bien, cuando el pensamiento se emite, con relación a la acción de amparo ya el daño es irreparable y no puede restablecerse la situación jurídica mediante el amparo constitucional, por lo que la víctima puede tratar de impedir que dicha situación se infrinja a futuro, pero lo ya expresado no puede ser recogido por la vía del amparo, por lo que no es posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida (numeral 3 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

El artículo 58 constitucional, al instaurar la información veraz e imparcial, como forma de comunicación libre y plural (derecho a la libertad de expresión), también prevé que ésta comporte los deberes y responsabilidades que indique la ley, y así como las informaciones inexactas o agraviantes dan derecho a réplica y rectificación a favor de la víctima, también dan derecho al agraviado a ejercer las acciones civiles y penales, si el medio informativo lo afecta ilícitamente. De allí, que la información masiva que comunica noticias por prensa, radio, vías audiovisuales, internet u otras formas de comunicación, puede originar responsabilidad de quienes expresen la opinión agraviantes, atentatoria a la dignidad de las personas o al artículo 60 constitucional, por ejemplo; o de los reporteros que califican y titulan la noticia en perjuicio de las personas, lesionando, sin base alguna en el meollo de la noticia expuesta, el honor, reputación, vida privada, intimidad, o la imagen de las personas; e igualmente, puede generarse responsabilidad en los editores que dirigen los medios, y que permitan la inserción de noticias falsas, o de calificativos contra las personas, que no se corresponden con el contenido veraz de la noticia, o que atienden a un tratamiento arbitrario de la misma en detrimento del honor de los ciudadanos, tal como sucede cuando personas que no han sido acusadas penalmente, se las califica en las informaciones de corruptos, asesinos o epítetos semejantes. En estos casos, el accionante puede acudir a los órganos jurisdiccionales a solicitar se condene civil o penalmente a quienes hayan lesionado su honor y reputación, teniendo en cuenta, el juzgador de la causa, la racionalidad que debe ponderar entre la aplicación de los derechos del reclamante y el de la libertad de expresión”.

En este sentido, se aprecia que esta Sala ha delimitado el contenido del derecho de libertad de expresión y el derecho a la información en cuanto a su forma de expresión y los medios empleados, así como a la no restricción de éste mediante la censura de la información, en virtud de una responsabilidad ulterior; sin embargo, es de destacar que dicho derecho tiene un efecto de irradiación mayor cuando es ejercido a través de los medios de comunicación, en función de ello si bien la protección a los referidos derechos es mayor por el grado de participación de los comunicantes, es proporcionalmente consecencial la protección de los derechos de los receptores de la información y su grado de afectación por la expresiones vertidas.

El resultado de lo expuesto, implica una tridimensionalidad en cuanto a los efectos, por cuanto para garantizar la protección de los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la información, el Estado debe crear los medios y las condiciones materiales para el ejercicio del derecho, así como garantizar o no impedir el igual ejercicio de los mismos derechos en la protección de éstos, a través de mecanismos restrictivos a su ejercicio a ciertos núcleos, pero a su vez, ello conlleva a una protección de los efectos de proporcionalidad del fin logrado por medio de la información y su colisión o confrontación con otros derechos constitucionales y a la responsabilidad generada por ello.

Así pues, si bien el Estado debe garantizar una libertad plena del derecho a la libertad de expresión y al derecho a la información, por cuanto dichos derechos se generan y despliegan en el ámbito de individualidad del ser humano, en el seno y desarrollo de su conciencia personal o social, por cuanto cada quien escoge internamente la información requerida así como

lo indispensable para su disfrute y desenvolvimiento personal, lo cual puede variar indefinidamente sin establecer una regla de límites o máximos de tolerancia de los contenidos requeridos o permitidos, no es menos cierto que aun cuando ello pudiera colidir con la regla de las minorías y las mayorías, resulta de difícil desconocimiento que la información es uno de los medios más importantes de influir en la conciencia del ser humano y por tanto en la formación del colectivo.

En razón de ello, si bien se puede afirmar que dichos derechos gozan de un grado especial de protección del Estado por cuanto ello implica a su vez el libre desarrollo de la personalidad sobre qué o cuál opinión o no se quiere adscribir o cuál información es relevante a un determinado ciudadano o conglomerado, en ejercicio incluso del derecho a la participación política, es indispensable mencionar que la mencionada libertad no es absoluta por cuanto el ámbito de protección se encuentra restringido a la vulnerabilidad de otros derechos que bajo ciertas circunstancias pueden requerir una protección incluso mayor a los referidos derechos.

En referencia al grado de libertad que se encuentra inmiscuido en el ejercicio de dicho derecho conviene reflexionar lo expuesto por Stuart Mill, en adición a la vulnerabilidad o mutabilidad de la regla de las mayorías y las minorías, y a libertad de conciencia que implica el ejercicio activo y pasivo del derecho a la información, cuando expresa brevemente que: *"Si toda la humanidad, menos una persona, fuera de la misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería si teniendo poder bastante impidiera que hablase la humanidad"* (Vid. John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Edit. Alianza, Madrid, 1970, p. 77).

Sin embargo, si bien dicho derecho posee límites en cuanto a su ejercicio, su restricción y mecanismos de responsabilidad deben atender a circunstancias de oportunidad proporcionalidad y razonabilidad, las cuales pueden variar de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso concreto, y la misma debe derivar en primer lugar, de un fundamento legal que otorgue ámbitos de protección, ya que la noción de orden público no es un concepto etéreo que pueda aplicarse discrecionalmente por las leyes, por lo que, en consecuencia, tal potestad debe encontrarse establecida y concebir la posibilidad que dicha limitación no afecte en mayor medida otro derecho constitucional, mediante el examen de análisis de proporcionalidad que faculte la misma, en la cual se pondere entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla a quien se le impone, a los efectos de medir si la finalidad perseguida no es más restrictiva a la protección que el ejercicio del derecho en sí mismo.

Con relación al ejercicio de proporcionalidad como mecanismo de valoración para determinar o no la constitucionalidad de las sanciones estatales, cabe destacar la sentencia de esta Sala N° 379/2007, en la cual se expuso:

"En consecuencia, se resalta que dicho principio no constituye un canon de constitucionalidad autónomo, sino un criterio de interpretación que permite enjuiciar posibles vulneraciones de normas constitucionales concretas y, en especial, de derechos fundamentales, por lo que, se ha venido reconociendo que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implique un sacrificio excesivo o innecesario de los derechos que la Constitución garantiza.

Tal principio no se circunscribe a un análisis subjetivo de la norma sino que responde a unos criterios de análisis (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que obedecen de una manera tuitiva al resguardo de los derechos constitucionales en su justa medida y proporción al valor de justicia que debe conllevar toda norma de derecho, en este sentido interesa destacar lo expuesto BERNAL PULIDO, quien reseñando la labor jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Constitucional Español expresó:

‘En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

1. Según el principio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental debe compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad’. (Vid. BERNAL PULIDO, Carlos; ‘El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales’, CEPC, 2005, p. 37 y 38).

En consonancia con lo expuesto, y habiéndose destacado el control de la constitucionalidad de las leyes no sólo conforme a la confrontación directa del Texto Constitucional, sino según sus principios y valores constitucionales, debe analizarse si efectivamente la imposición de la sanción de arresto y, por ende la privación de libertad, por el no pago de la multa impuesta conforme a la Ley Orgánica del Trabajo, soporta un debido análisis de ponderación y necesidad de tal medida coactiva.

Así pues, siguiendo lo expuesto por NINO, debe destacarse que la justificación moral de la pena es una condición necesaria de la justificación moral del derecho, en virtud que la pena y la sanción son elementos esenciales del derecho, debiendo a su vez, ser esta última, directamente proporcional con el efecto intimidador o represor que quiere asegurar el Estado (Cfr. NINO, C.S. Introducción al análisis del Derecho, Edit. Astrea, 2005, pp. 428).

...omissis...

Aun más, cuando la libertad y la igualdad de las personas son elementos fundamentales de la justicia, entendiéndose que ‘(...) la teoría de la justicia es aceptable sólo si en ella es posible tener en cuenta en la medida adecuada los intereses y las necesidades, además de la tradición y la cultura, de los individuos implicados’. (Vid. Robert Alexy; ‘Justicia como corrección’, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 26, 2003, p. 161-171)’.

Asimismo, establecido el examen de proporcionalidad que debe verificarse en caso de que resulten normas expresas sobre la limitación del derecho a la información, lo cual debe ser ponderado en cada caso concreto, resulta igualmente relevante que cuando colida la existencia de dicho derecho con otro derecho (vgr. Salud, honor, reputación, entre otros), la valoración del bien jurídico protegible o los principios objeto de ponderación debe fundamentarse en un sistema de prioridades, y no en un sistema en donde un derecho priva sobre otro, en virtud que salvo que la primacía haya sido establecida mediante norma constitucional, en cuyo caso, estaríamos hablando de una regla y no de un principio, debe suponerse, que el conflicto no se solventa declarando que uno de los bienes en conflicto no es válido, sino que atendidas las circunstancias del caso, se establece una relación de precedencia condicionada, por lo que no se trata de la validez de uno y negación de otro, sino la preservación de ambos, en los cuales cabe reconocer la aplicación de uno.

Establecido ello, debe recalcar el deber de todos los ciudadanos de propender al respeto de dicho derecho a la información, y asimismo, el deber del Estado de asegurar mediante la adopción de cualquier medida que asegure la eficacia de su ejercicio en su aspecto positivo o negativo y en su incidencia interna o externa, con la finalidad de garantizar la igualdad en dignidad, así como los derechos de los individuos y grupos humanos, como mecanismo de atención especial a los grupos vulnerables socialmente desfavorecidos para protegerlos con las leyes y medidas en vigor con la finalidad de facilitar su promoción e integración social y profesional, en particular mediante la educación de los ciudadanos propugnando la tolerancia de la expresión de ideas, pensamientos e ideologías atendiendo a la diversidad cultural existente, en aras de contribuir a la paz nacional, la justicia social y la amistad entre los ciudadanos.

En función de ello, el Estado así como los órganos jurisdiccionales están obligados a garantizar no sólo la protección del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información sino también a proteger las lesiones que se causen por el ejercicio exacerbado o desproporcional de dicho derecho ya que el Texto Constitucional consagra una serie de valores objetivos que deben ser garantizados ponderando los valores fundamentales contrapuestos según la medida de protección y desnaturalización del derecho ejercido y el derecho controvertido.

En consecuencia, debe analizarse si en el caso concreto la publicación de fotos que reflejan el deceso de personas en primeras páginas o en la última página del periódico bajo condiciones de derramamiento de sangre visible, atentan contra el derecho a la salud y el derecho de los niños, niñas y adolescentes, así como el derecho al honor de las familias de las personas fallecidas ilustradas en los medios de prensa cuestionados.

En este sentido, se aprecia que el derecho a la salud fue desarrollado por el Constituyente en el artículo 83 del texto constitucional, el cual expone: “*Artículo 83. La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República*”.

En este orden de ideas, es de destacar que el derecho a la salud forma parte del derecho a la vida, por cuanto es intrínseco a la vida misma la condición de salud que pueda tener cada ciudadano o una colectividad determinada siendo una obligación del Estado garantizar su aseguramiento, y no restringiéndose éste a la salud física sino que ésta abarca y se extiende a la salud mental y psíquica de cada ser humano. Dicha concepción no es extraña al mismo, ya que en el plano internacional, se proclamó por primera vez en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946, en su preámbulo que la salud es “*(...) un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades (...)*”.

Asimismo, en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, también se incluye el derecho a la salud, cuando se contempla que “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (...)*”.

Por último, se aprecia que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12.1 reafirma esa concepción amplia del derecho a la salud, la cual no abarca la salud física sino incluye igualmente a la salud mental de las personas, al efecto, el mencionado artículo dispone: “*Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”.

De la disposición citada establecida en el artículo 83 del Texto Constitucional, así como las normas de derechos humanos que regulan el derecho a la salud, se desprende que el derecho a la salud no implica solo la atención médica por parte de los órganos del Estado sino que ello envuelve otros derechos como el derecho a la prevención y el tratamiento médico de enfermedades, acceso a medicamentos, acceso igual a los servicios de salud, oportunidad en su atención, acceso a la información sobre tratamientos así como las enfermedades que puedan alterar la salud del ser humano o de un colectivo, la participación en las decisiones relacionadas con la salud, la no discriminación en la prestación como en la atención del servicio, entre otros.

Esa amplitud de implicaciones en el ejercicio del referido derecho depende incluso de otros derechos humanos, por ser parte esencial del derecho a la vida como expresamente lo cataloga el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y se reafirma en los valores superiores del ordenamiento jurídico consagrados en el artículo 2 del Texto Constitucional, cuando consagra que: “*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político*”.

En razón de ello, el derecho a la salud se encuentra plenamente interrelacionado con el derecho a una alimentación sana, el acceso al agua, a una vivienda adecuada, a la no discriminación y a la igualdad, derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, acceso a la información, a la participación, entre otros, ya que la satisfacción de dichos derechos y su interrelación mediata o inmediata entre ellos, es acorde con uno de los fines esenciales del Estado es la “*(...) promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución*”.

Si bien, la Ley Orgánica de Salud no contempla una definición expresa sobre el contenido de lo que debe entenderse por salud mental, resulta innegable su reconocimiento en el artículo 2, cuando dispone: “*Se entiende por salud no sólo la ausencia de enfermedades sino el completo estado de bienestar físico, mental, social y ambiental*”.

En relación al presente caso, la parte demandante alega en primer lugar, la afectación de su salud mental, como consecuencia, de la publicación de “*fotos sangrientas*”, en los Diarios “*El Progreso*” y “*El Luchador*”, los cuales causan impacto social así como zozobra en el individuo, en atención a ello, se aprecia que la salud mental es un término amplio que implica factores emocionales del individuo y del entorno social como la aflicción o conductas más extremas como la violencia, tales factores pueden desencadenar ante la ausencia de control o tratamiento en la desmejora progresiva de la salud colectiva o individual, la cual puede ser afectada por agentes endógenos o exógenos al individuo, los endógenos pueden ser considerados como las preocupaciones propias del ser humano o de éste en su entorno familiar mientras que los exógenos pueden ser variables e indeterminados como la situación económica de un país que no asegure trabajo, estabilidad social, inseguridad, entre otros o de agentes exó-

genos particulares, entre ellos, sin duda, los medios de comunicación pueden tanto como favorecer o desfavorecer la tranquilidad y paz social aun cuando el grado de afectación al mismo atenderá al nivel de tolerancia de cada individuo y sus efectos los cuales pueden ser apreciados de manera ulterior.

Así, el concepto sobre la salud mental se encuentra en continuo desarrollo en atención a los avances científicos en la neurociencia, ya que como bien lo expresa el Informe General de la Salud realizado por la Organización Mundial de la Salud en el 2001, sobre la Salud Mental expuso “*La integración de los resultados de las investigaciones neuroimagingológicas y neurofisiológicas con los de la biología molecular debería ampliar nuestros conocimientos sobre las bases de la función mental normal y patológica, así como contribuir al desarrollo de tratamientos más eficaces*” (vid. Informe de la Salud en el Mundo; OMS, 2001); no obstante ello, lo que no cabe duda incluso para la Organización Mundial de la Salud es que a grandes rasgos ésta debe definirse como un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades y puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y, es capaz de hacer una contribución a su comunidad.

Esa integración expuesta previamente entre la salud física y mental y su afectación mutua en ciertas circunstancias, son las que pueden requerir de tutela inmediata por parte del Estado, ya que es indeterminado el cálculo del factor de reacción del cerebro humano ante presiones sociales, o aflicciones del ser humano, como pueden ser el sentimiento de las víctimas del holocausto nazi ante la burla de los hechos acaecidos o la publicación de imágenes ofensiva a la religión en ciertas culturas. Así, sobre la integración de la salud física y mental, expuso el referido Informe de la Organización Mundial de la Salud, lo siguiente:

“No sólo se ha avanzado en la comprensión del funcionamiento de la mente, sino también en el conocimiento de la influencia de estas funciones en la salud física. La ciencia moderna está descubriendo que, si bien para debatir sobre la cuestión resulta práctico distinguir entre salud mental y salud física, esa división no deja de ser una ficción creada por el lenguaje. Se considera que en la mayoría de las enfermedades «mentales» y «orgánicas» influye una combinación de factores biológicos, psicológicos y sociales. Se reconoce además la importante repercusión de los pensamientos, los sentimientos y el comportamiento sobre la salud física. A la inversa, se reconoce también la influencia de ésta sobre la salud mental y el bienestar.

...omissis...

Aunque la vía fisiológica es distinta de la conductual, no son independientes la una de la otra, ya que el comportamiento en materia de salud puede afectar a la fisiología (por ejemplo, el consumo de tabaco y la vida sedentaria reducen la actividad del sistema inmunitario), y a su vez las funciones fisiológicas pueden influir en dicho comportamiento de salud (por ejemplo, el cansancio conduce a olvidarse de los tratamientos médicos). De todo ello resulta un modelo integrado de salud física y mental en el que los diversos componentes están relacionados y se influyen mutuamente a lo largo del tiempo”. (vid. Informe de la Salud en el Mundo; OMS, 2001; consultado en http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_es.pdf)

Determinado lo anterior, se aprecia que el ciudadano Gilberto Rua, en su demanda por protección de intereses colectivos y difusos, argumentó que dichas fotografías afectaban su derecho a la salud mental así como que infundaban temor en la población, y ocasionaban náuseas en su persona cuando observa las referidas fotos.

Como respaldo de ello, consignó dos récipes médicos en los cuales se le receta un medicamento así como su tratamiento, sin que el mismo conste un Informe donde se detalle el origen del tratamiento prescrito por un Médico especialista en Neurología, así como tampoco

consta en los referidos récipes médicos la identificación de la inscripción en el Registro Sanitario del médico tratante, razón por la cual, no puede establecerse la causalidad entre el hecho denunciado y las presuntas afectaciones alegadas.

Asimismo, es de destacar que en el referido Informe de la OMS; sobre la afectación de la salud mental se precisó que ésta no se debe a fenómenos temporales como lo expuesto por el demandante en defensa de su pretensión individual y su presunta afectación, sino que los trastornos mentales deben ser por anomalías duraderas, así se expuso que:

“Los trastornos mentales y conductuales se consideran afecciones de importancia clínica, caracterizadas por alteraciones de los procesos de pensamiento, de la afectividad (emociones) o del comportamiento asociadas a angustia personal, a alteraciones del funcionamiento o a ambos. No son sólo variaciones dentro de la «normalidad», sino fenómenos claramente anormales o patológicos. Un episodio de comportamiento anormal o un breve periodo de afectividad anormal no son signos, por sí solos, de la existencia de un trastorno mental o del comportamiento. Para clasificarse como trastornos, estas anomalías deben ser duraderas o recurrentes, y deben causar cierta angustia personal o alteraciones del funcionamiento en una o más facetas de la vida. Los trastornos mentales y conductuales se caracterizan también por síntomas y signos específicos, y suelen seguir una evolución espontánea más o menos previsible, salvo si se llevan a cabo intervenciones terapéuticas. No todos los casos de angustia humana son trastornos mentales. Los individuos pueden estar angustiados debido a circunstancias personales o sociales, pero, si no se satisfacen todos los criterios fundamentales para un trastorno en concreto, esa angustia no es un trastorno mental. No son lo mismo, por ejemplo, un bajo estado de ánimo y la depresión diagnosticable (véase la figura 1.3).

Las diversas formas de pensar y comportarse en las distintas culturas pueden influir en la manifestación de los trastornos mentales, pero no son, por sí mismas, indicativas de trastorno. Por consiguiente, las variaciones normales determinadas por la cultura no deben etiquetarse como trastornos mentales, ni las creencias sociales, religiosas o políticas pueden considerarse pruebas de un trastorno mental”. (vid. Informe de la Salud en el Mundo; Organización Mundial de la Salud, 2001).

En este sentido, advierte esta Sala que el solicitante se limitó a la consignación de unos informes médicos sin traer a colación la relación de los hechos consustanciados que demuestren la afectación de salud mental como consecuencia de los hechos denunciados, como presupuesto necesario de los documentos fundamentales, que en el presente caso es indispensable para mantener la pretensión particular como son los informes realizados con base en la pericia médica y no puede limitarse a la sola afirmación de opiniones o en récipes médicos como los consignados en el caso de marras, expedidos por demás cinco (5) años antes de la interposición de la demanda, sino que ésta por el contrario debe cimentarse en una clasificación científica; aunado a lo anterior, se aprecia que el referido ciudadano no demostró un grado de incidencia en la afectación de otros derechos constitucionales que pudieran resultar vulnerados como son el derecho al honor o la reputación por tener un grado de afectación directa sobre la publicación de dichas fotos, como pueden ser los derechos de los familiares de los ciudadanos fallecidos retratados en las mismas (vid. Sentencia de esta Sala n.º 1522/2007).

Con fundamento en lo anterior, se desestima la pretensión del referido ciudadano en relación a la afectación de su derecho a la salud, lo que no obsta para que seguidamente esta Sala proceda a realizar el análisis correspondiente a la incidencia del ejercicio del derecho a la información, en el derecho a la salud del colectivo de los usuarios de los referidos periódicos así como la incidencia en los derechos de los niños, niñas y adolescentes de la colectividad. Así se decide.

Determinado lo anterior, se aprecia que la representación del Ministerio Público así como la de la Defensoría del Pueblo, en sus respectivos escritos expusieron que las referidas fotografías generan temor al ciudadano que las ve y puede adquirir los mencionados medios de prensa por ser éstos de fácil acceso al colectivo, incluidos los niños, niñas y adolescentes los cuales son sujetos de especial protección, en atención al grado de vulnerabilidad en el cual se encuentran.

Al efecto, se advierte ciertamente que a diferencia de lo alegado por el ciudadano Gilberto Rúa, no es la misma exposición psíquica o mental a la que se somete un familiar del fallecido que es retratado en los medios impresos, así como en otros medios de divulgación de información, que cualquier otro ciudadano que no tiene un grado de relación directa e inmediata con la noticia sino el deseo informativo de ésta, ya que si bien éste podría resultar afectado por la zozobra o angustia en el conocimiento de un determinado hecho noticioso, su afectación en principio no abarca un derecho sensible o intrínseco al ser humano como la reputación o el honor de un ciudadano o sus familiares.

Incluso, es de destacar que no es cualquier hecho noticioso el que puede afectar la esfera individual de los derechos ya que la información es un derecho constitucional el cual como se expuso previamente, goza de una especial protección insita con el derecho a la libertad, y la simple relación de la información sobre personas fallecidas, en principio, no vulnera derecho constitucional alguno al honor o a la reputación, lo vulneratorio es la exacerbación en la información que trasmuta el deseo de informar a un sensacionalismo o amarillismo en la noticia expuesta, la cual si puede resultar sensible a la afectación del núcleo de otros derechos constitucionales como el honor y a la reputación que hacen intolerable el ejercicio del primer derecho.

Así, si bien los medios de comunicación contribuyen al fortalecimiento de la conciencia social del colectivo por el grado de incidencia que tienen éstos en la formación de la sociedad, no es menos cierto que existen límites a su ejercicio y que no existe una insolvencia en su ejercicio puro, resguardada ésta en la protección de la libertad de expresión ya que lo relevante para apreciar el grado de tolerancia y afectación del derecho a la información, puede verificarse en atención a la proporcionalidad del fin ejercido el cual no es otro, en el presente caso, que la información del deceso de una persona.

Sin embargo, cuando dicha información es acompañada con reportajes gráficos que son expuestos sin la debida advertencia o el más mínimo decoro y respeto de los derechos humanos ni los derechos de un número indeterminado de ciudadanos que no quieren apreciar el deceso de un ser humano en el cual se aprecian visiblemente las circunstancias de la muerte o en posiciones no cónsonas con la normalidad del cuerpo sino producto de la rigidez post-mortem del cuerpo humano, y en las cuales resulta plenamente identificable los rostros de las personas acaecidas, ciertamente constituye un hecho de salud pública que no solo vulnera los derechos de los familiares sino la objetividad y la oportunidad de la información reseñada, la cual si bien atiende a criterios de apreciación subjetivos por quien los evalúe existen unos elementos objetivos y éticos que deben regir la actuación de los medios de comunicación.

En consonancia con ello, el artículo 108 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que: "Los medios de comunicación social, públicos y privados, **deben contribuir a la formación ciudadana**. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley" (Resaltado de esta Sala):

Asimismo, el artículo 1 de la Ley del Ejercicio del Periodismo, establece que el periodista debe sujetarse a las normas éticas en el ejercicio de su profesión, así como ajustar su profesión al respeto de los principios de la ética profesional, al respeto y a la defensa de los derechos humanos, tal como lo establece el artículo 34.1 *iusdem*, al efecto, disponen los referidos artículos:

“Artículo 1º.- El ejercicio de la profesión de periodista se regirá por esta Ley y su Reglamento. Los miembros del Colegio Nacional de Periodistas estarán sometidos como tales a los Reglamentos Internos del Colegio, al Código de Ética del Periodista Venezolano y a las resoluciones que dicten los órganos competentes del Colegio.

Artículo 34.- Son deberes de los miembros del CNP:

1. Ajustar su actuación a los principios de la ética profesional, al respeto y a la defensa de los derechos humanos, de la paz entre los pueblos, de la libertad de expresión al servicio de la verdad y la pluralidad de las informaciones”.

Igualmente, es de destacar que el Código de Ética del Periodista Venezolano, establece en sus artículos 1 y 8, que el periodismo es un servicio de interés colectivo y el periodista está en la obligación de ejercerlo consciente de que cumple una actividad indispensable para el desarrollo integral del individuo y la sociedad, reiterando la obligación del periodista de atender al desarrollo integral de la sociedad, del respeto a la dignidad humana y la no elaboración de material que atente de manera humillante de la condición humana, exponiéndose expresamente en el último de los artículos que:

“El periodista no deberá deformar, falsear, alterar, tergiversar o elaborar material informativo impreso o audiovisual, cuya divulgación o publicación resulte denigrante o humillante para la condición humana.

Parágrafo único: Es condenable el uso de técnicas amarillistas como deformaciones del periodismo que afectan el derecho del pueblo a ser correctamente informado”.

En este sentido, se aprecia como se ha expuesto, que la publicación de dichas imágenes constituye una deformación del periodismo que pudiera atentar contra el derecho a la información y que resulta denigrante de la condición del ser humano al mostrar fotos de cadáveres indiscriminadamente, en páginas principales de los periódicos sin realizar la previa advertencia sobre la severidad de su contenido o ser una publicación especializada en la materia, lo cual permite al usuario el conocimiento de su contenido previamente (vgr. Publicaciones médicas o en otro campo publicaciones pornográficas), lo cual permite al consumidor en acceso de su derecho a la información escoger el medio que cubra las necesidades básicas para la satisfacción de su derecho constitucional sin sufrir un menoscabo en sus otros derechos.

Por ello, se observa que las referidas publicaciones deben ser divulgadas bajo una advertencia previa o su reseña en páginas internas donde no se identifique gráficamente los rostros de las referidas personas, ya que ello no solo atenta contra los derechos de los familiares sino de otras personas que puedan resultar afectadas por la información publicada en la cual se excede la finalidad de la información y se dirige a un sensacionalismo que puede atentar contra los derechos de otros ciudadanos, así como vulnera los límites de la tolerancia así como la ética periodística.

Todo ello, resulta cónsono con la protección de los niños, niñas y adolescentes, garantizada en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra: *“Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la*

República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”.

En desarrollo de la mencionada disposición constitucional, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes establece en su artículo 74 que: *“Los soportes impresos o audiovisuales, libros, publicaciones, videos, ilustraciones, fotografías, lecturas y crónicas que sean inadecuados para los niños, niñas y adolescentes, deben tener una envoltura que selle su contenido y una advertencia que informe sobre el mismo. Cuando las portadas o empaques de éstos contengan informaciones o imágenes pornográficas, deben tener envoltura opaca”.*

Asimismo, el artículo 79 de la referida ley, consagra una serie de prohibiciones para garantizar el derecho a la información de los niños, niñas y adolescentes, en virtud del grado de protección que debe asegurar al Estado sobre dichos ciudadanos, consagrándose expresamente, que:

“Se prohíbe:

...omissis...

b) Vender o facilitar de cualquier forma a niños, niñas y adolescentes o exhibir públicamente, por cualquiera de los multimedia existentes o por crearse, libros, revistas, programas y mensajes audiovisuales, información y datos en redes que sean pornográficos, presenten apología a la violencia o al delito, promuevan o inciten al uso de tabaco, sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas o que atenten contra su integridad personal o su salud mental o moral”.

En consecuencia, se aprecia que las referidas publicaciones no solo puede atentar contra los derechos de los familiares, así como de los consumidores, sino que ello, vulnera las disposiciones establecidas en los artículos 74 y 79 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, al publicarse una serie de informaciones e imágenes que atentan contra la integridad personal y la salud mental de los niños, sin que previamente se cumplan con las previsiones establecidas en la referida Ley.

Finalmente, se aprecia que los representantes judiciales de los Diarios *“El Progreso”* y *“El Luchador”*, propusieron como mecanismo de desagravio ante las infracciones cometidas la publicación en los respectivos diarios de una página informativa a la comunidad por parte de la Fiscalía del Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo.

En este sentido, es de resaltar que específicamente la abogada Josefa Deyanira Mejías, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 16.331, actuando en su condición de representante judicial del Diario *“El Progreso”*, expuso que con *“(…) el compromiso de no sacar más esto, de evitar que cualquier funcionario, empleado del medio incurra en este desliz, vamos a llamarlo, por no llamarlo más fuerte, igualmente en desagravio a la comunidad porque consideramos pues que nos están diciendo que estamos lesionando los derechos esa comunidad, la comunidad de ciudad Bolívar y cualquier otra persona que no sea de la región pero que caiga en sus manos un periódico que este con estos hechos, queremos para desagraviar proponerle una página a la Fiscalía del Ministerio Público, donde ellos pueden realizar cualquier información que convenga a la comunidad, que interese a la comunidad (...)”*, para posteriormente concluir que *“(…) quiere dejar sentado la disposición del medio de no incurrir en una nueva foto de este estilo y lo de la página como proyecto a la Fiscalía, espero que esto por lo menos, nos reivindicque con la comunidad (...)”*.

Por su parte, el abogado David De Ponte Lira, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 9.637, en representación del Diario “*El Luchador*”, expuso que “(...) reconocemos como dijimos que esas fotografías que se publicaron en su momento sangrientas pero con el fin de información pudieron ser fotografías alarmantes y nos comprometemos expresamente que eso no vuelva a ocurrir” y en tal sentido, “(...) con respecto a las fotografías que se publicaron posteriormente a la medida cautelar y que podrían considerarse en desacato en desagravio de ello ofrecemos a esta Corte (sic) permitir a la Defensoría del Pueblo y a la LOPNA (sic) una página semanal o con la periodicidad que ellos deseen con la finalidad de que puedan hacer uso institucional para la comunidad, es un ofrecimiento que consideramos un deber para con la ciudadanía, para con esta Sala, para con la parte recurrente y para con los organismos que hoy se encuentran presentes (...)”.

En consecuencia, vista las violaciones constitucionales constatadas, por la publicación de la fotografías referidas sin la debida advertencia ni el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se ordena a los referidos periódicos a disponer en una de las páginas de los respectivos diarios, una sección dedicada a la información cultural y educativa, dirigida a fomentar la creación, producción y difusión de actividades educativas, libros, publicaciones, obras artísticas y producciones audiovisuales, dirigidas a los niños, niñas y adolescentes, así como la publicación de actividades dirigidas a promover los valores de paz, democracia, libertad, tolerancia, igualdad entre las personas y sexos, y a su identidad nacional y cultural.

Finalmente, se insta a los medios de prensa del país, a garantizar la integridad de la libertad personal, al respeto de los derechos humanos, a la tolerancia civil, política y religiosa de todos los integrantes de la sociedad, al respeto de los principios éticos que deban regir la actividad periodística, al respeto a la libertad de conciencia y al no vulneración de los derechos al honor y a la reputación de la ciudadanía. Así se decide.

Conforme a los considerandos expuestos, esta Sala declara parcialmente con lugar la demanda por protección de intereses difusos y colectivos interpuesta conjuntamente con medida cautelar innominada por el ciudadano Gilberto Rua, contra “(...) *LAS FOTOGRAFÍAS DE ACCIDENTES Y ASESINATOS FULL COLOR ROJO IMPACTANTE (SANGRE) QUE SE ESTÁN EXHIBIENDO VISIBILMENTE PARA LLAMAR LA ATENCIÓN (EXPLOTAR EL MIEDO) Y PROVOCAR PÁNICO EN MI PERSONA Y EN EL CONGLOMERADO* (...)”.

Por último, se aprecia que con posterioridad a la sentencia N° 1522/2007, mediante la cual se ordenó “(...) *la prohibición de publicación por parte de los Diarios ‘El Progreso’ y ‘El Luchador’ de imágenes de sucesos sangrientos que hayan ocurrido como consecuencia de algún hecho delictivo o no, hasta tanto se decida el fondo de la presente acción*”; los mencionados diarios publicaron las referidas fotos tal como consta en el presente expediente, siendo expresamente admitido por las partes, ante lo cual, esta Sala deplora tal indiferente actitud, que podría subsumirse en el delito de desacato, por tal razón, se ordena a la Secretaría remitir al Fiscal General de la República, copia de todas las decisiones adoptadas por esta Sala en la presente causa, a los fines de que investigue sobre la comisión del presunto hecho punible. Así se decide.

En consecuencia de lo expuesto y atendiendo a la trascendencia de lo ocurrido en el presente expediente, se impone a los Diarios ‘El Progreso’ y ‘El Luchador’, multa de 200 unidades tributarias a cada Diario, equivalente a nueve mil doscientos bolívares (Bs. 9.200,00 calculados según la unidad tributaria vigente para cuando ocurrió el desacato), correspondientes al límite máximo establecido en el referido artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ello atendiendo a que esta Sala estima de suma gravedad el desacato a la doctrina vinculante dictada. Así se decide.

Como consecuencia del anterior pronunciamiento, se revoca la medida cautelar acordada por esta Sala en sentencia N° 1522 del 20 de julio de 2007, mediante la cual se ordenó “(...) la prohibición de publicación por parte de los Diarios ‘El Progreso’ y ‘El Luchador’ de imágenes de sucesos sangrientos que hayan ocurrido como consecuencia de algún hecho delictivo o no, hasta tanto se decida el fondo de la presente acción”. Así se declara.

3. *Derechos sociales y de las familias*

A. *Derecho a la salud: Salud mental*

TSJ-SC (1566)

4-12-2012

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Gilberto Rúa vs. Diarios “El Progreso” y “El Luchador”.

La integración entre la salud física y mental y su afectación mutua en ciertas circunstancias, son las que pueden requerir de tutela inmediata por parte del Estado, ya que es indeterminado el cálculo del factor de reacción del cerebro humano ante presiones sociales, o aflicciones del ser humano.

Véase: Página 133 de esta *Revista* (Derechos Individuales: Derecho a la libertad de expresión y derecho de información).

B. *Derecho a la vivienda*

TSJ-SC (1714)

14-12-2012

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Defensoría del Pueblo vs. Promotora Parque La Vega, C.A.

El derecho a acceder a una vivienda se sustenta en la obligación material de otorgar las estructuras o unidades habitacionales adecuadas, seguras, cómodas, higiénicas, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias, con lo cual se garantiza igualmente el derecho a un entorno urbano adecuado y sustentable.

...Dentro del Capítulo de los Derechos Sociales de la vigente Constitución se encuentra el artículo 82, que dispone:

“Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. **La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.** El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas”.

El precepto en cuestión reconoce como derecho fundamental el derecho a una vivienda digna, esto es, de condiciones mínimas que aseguren la calidad de vida de los habitantes. Se trata, así, de un derecho típicamente prestacional, en tanto implica como correlativo la exigencia de actuaciones positivas en cabeza del Estado y, también, de los ciudadanos, tendentes a la consecución del derecho, así el derecho a vivienda digna como derecho fundamental característico de un Estado Social de Derecho, como enfatizó esta Sala en su sentencia N° 85/02.

Ahora bien, cuando la satisfacción de la necesidad de proveer de una vivienda que servirá de hogar es asumida por los particulares directamente -sea o no participe de programas de fomento por parte del Estado u otros entes públicos-, el desarrollo de dicha actividad debe garantizar los estándares mínimos necesarios para que se dé cobertura a la procura existencial.

En ese contexto, el derecho a acceder a una vivienda se sustenta entonces, en la obligación material de otorgar las estructuras o unidades habitacionales adecuadas, seguras, cómodas, higiénicas, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias, con lo cual se garantiza igualmente el derecho a un entorno urbano adecuado y sustentable (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 881/12).

En el caso de autos, la parte demandante alegó y en la audiencia pública se refirió que el conjunto residencial se inunda en gran parte durante los períodos de lluvia, aunado a que los constantes derrumbes, las grietas en los edificios y otras circunstancias similares, mantienen a sus habitantes en una constante zozobra por el temor a perder sus bienes y sus vidas.

En criterio de la Sala existe, ciertamente, una lesión al derecho de los demandantes a una vivienda digna, pues, en efecto, se encuentran en una especial situación de hecho en la cual, pese a que hace tiempo que adquirieron tales inmuebles para que sirvieran como vivienda familiar, se han deteriorado de tal manera las condiciones urbanísticas del sector que dichas viviendas perdieron, con creces, la condición del estándar mínimo requerido para considerarse como hábitat digno, con lo que se evidencia una clara situación de desigualdad real que debe ser atendida por el Estado. Así se decide.

Corolario de la anterior denuncia, es la violación a juicio de esta Sala del derecho a un medio ambiente sano o, mejor aún, al derecho a la protección y conservación del ambiente, conforme al contenido del artículo 127 de la Constitución, el cual dispone:

“Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley”.

En el caso concreto, la Sala reitera que el derecho al ambiente sano se vincula estrechamente con el derecho al hábitat digno que es consecuencia del derecho que recogió el artículo 82 de la Constitución, que antes fue analizado.

Ciertamente, para que la vivienda sea digna no sólo debe contar con los servicios básicos esenciales que sean requeridos; además, debe estar emplazada en un hábitat que asegure, también, el derecho a un ambiente sano respecto de toda la colectividad afectada en el presente caso. Por ello, considera esta Sala que no sólo se han violado las condiciones mínimas necesarias para la materialización del derecho a la vivienda digna, sino que, además, se han violado además las condiciones mínimas que concretan un hábitat digno ante las inestables condiciones existentes en los edificios 9 al 13 del Conjunto Residencial Parque Terrazas de La Vega, así como en el resto del referido conjunto. Así se decide.

C. *Derecho al trabajo***TSJ-SC (1488)****14-11-2012**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Embotelladora Terepaima C.A. vs. Decisión Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

La protección del derecho al trabajo en los casos de ejecución de providencias administrativas implica una actividad dual de los órganos de la administración así como de los órganos jurisdiccionales, en primer lugar, porque los primeros son-los competentes para velar por la ejecución de los actos administrativos y propender a la protección del derecho social al trabajo mediante su efectiva protección, y los segundos, tienen la obligación de procurar su cumplimiento ante la infructuosidad de las actuaciones administrativas.

Véase: Página 187 de esta *Revista***TSJ-SC (1634)****5-12-2012**

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Luciano José Visbal Flores y otros vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

Una de las formas de asegurar la efectividad del derecho al trabajo, consiste en dotarlo de continuidad o permanencia en su ejercicio y, en tal sentido, se impone al legislador adoptar “lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado” (ex artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en la medida que se entiende que toda forma de despido no justificado perturba el ejercicio efectivo del derecho al trabajo.

Ello permite asegurar que este mandato constituye una cobertura de protección a ese derecho o, dicho en otros términos, una garantía de su ejercicio.

Igualmente, la Sala advierte que la parte agravante fundamentó su defensa en dos circunstancias fundamentales, en primer lugar señaló la imposibilidad material de dar cumplimiento a la Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, dictada por la Ministra del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social, e incluso el 5 de mayo de 2010, toda vez que a su juicio la leyes vigentes que los rigen, generaron la desaparición de las dependencias a los cuales se encontraban adscritos dichos trabajadores, alegando entonces que como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley Especial Sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital (*Gaceta Oficial* N° 39.156 del 13 de abril de 2009) y la Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital (*G.O.* 39.170 del 4 de mayo de 2009), se verificó una sustitución de patrono.

Sin embargo, en segundo lugar la parte agravante precisó igualmente que ellos habían dado cumplimiento parcial a la Resolución Ministerial ya identificada, en tanto ya se habían reenganchado una parte de los trabajadores amparados por la providencia administrativa y que con respecto al resto de los beneficiarios de la misma, no se había podido proceder de igual forma por causas ajenas a su voluntad, tales como muerte de los mismos o que se en-

contraban desempeñado cargos en otros organismos y entes, indicando que en algunos casos la Alcaldía Metropolitana de Caracas había realizado a pagos a éstas personas por lo que se beneficiaban ilegalmente de dos remuneraciones públicas.

Acorde con estos últimos señalamientos, que claramente contradicen de lleno la alegada imposibilidad de cumplimiento material de la Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, está el hecho que constan en el expediente (folios 497 al 505, Pieza 2) copia simple de comunicaciones entre la Alcaldía Metropolitana y el Distrito Capital en el cual se evidencia la solicitud de fondos para el cumplimiento de la referida Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009 e incluso en el folio 500 de la pieza 2, se destaca que el Distrito Capital le ha solicitado nominas a la Alcaldía Metropolitana a los fines de determinar el alcance y suficiencia de los recursos transferidos.

En ese mismo tenor, la parte agravante reconoció (folio 8 de la pieza 3) que *“en los actuales momentos hay un número de no menos de 400 trabajadores que están reincorporados a sus labores efectivas, hay un número aproximado de 400 trabajadores que laboran en otros organismos y así mismo, hay aproximadamente unos 450 trabajadores que por Ley deben ser transferidos al Distrito Capital y un número de 550 trabajadores entre los que han renunciado y los que han fallecido”*.

En atención a ello, debe destacarse que la protección del derecho al trabajo en los casos de ejecución de providencias administrativas implican una actividad dual de los órganos de la Administración así como de los Órganos Jurisdiccionales; en primer lugar, porque son los primeros -los órganos administrativos- los competentes para velar por la ejecución de los actos administrativos y propender a la protección del derecho social al trabajo mediante su efectiva protección, y una obligación de aseguramiento de los órganos jurisdiccionales de procurar su cumplimiento ante la infructuosidad de las actuaciones administrativas.

No obstante en este último escenario, ya se ha constatado una actitud reprochable por parte de la Administración Municipal que se ha negado al cumplimiento de un acto administrativo válido y vigente sin que medie una orden judicial que justifique su inejecución – medida cautelar de suspensión de efectos-, lo cual acarrea al imperio de un estadio fáctico anarquista donde en flagrante violación de los derechos constitucionales de un determinado ciudadano se erige otra violación desproporcionada al principio de legalidad, entendido éste como una manifestación singular del principio de obligatoriedad general de las normas jurídicas, mediante el cual todos los sujetos están obligados a obedecer, cumplir y hacer cumplir las normas vigentes, con independencia del origen, naturaleza y rango de las mismas.

Así, *“se aprecia que la relación de trabajo en atención a su evolución progresiva de los derechos civiles de autonomía privada se ha superado a través de los años de un vínculo servil entre el empleador y el trabajador a mutar una relación de igualdad en la cual aun cuando el modelo patrimonial impone sus caracteres de determinación negocial existe una intervención pública en la medida que se encuentra vinculado a la protección de un derecho fundamental, que garantizan una serie de condiciones en cuanto a la tutela e independencia en la protección de los derechos constitucionales no solo del trabajador sino del empleador”* (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1488/12).

Por ende, el resguardo del derecho al trabajo implica su efectivo aseguramiento en cuanto al cumplimiento no solo de las políticas legislativas dictadas en el ámbito laboral, sino en la protección material de dicho derecho constitucional de una manera efectiva y real y, el no sometimiento o perecimiento de la protección y garantías efectivas de resguardo de los derechos constitucionales a través de los mecanismos económicos de desigualdad entre los interventores en la relación por el empleo de mecanismos disuasorios del ejercicio de sus dere-

chos y obligaciones constitucional so pena de las sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico, la cuales deben ser de manera clara e inderogables aplicables en el marco del respeto de los derechos y garantías constitucionales.

En consecuencia, visto la dificultad en el equilibrio de los derechos sociales es que la labor del Estado requiere de diversos niveles de protección en las cuales se identifique los contenidos y presupuestos de las obligaciones para posteriormente determinar las responsabilidades de los actores ante el incumplimiento efectiva de estas, tal realidad es la que el legislador patrio a través de la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 6076 del 7 de mayo de 2012, ha procurado su protección y fomento mediante el definitivo abandono de la inequidad existente en las precitadas relaciones mediante la prosecución de una paz social y laboral en la cual el trabajo es un proceso fundamental para la consecución de los fines esenciales del Estado (ex artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Sobre la base de las anteriores consideraciones, observa esta Sala que la Providencia Administrativa que contiene la orden de reincorporación y el pago de los salarios del quejoso, no ha sido suspendida en su efectos, por medio de una medida cautelar, ya que la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo, declaró mediante sentencia N° 1.228 del 6 de octubre de 2010, “1.- *IMPROCEDENTE el pedimento formulado por la representación judicial de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, referido a que se le permita retirar el cartel de emplazamiento librado por el Juzgado de Sustanciación en fecha 29 de junio de 2011.* 2.- *DESISTIDO el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado por la ALCALDÍA DEL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS, contra la Resolución N° 6540 del 8 de julio de 2009, dictada por la MINISTRA DEL PODER POPULAR PARA EL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL*”, por lo que los efectos de la mencionada Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, siguen manteniendo plena vigencia.

Por lo tanto, probado como ha quedado el desacato en que ha incurrido la parte agraviante y frustradas las diligencias realizadas para el cumplimiento de la Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009 en los términos antes expuestos, debe concluir esta Sala que efectivamente han sido vulnerados en perjuicio de los beneficiarios de la referida Resolución N° 6.540, los derechos consagrados en los artículos 87, 91 y 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 87. Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona puede obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca.

Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones”.

“Artículo 91. Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley.

El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento”.

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

Desde una perspectiva material del contenido de tales derechos, esta Sala, en su sentencia N° 3.029 del 4 de noviembre de 2003 (caso: *José Eduardo Guzmán Alemán*), ha precisado respecto del artículo 87 constitucional que consagra el derecho-deber del trabajo, lo siguiente:

“...El precepto constitucional transcrito contempla al trabajo en su doble dimensión de deber y derecho, el cual, está referido a la realización y promoción de la persona en el desempeño de una actividad efectiva, por lo que éste es inherente a la persona humana, sin embargo, su ejercicio no se agota en la libertad de trabajar, ya que su configuración constitucional también presenta un aspecto colectivo que implica un mandato a los Poderes Públicos para que diseñen y ejecuten políticas destinadas a procurar la plena ocupación de la población.

Así, el derecho al trabajo, en su dimensión colectiva, constituye un bien jurídico inescindible de todas las personas que habitan o residen en el territorio de la República, que puede verse afectado en la medida en que los hechos denunciados como lesivos impidan el desarrollo de las condiciones necesarias y suficientes para el logro del fomento del empleo, en los términos establecidos en el artículo 87 de la Constitución...”.

Una de las formas de asegurar la efectividad de ese derecho social, consiste en dotarlo de continuidad o permanencia en su ejercicio y, en tal sentido, se impone al legislador adoptar “*lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado*” (ex artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en la medida que se entiende que toda forma de despido no justificado perturba el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Ello permite asegurar que este mandato constituye una cobertura de protección a ese derecho o, dicho en otros términos, una garantía de su ejercicio.

Por ello, la Sala en sentencia (Véase: Sentencia N° 1952 del 15-12-2011 en *Revista de Derecho Público* N° 128, 2011 en pp. 120 y ss) precisó que conforme al ordenamiento constitucional vigente, la estabilidad en la relación de trabajo, como noción general, es una garantía reconocida por el constituyente de 1999 en favor del trabajador con el propósito de impedir el ejercicio arbitrario del “*derecho*” que tiene el empleador de dar por concluida la misma, sin que medie causa establecida en la ley que así lo justifique. Dicho concepto se asocia a la nota de durabilidad o permanencia del trabajador en su empleo y constituye un atributo del derecho al trabajo -y del deber de trabajar- que establece el artículo 87 del Texto Constitucional.

La estabilidad laboral puede ser relativa o absoluta, dependiendo de la intensidad de la protección dada al nexo laboral. Tales manifestaciones de esta garantía ya han sido analizadas por esta Sala en sentencia N° 1.185 /2004 (caso: *Alí Rodríguez Araque y otro*), efectuando para ello, las siguientes distinciones:

“(…) la noción ‘estabilidad absoluta y relativa’ utilizada por la doctrina y parte de la jurisprudencia patria, ha sido constantemente empleada para demarcar el grado de protección que tienen (sic) el trabajador dentro de la relación de trabajo, y la posibilidad del patrono para rescindir el vínculo existente entre ambos. Con base en el manejo de estos términos, se distinguió que el despido -de mediar justa causa- debía sujetarse bajo distintos parámetros dependiendo del fuero o del régimen regular que invista al trabajador. De allí que, en los casos determinados bajo la ‘estabilidad absoluta’, catalogada por algunos como ‘causales

de inamovilidad' el patrono debe apearse a un procedimiento administrativo previo ante un funcionario calificado con competencia en materia del trabajo para que éste califique el despido so pena de que sea ordenado su reenganche. Tales supuestos pueden ocurrir cuando medie a favor del trabajador alguno de los supuestos contentivos de los fueros especiales. Mientras que, en los casos de 'estabilidad relativa', el trabajador no se encuentra amparado bajo elementos derivados de circunstancias excepcionales o accidentales que le den protección, siendo en ese caso que, el patrono bajo justa causa de conformidad con la ley, rescinde la relación de trabajo, quedando bajo la diligencia del trabajador actuar ante el juez laboral para que se determine si efectivamente procedía el despido, siendo un medio expedito de revisión de la culminación del contrato de trabajo... ”.

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

Respecto de las anteriores afirmaciones, cabe precisar que la parte agravante no puede pretender que ha dado cumplimiento a la mencionada Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, cuando no dejó constancia precisa en las actas del expediente del número y condición de las personas que a su decir efectivamente se han reincorporado y de las personas a las cuales se han beneficiado de los pagos que aduce haber efectuado, limitándose a señalamientos genéricos o aproximaciones sobre aspectos tales como número y condición de los trabajadores reincorporados, ya que el cumplimiento de la orden administrativa debe ser perfectamente verificable en relación con el contenido de la Resolución administrativa, toda vez que la propia Constitución establece que toda persona y particularmente los órganos que integran la Administración Pública, tienen el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público (artículo 131).

En tal sentido, la Sala advierte que el 24 de febrero de 2010, la representación judicial de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, consignó sendos listados de trabajadores amparados por la referida Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, que a su juicio deben ser transferidos al Distrito Capital y de aquellos que nunca fueron excluidos de la nómina de la Alcaldía Metropolitana de Caracas.

Al respecto, debe reiterarse que en la presente acción de amparo para la tutela de derechos e intereses difusos y colectivos, no puede determinarse la legalidad de la referida Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, la cual goza de una presunción de legalidad y se encuentra informado por los principios de ejecutividad y ejecutoriedad y, por ende, son susceptibles de ejecución por la propia Administración, por lo que constituía una carga procesal del agravante la interposición de las acciones judiciales correspondientes para lograr la nulidad parcial o total del acto mediante sentencia definitivamente firme o la suspensión de sus efectos a través de medidas cautelares, circunstancia que no sólo no se verificó en el presente caso, sino que además consta en las actas del expediente que la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo, declaró mediante sentencia N° 1.228 del 6 de octubre de 2010, “**1.- IMPROCEDENTE** el pedimento formulado por la representación judicial de la Alcal-

*día del Distrito Metropolitano de Caracas, referido a que se le permita retirar el cartel de emplazamiento librado por el Juzgado de Sustanciación en fecha 29 de junio de 2011. 2.- **DESISTIDO** el recurso contencioso administrativo de nulidad incoado por la **ALCALDÍA DEL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS**, contra la Resolución N° 6540 del 8 de julio de 2009, dictada por la “**MINISTRA DEL PODER POPULAR PARA EL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**”.*

Asimismo, no existen elementos de convicción que permitan determinar -vgr. Tales como actas de transferencias de bienes o los registros de información de cargos o organigramas que permita la determinación cuantitativa y cualitativa de los cargos en la referida Administración Municipal- más allá de la referencia genérica contenida en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Especial sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital, el cual establece que “*La Asamblea Nacional aprobará, en un lapso no mayor de treinta días, una Ley especial que regule todo lo concerniente a la transferencia de los recursos y bienes que le correspondían al Distrito Federal y que transitoriamente administra de manera especial y provisional el Distrito Metropolitano de Caracas*”, en concordancia con el artículo 2 de la Ley Especial de Transferencia de los Recursos y Bienes Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital, que dispone a su vez: “*Se declara la transferencia orgánica y administrativa y quedan adscritos al Distrito Capital las dependencias, entes, servicios autónomos, demás formas de administración funcional y los recursos y bienes del Distrito Metropolitano de Caracas que por su naturaleza permitían el ejercicio de las competencias del extinto Distrito Federal, entre otras: los servicios e instalaciones de prevención; lucha contra incendios y calamidades públicas; los servicios e instalaciones educacionales, culturales y deportivas; la ejecución de obras públicas de interés distrital; la lotería distrital; los parques, zoológicos y otras instalaciones recreativas; el servicio del transporte colectivo; el servicio de aseo urbano y disposición final de los desechos sólidos; la protección a los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad y los adultos y adultas mayores; la prefectura y las jefaturas civiles parroquiales; y las demás que resultan del inventario de recursos y bienes efectuado por la Comisión de Transferencia establecida en esta Ley (...)*”, por lo que no se evidencia la imposibilidad material de dar cumplimiento a la orden contenida en la referida Resolución Ministerial, más aún cuando el artículo 5 *eiusdem*, claramente señala el régimen jurídico aplicable al personal al servicio de la “*Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, de sus entes, dependencias, servicios adscritos y demás formas de administración funcional a ser transferidos*”, lo cuales “*continuará[n] en el desempeño de sus cargos hasta tanto se materialice su transferencia, de conformidad con las normas contenidas en la Constitución de la República y en las leyes*”.

Por lo tanto, verificadas las violaciones constitucionales delatadas en los términos antes expuestos, esta Sala debe declarar con lugar la pretensión de amparo constitucional por derechos o intereses difusos o colectivos, por lo que se ordena a la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas ejecutar la Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, dictada por la Ministra del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, ciudadana María Cristina Iglesias, donde se ordenó el reenganche y pago de salarios caídos de los trabajadores en ella señalados con la cancelación de los salarios y demás beneficios que les correspondan y que hayan dejado de percibir desde el momento en que se realizó el despido hasta la fecha de la reinstalación o reincorporación, además de dar cumplimiento a obligación de consignar “*las nóminas y órdenes de pago de sus trabajadoras y trabajadores, dejando constancia de los recibos de pago o de los cheques, si fuere el caso, que demuestren o acrediten fehacientemente que se haya efectuado de modo efectivo tanto la reincorporación establecida en virtud de la suspensión del despido masivo, como el pago de los salarios, beneficios laborales y de seguridad social*” en los términos de la referida Resolución. Así se declara.

D. *Derecho a la seguridad social: Régimen prestacional de vivienda y hábitat*

TSJ-SPA (1527)

12-12-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: ABCL de Venezuela, C.A. vs. Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)

Según decisión de La Sala Político Administrativa se estima que la base para el cálculo de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) es el salario integral, siendo la base correcta que sustenta la disponibilidad y fluctuación de los recursos financieros necesarios para el Fondo, al permitir que los recursos se usen para el financiamiento justo de créditos por todo el universo de personas que cotizan en el aludido sistema.

Bajo la óptica de las normas antes transcritas y del criterio jurisprudencial sentado por la Sala de Casación Social de este Máximo Tribunal, donde se establece lo que debe entenderse por salario normal y salario integral conforme a la normativa laboral, esta Sala Político-Administrativa estima necesario examinar los postulados constitucionales que orientan al régimen prestacional de la vivienda y hábitat, a fin de concluir si la base de cálculo de los aportes que deben realizar tanto las patronas y los patronos como las trabajadoras y los trabajadores al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV), es el salario normal o el salario integral.

Así, debe partirse de una interpretación sistemática y axiológica de los valores que se encuentran íntimamente relacionados con el sistema de seguridad social, el cual recoge dentro de los subsistemas que lo integran al sistema de vivienda y hábitat, por lo que debe hacerse referencia a los parámetros que orientan al Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia concebido por el Poder Constituyente.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su Exposición de Motivos destaca el derecho a la vivienda como uno de los derechos sociales. Considera a la vivienda como un hábitat que humaniza las relaciones familiares y comunitarias, siendo el derecho a la vivienda uno de los elementos elevados a rango constitucional y que requiere una interpretación acorde con su finalidad y no sujeta a exigencias jurídicas alejadas de la realidad social.

De allí que el artículo 86 de la Carta Magna a efectos de asegurar la efectividad del derecho a la seguridad social, obliga al Estado a crear un sistema de seguridad social regido bajo los siguientes principios: *i*) universalidad (protección a todos los ciudadanos); *ii*) integralidad (garantizar la cobertura de todas las necesidades de previsión amparadas por el sistema); *iii*) solidaridad (protección a los menos favorecidos); *iv*) unicidad (articulación de políticas, instituciones y normativas que lo regulan); *v*) eficiencia (óptimo uso de los recursos disponibles); y *vi*) participación (coparticipación entre el Estado y los ciudadanos).

En armonía con lo anterior, cabe enfatizar que el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) tiene como sujetos beneficiarios a las trabajadoras y a los trabajadores bajo relación de dependencia, razón por la cual es innegable que el sistema está íntimamente relacionado con el derecho al trabajo, constituyendo un deber y un derecho para todos los ciudadanos en condiciones de coadyuvar en términos de corresponsabilidad, solidaridad e igualdad, al desarrollo de los fines esenciales del Estado, siendo el trabajo uno de los elementos esenciales que permiten alcanzar la mayor suma de felicidad en la población, lo que incluye entre otros elementos la adquisición de una vivienda digna.

Asimismo, es necesario insistir en que los aportes al mencionado Fondo tienen por finalidad establecer mecanismos para que a través del ahorro individual de cada aportante se garantice el acceso a una vivienda digna, por lo que se requiere que las cotizaciones sean suficientes a objeto de garantizar la posibilidad de tener acceso a mejores créditos (lo cual está relacionado al monto acumulado), pues un aporte disminuido indudablemente limita la capacidad del ente encargado para proveer a sus beneficiarios del mayor número y calidad de espacios de vivienda y hábitat, es decir, en mejores condiciones para el desarrollo humano.

Analizado el preámbulo constitucional antes descrito, es pertinente enfatizar que la normativa regulatoria de la base del cálculo de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) contemplada en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, ha experimentado un proceso evolutivo desde el salario normal inicialmente concebido al salario integral, siendo cónsono con la realidad social existente que impulsa la necesidad imperativa de ampliar la base de cálculo de los aportes a fin de beneficiar a las trabajadoras y a los trabajadores. En efecto, a mayores aportes más facilidades habrá a la hora de obtener créditos para vivienda; asimismo el sistema prestacional será más eficiente y eficaz al contar con una masa de dinero mayor que indudablemente incrementará las opciones para ofrecer viviendas dignas.

Por tal razón, esta Alzada al momento de ejercer su labor hermenéutica de las normas jurídicas y aplicarlas al caso concreto, debe partir desde la perspectiva del derecho y la justicia social, desde el cual las normas que regulan el actuar de los individuos no sean vistas como compartimientos estancos sino que deban ser entendidas y aplicadas cediendo espacios a la realidad social imperante, en la que la justicia implica más la inclusión de lo colectivo en lo social que una mera justicia para satisfacer intereses individuales.

En virtud de lo expresado, esta Sala observa que en la causa examinada la norma que previó la base de cálculo de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) ha experimentado algunos cambios, desde la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional de 2000, aplicable para los años 2003, 2004 y 2005, la cual en su artículo 36 se refirió expresamente al **salario normal**; las Leyes del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat de 2005 y 2006, aplicables a los años 2006, 2007 y 2008, que en el artículo 172 aludieron al **ingreso total mensual**; y el Decreto N° 6.072 del 14 de mayo de 2008, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.889 Extraordinario del 31 de julio de 2008, cuya vigencia comenzó a partir del 1° de agosto de 2008 y estableció en el artículo 172 el **salario integral**.

Ahora bien, no pasa inadvertido para esta Máxima Instancia la existencia en el ámbito laboral del principio constitucional "*protectorio o de tutela de los trabajadores*", el cual se explica a través de tres reglas operativas bien conocidas y desarrolladas por la doctrina, a saber: a) la regla de la norma más favorable o principio de favor, en cuya virtud si se plantearen dudas razonables en la aplicación de dos o más normas, será aplicada aquella que más favorezca al trabajador; b) el *principio in dubio pro operario*, en atención al cual en caso de plantearse dudas razonables en la interpretación de una norma, deberá adoptarse aquella que más favorezca al trabajador; y c) el principio de conservación de la condición laboral más favorable, con ocasión del cual deberán ser respetados los derechos que se encuentran incorporados al patrimonio de la trabajadora o el trabajador en forma definitiva e irrevocable.

La consagración del principio protector se encuentra recogida en el artículo 89, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, al disponer lo siguiente:

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

(...)

3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad”.

Por su parte, la Sala de Casación Social de este Máximo Tribunal ha sostenido que el principio de favor o *principio in dubio pro operario* concreta su finalidad en tres aplicaciones: a) en caso de conflictos de leyes, deben prevalecer las del trabajo, sustantivas o procedimentales; b) cuando se presenten conflictos de normas, **ha de aplicarse la más favorable al trabajador**; y c) en el supuesto de incerteza entre dos declaraciones posibles derivadas de una misma norma, ha de preferirse la interpretación que más beneficie al trabajador. (Vid. sentencia 1211 del 29 de julio de 2008, caso: *Wilma Escalona Leal y Otros contra Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) y otra*).

En el mismo orden de ideas, el artículo 24 de nuestra Carta Magna, consagra el principio de irretroactividad de la norma jurídica en materia penal, el cual pone de relieve como regla que ninguna norma jurídica puede ser aplicada a situaciones ocurridas antes de su entrada en vigencia, salvo que: a) imponga una pena menor; b) se trate de normas adjetivas cuya aplicación será inmediata; o c) beneficie a la rea o al reo. Principio este cuya aplicación se ha extendido en otros ámbitos del derecho, como por ejemplo en el campo del Derecho Tributario y en el del Derecho Laboral.

Reconoce esta Sala Político-Administrativa como principio general del Derecho, que las normas deben tener efectos a partir del momento en que son publicadas y no antes, vale decir, que la regla fundamental conocida por su aforismo latino “*tempus regit actum*”, es que los actos y las relaciones se regulen por la ley vigente en el momento en que ocurrieron. Así, la retroactividad se manifiesta en el ámbito del **derecho laboral**, cuando se aplica la norma más reciente por ser más favorable al trabajador.

Por las razones que anteceden, en función de los postulados constitucionales que orientan al sistema de la seguridad social, el principio constitucional en materia laboral referido a la “**protección o de tutela de los trabajadores**” en su expresión del “*principio de favor*” o “*in dubio pro operario*”, incluida la aplicación retroactiva de las normas cuando beneficien a la trabajadora o el trabajador; esta Alzada estima que la base para el cálculo de los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV) es el salario integral, siendo la base correcta que sustenta la disponibilidad y fluctuación de los recursos financieros necesarios para el Fondo, al permitir que los recursos se usen para el financiamiento justo de créditos por todo el universo de personas que cotizan en el aludido sistema.

Aunado a lo anterior, se constata que la intención del Constituyente como la del legislador ha sido la de procurar a la mayor cantidad de ahorristas el acceso a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias, mediante el crédito hipotecario, tal como lo expresa el artículo 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

II. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Régimen del Poder Nacional

A. *El Poder Judicial: Tribunal Supremo de Justicia: Período de los Magistrados. Faltas Absolutas. Nuevas designaciones*

TSJ-SC (1701)

6-12-2012

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Interpretación del artículo 264 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala Constitucional interpreta el artículo 264 de la Constitución, dictaminando que el lapso contenido en la referida disposición constitucional es improrrogable y, por tanto, una vez fenecido el mismo, se produce la falta absoluta del cargo de Magistrado, la cual debe ser llenada de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. A su vez, la Sala desaplica por control difuso de la constitucionalidad, la disposición contenida en el artículo 10 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 2004, en relación con el período de los magistrados designados para llenar las vacantes absolutas ocurridas antes de la culminación del período constitucional de doce (12) años, determinando entonces que los Magistrados designados bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, permanecerán en el ejercicio de sus cargos por el lapso contemplado en el artículo 264 de la Constitución.

De forma preliminar, debe la Sala determinar su competencia para conocer la petición sometida a su análisis y, con este objeto, conviene traer a colación el contenido de las dos normas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia entre las que existe un supuesto conflicto y que, en principio, justificarían el conocimiento del asunto por parte de esta Juzgadora, en atención a su privativa potestad para resolver las colisiones normativas, ex artículo 336.8 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, el artículo 42 del señalado texto orgánico, contenido en el Título IV (“De los Magistrados o Magistradas y Suplentes”), Capítulo I (“De los Magistrados o Magistradas”), dispone lo siguiente:

“Principio de continuidad

Artículo 42. Los Magistrados o Magistradas continuarán en el ejercicio de sus funciones, hasta tanto sean sustituidos o sustituidas por quienes deban reemplazarlos o reemplazarlas”.

Por su parte, el artículo 47 *eiusdem*, imbricado en el mismo Título que la norma recién transcrita, pero en su Capítulo III (“Del modo de suplir a los Magistrados o Magistradas”), prescribe lo siguiente:

“Faltas Absolutas

Nueva designación

Artículo 47. En caso de falta absoluta de un Magistrado o Magistrada, la Asamblea Nacional procederá a la designación por un nuevo período de doce años, según el procedimiento que preceptúa esta Ley. Mientras se hace la designación, la falta absoluta será suplida, temporalmente, por el o la suplente correspondiente, quien podrá ser postulado o postulada para el nuevo período”.

Según reiterada jurisprudencia de esta Sala Constitucional, la resolución de conflictos normativos se dirige a determinar cuál, entre diversas disposiciones normativas, debe prevalecer, cuando todas ellas se presumen válidas y, aunque regulen una misma hipótesis, asignen consecuencias jurídicas diferentes, de modo que el acatamiento de alguna de tales normas conduzca a la violación de otra o impida su eficaz ejecución (Véase: Sentencia N° 265 del 24-4-2000 en *Revista de Derecho Público* N° 82. 2000 p. 146 y ss). y Sentencia N° 889 del 31-5-2001 en *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88, 2001 p. 52 y ss).

El objeto, pues, de esta especial acción del derecho procesal constitucional es producir un fallo mero declarativo que resuelva las contradicciones normativas, en caso de que existan, en tutela del principio de seguridad jurídica, de modo que se impida la subsistencia de reglas que conduzcan a soluciones incompatibles.

Se insiste: sólo existe colisión normativa cuando se está en presencia de dos o más supuestos de hecho iguales a los que se les asigna distinta consecuencia jurídica. De este modo, “[ú]nicamente es posible hablar de colisión entre normas cuando la diferencia se encuentre en la consecuencia jurídica, siempre que haya identidad de supuestos de hecho. Cualquier otro problema derivado de la aplicación de las normas, que no resulte de una divergencia como la indicada —es decir, que no sea una verdadera colisión normativa—, tendrá sus propios medios de resolución” (*vid.* N° 1250/2008, caso: Concejo Municipal del Municipio Naguanagua del Estado Carabobo).

En el caso analizado por la Sala, la lectura de las normas en cuestión revela en principio que, antes que un conflicto normativo, entre ellas existe una relación de complementariedad. En efecto, no se trata de disposiciones del mismo plano jerárquico-normativo que asignen consecuencias jurídicas distintas y excluyentes al mismo supuesto de hecho, de manera que el cumplimiento de alguna acarree necesariamente el incumplimiento de la otra.

Así, tenemos que el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia prevé el “Principio de Continuidad [Administrativa]”, como técnica que impide la paralización en la prestación del servicio público de Administración de Justicia frente a la contingencia de que la autoridad llamada a designar sus integrantes (en este caso: la Asamblea Nacional) omita su deber constitucional de llenar las faltas absolutas que se hayan producido, una vez que han sido agotados los modos de suplir tales faltas en los términos que señala el mismo texto normativo. Precisamente, el artículo 47 *eiusdem* y las restantes disposiciones contenidas en ese Capítulo, se encargan justamente de señalar las condiciones en que tales faltas deben ser cubiertas. En estos términos, el planteamiento sometido a la consideración de la Sala no puede considerarse, a los efectos de determinar la competencia, como una colisión normativa en el sentido que la jurisprudencia reiterada de la Sala ha asignado a este mecanismo.

En el caso analizado, recuérdese que la Sala Plena acordó someter a la consideración de la Sala Constitucional el planteamiento realizado por el Magistrado Carlos Oberto Vélez, en relación a hacer efectivo su derecho subjetivo a la jubilación, sólo a partir de que la Asamblea Nacional designe al magistrado o magistrada principal que haya de reemplazarlo, en atención al contenido del artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia vigente.

Ciertamente, como ya se indicó, es competencia de esta Sala resolver la presunta colisión entre disposiciones legales. Sin embargo, la duda fundamental que se plantea en esta causa es en realidad de interpretación del artículo 264 del texto constitucional, en virtud de una solicitud no contenciosa de un magistrado que, con base en el “principio de continuidad”, considera que debe continuar en el ejercicio de sus funciones aun si se excede el período de doce (12) años para los integrantes del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), lo cual está previsto precisamente en el referido artículo 264.

En consecuencia, en atención a lo decidido en el fallo, (Véase: Sentencia N° 1077 del 22-9-2000 en *Revista de Derecho Público* N° 83, 2000 p. 247 y ss.) en concordancia con lo previsto en el artículo 335 de la Constitución, la Sala Constitucional debe ejercer su papel de máximo y último intérprete de la Carta Fundamental, por requerir la solución del asunto planteado de la interpretación constitucional del artículo 264 y “constitucionalizante” de los artículos 42 y 47 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, según lo contemplado en el artículo 31.3 *eiusdem*.

De acuerdo al precedente contenido en la sentencia (Véase: Sentencia N° 1684 del 4-11-2008 en *Revista de Derecho Público* N° 116, 2000, p. 235 y ss.) al no tratarse de una demanda de interpretación en sentido estricto, sino de una declinatoria de competencia de un asunto sometido a la consideración de la Sala Plena y que ésta consideró que correspondía resolver a la Sala Constitucional, esta última debe fundamentar su competencia para conocer de la causa.

Al respecto este órgano jurisdiccional estima, luego de un estudio minucioso de la solicitud planteada, que la misma se traduce en una consulta sobre el contenido del artículo 264 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en lo concerniente al período constitucional de los magistrados de este máximo tribunal y el sentido que debe darse al principio de continuidad contemplado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Esta conclusión se deriva del hecho de que la presunta colisión no se limita a las disposiciones aludidas contenidas en la citada ley orgánica, sino que la solución de la supuesta antinomia involucra la interpretación de una norma constitucional. En consecuencia, para resolver esta presunta antinomia entre disposiciones legales, es imprescindible precisar mediante la interpretación el adecuado sentido que debe darse al artículo 264 de la Constitución vigente.

En este sentido, esta Sala en sentencia (Véase: Sentencia N° 1077 del 22-9-2000 en *Revista de Derecho Público* N° 83, 2000, p. 247 y ss.) determinó su competencia para interpretar el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 336 *eiusdem*.

En el mismo orden de ideas, se ha precisado que la norma a interpretar debe estar en la Constitución (sentencia N° 1415/2000 entre otras) o integrar el sistema constitucional (sentencia N° 1860/2001 caso: *Consejo Legislativo del Estado Barinas*), del cual formarían parte los tratados o convenios internacionales que autorizan la producción de normas por parte de organismos multiestatales (Véase: Sentencia N° 1077 del 22-9-2000 en *Revista de Derecho Público* N° 83, 2000, p. 247 y ss) o las normas de carácter general dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente) Véase: Sentencia N° 1563 del 13-12-2000 en *Revista de Derecho Público* N° 84, 2000, pp. 98 y ss).

Sentado lo anterior, y visto que la interpretación requerida versa sobre una disposición de rango constitucional, esta Sala declara su competencia para conocer de la interpretación in commento; y así se declara.

(...)

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

El artículo 264 de la Constitución pauta, en su encabezamiento, que “los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos por un único período de doce años” (Subrayado de este fallo).

La redacción de esta disposición es clara. El “principio de continuidad” busca, primordialmente, garantizar la permanencia en la prestación de la función pública y sólo es admisible la prórroga del lapso constitucional, en caso de que no exista previsión para el reemplazo del magistrado en caso de ausencia absoluta. En la ley de 2010 existen dos normas que, en criterio de esta Sala, no son antinómicas y resuelven de manera congruente la forma como debe ser cubierta la vacante absoluta.

Así, el artículo 42 estipula que los “Magistrados o Magistradas continuarán en el ejercicio de sus funciones, hasta tanto sean sustituidos por quienes deben reemplazarlos o reemplazarlas” (Subrayado de este fallo). De la redacción del artículo no podría derivarse que el reemplazo sea necesariamente el definitivo, sino que puede aludir también a aquel que deba suplirlo temporalmente mientras la Asamblea procede a la correspondiente selección definitiva.

El *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Cabanellas, Guillermo, Tomo VIII, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires 1998, p. 297-298) aclara que la culminación del período y la jubilación son causas de vacante (absoluta). No puede haber en este caso una analogía o equivalencia con lo que dispone el artículo 233 constitucional, referido a las acefalías absolutas del Presidente, entre otras razones, porque éste no se jubila y, por otra parte, como cargo de elección popular puede ser reelecto (ver enmienda N° 1 del 15 de febrero de 2009), circunstancia inexistente en el caso de los magistrados, que no son electos sino designados (segundo grado) por la Asamblea Nacional.

Al no exigir el legislador en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que el reemplazante sea el definitivo, lo pertinente, tratándose del cumplimiento improrrogable del período constitucional contemplado por el artículo 264 constitucional, es la aplicación de lo dispuesto en el artículo 47 *eiusdem*, que a la letra dice: “En caso de falta absoluta de un magistrado o magistrada, la Asamblea Nacional procederá a la designación por un nuevo período de doce años, según el procedimiento que preceptúa esta Ley. Mientras se hace la designación, la falta absoluta será suplida, temporalmente, por el o la suplente correspondiente, quien podrá ser postulado o postulada para el nuevo período”. De esta manera, la nueva ley ratifica los precitados fallos 2.231/2002 y 2.837/2004, en el sentido de que los suplentes no pueden pretender llenar la falta absoluta del magistrado principal por el resto del período constitucional (como sí lo contemplaba la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976); y que sólo pueden suplirlo temporalmente mientras sea elegido el nuevo magistrado por parte de la Asamblea Nacional.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 disponía, en relación con el período constitucional en caso de vacante absoluta, que el magistrado principal que se designara ocuparía “el cargo por el tiempo que reste para que se cumpla el período de doce (12) años” cuando esa vacante no sea producto del cumplimiento del período (muerte, renuncia, destitución, jubilación anticipada) (artículo 10). Esta norma contradecía claramente el artículo 264 constitucional objeto de la presente consulta.

En efecto, la extensión de doce años para el ejercicio de la Magistratura en este Máximo Juzgado previsto en el señalado artículo 264 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una garantía fundamental para la estabilidad en la función de administrar justicia que la Carta Magna les asigna y que, sumada al intrincado proceso para su destitución, debe ser comprendida como el marco especial de protección de la independencia y autonomía del Poder Judicial, en la persona de sus titulares en el más alto Tribunal de la República.

Al hilo de este razonamiento, la disminución del lapso para el ejercicio de tan delicada función, menoscaba una garantía fundamental del ejercicio democrático del poder, si el Legislador –arbitrariamente- fija un lapso para el ejercicio del cargo inferior al que el constituyente estimó indispensable para salvaguardar, no ya a la persona que lo ejerce, sino la función pública que le compete acometer.

Más allá de lo mencionado, conviene destacar que la comentada disposición de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 2004, por la vía de los hechos, creó diversas categorías de Magistrados, en atención a la duración de su mandato, cuando la Carta Fundamental señala inequívocamente el período que corresponde ejercer; violando de esta forma el derecho a la igualdad y la no discriminación de aquellos que fueron designados como titulares y superaron completamente los obstáculos para su designación, pero que –por la infundada decisión del legislador- deben ejercer la magistratura en condiciones menos favorables.

Ciertamente, se trata de un texto legal derogado y la aludida contradicción con el texto fundamental fue corregida en la nueva ley de 2010, pero la norma derogada mantiene sus efectos jurídicos en relación con los magistrados principales que fueron seleccionados por la Asamblea Nacional, para suplir las vacantes de los magistrados que fueron jubilados antes de cumplirse el período constitucional respectivo.

En tal sentido, actuando de conformidad con lo previsto en el artículo 334 de la Constitución, ejerciendo el control difuso de constitucional con carácter vinculante, esta Sala Constitucional desaplica el artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, en relación al período de los magistrados designados para llenar las vacantes absolutas ocurridas antes de la culminación del período constitucional de doce (12) años.

Así se declara.

En consecuencia, se ratifica en toda su plenitud el contenido y vigencia del artículo 264 constitucional, en el sentido de que, en caso de vacante absoluta, quien resultare designado por la Asamblea Nacional, lo será por un período de doce (12) años. Así se declara.

Tratándose del ejercicio del control difuso de una norma derogada, cuyos únicos efectos jurídicos estarían relacionados con los magistrados designados para un período inferior al constitucionalmente establecido; la Sala considera suficiente la desaplicación realizada en este fallo y no procederá a iniciar el proceso de nulidad de oficio.

El control difuso de constitucionalidad en relación con leyes derogadas, tiene el mismo fundamento y las mismas exigencias que la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido para el control concentrado de constitucionalidad de normas derogadas (*vid.*, por ejemplo, las sentencias 1.396/2000, 2.256/2001 y 1.982/2003)

2. *El Poder Estatal: Constituciones Estadales*

TSJ-SC (1551)

27-11-2012

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Gobernador del Estado Cojedes vs. Constitución del Estado Cojedes.

La connotación de norma legal estatal de la Constituciones estadales determina, que las modificaciones que se efectúen quedan sometida a las disposiciones previstas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes que a tal efecto se dicten (como es el caso de la Ley Orgánica del Consejo Legislativo de los Estados) y lo previsto por el propio estamento legal estatal siempre que no contradiga las normas nacionales y que tales requerimientos no desvíen el verdadero propósito y finalidad en el proceso de formación de leyes estadales.

Establecida la competencia y admisión durante la sustanciación del presente recurso, esta Sala procede a dictar la decisión correspondiente al fondo de la demanda:

La parte demandante denuncia la violación del cumplimiento de los requerimientos atinentes al proceso de formación de la Constitución del Estado Cojedes, promulgada el 29 de noviembre de 2002 en la Gaceta de esa entidad N° 197. Para ello, en un primer orden plantea la denuncia de incumplimiento de los elementos que infunden el principio de participación ciudadana referente a la consulta popular del texto promulgado y al número de discusiones al que debió someterse el Texto Constitucional. Igualmente, sostiene que la Constitución del Estado Cojedes, como instrumento normativo estatal, no se sujetó a los lineamientos previstos en la normativa nacional contemplados en la Ley Orgánica de los Consejos de los Estados que condiciona determinadas regulaciones formales en el proceso de formación de las Constituciones Estadales. Asimismo, planteó que la misma Constitución del Estado Cojedes que le antecede a este nuevo texto normativo mantenía una serie de requerimientos para la modificación que fueron desconocidos y sindicaron la nulidad del marco normativo cuya finalidad es sustituirla.

Por su parte, el representante judicial del Consejo Legislativo del Estado Cojedes, parte antagónica a la pretensión de nulidad planteada por ese Ejecutivo Estatal, sostiene el correcto cumplimiento de los procedimientos de participación ciudadana y que la formación estructural de la última Constitución Estatal fueron cabalmente cumplidos al emplazar a los sectores regionales y municipales que debían involucrarse. A su vez, acusó el correcto apego al marco normativo nacional para el proceso de formación de la Constitución del Estado Cojedes, excluyendo de este punto la necesidad de establecer la satisfacción de cualquier requerimiento formal previsto o exigido por la Constitución estatal anterior. Considera que dicho instrumento no puede establecer requerimientos para su modificación sin colidir con las exigencias previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el marco legal nacional atinente a la normación de los instrumentos normativos de carácter estatal.

Ambas partes presentaron sus aportes probatorios a los fines de sostener sus pretensiones referentes al cumplimiento o incumplimiento en el proceso de formación de la Constitución del Estado Cojedes de 2002.

A tal efecto, esta Sala procede a considerar el aspecto de nulidad formal del instrumento impugnado, atendiendo a las consideraciones y probanzas presentadas. En este sentido, expone:

En primer orden, visto los términos sobre los cuales se pretende la nulidad, resulta necesario establecer la correlación en torno a los mismos y su vinculación con los medios de defensa que sostienen la validez de la Constitución del Estado Cojedes de 2002. Para ello, resulta necesario determinar los siguientes aspectos fundamentales respecto a las Constituciones Estadales: (i) su naturaleza y rango dentro del ordenamiento; (ii) los mecanismos referentes a su modificación y el estamento jurídico a seguir para su implementación.

Resulta necesario precisar la naturaleza jurídica y rango de las Constituciones estadales, toda vez que en este caso la aplicación del vocablo *constitución* no se refiere a una norma principista y principalista equiparable a lo que debe entenderse como *Constitución en sentido material*.

La Constitución de la República de Venezuela de 1961 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 establecieron los puntos de partida referentes a la determinación y alcance de los términos *federación* y *descentralización*. A partir de su implementación se estableció su desarrollo por la doctrina y por la jurisprudencia para concluir en el carácter *legal* de las constituciones estadales.

Tales Constituciones (1961 y 1999) han conferido a los Estados la potestad de autonormación y la posibilidad de promulgar su respectiva *Constitución Estadal*; sin embargo, la adjudicación de este *nomen* obedece solamente a la implementación del marco *legal* entendido como lineamiento para la organización de los poderes públicos estadales (concebidos y determinados dentro del marco de la Constitución de la República) dentro del ámbito permitido para cada Estado y su determinación para el desarrollo de las demás normaciones plasmadas a través de otras *leyes estadales* condicionadas bajo el marco de regulación de la Constitución estatal, que en este marco funge de una ley organizacional de los Poderes Públicos estadales.

No obstante, la preeminencia *sui generis* de las Constituciones estadales dentro del rango normativo interno de cada Estado no establece el verdadero nivel de estos instrumentos. Su circunscripción se ciñe al *rango legal estadal* y su *valor y fuerza* está condicionada al perímetro territorial. Su correlación con respecto a la Constitución de la República y las leyes nacionales dictadas en mandato directo de ésta, es netamente de sujeción e irrestricto cumplimiento.

Bajo este aspecto, dichos instrumentos tienen una *fuerza reguladora plena* solamente en el ejercicio de las competencias exclusivas conferidas por el Constituyente a los Estados sobre las cuales se establece la derivación del ordenamiento interno local; pero del resto de las competencias, sean concurrentes o conferidas por el Poder Nacional en desarrollo del proceso de descentralización, su fuerza deberá entenderse en sentido *derivado* por formar parte de la *legislación de desarrollo* dentro del ámbito local, junto con otras leyes estadales que a bien tengan a dictarse al respecto como parte del procedimiento de concreción de las competencias adjudicadas sobrevenidamente.

Queda deslindado en este punto que las Constituciones estadales no son más que *leyes marco* dentro del ámbito local cuya única fuerza es la de desarrollar (bajo el marco constitucional nacional, previamente permitido) el adelanto y condicionamiento los aspectos organizativos para el funcionamiento de los poderes públicos y prestación de los servicios públicos estadales, teniendo solamente *plena autonomía* sobre la correlación de potestades y compe-

tencias otorgadas exclusivamente por el constituyente; quedando el resto de su poder normativo sujeto al propio ordenamiento nacional bajo el esquema de organización de base en materia de descentralización y conferimiento de competencias provenientes del Poder Nacional.

A partir del entendimiento meramente legal de las Constituciones estatales puede inferirse que las mismas no se encuentran delimitadas a un procedimiento riguroso para su transformación como si se tratase de una verdadera norma fundamental. Sus cambios se encuentran comprendidos dentro de su mismo plano de la legalidad, circunscritos, tal como se indicase, tanto a los mandamientos impartidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como al desarrollo que ésta le imponga a través de la legislación nacional (*vgr.* comprendida en la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados de 2001).

No es la primera vez que esta Sala ha determinado el carácter legal de las Constituciones estatales, (Véase: Sentencia N° 126 del 24-4-2011 en *Revista de Derecho Público* N° 126, 2011, pp. 167 y ss).

Siendo así, conlleva delimitar el segundo aspecto enunciado anteriormente a los fines de la presente decisión: cuáles son los mecanismos referentes a su modificación y el estamento jurídico a seguir para la implementación de las Constituciones estatales.

Su connotación de norma legal estatal determina que las modificaciones a ser efectuadas sobre las Constituciones estatales queda sometida a las disposiciones previstas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes que a tal efecto se dicten (como es el caso de la Ley Orgánica del Consejo Legislativo de los Estados) y lo previsto por el propio estamento legal estatal *siempre que no contradiga las normas nacionales y que tales requerimientos no desvíen el verdadero propósito y finalidad en el proceso de formación de leyes estatales.*

En este sentido, el Capítulo V -artículos 35 y siguientes- de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados (*G.O.* 37.282 de 13 de septiembre de 2001) establecen el procedimiento de formación de las leyes estatales, circunscrito en los siguientes términos:

Función legislativa

Artículo 35. Los Consejos Legislativos Estadales podrán dictar leyes, acuerdos y reglamentos.

Ley estatal

Artículo 36. La Ley Estatal es el acto legislativo de efectos generales, sancionado por el Concejo Legislativo como cuerpo legislador.

Proceso de formación de leyes

Artículo 37. El proceso de formación, discusión y aprobación de las leyes, se regulará por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y lo previsto en el Reglamento Interior y de Debates de cada Consejo Legislativo Estatal. En ningún caso podrán ser aprobadas leyes que no hayan sido sometidas a un mínimo de dos (2) discusiones.

Iniciativa de leyes

Artículo 38. La iniciativa para la formación de las leyes corresponde:

1. A los legisladores de los Consejos Legislativos, en número no menos de dos (2).
2. A la Comisión Delegada o a las Comisiones Permanentes.
3. Al Gobernador del Estado.

4. A los Concejos Municipales.

5. A un número no menor del uno por mil de los electores residentes en el territorio del respectivo estado que reúnan los requisitos establecidos en la ley electoral respectiva.

Consulta a los municipios y la sociedad civil

Artículo 39. Cuando se legisle en materias relativas a los municipios y a la sociedad civil, los mismos serán consultados por el Consejo Legislativo del Estado a través de los mecanismos que establezca la ley.

Acuerdos

Artículo 40. Los actos legislativos de naturaleza no normativa dictados por el Consejo Legislativo se denominarán acuerdos, recibirán una sola discusión, y se notificarán de conformidad con la ley. Serán publicados en la *Gaceta Oficial* del Estado cuando se trate de asuntos relacionados con el patrimonio estatal.

Disposiciones finales y transitorias

Artículo 45. A todo lo no previsto en esta ley, será aplicable la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Reglamento Interior y Debates de cada uno de los Consejos Legislativos, así como la legislación nacional y estatal, cuando le sea aplicable.

Artículo 46. Quedan derogadas todas las normas que contraríen la presente Ley.

Artículo 48. Los Consejos Legislativos de los Estados en un término no mayor de un año contado a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, ajustarán las disposiciones de los Estados a los términos establecidos en esta Ley y dispondrán, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela lo conducente para la aprobación de dichas constituciones.

Estas disposiciones encuentran perfecta adecuación respecto a la parte final del artículo 162 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando dispone: “*La Ley nacional regulará el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo*”; entendido el ejercicio de su función legislativa, la mera remisión que la misma Ley de los Consejos de Estados hace al texto constitucional, determinará siempre una adecuación perfecta por cuanto solamente se está aplicando en principio el paralelismo de las formas bajo la instrucción del mismo procedimiento determinado en la norma fundamental tanto para leyes nacionales como estatales.

En resumen, en las normas previstas en la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos se determina que la formación de las constituciones y leyes estatales se ciñe a la siguiente normativa: (i) la aplicación del procedimiento de formación de las leyes previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a su alcance previsto por la ley nacional; (ii) de manera subsidiaria, a lo determinado en el Reglamento de Interior y Debates de cada órgano legislativo estatal, siempre que se adecue a la Constitución y a la ley nacional en la materia.

Lo anterior amerita hacer referencia a los artículos 207 a 209 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a fines de señalar el procedimiento de formación de las leyes:

Artículo 207. Para convertirse en ley todo proyecto recibirá dos discusiones, en días diferentes, siguiendo las reglas establecidas en esa Constitución y en los reglamentos respectivos. Aprobado el proyecto, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional declarará sancionada la ley.

Artículo 208. En la primera discusión se considerará la exposición de motivos y se evaluarán sus objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley, y se discutirá el articulado. Aprobados en primera discusión, el proyecto será remitido a la Comisión directamente relacionada con la materia objeto de la ley. En caso de que el proyecto de ley esté relacionado con varias Comisiones Permanentes, se designará una comisión mixta para realizar el estudio y presentar el informe.

Las Comisiones que estudien proyectos de ley presentarán el informe correspondiente en un plazo no mayor de treinta días consecutivos.

Artículo 209. Recibido el informe de la Comisión correspondiente, se dará inicio a la segunda discusión del proyecto de ley, la cual se realizará artículo por artículo. Si se aprobare sin modificaciones, se devolverá a la Comisión respectiva para que ésta las incluya en un plazo no mayor de quince días continuos; leída la nueva versión del proyecto de ley en la plenaria de la Asamblea Nacional, ésta decidirá por mayoría de votos lo que fuere procedente respecto a los artículos en que hubiere discrepancia y a los que tuvieren conexión con éstos. Resuelta la discrepancia, la Presidencia declarará sancionada la ley.

Con respecto al Reglamento de Interior y Debates del Consejo Legislativo del Estado Cojedes del 24 de diciembre de 2001 (Edición Extraordinaria núm. 139), estableció lo siguiente con respecto al procedimiento de formación de leyes estatales:

Artículo 117.- Los Proyectos que se presenten al Consejo Legislativo Estadal, deberán estar firmados por dos o más Legisladores y los casos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos Estadales.

Presentado un Proyecto, se le dará lectura en la misma Sesión y, sometido por la Presidencia, a consideración de la Cámara, esta declarará si lo admite o no. Si es admitido se considerará aprobado en primera discusión. La Presidencia fijará para su segunda discusión, un día entre el inmediato y quinto siguiente. Cuando la Cámara rechace un Proyecto presentado, la Presidencia lo comunicará a los proponentes y ordenará el archivo del Expediente.

PARÁGRAFO ÚNICO: Todo Proyecto de Ley debe estar acompañado de su correspondiente Exposición de Motivos por escrito, y si se trata de proyectos de Leyes que tengan incidencia en materia económica, tributaria y fiscal, deberán acompañarse del respectivo estudio de impacto económico.

La correlación de las disposiciones que deberían cumplirse para una consecuente reforma de la Constitución del Estado Cojedes no son concomitantes entre sí al prever marcos procedimentales distintos, de los cuales, lo establecido en el Reglamento de Interior y Debates pierde cualquier preeminencia y aplicación respecto a lo preceptuado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, la mera presentación de un proyecto cuya simple admisión dará por aprobada la primera discusión no es una vía concordante con el artículo 208 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que prevé un mecanismo completamente distinto con respecto a lo que debe ser la primera discusión de un proyecto de ley. Siendo este el procedimiento que ha de aplicarse, se debe señalar que la primera discusión es un auténtico acto sustancial de revisión y control de las disposiciones a fines de evaluarse los objetivos, alcance y viabilidad de la posible ley, debiéndose discutir su articulado, por lo que esa fase es una parte sustancial en el procedimiento de conformación de una ley que no puede ser desfasada por lo previsto en otro instrumento normativo u acto alguno en pro de su supuesto cumplimiento, por cuanto es contrario al requerimiento taxativo exigido por el texto constitucional que prevé que la primera discusión es un auténtico acto de completo análisis valorativo que debe realizarse cabalmente.

Conforme a lo anterior, corresponde analizar el aporte probatorio referente al procedimiento llevado a cabo por el Consejo Legislativo del Estado Cojedes para la promulgación de la Constitución de 2002.

Para ello, de las pruebas aportadas por el referido Consejo Legislativo se observa (*vid.* f. 283 y ss. del expediente) el Acta núm. 16 del 30 de abril de 2001 cuyo *Orden del Día* tuvo lugar la presentación del *Proyecto de Constitución del Estado Cojedes* por parte del Legislador José Aguilar. Según consta en dicho Acta, lo que debió ser la primera discusión del proyecto, se suscitó de la siguiente manera:

“...Acto seguido se pasó al Tercer Punto: Derecho de palabra solicitado por el Legislador JOSÉ AGUILAR para presentar el Proyecto de Constitución del Estado Cojedes. Con la anuencia del Presidente tomó la palabra el Legislador JOSÉ AGUILAR y recordó que el mes de Octubre del año pasado se nombró la Comisión Redactora del proyecto de la Constitución, la cual ha concluido su trabajo y después de haber (ilegible) la participación en todos los Municipios donde se escucharon propuestas a la sociedad civil que la integran, se debatieron ideas y de hecho vamos a entrar hoy a esa comisión y presentarla a la Cámara para darle entrada a la comisión de Legislación que va a hacer su estudio pertinente, si recoge lo básico, la parte orgánica y además la organización del Estado sobre todo la situación que estamos viviendo que este milenio, o lo que hay que adecuar la organización del Estado para que pueda funcionar como debe ser y pueda rendirle beneficios al Pueblo de Cojedes; la Comisión de Legislación les va a hacer llegar a todos los Colegas, para que puedan presentar cualquier aporte, ideas o recomendaciones, que permitan en la decisión del Parlamento aprobar artículo por artículo. Seguidamente tomó la palabra el Presidente y duce, que después de haber escuchado las palabras del Legislador José Aguilar, les informo a los Legisladores que según el artículo 61, ésta Cámara se declara en Sesión Permanente del Lunes [sic] a Jueves de 2:30 PM a 5:00 PM, excluyendo el Lunes, y Martes 01-05-2001. Acto seguido se pasó al cuarto punto: Derecho de palabra del Legislador Miguel Quintero, para referirse al crédito adicional de fecha 24-04-2001 solicitado por el Tnel. Jhony Yáñez Rangel Gobernador del Estado Cojedes por la cantidad de mil quinientos dieciocho millones de bolívares sin céntimos (...).”

Del aporte presentado por el Acta en referencia esta Sala determina que no se cumplió debidamente con la primera fase del procedimiento de formación de las leyes al no establecerse una discusión detallada del proyecto presentado conforme lo exige el artículo 208 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Dicho acto se limitó a hacer presentación del escrito sin sometimiento a conocimiento y discusión alguna por parte de los Legisladores del Estado Cojedes, procediéndose a remitir a la Comisión respectiva, para luego realizar su análisis en una “segunda discusión” según Acta de Sesión celebrada el 11 de septiembre de 2002, que hizo constar el único estudio pormenorizado (artículo por artículo) de ese Proyecto de Constitución.

Ciertamente, si bien las actuaciones realizadas por el Consejo Legislativo del Estado Cojedes se ajustaron al Reglamento de Interior y Debates de ese Órgano legislativo no son concordantes con lo exigido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela respecto de la primera fase en el proceso de formación de las leyes, por lo que dicha norma prevista en ese Reglamento es inaplicable a pesar de lo previsto en la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos, dado que desfasa un requerimiento sustancial que exige la propia Constitución como norma de primer orden en aplicación. Por tanto, el artículo 208 constitucional no fue acatado en lo que respecta a la primera discusión de los proyectos de ley, disposición ésta cuya obligatoriedad se hace aún más evidente al observar la expresa declaratoria del orden de preferencia delimitada por el artículo 45 de las Disposiciones finales y transitorias de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados (*G.O.* 37.282 del 13-11-2001), que señala: “*A todo lo no previsto en esta Ley, será aplicable la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Reglamento de Interior y Debates de cada uno de los Consejos Legislativos, así como la legislación nacional y estatal, cuando sea aplicable*”.

Asimismo, corresponde hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados (*G.O.* 37.282 de 13 de septiembre de 2001), el cual, prevé:

Artículo 37. El proceso de formación, discusión y aprobación de las leyes, se regulará por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y lo previsto en el Reglamento de Interior y de Debates de cada Consejo Legislativo Estatal. En ningún caso podrán ser aprobados leyes que no hayan sido sometidas a un mínimo de dos (2) discusiones.

El precepto transcrito culmina su preposición normativa con la locución adverbial “*En ningún caso podrán ser aprobados leyes que no hayan sido sometidas a un mínimo de dos (2) discusiones*”. Esta locución determina su fuerza derogatoria con respecto al resto de ordenamiento jurídico, al exigir un grado de aplicabilidad en cuyo contexto deshecha cualquier disposición que no cumpla con la rigurosidad de someter los proyectos al menos a dos (2) discusiones, cumplidas a cabalidad.

Respecto a esta modalidad de disposiciones la doctrina autorizada ha señalado que: “...se trata de mandatos que ordenan observar una conducta en la mayor medida posible, siendo así que la determinación de lo exigible depende de la concurrencia de otros principios o mandatos (...) al igual que acontece en la antinomia parcial/parcial, en las contingentes o en concreto la contradicción es eventual, no se produce en todos los casos de aplicación; pero la diferencia estriba en que en la antinomia parcial/parcial podemos catalogar exhaustivamente los casos de conflicto, es decir, sabemos cuándo se producirá ésta, ya que las normas presentan supuestos de aplicación parcialmente coincidentes que es posible conocer en abstracto, mientras que tratándose de principios abiertos la colisión sólo se descubre, y se resuelve, en presencia de un caso concreto, y los casos en que ello sucede resultan a priori imposibles de determinar” (Pietro Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta 2003, p. 183-184).

Por tanto, esta Sala concluye que el procedimiento de formación de la Constitución del Estado Cojedes dictada en el año 2002 contrarió elementos esenciales de validez formal previstos tanto en el artículo 208 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela referente a la fase correspondiente a la primera discusión del Proyecto de Constitución de ese Estado que no se adecuó a la exigencia constitucional en el proceso de formación de las leyes; asimismo, se determina la nulidad desde el punto de vista de los requerimientos en el proceso de formación determinados por la legislación nacional, pues el procedimiento de formación no llegó a cumplir, como se debe, con el número mínimo de dos (2) discusiones. La primera discusión no se formuló realmente, sino que solo fue una presentación del proyecto ante la Cámara, y su sola consignación no abarca a cabalidad con el cumplimiento del artículo 208 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 37 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, que exige que en esa primera fase se realice un estudio pormenorizado del proyecto presentado.

Siendo así, esta Sala determina que la vulneración en el procedimiento de formación de la Constitución del Estado Cojedes vicia la misma de nulidad, por lo que esta Sala declara la nulidad de la Constitución del Estado Cojedes promulgada el 29 de noviembre de 2002 y publicada en la Gaceta de esa Entidad en edición Extraordinaria número 197 de misma fecha. Así se decide.

Finalmente, esta Sala determina, por razones de seguridad jurídica, que los efectos del presente fallo serán *pro futuro*, es decir, a partir de la publicación de la presente decisión, manteniéndose la validez de los actos dictados con ocasión a la Constitución anulada. Igualmente, esta Sala declara como instrumento aplicable para esa Entidad, la Constitución del Estado Cojedes de 1990, hasta tanto el Legislativo estatal proceda a dictar una nueva Constitución, en cumplimiento del procedimiento dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica de los Consejos de los Estados. Así se decide.

Vista la declaratoria anterior, esta Sala exhorta al Ejecutivo Estadal y al Consejo Legislativo del Estado Cojedes, para que revisen todas aquellas leyes y demás actos de contenido normativo que hayan sido dictados durante la vigencia de esa Constitución promulgada en el año 2002, ahora declarada nula; o de ser la voluntad de esa Entidad, proceda a dictar una

nueva Constitución en observancia del procedimiento de formación de leyes establecido en la legislación estatal aplicable y en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo conforme al artículo 164 constitucional, según el cual, es de la competencia exclusiva de los Estados que conforman el régimen federal descentralizado, dictar su Constitución para organizar los Poderes Públicos, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así finalmente se decide.

TSJ-SPA (1391)

23-10-2012

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Ejecutivo del Estado Nueva Esparta vs. Constitución del Estado Nueva Esparta.

La Sala Político Administrativa declaró la nulidad de la Constitución del Estado Nueva Esparta, al reformar la Constitución de ese Estado sin haber cumplido con el referendo aprobatorio que exigía el artículo 184.4 de ese texto normativo.

Ahora bien, alega el accionante que la Constitución impugnada derogó el texto anterior sin cumplir con el referéndum que exigía el artículo 4 de ese cuerpo normativo, según el cual “*El proyecto aprobado se someterá a referéndum en la oportunidad que fije el Consejo Legislativo, para que el pueblo se pronuncie a favor o en contra de la reforma*”.

Por su parte, los representantes del Consejo Legislativo del Estado Nueva Esparta estimaron que el referéndum aprobatorio no era necesario, ya que el mismo estaba previsto para las reformas de la Constitución del Estado Nueva Esparta y en el caso de autos el cuerpo normativo impugnado no constituyó una reforma constitucional sino una “*NUEVA CONSTITUCIÓN ESTADAL*”, que se dictó de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que estableció “*UN NUEVO ORDENAMIENTO JURÍDICO*”.

Al respecto, debe esta Sala indicar que la disposición derogatoria de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

“Queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga esta Constitución” (Negritas de la Sala).

Como puede evidenciarse de la norma constitucional expuesta, salvo el caso de la Constitución de 1961 que quedó derogada expresamente, el ordenamiento jurídico -dentro del cual se incluye la Constitución del Estado Nueva Esparta- mantiene su vigencia en la medida en que no contradiga a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

A este respecto, el artículo 184.4 de la Constitución del Estado Nueva Esparta del 6 de julio de 1993, reformada el 29 de diciembre de 2000 -hoy derogada por la constitución impugnada- establecía lo siguiente:

*“Artículo 184.- La Reforma General a la Constitución se tramitará de la siguiente manera:
...omissis...*

4º- El proyecto aprobado se someterá a referéndum en la oportunidad que fije el Consejo Legislativo, para que el pueblo se pronuncie a favor o en contra de la Reforma. El escrutinio se llevará a conocimiento del Consejo Legislativo, el cual declarará sancionada la nueva Constitución, si fuere aprobada por la mayoría de los sufragantes de la entidad federal. El Consejo Nacional Electoral practicará la organización y vigilancia del proceso de referéndum, prestará apoyo técnico para su realización y hará del conocimiento del Consejo Legislativo del Estado sus resultados”.

Así, no aprecia la Sala que la disposición *ut supra* transcrita viole de alguna forma la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, razón por la cual la misma se entendía vigente y, en consecuencia, resultaba de obligatorio cumplimiento.

Así estando vigente la disposición *in commento*, se hacía necesario la realización de un referéndum aprobatorio a los fines de reformar la Constitución del Estado Nueva Esparta que se encontraba vigente desde 1993 y que fuera reformada el 29 de diciembre de 2000.

No obstante lo expuesto, el Consejo Legislativo del Estado Nueva Esparta no realizó el referido referendo y estableció en la Disposición Derogatoria y Disposiciones Finales de la Constitución impugnada lo siguiente:

“DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Queda derogada la Constitución del Estado Nueva Esparta publicada en la Gaceta Oficial del Estado Nueva Esparta, Número Extraordinario, con fecha 6 de julio de 1993, Reformas publicadas en Gaceta Oficial del Estado Nueva Esparta, Número Extraordinario E-060 de fecha 29 de diciembre de 2000 y todas las normas de legislación estatal y municipal que colidan con esta Constitución”.

“DISPOSICIONES FINALES

...omissis...

Segunda:

Esta Constitución no necesita ser sometida a referendo, en virtud de que recoge los principios de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada por el pueblo en los comicios de diciembre de 1.999, según lo establecido en el numeral 1 del artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Así, se observa de autos que el Consejo Legislativo del Estado Nueva Esparta, hizo modificaciones sustanciales a la Constitución estatal anterior pero dichas modificaciones no implican que se haya dictado una nueva Constitución que sustituyera a la anterior, sino más bien se realizó una reforma a la misma y como tal debió ser sometida a referendo de conformidad con las normas a que se ha hecho referencia *ut supra*.

En este sentido, la Constitución impugnada hizo una nueva distribución de los títulos, capítulos y de la cantidad de artículos. Asimismo, se eliminó la figura del defensor de los derechos humanos -Título IV del texto derogado- del referendo aprobatorio para las reformas constitucionales que se encontraba previsto en el artículo 184 del texto derogado y se regularon *-ex novo-* los “*estados de emergencia y alarma*” según lo contenido en los artículos 103 al 106. De lo que se desprende, que se está en presencia de una reforma constitucional y no de un nuevo texto constitucional estatal.

En virtud de las anteriores consideraciones y visto que la Constitución del Estado Nueva Esparta impugnada reformó la Constitución de ese Estado publicada en la *Gaceta Oficial* del Estado Nueva Esparta, número extraordinario, del 6 de julio de 1993, con reformas publicadas en la *Gaceta Oficial* del Estado Nueva Esparta, número extraordinario E-060 del 29 de diciembre de 2000, sin haber cumplido con el referendo aprobatorio que exigía el artículo 184.4 de este texto normativo, debe esta Sala declarar su nulidad, y así se decide.

Dadas las múltiples actuaciones que eventualmente pudieron haber sido realizadas con fundamento en la Constitución del Estado Nueva Esparta y los efectos jurídicos que ello hubiere implicado en el ámbito de esa Entidad federal, esta Sala en aras de la seguridad jurídica, fija los efectos del presente fallo anulatorio *ex nunc*, o hacia el futuro, a partir de la publicación del presente fallo por la Secretaría de esta Sala Constitucional. Así se decide.

En virtud de las consideraciones anteriores, resulta inoficioso para la Sala pronunciarse en torno al resto de los vicios alegados por el accionante. Finalmente, visto el contenido de este fallo, se ordena su publicación en la Gaceta Judicial, en la *Gaceta Oficial* del Estado Nueva Esparta, así como su reseña en la página web de este Tribunal. Así se decide.

III. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Obligación tributaria: Prescripción*

TSJ-SPA (1405)

22-11-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Complejo Siderúrgico de Guayana, C.A. (COMSIGUA) vs. Sentencia Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana

Entre los hechos que interrumpen el lapso de prescripción de los derechos, las sanciones de multa y los accesorios, se encuentra el supuesto que contempla “la comisión de nuevos ilícitos del mismo tipo” prevista en el numeral 4 del artículo 61 el Código Orgánico Tributario de 2001. En tal sentido, la Sala Político Administrativo reitera que el indicado supuesto interruptivo de la prescripción “(...) se materializa con la simple acción repetida o permanente en el tiempo de parte del sujeto pasivo, para considerar que legalmente se concretó un acto interruptivo”, y “Una vez que haya cesado la ocurrencia del mismo tipo de ilícito, comenzaría a computarse el lapso de prescripción.”

Determinada la procedencia de la consulta, esta Alzada observa que la sentencia apelada declaró sin lugar el recurso contencioso tributario ejercido por la sociedad mercantil Complejo Siderúrgico de Guayana, C.A. (COMSIGUA), contra la *Resolución* que desestimó la solicitud de prescripción de la representación judicial de la recurrente en sede administrativa y confirmó las *Resoluciones de Imposición de Sanción y Determinación de Intereses Moratorios* identificadas con letras y números 200908200123002774, 200908200123002775, 200908200123002776 y 200908200123002777, emanadas de la División de Contribuyentes Especiales de la mencionada Gerencia en fecha 20 de noviembre de 2009, en las cuales se determinó a cargo de la contribuyente la obligación de pagar la cantidad total de Noventa y Dos Mil Ochocientos Noventa y Siete Bolívares con Tres Céntimos (Bs. 92.897,03), en materia de impuesto al valor agregado, correspondiente a la segunda quincena de abril, primera quincena de julio, segunda quincena de agosto y primera quincena de octubre de 2004.

Por otra parte, se aprecia lo manifestado por la representación judicial de la contribuyente en el escrito contentivo del recurso contencioso tributario, respecto a que la Administración Tributaria incurrió en el vicio de falso supuesto de derecho por falta de aplicación del Parágrafo Único del artículo 61 del Código Orgánico Tributario de 2001, toda vez que al invocar el numeral 4 del referido artículo 61 como una de las causas de interrupción de la prescripción (comisión de ilícitos del mismo tipo), desaplicó de manera absoluta el aludido Parágrafo.

Agrega que el ente recaudador ha sostenido durante años que los períodos de imposición de un tributo son independientes los unos de los otros y que, en el caso del impuesto al valor agregado, se trata de un tributo que se liquida mensualmente y, por tanto, las sanciones de multa “que se deban imponer, atañen estrictamente al período en el que se produjo el ilícito”.

Hechas las anteriores precisiones, a objeto de verificar la conformidad a Derecho de la decisión de instancia, esta Sala estima prudente hacer algunas consideraciones. En tal sentido, se observa que en el caso de autos los incumplimientos de los deberes materiales se refieren al impuesto al valor agregado para los períodos fiscales antes señalados, por lo que al tratarse de un impuesto que se liquida periódicamente, conforme lo estableció esta Sala en sentencia N° 01393 de fecha 7 de octubre de 2009, caso: *C.A. La Electricidad de Caracas*, ratificada posteriormente en fallos N° 00264 de fecha 24 de marzo de 2010, caso: *Aeropanamericano, C.A.* y N° 00646 del 7 de julio de 2010, caso: *Empresas de Estiba Ryan Walsh, S.A.*, el lapso de prescripción comenzará a contarse a partir del mes siguiente a aquél en que se verifique el incumplimiento, esto es, desde la segunda quincena de mayo, primera quincena de agosto, segunda quincena de septiembre y primera quincena de noviembre de 2004, conforme a lo dispuesto en el artículo 60 del Código Orgánico Tributario de 2001.

Por lo tanto, resulta necesario verificar si en la situación concreta se consumó dicho lapso de prescripción de cuatro (4) años al que hace alusión el artículo 55 del Código Orgánico Tributario de 2001 o, en su defecto, si existió alguna causal de interrupción de la misma.

En tal sentido, esta Sala reproduce los artículos 55, 60 y 61 *eiusdem* los cuales expresan lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 55: Prescriben a los cuatro (4) años los siguientes derechos y acciones:

1. El derecho para verificar, fiscalizar y determinar la obligación tributaria con sus accesorios.
2. La acción para imponer sanciones tributarias, distintas a las penas restrictivas de la libertad.
3. El derecho a la recuperación de impuestos y a la devolución de pagos indebidos.” (Subrayado de esta Sala).

“Artículo 60: El cómputo del término de prescripción se contará:

1. En el caso previsto en el numeral 1 del artículo 55 de este Código, desde el 1° de enero del año calendario siguiente a aquél en que se produjo el hecho imponible.

Para los tributos cuya liquidación es periódica se entenderá que el hecho imponible se produce al finalizar el período respectivo.

- 2.- En el caso previsto en el numeral 2 del artículo 55 de este Código, desde el 1° de enero del año calendario siguiente a aquél en que se cometió el ilícito sancionable.

- 3.- En el caso previsto en el numeral 3 del artículo 55 de este Código, desde el 1° de enero del año calendario siguiente a aquél en que se verificó el hecho imponible que dio (sic) derecho a la recuperación de impuesto, se realizó el pago indebido o se constituyó el saldo a favor, según corresponda.(...)”. (Subrayado de esta Alzada).

“Artículo 61: La prescripción se interrumpe, según corresponda:

- 1.- Por cualquier acción administrativa, notificada al sujeto pasivo, conducente al reconocimiento, regularización, fiscalización y determinación, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del tributo por cada hecho imponible.
- 2.- Por cualquier actuación del sujeto pasivo conducente al reconocimiento de la obligación tributaria o al pago o liquidación de la deuda.
- 3.- Por la solicitud de prórroga u otras facilidades de pago.
- 4.- Por la comisión de nuevos ilícitos del mismo tipo.

5.- *Por cualquier acto fehaciente del sujeto pasivo que pretenda ejercer el derecho de repetición o recuperación ante la Administración Tributaria, o por cualquier acto de esa Administración en que se reconozca la existencia del pago indebido, del saldo acreedor o de la recuperación de tributos.*

Interrumpida la prescripción, comenzará a computarse nuevamente al día siguiente de aquél en que se produjo la interrupción.

PARÁGRAFO ÚNICO: *El efecto de la interrupción de la prescripción se contrae a la obligación tributaria o pago indebido, correspondiente al período o a los períodos fiscales a que se refiera el acto interruptivo y se extiende de derecho a las multas y a los respectivos accesorios". (Destacado de la Sala).*

En este orden de ideas la prescripción como medio de extinción de la obligación tributaria está condicionada a la concurrencia de determinados supuestos: la inactividad o inercia del acreedor, el transcurso del tiempo fijado por la Ley, la invocación por parte del interesado, y que no haya sido interrumpida o no se encuentre suspendida.

De estas condiciones concurrentes se deriva que el instituto de la prescripción extintiva, está sustentada sobre la base de abandono, silencio o inactividad del acreedor durante un período legal concreto, lo que origina consecuentemente la pérdida de su derecho frente al deudor.

En conexión con lo expuesto, es prudente enfatizar que el lapso de prescripción puede ser interrumpido, lo cual trae como consecuencia que el tiempo transcurrido desaparezca y, en consecuencia, el período de prescripción se reinicie con un nuevo cómputo a partir de la materialización de la acción que lo interrumpió.

Por otra parte, se advierte que entre los hechos que interrumpen el lapso de prescripción de los derechos, las sanciones de multa y los accesorios, se encuentra el supuesto que contempla "*la comisión de nuevos ilícitos del mismo tipo*" prevista en el numeral 4 del artículo 61 el Código Orgánico Tributario de 2001, circunstancia que aparece por primera vez en ese instrumento normativo.

Ahora bien, cabe destacar que el Parágrafo Único del artículo 61 en comentario -el cual posee una redacción semejante a la del artículo 54 del Código Orgánico Tributario de 1994- fija límites a los efectos interruptivos de la prescripción al establecer que se circunscriben "*al ejercicio o ejercicios fiscales determinados en el acto interruptivo*".

Sin embargo, en el caso de "*la comisión de nuevos ilícitos del mismo tipo*" la situación se torna distinta y, así, lo dejó sentado esta Sala Político-Administrativa en reciente sentencia Nro. 01189 del 11 de octubre de 2012, caso: *Industria Láctea Torondoy, C.A. (INLATOCA)*, cuando expresó que el indicado supuesto interruptivo de la prescripción "*(...) se materializa con la simple acción repetida o permanente en el tiempo de parte del sujeto pasivo, para considerar que legalmente se concretó un acto interruptivo*", y se agrega en el fallo que "*Una vez que haya cesado la ocurrencia del mismo tipo de ilícito, comenzaría a computarse el lapso de prescripción.*"

Al ser así, de la revisión exhaustiva de las actas procesales que conforman el expediente se desprende que los lapsos de prescripción que venían transcurriendo para los períodos fiscales correspondientes a la segunda quincena de abril, primera quincena de julio, segunda quincena de agosto y primera quincena de octubre de 2004, fueron interrumpidos en fechas 10 de mayo, 21 de julio, 3 de septiembre y 20 de octubre de 2004 con el enteramiento de las retenciones de impuesto al valor agregado efectuada por la contribuyente.

En orden a lo anterior, resulta necesario destacar que después de producirse tales enteramientos si bien el ente recaudador no realizó -dentro de los cuatro (4) años siguientes- actuación alguna dirigida a interrumpir nuevamente la prescripción, es el caso que la recurrente sí la interrumpió cuando incurrió nuevamente en el ilícito tributario del mismo tipo (enteramiento extemporáneo), conforme al numeral 4 del artículo 61 del Código Orgánico Tributario de 2001, durante los periodos impositivos correspondientes a los años 2005, 2006, 2008 y 2009, según se desprende de las actas fiscales, así lo advierte la representación fiscal en el escrito de informes consignado en el procedimiento judicial de instancia y, asimismo, se aprecia de los cuadros que a continuación se detallan.

En fecha 26 de noviembre de 2009 la División de Contribuyentes Especiales de la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Guayana del SENIAT, notificó a la empresa Complejo Siderúrgico de Guayana, C.A. (COMSIGUA) las *Resoluciones de Imposición de Sanciones y Determinación de Intereses Moratorios* N° 200908200123002774, 200908200123002775, 200908200123002776 y 200908200123002777 del 20 de noviembre de 2009, con lo cual la prescripción fue nuevamente interrumpida, conforme a lo previsto en el numeral 1 del artículo 61 del Código Orgánico Tributario de 2001, transcurriendo desde esa fecha (26 de noviembre de 2009) hasta el **18 de diciembre de 2009** (un día después del enteramiento extemporáneo correspondiente a la primera quincena del mes de diciembre de 2009), solamente veintidós (22) días de los cuatro (4) años correspondientes al lapso de prescripción.

Luego, el 15 de enero de 2010 la apoderada judicial de la empresa Complejo Siderúrgico de Guayana, C.A., (COMSIGUA) presentó ante la aludida Gerencia de Tributos, un escrito de solicitud de prescripción de las sanciones pecuniarias descritas en los actos administrativos antes señalados, suspendiéndose el cómputo de la prescripción que venía corriendo desde el 18 de diciembre de 2009, habiendo transcurrido un total de veintiocho (28) días.

En fecha 21 de mayo de 2010 la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Guayana del SENIAT, notificó a la contribuyente la *Resolución* distinguida con letras y números *GRTI/RG/DJT/2010/036* del 18 de ese mismo mes y año, mediante la cual declaró sin lugar la solicitud de prescripción y confirmó las *Resoluciones de Imposición de Sanciones y Determinación de Intereses Moratorios* N° 200908200123002774, 200908200123002775, 200908200123002776 y 200908200123002777, todas de fecha 20 de noviembre de 2009.

Las consideraciones expuestas permiten a esta Sala concluir que, en el caso de autos, en aplicación de la normativa tributaria antes mencionada, no había operado la prescripción de las sanciones tributarias para la oportunidad en que fue solicitada; razón por la cual se desestima la denuncia presentada por la empresa contribuyente, se confirma la sentencia dictada por el Tribunal de instancia en los términos expuestos en este fallo, con excepción del pronunciamiento referente a la condenatoria en costas impuesta a la sociedad mercantil Complejo Siderúrgico de Guayana, C.A. (COMSIGUA), el cual se revoca habida cuenta que se trata de una empresa tutelada por la Corporación Venezolana de Guayana, la cual goza de prerrogativas y privilegios concedidos a la República, conforme a lo previsto en el artículo 24 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana, en concordancia con el criterio sostenido por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en la sentencia N° 1.238 del 30 de septiembre de 2009, caso: *Julián Isaías Rodríguez Díaz*, en cuanto “*considera que el enunciado normativo de prohibición de condenatoria en costas a la República encuentra una justificación constitucional por lo que debe prevalecer como privilegio procesal cuando ésta resulta vencida en los juicios en los que haya sido parte por intermedio de cualquiera de sus órganos*”. Así se declara.

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: Institutos Autónomos (Privilegios y prerrogativas)*

TSJ-SPA (1389)

22-11-2012

Magistrada Ponente: Trina Omaira Zurita

Caso: Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI) vs. Oil Industrial Special Services, C.A. (OISCCA)

Cuando la ley en forma expresa otorgue a los institutos autónomos los privilegios y prerrogativas acordados a la República, la medida preventiva que se solicite a su favor no requiere la comprobación concurrente de los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, conforme a lo establecido en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.892, Extraordinario, del 31 de julio de 2008.

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la medida cautelar de embargo preventivo solicitada por la parte actora, y a tal efecto observa:

En reiteradas oportunidades ha señalado la Sala que la garantía de la tutela judicial efectiva, prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota con el libre acceso a los órganos de administración de justicia, ni con la posibilidad de obtener un pronunciamiento expedito o de hacer efectiva la ejecución de un fallo, sino también con la protección anticipada de los intereses y derechos en juego, cuando estos se encuentren apegados a la legalidad. Por tal razón, el ordenamiento jurídico coloca a disposición de los justiciables un conjunto de medidas de naturaleza preventiva, destinadas a procurar la protección anticipada de quien acude a juicio alegando ser titular de una posición o situación jurídico-subjetiva susceptible de ser protegida, de forma que el transcurso del tiempo no obre contra quien tiene la razón. (*Vid.*, entre otras, Sentencias de esta Sala N° 160/211 y 25 /2012).

Asimismo, se ha señalado que el poder cautelar debe ejercerse con estricta sujeción a las disposiciones legales que lo confieren, en razón de lo cual la providencia cautelar solo se concede cuando haya en autos medios de prueba que constituyan presunción grave de la existencia concurrente del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo y del derecho que se reclama.

En este orden de ideas tenemos que el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece:

“Artículo 104. A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas de juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravidades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causa de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante”.

Por su parte, el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone:

“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”.*

La interpretación concordada de las normas transcritas, nos lleva a examinar los requisitos de procedencia de las mismas, a los fines del otorgamiento de la medida cautelar solicitada, esto es, la presunción grave del derecho reclamado (*fumus boni iuris*) y el peligro grave que resulte ilusoria la ejecución de la decisión definitiva (*periculum in mora*). Así tenemos, en relación al primero de los requisitos, el *fumus boni iuris*, su confirmación consiste en la existencia de apariencia de buen derecho, pues cuando se acuerda la tutela cautelar no puede prejuzgarse sobre el fondo del asunto planteado; puede comprenderse entonces como un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante, correspondiéndole al Juez analizar los recaudos o elementos presentados junto con el escrito de la demanda, a fin de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama.

En cuanto al segundo de los mencionados supuestos, ha sido reiterado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, que éste no se limita a una mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño alegado en virtud de la violación o desconocimiento del derecho o derechos reclamados y la dificultad o imposibilidad de su reparación bien por la demora del juicio, bien por las acciones que el demandado, durante el tiempo que tome la tramitación de aquél, pudiera efectuar con el objeto de burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada.

En conexión con lo anterior, la jurisprudencia de esta Sala ha dejado sentado que debe haber una estricta relación entre la procedencia de la medida cautelar y los alegatos y pruebas que el solicitante produzca en los autos a fin de demostrar los requisitos establecidos por la ley para otorgar la medida, de manera que no basta con invocar el peligro inminente de que quede ilusoria la ejecución del fallo definitivo, sino que además debe acompañarse un medio de prueba que pueda hacer surgir en el Juez, al menos una presunción grave de la presencia de dicho peligro.

En la presente causa observa la Sala que la parte solicitante de la protección cautelar es el Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI), instituto autónomo creado por Ley, motivo por el cual resulta menester atender a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en la *Gaceta Oficial*, Extraordinario, N° 5.890 de fecha 31 de julio de 2008, que consagra lo siguiente:

“Artículo 98. *Los institutos autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios”.*

De la norma antes transcrita, se desprende que la ley en forma expresa otorgó a los institutos autónomos los privilegios y prerrogativas acordados a la República, en tal sentido, se debe acotar que cuando la medida preventiva obre a favor de la República o cualquier otro ente con las mismas prerrogativas, a tenor de lo establecido en el artículo 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.892, Extraordinario, del 31 de julio de 2008, no se requiere la comprobación concurrente de los requisitos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

En efecto, la señalada norma prevé lo siguiente:

“Artículo 92. Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados.

Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, aceptada por el Procurador o Procuradora General de la República o quien actúe en su nombre, en resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República”.

De manera pues, que la interpretación concordada de las normas antes transcritas, permiten concluir que en el presente caso no se requiere la comprobación concurrente de los requisitos *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, sino que el otorgamiento de la medida procederá con la constatación en autos de cualquiera de ellos. (*Vid.*, entre otras, sentencia de esta Sala N° 00176/ 2011).

Expuesto lo anterior, le corresponde a la Sala verificar la existencia de cuando menos, uno de los requisitos antes esbozados, y al respecto se observa que entre los recaudos consignados en el expediente, se encuentran los siguientes:

1 Copia simple del Contrato N° SL-P/GUA-64-09 celebrado el 3 de agosto de 2009 por el Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI) y la sociedad mercantil Oil Industrial Special Services, C.A. (OISCCA), que tenía por objeto la “CONSTRUCCIÓN DE URBANISMO Y DOSCIENTAS (200) VIVIENDAS UNIFAMILIARES PAREADAS EN EL DESARROLLO HABITACIONAL LAS VERITAS II, MUNICIPIO FRANCISCO DE MIRANDA, ESTADO BOLIVARIANO DE GUÁRICO”.

2. Copia simple de “Recibo de pago” (sin fecha) suscrito por el ciudadano Francisco M. Guevara actuando en su carácter de Presidente de la empresa Oil Industrial Special Services, C.A. (OISCCA), a través del cual declara que ha recibido en nombre de su representada la cantidad de dieciséis millones setecientos ochenta mil trescientos treinta y ocho bolívares con noventa y seis céntimos (Bs. 16.780.338,96) “POR CONCEPTO DE VALUACIÓN DE ANTICIPO 50% CORRESPONDIENTE AL CONTRATO ORIGINAL N° SL-P/GUA-64-09 CUYO OBJETO LA “CONSTRUCCIÓN DE URBANISMO Y DOSCIENTAS (200) VIVIENDAS UNIFAMILIARES PAREADAS EN EL DESARROLLO HABITACIONAL LAS VERITAS II, MUNICIPIO FRANCISCO DE MIRANDA, ESTADO BOLIVARIANO DE GUÁRICO”. (*Sic*).

De los anteriores documentos se desprende, cuando menos en principio, la presunción de la existencia de las obligaciones cuyo cumplimiento es demandado por la parte actora en este juicio, derivadas del Contrato N° SL-P/GUA-64-09 que tenía por objeto la “CONSTRUCCIÓN DE URBANISMO Y DOSCIENTAS (200) VIVIENDAS UNIFAMILIARES PAREADAS EN EL DESARROLLO HABITACIONAL LAS VERITAS II, MUNICIPIO FRANCISCO DE MIRANDA, ESTADO BOLIVARIANO DE GUÁRICO”, lo que se traduce en que probablemente sus pretensiones tengan el suficiente sustento fáctico y jurídico como para ser satisfechas en la decisión definitiva que recaiga en el presente proceso, salvo que en su curso la parte accionada los desvirtúe; motivo por el cual la Sala estima cumplido el requisito de *fumus boni iuris* exigido para el otorgamiento de la medida cautelar de embargo preventivo solicitada por la representación judicial de la parte demandante. Así se declara.

Habiéndose demostrado la presencia de uno de los elementos requeridos para el decreto de las medidas cautelares, esto es, el aludido *fumus boni iuris*, esta Sala, con vista en las consideraciones expuestas y con base en lo establecido en el artículo 92 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría

General de la República, en concordancia con el artículo 98 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y el ordinal 1° del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, decreta medida preventiva de embargo sobre bienes muebles propiedad de la sociedad mercantil Oil Industrial Special Services, C.A. (OISCCA), hasta por el doble de la cantidad demandada, esto es, catorce millones cuatrocientos ochenta y tres mil dieciséis bolívares con treinta y cuatro céntimos (Bs. 14.483.016,34), lo cual arroja como monto a embargar la cantidad de veintiocho millones novecientos sesenta y seis mil treinta y dos bolívares con sesenta y ocho céntimos (Bs. 28.966.032,68), más una suma igual al treinta por ciento (30%) de dicho monto, lo cual representa ocho millones seiscientos ochenta y nueve mil ochocientos nueve bolívares con ochenta céntimos (Bs. 8.689.809,80) por concepto de costas procesales, todo lo cual arroja un total de **TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS BOLÍVARES CON CUARENTA Y OCHO CÉNTIMOS (Bs. 37.655.842,48)**, como monto del embargo. Así se decide.

La medida preventiva de embargo acordada será practicada “sobre la cuenta corriente abierta en el BANCO DEL CARIBE, C.A. BANCO UNIVERSAL (BANCARIBE), identificada con el N° 01140151181510833780” cuya titular es la accionada del presente juicio, así como sobre aquellos otros bienes muebles que señale el Instituto accionante en el momento de la práctica de la misma, hasta completar el monto total de la suma a embargar. Así se declara.

Finalmente, respecto a la solicitud de la demandante de que “se Oficie a la SUPERINTENDENCIA GENERAL DE LAS INSTITUCIONES DEL SECTOR BANCARIO (SUDEBAN), a los fines de que informe a esa Sala (...) sobre las cuentas bancarias que pertenezcan a la sociedad mercantil Oil Industrial Special Services, C.A. (OISCCA)...” resulta pertinente aludir al contenido del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, el cual prevé lo siguiente:

“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.” (Resaltado de la Sala)

En virtud de la norma previamente transcrita, esta Sala a los fines de hacer efectiva la medida cautelar de embargo preventivo decretada sobre bienes muebles propiedad de la sociedad mercantil Oil Industrial Special Services, C.A. (OISCCA), acuerda como medida complementaria oficiar a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario para que requiera a las entidades que conforman el sistema bancario nacional, información sobre las cuentas y cualquier otro instrumento financiero que posea la prenombrada sociedad mercantil Oil Industrial Special Services, C.A. (OISCCA), en dichas instituciones financieras. (Vid. Sentencia de esta Sala N° 00711 /2009).

A tales fines, se concede un lapso de diez (10) días de despacho contados a partir de que conste en autos su notificación, para que informe a esta Sala sobre tal requerimiento. Así se establece.

2. *El Contencioso Administrativo Especial*A. *El Contencioso Administrativo Tributario. Sentencia: Consulta obligatoria (sentencia contraria a los intereses de la República)*

TSJ-SPA (1405)

22-11-2012

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Complejo Siderúrgico de Guayana, C.A. (COMSIGUA) vs. Sentencia Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana

La institución de la consulta ha sido estatuida como un mecanismo de control judicial en materias cuya vinculación con el orden público, constitucional y el interés general ameritan un doble grado de cognición. De esta forma, constituye un medio de revisión judicial o de examen de la adecuación al derecho, más no un supuesto de impugnación o ataque de las decisiones judiciales.

Corresponde a esta Sala pronunciarse en esta oportunidad sobre el recurso de apelación interpuesto por la representación judicial de la sociedad mercantil Complejo Siderúrgico de Guayana, C.A. (COMSIGUA), contra la sentencia definitiva N° PJ0662011000232 de fecha 19 de diciembre de 2011 dictada por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana, que declaró sin lugar el recurso contencioso tributario incoado por la mencionada empresa.

Sin embargo, esta Máxima Instancia constata que mediante diligencia de fecha 19 de julio de 2012 la abogada Elisa Ramos Almeida, ya identificada, actuando con el carácter de apoderada judicial de la contribuyente, expuso lo siguiente:

“(...) En nombre de mi representada desisto formalmente de la apelación interpuesta contra la sentencia PJ066201100032 emanada del Juzgado Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana con competencia en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro de fecha 19 de Diciembre de 2011(...)”.

En atención a la solicitud formulada, esta Sala estima necesario referir el contenido de los artículos 263 y 264 del Código de Procedimiento Civil, aplicables supletoriamente al caso de autos, conforme a lo previsto en el artículo 332 del Código Orgánico Tributario de 2001. Las normas mencionadas establecen lo siguiente:

“Artículo 263: En cualquier estado y grado de la causa puede el demandante desistir de la demanda y el demandado convenir en ella. El juez dará por consumado el acto, y se procederá como sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sin necesidad del consentimiento de la parte contraria.

El acto por el cual desiste el demandante o conviene el demandado en la demanda, es irrevocable, aún antes de la homologación del Tribunal.”

“Artículo 264: Para desistir de la demanda y convenir en ella se necesita tener capacidad para disponer del objeto sobre el cual verse la controversia y que se trate de materias en las cuales no estén prohibidas las transacciones.”

Conforme a lo expresado, de la revisión exhaustiva de las actas procesales que cursan en el expediente se advierte la copia simple del documento poder autenticado ante la Notaría Pública Trigésimo Novena del Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital en fecha 23 de abril de 2009, anotado bajo el Nro. 84, Tomo 49 de los Libros de Autenticaciones

llevados por esa Oficina Notarial, específicamente, a los folios 255, 256, 257, 258 y 259 del expediente; de cuya lectura se aprecia que la referida abogada Elisa Ramos Almeida se encuentra investida con expresas facultades para representar legalmente a la mencionada empresa. Al respecto, se señaló lo siguiente:

“(...) En el ejercicio del presente poder quedan facultados los citados abogados para intentar cualquier solicitud o recurso en vía administrativa, (...) solicitar la nulidad de actos procesales y la reposición de la causa; recusar funcionarios judiciales, convenir, desistir, transigir y disponer del derecho en litigio (...).” (Resaltado de la Sala).

Sin embargo, es de destacar que la contribuyente es una empresa tutelada por la Corporación Venezolana de Guayana CVG y, por tanto, goza de las mismas prerrogativas y privilegios otorgados por ley a la República. En efecto, la disposición contenida en el artículo 24 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.553 de fecha 12 de noviembre de 2001, indica que:

“Artículo 24. La Corporación Venezolana de Guayana y sus empresas tuteladas tendrán las mismas prerrogativas y privilegios otorgados por la ley a la República.”

Por su parte el artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008, dispone lo que sigue:

“Artículo 70: Los abogados que ejerzan en juicio la representación de la República no pueden convenir, desistir, transigir, comprometer en árbitros, conciliar o utilizar cualquiera otro medio alternativo para la solución del conflicto, sin la expresa autorización del Procurador o Procuradora General de la República, previa instrucción escrita de la máxima autoridad del órgano respectivo.” (Destacado de la Sala).

En este contexto es claro que siendo la contribuyente una empresa tutelada por la Corporación Venezolana de Guayana (CVG) -tal como se señaló anteriormente-, para que su representación judicial pueda desistir se requiere de una autorización expresa de la Procuradora General de la República previa instrucción de la máxima autoridad de la nombrada Corporación, de lo cual no cursa a los autos documentación alguna. Por tanto, ha de entenderse que la nombrada abogada carece de la facultad para desistir de la apelación de autos por lo que no podría homologarse el desistimiento planteado.

Ahora bien, por cuanto la Secretaría de esta Sala mediante auto del 31 de julio de 2012 realizó el cómputo de los días de despacho transcurridos desde la fecha que se dio cuenta en Sala del ingreso del expediente, exclusive, hasta el día en que venció el lapso establecido en el auto de fecha 26 de junio de 2012, inclusive, se pasa a decidir el caso de autos a la luz de lo previsto en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El señalado dispositivo prevé:

“Artículo 92: Dentro de los diez días de despacho siguientes a la recepción del expediente, la parte apelante deberá presentar un escrito que contenga los fundamentos de hecho y de derecho de la apelación, vencido este lapso, se abrirá un lapso de cinco días de despacho para que la otra parte dé contestación a la apelación.

La apelación se considerará desistida por falta de fundamentación.” (Destacado de la Sala).

El artículo citado establece la carga procesal para la parte apelante de presentar dentro de los diez (10) días de despacho siguientes a la recepción del expediente, un escrito en el que se expongan las razones de hecho y de derecho en las que fundamente su apelación. De igual forma impone como consecuencia jurídica a la falta de comparecencia de la parte apelante, el desistimiento *tácito* de la apelación.

Así, quedó demostrado que desde el día en que se dio cuenta del ingreso del expediente, exclusive, hasta el día en que venció el lapso establecido en el auto del 26 de junio de 2012, inclusive, se dejó constancia de haber transcurrido diez (10) días de despacho correspondientes a los días 27, 28 de junio, 03, 04, 10, 11, 12, 19, 25 y 26 de julio de 2012, sin que la contribuyente presentase su escrito de fundamentación de la apelación.

Por esta razón, juzga la Sala que al no haberse consignado el mencionado escrito donde la parte apelante expusiese las razones de hecho y de derecho en las que fundamentó su solicitud de revocatoria del pronunciamiento judicial atacado por el referido medio de impugnación, no puede esta Máxima Instancia sin suplir la carga procesal correspondiente a dicha parte, entrar a conocer y decidir la apelación incoada; razón por la cual declara el desistimiento tácito de la apelación formulada por la representación judicial de la sociedad de comercio Comsigua. Así se decide.

Finalmente, en atención a lo previsto en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en concordancia con lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se observa que la sentencia apelada no viola normas de orden público, razón por la cual quedaría firme.

Sin embargo, como se sostuvo en líneas anteriores, del artículo 24 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana de 2001, se desprende que la Corporación Venezolana de Guayana y sus empresas tuteladas tienen las mismas prerrogativas y privilegios otorgados por la ley a la República.

En tal sentido, el artículo 72 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008, reza:

“Artículo 72. Toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, debe ser consultada al Tribunal Superior competente.”

De las normas transcritas, se desprende que la sociedad mercantil Complejo Siderúrgico de Guayana, C.A. (COMSIGUA), empresa tutelada de la Corporación Venezolana de Guayana (CVG), goza por disposición expresa de la ley de las mismas prerrogativas y privilegios de la República, dentro de las cuales se encuentra la consulta obligatoria prevista en el citado artículo 72. A tal efecto, en casos como el de autos, ambas partes, contribuyente y Fisco Nacional, tienen la misma prerrogativa y, por consiguiente, si la decisión de instancia desfavorece las pretensiones procesales de cualquiera de ellas, debe ser consultada por igual ante el órgano de la Alzada competente.

Así, declarado como ha sido el desistimiento tácito de la apelación incoada por la representación judicial de la aludida contribuyente, debe esta Sala verificar de oficio la procedencia o no de la referida consulta.

En el ordenamiento jurídico venezolano, la institución de la consulta ha sido estatuida como un mecanismo de control judicial en materias cuya vinculación con el orden público, constitucional y el interés general ameritan un doble grado de cognición. De esta forma, constituye un medio de revisión judicial o de examen de la adecuación al derecho, mas no un supuesto de impugnación o ataque de las decisiones judiciales.

Conviene asimismo puntualizar que la consulta obligatoria de un fallo judicial, cuando es concebida como prerrogativa procesal a favor del Estado, presupone una flexibilización al principio de igualdad entre las partes en litigio, sin embargo, su principal finalidad no es reportar al beneficiario ventajas excesivas frente a su oponente, sino lograr el ejercicio de un control por parte de la Alzada sobre aspectos del fallo que por su entidad inciden negativamente en principios que interesan al orden público.

Por esta razón, el examen de juridicidad encomendado en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008, no puede generar una cognición en segunda instancia más extensa que la producida por el ejercicio de los medios de impugnación previstos en la leyes aplicables y que, por causas inherentes a los titulares de esta prerrogativa, no han sido interpuestos en las oportunidades procesales correspondientes.

Así, tal instituto jurídico, se insiste, consiste en un mecanismo que busca preservar la juridicidad efectiva del fallo, en supuestos estrictamente vinculados a los altos intereses del Estado, vale decir, aquellos relacionados con el orden público, constitucional y el interés general: 1) desaplicación de normas constitucionales; 2) violaciones de criterios e interpretaciones vinculantes emanadas de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal; 3) resguardo de la propia jurisdicción; 4) quebrantamientos de formas esenciales en el proceso; y 5) prerrogativas y privilegios procesales conferidos a favor de la República (Véase decisiones N° 1107/2007 y 2157 /2007, dictadas por la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, casos: *Procuraduría General del Estado Lara y Nestlé Venezuela, C.A.*, respectivamente).

Formuladas las anteriores precisiones, y al circunscribir la Sala el análisis en consulta a los aspectos anteriormente descritos del fallo definitivo dictado el 19 de diciembre de 2011 por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial de la Región Guayana, se pasa a decidir la referida consulta, no sin antes verificar si, en el caso concreto, se cumplen los requisitos plasmados en las decisiones N° 00566, 00812, 00911, 00812, 00813 dictadas por esta Sala Político-Administrativa en fechas 2 de marzo de 2006, 9 de julio y 6 de agosto de 2008, las dos últimas de fecha 22 de junio de 2011, casos: *Agencias Generales Conaven, S.A., Banesco Banco Universal, C.A., Importadora Mundo del 2000, C.A., C.A. Radio Caracas Televisión (RCTV) y CORPORACIÓN ARCHIVOS MÓVILES ARCHIMOVIL, C.A.*, respectivamente, así como en el fallo N° 2.157 del 16 de noviembre de 2007, emanado de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, caso: *Nestlé de Venezuela C.A.* Tales requisitos son:

1.- Que se trate de sentencias definitivas o interlocutorias que causen gravamen irreparable, es decir, revisables por la vía ordinaria del recurso de apelación.

2.- Que la cuantía de la causa exceda de cien unidades tributarias (100 U.T.) cuando se trate de personas naturales y de quinientas unidades tributarias (500 U.T.) cuando se trate de personas jurídicas.

3.- Que las sentencias definitivas o interlocutorias que causen gravamen irreparable resulten contrarias a las pretensiones de la República.

Al aplicar las exigencias señaladas en el enunciado criterio jurisprudencial al caso bajo análisis, la Sala constata lo siguiente: a) se trata de una sentencia definitiva; b) la cuantía del recurso contencioso tributario asciende a la cantidad total de Noventa y Dos Mil Ochocientos Noventa y Siete Bolívares con Tres Céntimos (Bs. 92.897,03), que al confrontarla con lo establecido en la *Providencia Administrativa* Nro. *SNAT/20110009* de fecha 24 de febrero de 2011, suscrita por el Superintendente Nacional Aduanero y Tributario del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.623 de la misma fecha, mediante la cual se reajustó el valor de la unidad tributaria a Setenta y Seis Bolívares (Bs. 76,00), cantidad aplicable para la fecha en que fue dictada la sentencia de instancia -19 de diciembre de 2011-; se evidencia que la cuantía de la causa equivale a Mil Doscientas Veintidós con Treinta y Dos Unidades Tributarias (1.222,32 U.T.); las cuales exceden sobradamente las 500 U.T. exigidas en el caso de la personas jurídicas; c) la sentencia de instancia resultó contraria a las

pretensiones de la República al haber sido declarado sin lugar el recurso contencioso tributario interpuesto por la sociedad de comercio Complejo Siderúrgico de Guayana, C.A. (COM-SIGUA). Por tanto, la concurrencia de los indicados requisitos justifica que en el caso concreto proceda la consulta. Así se decide.

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Amparo Constitucional*

A. *Finalidad Protección de derechos y garantías constitucionales*

TSJ-SC (1655)

5-12-2012

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Municipio San Diego del Estado Carabobo vs. Ordenanza sobre la Tasa por el Uso del Terminal Terrestre Socialista de Valencia, publicada en la Gaceta Municipal de Valencia N° 11/1900 Extraordinaria, de 12 de diciembre de 2011.

La Sala Constitucional reitera su jurisprudencia respecto a la improcedencia del denominado “amparo organizativo”, como una pretendida figura destinada a tutelar potestades públicas o garantías institucionales

En lo que respecta a la medida de amparo cautelar requerida “a objeto de garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, así como preservar el ejercicio de los derechos constitucionales y de salvaguardar la institucionalidad del Concejo Municipal como órgano del Poder Público Municipal”, conviene traer a colación lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 3.- También es procedente la acción de amparo, cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colida con la Constitución. En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar la inaplicación de la norma impugnada y el Juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión.

La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad”.

A este respecto, es menester precisar que esta modalidad de tutela constitucional provisional tiene una marcada especialización y, como se deduce de la norma que fue transcrita, se dirige exclusivamente a enervar infracciones en la esfera de los derechos fundamentales del reclamante. En el caso de autos, la parte actora imputó a las normas delatadas infracción de principios constitucionales como el de legalidad, la división de poderes y la autonomía municipal; esto es, principios con indiscutible cobertura constitucional pero que, en ningún caso, guardan relación con una presunta afrenta a los derechos constitucionales que correspondan al municipio actor.

En este sentido, conviene referir el precedente contenido en sentencia, (Véase: Sentencia N° 1395 del 21-11-2000 en *Revista de Derecho Público* N° 84.2001 en pp. 315 y ss) en el que esta Sala Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse acerca del contenido de los

derechos y garantías constitucionales y la improcedencia del denominado “*amparo organizativo*”, como una pretendida figura destinada a tutelar potestades públicas o garantías institucionales. En este sentido, dispuso lo siguiente:

“[E]l objeto del amparo es la tutela judicial reforzada de los derechos y garantías constitucionales, lo cual comprende los derechos enunciados por la Constitución, algunos de los cuales se encuentran fuera de su Título III (vid., por ejemplo, los artículos 143, 260 y 317 de la Constitución), así como los consagrados en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, y cualquier otro que sea inherente a la persona humana.

Lo dicho no implica restringir la noción de derechos o garantías constitucionales a los derechos de las personas naturales, pues también las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales. Incluso las personas jurídicas de Derecho Público pueden ostentar algunos de esos derechos.

Pero lo hasta ahora expuesto sí permite concluir que entes político-territoriales como los Estados o Municipios, sólo han de acudir al amparo para defender los derechos o libertades de los que puedan ser titulares, como el derecho al debido proceso, o el derecho a la igualdad, o a la irretroactividad de la ley. En cambio, no pueden accionar en amparo para tutelar la autonomía que la Constitución les reconoce o las potestades y competencias que aquélla comporta.

La autonomía de un ente público únicamente goza de la protección del amparo cuando la Constitución la reconoce como concreción de un derecho fundamental de trasfondo, como ocurre con la autonomía universitaria respecto del derecho a la educación (artículo 109 de la Constitución).

En el caso de autos, los accionantes no invocan un derecho constitucional de los Estados que hubiese sido vulnerado, sino la autonomía que la Constitución les asegura y, particularmente, ‘la garantía de la autonomía financiera que se contempla en los artículos 159, 164, ordinal 3º, 167, ordinales 4º y 6º, de la Constitución’ (cursivas de la Sala).

Sin embargo, bajo el concepto de garantía constitucional no pueden subsumirse contenidos completamente ajenos al elenco de libertades públicas constitucionalmente protegidas, como se pretende, ya que la garantía se encuentra estrechamente relacionada con el derecho. La garantía puede ser entendida como la recepción constitucional del derecho o como los mecanismos existentes para su protección. Tanto en uno como en otro sentido la garantía es consustancial al derecho, por lo que no cabe emplear el concepto de garantía para ensanchar el ámbito tutelado por el amparo, incluyendo en el mismo toda potestad o competencia constitucionalmente garantizada. Ello conduciría a una desnaturalización del amparo, que perdería su especificidad y devendría en un medio de protección de toda la Constitución”.

Al hilo de lo expuesto en el fallo citado, debe la Sala negar la petición de amparo objeto de estos autos, en la medida en que no apunta a la protección de derechos constitucionales propios del Municipio reclamante, sino de normas constitucionales que regulan la actuación de los órganos del Poder Público y las relaciones entre sí, en cada uno de los niveles político-territoriales. Así se declara.

B. Objeto

a. Actos emanados de las Inspectorías del Trabajo

TSJ-SC (1634)

5-12-2012

Magistrada Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Luciano José Visbal Flores y otros vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

Procede el amparo en los supuestos en que, pese a la diligencia del interesado en solicitar la actuación de la Administración, no consiga satisfacción a su primigenia pretensión –el desalojo, el reenganche, por ejemplo-, pues es sabido que el poder de los órganos administrativos, a los efectos de la ejecución de cierto tipo de decisiones, es limitado, por lo que, en caso de desacato, apenas cuenta con instrumentos indirectos de presión, como las multas, las cuales en ocasiones se presentan como insuficientes para influir realmente en la conducta del obligado.

Respecto al fondo del asunto planteado, la Sala reitera parcialmente su criterio contenido en la sentencia Véase: Sentencia N° 2308 del 14-12-2006 en *Revista de Derecho Público* N° 108 pp. 229 y ss) conforme al cual para el caso concreto de los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, la ejecución de las decisiones administrativas debe ser exigida primeramente en vía administrativa y, en caso de no ser fructífera la gestión, agotado como haya sido el procedimiento de multa previsto en la Ley Orgánica del Trabajo Título XI, podría recurrir a los mecanismos jurisdiccionales ordinarios, en tanto que:

“sólo en situación excepcional cuando el incumplimiento afecte un derecho constitucional, puede recurrirse al amparo constitucional, para exigir un mandamiento judicial que consista en una conducta que debió instarse directamente en sede administrativa, como en principio es el caso de autos. La naturaleza del amparo constitucional, tal como es la pacífica jurisprudencia de esta Sala, es la de un mecanismo extraordinario, que sólo procede cuando se han agotado las vías ordinarias o, en caso adicional, cuando no es posible exigir ese agotamiento en vista de las circunstancias del caso concreto y de la urgencia de resolución de la controversia.

En todo caso, sí procedería el amparo –sin lugar a dudas- en los supuestos en que, pese a la diligencia del interesado en solicitar la actuación de la Administración, no consiga satisfacción a su primigenia pretensión –el desalojo, el reenganche, por ejemplo-, pues es sabido que el poder de los órganos administrativos, a los efectos de la ejecución de cierto tipo de decisiones, es limitado, por lo que, en caso de desacato, apenas cuenta con instrumentos indirectos de presión, como las multas, las cuales en ocasiones se presentan como insuficientes para influir realmente en la conducta del obligado.

Se trata, pues, de un asunto que debe ser resuelto en atención a las circunstancias particulares del caso, teniendo como principio la necesidad, por una lado, de mantener los poderes de la Administración –la ejecutoriedad, en especial- y, por el otro, el respeto a los derechos de los particulares, que no pueden verse negados en caso de que las vías ordinarias demuestren su ineficacia.

Lo expuesto es común a cualquier demanda de amparo, al ser una acción judicial que, sin pretender sustituir a las vías ya existentes en el ordenamiento jurídico, está consagrada para proteger lo que, a veces, esas vías no son capaces de hacer. La valoración del caso concreto se hace indispensable, en consecuencia” (Destacado de esta Sala).

En el presente caso, la Sala en la sentencia N° 1.393/09 admitió la presente acción de amparo y ordenó constituir una comisión o mesa de trabajo en la cual se planteen el problema denunciado mediante la pretensión de amparo interpuesta y elaboren un informe en el que traten los siguientes aspectos: a.- Determinación del número y disponibilidad de cargos en la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas; b.- Monto al cual asciende el posible pasivo laboral generado desde la desincorporación de los trabajadores de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas calificado por la Administración del Trabajo como un despido masivo; c.- Listado de cuentas nómina aún activas en entidades bancarias, a nombre de los trabajadores objeto del presunto despido masivo, d.- Disponibilidad presupuestaria de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas.

Con base a ello, el 18 de febrero de 2010, la Sala mediante la decisión N° 3 acordó “*la convocatoria de la constitución de la presente mesa para el día miércoles 24 de febrero de 2010, a las nueve y media de la mañana (9:30 a.m.), previa recepción a esta Sala a partir de la publicación del presente fallo de los integrantes designados por las partes involucradas, conforme a lo establecido en el punto i) del referido fallo, para la constitución de la referida mediante Acta suscrita ante la Secretaría de esta Sala*”.

Por su parte, la parte actora reafirmó mediante diversas diligencias que la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, no ha dado cumplimiento a la Resolución N° 6.540 del 8 de julio de 2009, dictada por la Ministra del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social, e incluso el 5 de mayo de 2010, la parte actora solicitó se levante la constitución de la mesa de trabajo ordenada por la Sala y, se proceda a fijar la fecha para la celebración de la audiencia constitucional.

Aunado a ello, mediante sentencia N° 1.261/10 la Sala declaró que “*el transcurso del lapso fijado por esta Sala en sentencia N° 1.393/09, así como las infructuosas gestiones desarrolladas por la Comisión ordenada en dicho fallo, se ORDENA a la Secretaría de esta Sala, fijar la audiencia constitucional, tras la cual una vez concluido el debate, la Sala decidirá el fondo del asunto planteado*”.

Igualmente, consta en las actas del expediente (folio 172 de la pieza 1) un acto de la Inspectora del Trabajo en el distrito Capital, Municipio Libertados (Sede Norte), en el cual se acuerda “*imponer multas sucesivas al ente infractor Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas (...) toda vez que no procedió a consignar la nomina de pago y las órdenes de pago, así como los recibos a los que se refieren los artículos primero y segundo de la Resolución N° 3633*”.

Tales circunstancias, son a juicio de esta Sala elementos de convicción suficientes que evidencian la procedencia del amparo en los términos de la sentencia N° 2.308/06 y en el marco de la presente causa por derechos e intereses colectivos y difusos, ya que pese a la diligencia de los interesados en solicitar la actuación de la Administración, no se ha logrado la satisfacción de su primigenia pretensión.

b. *Amparo contra decisiones judiciales*

TSJ-SC (1488)

14-11-2012

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Embotelladora Terepaima C.A. vs. Decisión Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

El amparo contra decisión judicial en casos de amparo..sólo procede contra sentencias dictadas que infrinjan derechos o garantías constitucionales ex novo; es decir, cuando tales decisiones dictadas en última instancia lesionen una situación jurídica y fáctica distinta a la que constituyó el objeto del debate en el juicio originario de amparo.

Determinada la competencia de esta Sala para conocer de la presente acción de amparo constitucional, mediante sentencia 1188/2009, y vista la realización de la audiencia constitucional el 25 de octubre de 2012, se pasa a decidir en los siguientes términos:

Ahora bien, como quiera que las presuntas violaciones constitucionales denunciadas tienen su origen en el referido fallo dictado el 11 de mayo de 2009 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la acción de amparo interpuesta es la prevista en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que establece:

“Artículo 4. Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional.

En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un Tribunal Superior al que emitió el pronunciamiento, que decidirá en forma breve, sumaria y efectiva”

En cuanto a la procedencia de la acción de amparo contra decisiones judiciales, esta Sala en innumerables decisiones ha destacado, que la solicitud de amparo incoada con base en el citado artículo 4 *eiusdem*, debe señalar no sólo la actuación fuera de su competencia del órgano jurisdiccional, sino que además debe indicar de qué manera dicha actuación vulnera derechos constitucionales del accionante. Esto ha sido el criterio jurisprudencial de esta Sala, que conduce a afirmar que el amparo contra decisiones judiciales, no es un medio para replantear ante un órgano jurisdiccional un asunto ya decidido por otro mediante sentencia firme, por cuanto el juez de amparo no actúa como una nueva instancia sino como juzgador de la constitucionalidad de la actuación jurisdiccional.

No obstante lo anterior, esta Sala aprecia que la accionante interpuso el presente amparo constitucional contra una decisión judicial dictada en el marco de un procedimiento de amparo, en el cual la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido y, en consecuencia, confirmó el fallo dictado por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, el 11 de marzo de 2009, por medio del cual se declaró con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta y ordenó el cumplimiento de la Providencia Administrativa N° 0961, del 10 de agosto de 2006, emanada de la Inspectoría del Trabajo Pío Tamayo del Estado Lara, contra la sociedad mercantil Embotelladora Terepaima, C.A., que ordenó el reenganche y pago de salarios caídos del ciudadano Manuel Martins, contra la referida empresa

Ahora bien, la parte accionante en su escrito de amparo hizo hincapié en que “(...) *bajo ningún concepto se pretende constituir la presente acción en lo que en la doctrina y la jurisprudencia se señala como amparo contra amparo, ya que las infracciones delatadas en la presente acción encuentran su génesis en el curso de tal proceso de amparo en el cual se dictó la sentencia que por esta vía se impugna, siendo por tanto que los elementos que configuran la vulneración de los derechos constitucionales, son fáctica y jurídicamente distintos de aquellos que fueron sometidos a revisión en la decisión de la acción de amparo primariamente ejercida, y evidentemente hacer presuponer la existencia de una violación flagrante del debido proceso (...)*”.

En este sentido, debe destacarse sentencia N° 438/2000 en la cual esta Sala señaló que:

“De lo anterior se desprende que los presuntos agraviados pretenden la impugnación -por vía de amparo- de una sentencia firme, en virtud del agotamiento de las dos instancias previstas en la ley, el caso bajo examen se enmarca dentro de lo que la jurisprudencia ha conocido como amparo contra amparo, es decir, se intenta un amparo en contra de una decisión judicial, sólo que la misma recae sobre una acción de amparo primariamente interpuesta y que ha recorrido las dos instancias, bien sea por el ejercicio de la apelación o por la consulta de ley.

En relación con tan particular mecanismo de impugnación, esta Sala Constitucional fijó posición en sentencias del 2 de marzo y 25 de abril de 2000 (Casos: Francia Josefina Rondón Astor y, Fernando José Roa Ramírez), estableciéndose en dichas sentencias que, al quedar agotada la vía del amparo -ya sea por apelación o consulta- es imposible ejercer tal mecanismo de protección en contra de una sentencia de amparo firme, por cuanto se crearía una cadena interminable de acciones de amparo, vulnerándose así el principio de la doble instancia -lesionando a su vez la seguridad jurídica-, quedando desvirtuada la esencia breve y expedita que inviste el proceso de amparo”.

En tal sentido, se aprecia que conforme el criterio sostenido por la Sala, el ejercicio del “*amparo contra amparo*” resultaría posible únicamente en el caso de agravios constitucionales no juzgados o que se deriven directamente de la sentencia dictada por el juez constitucional, de tal suerte que el ejercicio del mismo se halla supeditado a la existencia indubitable de una violación del derecho a la defensa o al debido proceso, o la usurpación de funciones por parte del tribunal constitucional, que deben originarse necesariamente en el curso de tal proceso de amparo y, por tanto, los elementos que configuran la nueva vulneración del orden constitucional son fáctica y jurídicamente distintos de los que fueron sometidos a revisión en la decisión de la acción de amparo primariamente ejercida.

En consecuencia, el referido amparo contra decisión judicial dictada en un caso de amparo, sólo procede contra sentencias dictadas que infrinjan derechos o garantías constitucionales ex novo; es decir, cuando tales decisiones dictadas en última instancia lesionen una situación jurídica y fáctica distinta a la que constituyó el objeto del debate en el juicio originario de amparo (*Vid.* Sentencias de esta Sala N° 813/2008 y 819/2009, entre otras)

En efecto, el ejercicio del amparo contra amparo resultaría posible únicamente en el caso de agravios constitucionales no juzgados o que se deriven directamente del curso del proceso de amparo o de la sentencia dictada por el juez constitucional de última instancia, por ello, los elementos que configuran la nueva vulneración del orden constitucional deben ser distintos a los que ya fueron sometidos a revisión a través de la acción de amparo constitucional.

En atención a lo expuesto, se aprecia que a diferencia de lo alegado por la parte accionante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo previo al razonamiento de fondo efectuado, desestimó la causal de inadmisibilidad alegada en la presente ocasión, por no haber transcurrido el lapso de seis meses, establecido en el artículo 6.4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucional, cuando expresamente dispuso, ratificando la decisión del *a quo*, que: “*En tal sentido, esta Corte de la revisión de las actas procesales que conforman el presente expediente, evidencia que la presente acción de amparo constitucional, fue interpuesta en primera instancia en fecha 4 de febrero de 2009, siendo que -como ciertamente lo alega el apelante- el procedimiento de multa finalizó en fecha 18 de mayo de 2007. No obstante, también expresó que la Sociedad Mercantil accionada fue notificada, por parte de la Administración Pública mediante oficios de fechas 10/07/2007, 23/08/2007, 25/09/2007, 24/10/2007, 31/01/2008, 26/02/2008 23/04/2008, 27/06/2008, 29/08/2008 y 30/09/2008, tendiente a la ejecución de la sanción de multa impuesta, siendo que la última de ellas se practicó en fecha 3 de noviembre de 2008 (folio 77), en virtud de la reiterada contumacia de la empresa en dar cumplimiento a la orden de administrativa de reenganche.*

Ello así se desprende claramente que la Administración Pública realizó suficientemente todas las diligencias necesarias con el fin de ejecutar su decisión, como lo es en el presente caso la Providencia Administrativa N° 0961 de fecha 10 de agosto de 2006, por lo que de los propios hechos expuestos por la apelante, así como de las actas del expediente se verifica

que no ha transcurrido el lapso de caducidad de seis (6) meses previsto en el artículo 6, numeral 4, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y por ende, no ha operado la caducidad de la acción, tal como lo declaró el Juzgado A quo. Así se decide”

En tal sentido, observa la Sala que las denuncias de infracción constitucional alegadas por la representación judicial de la accionante, se sustentan en argumentaciones dirigidas a cuestionar el juzgamiento realizado tanto por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental como por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, al decidir la apelación, objeto del presente amparo constitucional, de las circunstancias jurídicas y fácticas que fueron desestimadas previamente a través de las dos instancias judiciales en el procedimiento de amparo constitucional.

Aunado a lo expuesto, debe esta Sala destacar que la invocación de la caducidad aparte de haber sido decidida en la instancia y fundamentar nuevamente el amparo en dicho argumento, es de señalar que la caducidad alegada por la empresa accionante fundamentada en la inactividad de la parte en el ejercicio de la acción de amparo sin atender a la violación causada, no atiende al principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos así como a la convalidación de la infracción constitucional cometida no solo al cumplimiento de los actos administrativos sino a la vulneración de un derecho social como es el derecho constitucional al trabajo, debido a que ésta se ha mantenido de manera continuada y reiterada en el tiempo por la infructuosidad en el cumplimiento de la orden de reenganche y pago de salarios caídos a través de la inacción en la ejecución del acto administrativo a través de una conducta reticente no solo en la instancia administrativa sino más grave aún en la inejecución del amparo constitucional que ratificó el cumplimiento de la providencia administrativa laboral accionada en amparo constitucional. En refuerzo de ello, debe citarse sentencia de esta Sala n.º 933/2004, en la cual se expuso:

“Así las cosas, considera la Sala que mal pudo la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en la sentencia cuya revisión fue solicitada, con invocación a principios generales que informan la actividad administrativa pero que no pueden constituir una obstáculo para el goce y disfrute de los derechos y garantías que protege la vigente Constitución, negar el derecho de acceso a la jurisdicción del ciudadano José Luis Rivas Rojas, quien ya había obtenido en sede administrativa la protección de sus derechos laborales, mediante una aplicación incorrecta al caso concreto del supuesto de hecho previsto en el artículo 6, numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ya que para efectuar el cómputo del lapso de caducidad de la acción de seis (6) meses que se encuentra en la referida norma legal, es imprescindible que el Juez constitucional haya precisado con exactitud, mediante el examen de los elementos probatorios que cursen en autos, a partir de qué fecha fue que comenzó a producirse la situación o circunstancia lesiva de derechos constitucionales, sin que sea posible en casos de inejecución de actos particulares de la Administración no sujetos a un lapso de ejecución específico previsto con anterioridad en el ordenamiento –como ocurre con las providencias de las Inspectorías del Trabajo- computar de manera general el lapso de caducidad en sede de amparo a partir de la fecha de la última notificación del acto particular cuya ejecución se requiere, pues, se insiste, esa fecha no coincide necesariamente con la fecha en que pudo comenzar la negativa del patrono a acatar la providencia, que incluso puede ser difícil o imposible de establecer en el tiempo”.

Asimismo, debe destacarse sentencia de esta Sala N° (Véase: Sentencia N° 2308 del 14-2-2006 en *Revista de Derecho Público* N° 108, 2006 en pp. 228-231). En la cual se fundamentaron el Juzgado Superior y la Corte Primera para desestimar el alegato de caducidad, cuando se dispuso que:

“En todo caso, sí procedería el amparo –sin lugar a dudas- en los supuestos en que, pese a la diligencia del interesado en solicitar la actuación de la Administración, no consiga satisfacción a su primigenia pretensión –el desalojo, el reenganche, por ejemplo-, pues es sabido que el poder de los órganos administrativos, a los efectos de la ejecución de cierto tipo de decisiones, es limitado, por lo que, en caso de desacato, apenas cuenta con instrumentos indirectos de presión, como las multas, las cuales en ocasiones se presentan como insuficientes para influir realmente en la conducta del obligado.

Se trata, pues, de un asunto que debe ser resuelto en atención a las circunstancias particulares del caso, teniendo como principio la necesidad, por una lado, de mantener los poderes de la Administración –la ejecutoriedad, en especial-y, por el otro, el respeto a los derechos de los particulares, que no pueden verse negados en caso de que las vías ordinarias demuestren su ineficacia.

Lo expuesto es común a cualquier demanda de amparo, al ser una acción judicial que, sin pretender sustituir a las vías ya existentes en el ordenamiento jurídico, está consagrada para proteger lo que, a veces, esas vías no son capaces de hacer. La valoración del caso concreto se hace indispensable, en consecuencia”.

En atención a ello, debe destacarse que la protección de los derechos sociales -derecho al trabajo- no solo implican una protección positiva en su resguardo sino que puede abarcar diferentes grados o nivel de protección según la conducta objeto de planteamiento ante los órganos jurisdiccionales, así debe desatacarse que puede existir una obligación de respeto, una obligación de protección, de aseguramiento o de promoción, las cuales varían en función de los sujetos involucrados y la conducta cuestionada.

Así pues, la protección del derecho al trabajo en los casos de ejecución de providencias administrativas implican una actividad dual de los órganos de la administración así como de los órganos jurisdiccionales, en primer lugar, porque son los primeros -los órganos administrativos- los competentes para velar por la ejecución de los administrativos y propender a la protección del derecho social al trabajo mediante su efectiva protección, y una obligación de aseguramiento de los órganos jurisdiccionales de procurar su cumplimiento ante la infructuosidad de las actuaciones administrativas.

No obstante en este último escenario, ya se ha constatado una actitud reprochable por parte del ente patronal que se ha negado al cumplimiento de un acto administrativo válido y vigente sin que medie una orden judicial que justifique su inejecución –medida cautelar de suspensión de efectos-, lo cual acarrea al imperio de un estadio fáctico anarquista donde en flagrante violación de los derechos constitucionales de un determinado ciudadano se erige otra violación desproporcionada al principio de legalidad, entendido éste como una manifestación singular del principio de obligatoriedad general de las normas jurídicas, mediante el cual todos los sujetos están obligados a obedecer, cumplir y hacer cumplir las normas vigentes, con independencia del origen, naturaleza y rango de las mismas.

Así, se aprecia que la relación de trabajo en atención a su evolución progresiva de los derechos civiles de autonomía privada se ha superado a través de los años de un vínculo servil entre el empleador y el trabajador a mutar una relación de igualdad en la cual aun cuando el modelo patrimonial impone sus caracteres de determinación negocial existe una intervención pública en la medida que se encuentra vinculado a la protección de un derecho fundamental, que garantizan una serie de condiciones en cuanto a la tutela e independencia en la protección de los derechos constitucionales no solo del trabajador sino del empleador.

Por ende, la satisfacción del capital productivo que genera en un Estado el resguardo del derecho al trabajo implica su efectivo aseguramiento en cuanto al cumplimiento no solo de las políticas legislativas dictadas en el ámbito laboral, sino en la protección material de dicho

derecho constitucional de una manera efectiva y real y, el no sometimiento o perecimiento de la protección y garantías efectivas de resguardo de los derechos constitucionales a través de los mecanismos económicos de desigualdad entre los interventores en la relación por el empleo de mecanismos disuasorios del ejercicio de sus derechos y obligaciones constitucional so pena de las sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico, la cuales deben ser de manera clara e inderogables aplicables en el marco del respeto de los derechos y garantías constitucionales.

En consecuencia, visto la dificultad en el equilibrio de los derechos sociales es que la labor del Estado requiere de diversos niveles de protección en las cuales se identifique los contenidos y presupuestos de las obligaciones para posteriormente determinar las responsabilidades de los actores ante el incumplimiento efectiva de estas, tal realidad es la que el legislador patrio a través de la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 6076 del 7 de mayo de 2012, ha procurado su protección y fomento mediante el definitivo abandono de la inequidad existente en las precitadas relaciones mediante la prosecución de una paz social y laboral en la cual el trabajo es un proceso fundamental para la consecución de los fines esenciales del Estado (ex artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En consonancia con las exposiciones realizadas, esta Sala aprecia que en el caso bajo análisis, el juicio de amparo constitucional cumplió su doble instancia, como puede constatar de autos; razón por la cual, siendo evidente que lo pretendido por la accionante es denunciar los posibles errores de juzgamiento en que incurrió el juez constitucional que conoció de la acción de amparo, errores supuestos que no son denunciables por la vía del amparo constitucional, tal como lo señaló el presunto agravante, por tanto, esta Sala declara improcedente la presente acción de amparo.

2. *Recurso de interpretación constitucional: Inadmisibilidad*

TSJ-SC (1367)

22-10-2012

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Solicitud de interpretación del artículo 160 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala Constitucional declara inadmisibile el recurso de interpretación constitucional al pretender sustituir un recurso idóneo para dirimir una situación que se denuncia como lesiva

Determinada su competencia, corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la admisibilidad de la interpretación solicitada. Al efecto, se observa que en la sentencia” (Véase: Sentencia N° 278 del 19-2-2002 en *Revista de Derecho Público* N° 89-90/91-92, 2002, pp. 372 y ss) esta Sala, precisó los requisitos de admisibilidad de las solicitudes de interpretación, y estableció que las mismas deben cumplir con lo siguiente:

“1.- *Legitimación para recurrir. Debe subyacer tras la consulta una duda que afecte de forma actual o futura al accionante.*

2.- *Novedad del objeto de la acción. Este motivo de inadmisión no opera en razón de la precedencia de una decisión respecto al mismo asunto planteado, sino a la persistencia en el ánimo de la Sala del criterio a que estuvo sujeta la decisión previa.*

3.- *Inexistencia de otros medios judiciales o impugnatorios a través de los cuales deba ventilarse la controversia, o que los procedimientos a que ellos den lugar estén en trámite (Sentencia N° 2.507 de 30-11-01, caso: Ginebra Martínez de Falchi).*

4.- *Que no sean acumuladas acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles (tal circunstancia fue sancionada en la sent. N° 2627/2001, caso: 'Morela Hernández').*

5.- *Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible.*

6.- *Ausencia de conceptos ofensivos o irrespetuosos.*

7.- *Inteligibilidad del escrito.*

8.- *Representación del actor”.*

Al respecto, se observa que tal como afirma el propio solicitante, ya esta Sala se ha pronunciado sobre el sentido y alcance del artículo 160 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (*Vid.* 449 del 24 de marzo de 2004), estableciendo que *“resulta categórico que los Gobernadores o Gobernadoras se eligen por un período de cuatro años, esto es, para que gobiernen durante tal lapso, expresamente señalado en la Constitución, de lo que se colige que, indiferentemente del momento en que se celebre la elección del candidato, y con independencia del momento en que se juramente en el cargo, su ejercicio siempre deberá ser de cuatro (4) años, reconocer lo contrario constituiría una violación de la Constitución”.*

De este modo, la Sala ha reconocido la vigencia del principio de inalterabilidad de los periodos de gobierno, con lo cual, no habría duda sobre la oportunidad en que comienzan y concluyen los periodos para el ejercicio del cargo de gobernador, ya que en cualquier caso, será el de 4 años establecidos en el Texto Fundamental, contado a partir del momento de la respectiva proclamación. Siendo ello así, de los argumentos expuestos por el solicitante, se evidencia que su pretensión no tiende al esclarecimiento del sentido y alcance de la norma constitucional, pues como se afirmó *supra*, la misma ya ha sido objeto de análisis exhaustivo por parte de esta Sala, sino a manifestar su inconformidad con la convocatoria realizada por el Consejo Nacional Electoral a las elecciones regionales de diciembre del presente año, ya que en su criterio, ello le estaría lesionando sus derechos subjetivos, así como el principio de soberanía popular.

Se observa entonces, que la presente acción se encuentra incurso en la tercera causal de inadmisibilidad antes referida, esto es, cuando exista otro medio judicial a través del cual deba ventilarse la controversia (*Sentencia N° 2.507 de 30-11-01, caso: Ginebra Martínez de Falchi*) o lo que es lo mismo, cuando se pretenda sustituir un recurso idóneo para dirimir una situación que se denuncia como lesiva y, que en el caso de autos, no es otra que el recurso contencioso electoral a que se refieren los artículo 179 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual, presenta características propias de la acción de amparo, como la sumariedad, la brevedad y la inmediación, lo cual conduce a ratificar que, constituye la vía ordinaria idónea para dilucidar pretensiones contra los órganos electorales (*Cfr.* Sentencia de esta Sala Nros. 2.477/2004 y 2.478/2004). En virtud de lo expuesto, esta Sala declara inadmisibile la pretensión planteada, ya que la interpretación constitucional no está concebida como un recurso de naturaleza impugnatoria que pueda ser ejercido en sustitución de los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece para el restablecimiento de situaciones jurídicas eventualmente lesionadas. Así se declara.