

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Segundo Semestre de 2018

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

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Estados de excepción y emergencia económica. 2. Estados de excepción. Decretos de estado de excepción. Prorroga.*

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías constitucionales. A. Las Garantías del debido proceso a. Presunción de inocencia: Actas policiales. B. Principio non bis in idem 2. Derechos individuales. A. Derecho a la libertad de expresión y la no discriminación. 3. Derechos Sociales A. Derechos Laborales a. Derecho al Trabajo. Inamovilidad Reenganche y pago de salarios caídos b. Derecho a la seguridad social. Pensión de jubilación*

III. ORDENAMIENTO ORGÁNICO

1. *Poder Judicial. A. Medios alternativos de Resolución justicia: El Arbitraje como derecho fundamental. B. Tribunal Supremo de Justicia. a. Competencia Antejuzicio de Mérito: Imprudencia. Delitos Flagrantes.*

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Actos Administrativos. A. Motivación. B. Vicios de fondo. Desviación de poder. 2. Contratos Administrativos: Potestad de rescisión del contrato. Cláusulas exorbitantes*

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control de la Constitucionalidad. A. Control difuso de la constitucionalidad. Revisión de las sentencias Sala Constitucional. 2. Revisión Constitucional. 3. Acción de Amparo constitucional. A. Objeto: Amparo contra sentencia. Admisibilidad. B. Procedimiento. Admisibilidad. Falta de representación. Poder.*

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Estados de excepción y emergencia económica*

TSJ-SC (638)

20-9-2018

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Constitucionalidad Decreto N° 3610 del 10 septiembre de 2018 publicado en la Gaceta Oficial N° 41.478 de la misma fecha, reimpresión publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.485 del 19 del mismo mes y año mediante el cual se declara el Estado de excepción y de la emergencia económica.

...Verificada la competencia de esta Sala Constitucional para conocer del presente asunto, cumplidos los trámites correspondientes y estando dentro de la oportunidad que establece el artículo 339 constitucional para dictar el fallo, incumbe en este estado analizar la constitucionalidad del Decreto N° 3.610 del 10 de septiembre de 2018 en el que se decretó el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, para lo cual se observa lo siguiente:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desarrolla varios extremos fundamentales de estos estados de excepción y determina los controles a los cuales deben sujetarse los decretos mediante los cuales se declaran tales circunstancias extraordinarias (artículos 236, numeral 7, 337, 338 y 339).

De otra parte, el desarrollo legislativo de esta figura jurídica extraordinaria de orden constitucional, está regulado como antes se apuntó en la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción, los cuales han sido definidos como circunstancias extraordinarias dotadas de la característica de la irresistibilidad de los fenómenos y la lesividad de sus efectos, que se plantean en un régimen constitucional, afectando o amenazando con hacerlo a sus instituciones fundamentales, impidiendo el normal desarrollo de la vida ciudadana y alterando la organización y funcionamiento de los poderes públicos (Rondón de Sansó, Hildegard. “El Régimen de los estados de excepción en la Constitución de 1999”, en *Cuatro Temas Álgidos de la Constitución Venezolana de 1999*, Caracas 2004).

En tal sentido, puede afirmarse que los estados de excepción son circunstancias de variada índole, que pueden afectar la seguridad de la Nación, de las instituciones o de los ciudadanos, para cuya atención no serían totalmente suficientes ni adecuadas a los fines del restablecimiento de la normalidad, las facultades de que dispone ordinariamente el Poder Público, y ante las cuales el ciudadano Presidente de la República, en Consejo de Ministros, está investido de potestades plenas para declarar tal estado, decretarlo o aumentar el número de garantías constitucionales restringidas con miras a proteger el bien común, y disponer de tales medidas en los términos que contemple en el Decreto respectivo, en el marco constitucional, para garantizar la seguridad y defensa de la República, y de su soberanía en todos sus atributos y aspectos; en fin, para proteger el propio orden constitucional.

En este orden de ideas, debe indicarse que tanto los estados de excepción como sus prórrogas solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios de que dispone el Estado para afrontarlos. De allí que uno de los extremos que han de ponderarse se refiere a la proporcionalidad de las medidas decretadas respecto de la ratio o las situaciones de hecho acontecidas.(...)

(...) En este sentido, revisado como ha sido el contenido del instrumento jurídico sometido a control constitucional, se observa que se trata de un Decreto cuyo objeto es, a tenor de su artículo 1, es decretar el “...*Estado de Excepción y de emergencia Económica en todo el territorio Nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el Orden Constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y los ciudadanos habitantes de la República, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida...*”.

La fundamentación jurídica, la cual expresa los dispositivos constitucionales y legales en que se basan las competencias que está ejerciendo el ciudadano Presidente de la República en Consejo de Ministros, entre los cuales se invocan los artículos 226 y 236, numeral 7 Constitucionales, que se refieren a la acción de gobierno y a la facultad para dictar estados de excepción, sus prórrogas o aumentos del número de garantías restringidas, en concordancia con los artículos 337, 338 y 339 *eiusdem*, normas que a su vez fueron concatenadas con los artículos 2 al 7, 10, 17 y 23 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

Visto el referido Decreto, esta Sala Constitucional advierte que en sentencias números 4 del 20 de enero de 2016, 7 del 11 de febrero de 2016, 184 del 17 de marzo de 2016, 411 del 19 de mayo de 2016, 615 del 19 de julio de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 4 del 19 de enero de 2017, 113 del 20 de marzo de 2017 y, 364 del 24 de mayo de 2017, ratificaron el criterio del primer fallo sobre algunas nociones de carácter doctrinario respecto de la naturaleza, contenido y alcance de los estados de excepción, como mecanismos constitucionales válidos para que el Presidente de la República pueda tomar medidas extraordinarias y excepcionales cuando existan situaciones fácticas de alarma, emergencia o calamidad.

(...) Al respecto, como antes se indicó, el Decreto sometido al control de esta Sala plantea desde su primer artículo, que el mismo tiene como objeto decretar el Estado de Excepción, en el que el Ejecutivo, hace uso de dicha facultad, para disponer de la atribución para adoptar las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, aumentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, dadas las situaciones fácticas y jurídicas bajo las cuales es adoptado y los efectos que debe surtir con la inmediatez que impone la gravedad o entidad de las circunstancias vulneradoras que el Poder Público, con facultades extraordinarias temporales derivadas del propio Decreto, pues el Presidente de la República como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional está en la obligación de atender para restaurar la normalidad en el funcionamiento del sistema socio-económico, para ponderar y garantizar de forma cabal e inaplazable los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y ciudadanas.

(...) Por ello, se observa que se trata de un límite y ponderación legítima respecto del ejercicio de algunos derechos y garantías constitucionales, fundado en razones excepcionales, cuyo único propósito es establecer un orden alternativo, temporal y proporcional dirigido a salvaguardar la eficacia del Texto Constitucional y, por ende, la eficacia de los derechos y garantías, en situaciones de anormalidad de tal entidad que comprometan la seguridad de la República, de sus habitantes, la armonía social, la vida económica de la República, de sus ciudadanos o ciudadanas, así como el normal funcionamiento de los Poderes Públicos y de la comunidad en general.

Observa esta Sala Constitucional que el Decreto N° 3.610 del 10 de septiembre de 2018, mediante el cual se decreta el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, atiende de forma prioritaria aspectos de seguridad económica, que encuentran razón, además, en el contexto económico latinoamericano y global actual, y resulta proporcional, pertinente, útil y necesario para el ejercicio y desarrollo integral del derecho constitucional a la protección social por parte del Estado, ineludibles para la construcción de una sociedad justa y amante de la paz y para la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, conforme a lo previsto en el artículo 3 Constitucional. Aunado a lo anterior, se incorpora un aparte referido a la implementación y regulación de criptoactivos que viene desarrollando el Ejecutivo Nacional, con la finalidad de superar el bloqueo comercial y financiero que ha recaído en la República por potencias extranjeras, de modo que el Estado pueda seguir proporcionando una política pública enfocada en la protección del pueblo venezolano.

De allí que se estime ajustado al orden constitucional y por ende procedente, que el Ejecutivo Nacional, constatadas las circunstancias suscitadas y que se mantienen en el espacio geográfico de la República, emplee las medidas amparadas por el decreto bajo estudio, en cumplimiento del deber irrenunciable e ineludible del Estado Venezolano de garantizar el acceso oportuno de la población a bienes y servicios básicos y de primera necesidad, así como el disfrute de sus derechos en un ambiente pleno de tranquilidad y estabilidad, asegurando el derecho a la vida de todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela.

(...) En fin, estima esta Sala que el Decreto sometido a control de constitucionalidad cumple con los principios y normas contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tratados internacionales sobre derechos humanos válidamente suscritos y ratificados por la República y en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

(...) Por último, se ordena la publicación de la presente decisión en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta judicial y en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia.

2. *Estados de excepción. Decretos de estado de excepción. Prorroga*

TSJ-SC (805)

22-11-2018

Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Solicitud del Presidente de la República para que se declare la constitucionalidad del Decreto N° 2.655 del 9 de noviembre de 2018, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.521 de la misma fecha; mediante el cual, el Presidente de la República prorroga por sesenta (60) días el plazo establecido en el Decreto N° 3610 del 11 de diciembre de 2018, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.543 de la misma fecha.

...En este orden de ideas, debe indicarse que tanto los estados de excepción como sus prórrogas solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios de que dispone el Estado para afrontarlos.

De allí que uno de los extremos que han de ponderarse se refiere a la proporcionalidad de las medidas decretadas respecto de la ratio o las situaciones de hecho acontecidas.

De lo anterior, se observa que existe y así ha sido reconocido por el órgano legislativo nacional que se mantiene en desacato a las decisiones de este Alto Tribunal, una situación nacional extraordinaria, vinculada a la materia económica, a la seguridad de la Nación y de los ciudadanos y ciudadanas, a la paz social, que afecta el orden constitucional, lo cual exige la toma de medidas excepcionales y oportunas con la finalidad de lograr el restablecimiento de la situación de normalidad social y, por ende, de normalidad conforme a los valores, principios y fines que proyecta la Constitución.

En este sentido, revisado como ha sido el contenido del instrumento jurídico sometido a control constitucional, se observa que se trata de un Decreto cuyo objeto es, a tenor de su artículo 1, es prorrogar por sesenta (60) días, el plazo establecido en el Decreto N° 3.610 (analizado en sentencia N° 638/18).

La fundamentación jurídica, la cual expresa los dispositivos constitucionales y legales en que se basan las competencias que está ejerciendo el ciudadano Presidente de la República en Consejo de Ministros, entre los cuales se invocan los artículos 226 y 236, numeral 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que se refieren a la acción de gobierno y a la facultad para dictar estados de excepción, sus prórrogas o aumentos del número

de garantías restringidas, en concordancia con los artículos 337, 338 y 339 *eiusdem*, normas que a su vez fueron concatenadas con los artículos 2 al 7, 10, 17 y 23 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

Visto el referido Decreto, esta Sala Constitucional advierte que en sentencias números: 4 del 20 de enero de 2016, 7 del 11 de febrero de 2016, 184 del 17 de marzo de 2016, 411 del 19 de mayo de 2016, 615 del 19 de julio de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 4 del 19 de enero de 2017, 113 del 20 de marzo de 2017 y, 364 del 24 de mayo de 2017, 959 del 22 noviembre de 2017, ratificaron el criterio del primer fallo sobre algunas nociones de carácter doctrinario respecto de la naturaleza, contenido y alcance de los estados de excepción, como mecanismos constitucionales válidos para que el Presidente de la República pueda tomar medidas extraordinarias y excepcionales cuando existan tales situaciones fácticas de alarma, emergencia o calamidad.

Al respecto, como antes se indicó, el Decreto sometido al control de esta Sala plantea desde su primer artículo, que el mismo tiene como objeto prorrogar el Decreto N° 3.610 del 10 de septiembre de 2018, en el que el Ejecutivo, hace uso de dicha facultad, para disponer de la atribución para adoptar las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, aumentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, dadas las situaciones fácticas y jurídicas bajo las cuales es adoptado y los efectos que debe surtir con la inmediatez que impone la gravedad o entidad de las circunstancias vulneradoras que el Poder Público, con facultades extraordinarias temporales derivadas del propio Decreto, pues el Presidente de la República como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional está en la obligación de atender para restaurar la normalidad en el funcionamiento del sistema socio-económico, para ponderar y garantizar de forma cabal e inaplazable los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y ciudadanas.

Por ello, se observa que se trata de un límite y ponderación legítima respecto del ejercicio de algunos derechos y garantías constitucionales, fundado en razones excepcionales, cuyo único propósito es establecer un orden alternativo, temporal y proporcional dirigido a salvaguardar la eficacia del Texto Constitucional y, por ende, la eficacia de los derechos y garantías, en situaciones de anormalidad de tal entidad que comprometan la seguridad de la Nación, de sus habitantes, la armonía social, la vida económica de la Nación, de sus ciudadanos o ciudadanas, así como el normal funcionamiento de los Poderes Públicos y de la comunidad en general.

Observa esta Sala Constitucional que el Decreto N° 3.610 del 10 de septiembre de 2018, mediante el cual se declaró el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en todo el Territorio Nacional, atiende de forma prioritaria aspectos de seguridad económica, que encuentran razón, además, en el contexto económico latinoamericano y global actual, y resulta proporcional, pertinente, útil y necesario para el ejercicio y desarrollo integral del derecho constitucional a la protección social por parte del Estado, ineludibles para la construcción de una sociedad justa y amante de la paz y para la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, conforme a lo previsto en el artículo 3 Constitucional.

De allí que se estime ajustado al orden constitucional y por ende procedente, que el Ejecutivo Nacional, constatadas las circunstancias suscitadas y que se mantienen en el espacio geográfico de la República, emplee las medidas amparadas por el decreto bajo estudio, en cumplimiento del deber irrenunciable e ineludible del Estado Venezolano de garantizar el acceso oportuno de la población a bienes y servicios básicos y de primera necesidad, así como el disfrute de sus derechos en un ambiente pleno de tranquilidad y estabilidad, asegurando el derecho a la vida digna de todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela.

En fin, estima esta Sala que el Decreto sometido a control de constitucionalidad cumple con los principios y normas contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tratados internacionales sobre derechos humanos válidamente suscritos y ratificados por la República y en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

(...) Por último, se ordena la publicación de la presente decisión en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta judicial y en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías constitucionales*

A. *Garantía del debido proceso*

a. *Presunción de inocencia. Actas policiales*

TSJ-SC (421)

22-6-2018

Magistrado-Ponente: Calixto Ortega Ríos

Caso: José Ramón Peña Peraza

Ahora bien, esta Sala Constitucional ha señalado de manera expresa que la incorporación de Actas Policiales por sí misma no constituye una prueba suficiente capaz de desvirtuar el principio de la presunción de inocencia que goza toda persona en virtud de la Constitución nacional y los tratados de Derechos Humanos pero que esta situación es distinta cuando el Acta Policial no es tan sólo presentada al debate de juicio sino que es acompañada por el testimonio de los funcionarios actuantes los cuales pueden ser objeto de una evacuación que permita la contradicción entre las partes y la intermediación judicial.

...Un último alegato había sido formulado por el accionante que consideró que la decisión había sido tomada en base a las actas policiales y que estos medios son considerados como insuficientes para generar la mínima actividad probatoria requerida a los fines de condenar a una persona por la comisión de un delito.

Al respecto, hemos de partir por considerar que el Acta Policial es una prueba documental, es decir un medio material donde se recogen manifestaciones de voluntad o conocimiento, se muestran imágenes o narraciones correspondientes a un estado de cosas pasadas, o, se dejó constancia de la ocurrencia de cierto acto o hecho. En razón del principio de prueba libre de nuestro proceso penal acusatorio pueden traerse al debate probatorio a los fines de sustentar la acusación, como documentos extraprocesales de naturaleza pública.

En la opinión de Pérez Sarmiento en virtud de ello “*gozan de una presunción general de veracidad en cuanto a su forma, sus otorgantes, su contenido, la fecha y lugar de realización y en cuanto a los funcionarios que los han autorizado. Esta eficacia probatoria, que le viene conferida a esos documentos por la legislación civil, opera en todos los campos de la vida donde deba ser establecida la veracidad de esos documentos, incluido, claro está el proceso penal*”. (Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 323)

Ahora bien, esta Sala Constitucional ha señalado de manera expresa que la incorporación de Actas Policiales por sí misma no constituye una prueba suficiente capaz de desvirtuar el principio de la presunción de inocencia que goza toda persona en virtud de la Constitución nacional y los tratados de Derechos Humanos pero que esta situación es distinta cuando el

Acta Policial no es tan sólo presentada al debate de juicio sino que es acompañada por el testimonio de los funcionarios actuantes los cuales pueden ser objeto de una evacuación que permita la contradicción entre las partes y la intermediación judicial.

Lo anterior se desprende del criterio expresado en la sentencia vinculante N° 1303 del 20 de junio de 2005, la Sala Constitucional se pronunció al respecto, en los siguientes términos:

En tal sentido, una de las manifestaciones del derecho a la defensa, es que el proceso ostente carácter contradictorio, es decir, que el acusado pueda, además de ofrecer pruebas, participar en los actos de producción de las pruebas, controlar y examinar las pruebas ya ofrecidas, así como también sugerir al órgano jurisdiccional una reconstrucción de los hechos y una interpretación del Derecho que le sea favorable, todo lo cual se manifiesta a plenitud en la fase de juicio.

Lo anterior se vería desvirtuado, en el supuesto de una prueba testimonial, cuando se incorpora al proceso por su simple lectura el acta contentiva de la declaración realizada por una persona en la investigación, la cual tenga conocimiento de las circunstancias que rodearon la comisión del hecho punible objeto del proceso, y sin que tal persona sea llamada en calidad de testigo al juicio oral a los fines de que deponga sobre tal conocimiento, ya que de ser así se le impediría al acusado la posibilidad de examinar y desvirtuar tal testimonio (por ejemplo, a través del interrogatorio del testigo), y por ende se vulneraría el derecho a la defensa, atentando todo ello además contra la propia naturaleza de la prueba testimonial.

Por otra parte, debe señalarse que el principio de intermediación es esencial e immanente para el régimen de la prueba testifical. En tal sentido, la prueba testifical requiere que el órgano jurisdiccional examine con atención especial las características de la persona que realiza la declaración, así como las circunstancias que permiten fijar la credibilidad de ésta.

En el presente caso, puede observarse cómo en la Audiencia Oral y Pública que se celebró en el asunto que se le seguía al ciudadano José Ramón Peña Peraza, comparecieron la funcionaria Eglys Muro, los funcionarios Willian Aranguren, Lenin Colmenares, Carlos Díaz, José Rodríguez y el experto Julio Rodríguez, quienes fueron los actuantes de las actuaciones policiales y de las experticias que en el amparo se señalan como fraudulentas.

Por lo cual, analizados como han sido los alegatos sobre los cuales el abogado Willian Rafael Méndez Unda solicitó un amparo constitucional a favor del ciudadano José Ramón Peña Peraza, así como evidenciado que el análisis realizado por la Corte de Apelaciones de Barquisimeto, del Circuito Judicial Penal del Estado Lara, fue ajustado a derecho, esta Sala declara SIN LUGAR la apelación interpuesta; y en consecuencia CONFIRMA, en los términos expuestos la decisión dictada por dicha Corte de Apelaciones el 6 de abril de 2016, mediante la cual se declaró improcedente *in limine litis* la acción de amparo constitucional incoada por la defensa privada en contra de la decisión del 2 de diciembre de 2015 del Tribunal Quinto de Primera Instancia en funciones de Juicio de aquél Circuito Judicial Penal. Así se declara.

B. *Principio non bis in idem*

TSJ-SPA (1107)

1-11-2018

Magistrado Ponente: María Carolina Ameliach Villarroel

Caso: NESTLÉ VENEZUELA, S.A.,

...Precisado lo anterior, esta Sala considera necesario analizar, en primer lugar, la denuncia relativa a la supuesta violación del principio *non bis in idem* dado su rango constitucional.

En ese sentido, se observa del libelo que la parte actora denunció la presunta lesión del citado principio, en razón que durante la sustanciación de los expedientes que dieron origen a los actos impugnados, no fueron acumulados por la Administración a pesar que tenían –según afirmó– una evidente conexión por ser “*el mismo ‘objeto’ y el mismo ‘título’ (...)*”. Por lo tanto arguyó que “*(...) vista la falta de acumulación de los procedimientos, los Actos Dene­gatorios Tácitos que confirman las Decisiones de los Recursos de Reconsideración y el Acto, se encuentran además viciadas (sic) de nulidad absoluta de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 25 de la Constitución y 19 numeral 1 de la LOPA por violación del principio non bis in idem, previsto en el artículo 49 numeral 7 de la Constitución (...)*”.

A fin de resolver el anterior planteamiento la Sala considera necesario reiterar una vez más que el principio invocado constituye una garantía esencial del derecho al debido proceso que, de conformidad con el artículo 49 de la Constitución resulta aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y a su vez se configura como un derecho fundamental del sancionado junto a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones.

Dicha garantía consagrada en el numeral 7 de la citada disposición, según la cual “*nin­guna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente*”, se considera vulnerada cuando una persona es sometida dos veces a juicio, existiendo identidad en el supuesto de hecho y en el bien jurídico protegido por las normas cuya aplicación se pretenda.

Igualmente, se ha indicado que no puede la Administración ejercer dos o más veces su potestad sancionadora cuando exista identidad de sujetos y de supuesto de hecho en el bien jurídico protegido por las normas cuya aplicación se pretenda. De manera que el principio constitucional *non bis in idem*, implica una prohibición por parte del Constituyente a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, que en el ámbito de las actuaciones administrativas se traduce en no ser investigado –y sancionado– administrativamente en más de una oportu­nidad por los mismos hechos en virtud de los cuales se juzgó: **al mismo sujeto, por los idénticos hechos y con igual fundamento jurídico.** (*Vid.* sentencia de esta Sala Nº 911 del 31 de julio de 2013).

(...) Por lo tanto, la situación descrita conlleva a afirmar a esta Sala que es evidente la violación al principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 49, numeral 7 de la Constitu­ción, toda vez que la hoy actora fue castigada múltiples veces por el mismo hecho. Así se decide

2. Derechos individuales

A. Derecho a la libertad de expresión a la igualdad y la no discriminación

TSJ-SC (407)

21-6-2018

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Hilario Manuel Padrino Malpica

La Sala analiza una vez más su jurisprudencia, referente al derecho constitucional a la libertad de expresión.

...Aunado a lo anterior, juzga la Sala necesario, a fin de abundar en su decisión, analizar los indicios cursantes en autos, que hacen surgir en esta Sala la presunción de que la Admi­nistración incurrió en el vicio de desviación de poder al emitir el acto administrativo que acordó la destitución del ciudadano Hilario Manuel Padrino Malpica, en detrimento de su derecho constitucional a la libertad de expresión.

En primer lugar, se destaca, con relación a la aludida garantía fundamental, que esta Sala Constitucional asentó mediante sentencia N° 1013 del 12 de junio de 2001 (caso: *Eliás Santana*), [Véase *Revista de Derecho Público* N° 85-86/87-88, 2001, pp. 117 y ss.] lo siguiente:

El Derecho a la libre expresión del pensamiento, permite a toda persona expresar libremente su pensamiento, sus ideas u opiniones, bien en forma oral (de viva voz), en lugares públicos o privados; bien por escrito o por cualquier otra forma de expresión (como la artística, o la musical, por ejemplo).

El artículo 57 mencionado (de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), reza:

‘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.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades’.

La norma constitucional autoriza que esa expresión del pensamiento se haga oralmente en círculos privados, en lugares públicos, en mitines, en la docencia, charlas callejeras, mediante altoparlantes, etc; y que igualmente pueda realizarse por escrito mediante hojas volantes, cartas privadas, vallas publicitarias y otras formas de comunicación escrita, artística, científica o técnica (cuadros, esculturas, imágenes, etc).

Además, sea oral, escrita o artística, la libertad de expresión puede realizarse utilizando los medios de comunicación social, escritos, radiofónicos, audiovisuales o de cualquiera otra naturaleza que existan o surjan en el futuro.

Sin embargo, la posibilidad de acudir a los medios de comunicación para expresarse, no es un derecho irrestricto que tiene todo ciudadano para transmitir su pensamiento, ya que cada medio tiene limitaciones de tiempo y espacio, por lo que es el director del mismo quien, en vista de las limitantes señaladas, escoge cuáles ideas, pensamientos u opiniones son comunicables masivamente, lo que restringe el acceso de la libertad de expresión de las personas a través de los medios de comunicación masivos.

(...omissis...)

Por otra parte, si bien es cierto que la libertad de expresión es irrestricta en el sentido que no puede ser impedida por la censura previa oficial (ya que de hecho los medios de comunicación masiva, públicos o privados, limitan lo que se ha de difundir mediante ellos), una vez emitido el pensamiento, la idea o la opinión, el emisor asume plena responsabilidad por todo lo expresado, tal como lo señala el artículo 57 constitucional, y surge así, conforme a la ley, responsabilidad civil, penal, disciplinaria, o de otra índole legal, conforme al daño que cause a los demás la libertad de expresión utilizada ilegalmente.

Puede suceder que, con lo expresado se difame o injurie a alguien (artículos 444 y 446 del Código Penal); o se vilipendie a funcionarios o cuerpos públicos (artículos 223 y 226 del Código Penal); o se ataque la reputación o el honor de las personas, lo que puede constituir un hecho ilícito que origine la reparación de daños materiales y morales, conforme al artículo 1196 del Código Civil; o puede formar parte de una conspiración nacional o internacional, tipificada como delito en el artículo 144 del Código Penal; o puede ser parte de una campaña destinada a fomentar la competencia desleal, o simplemente a causar daños económicos a personas, empresas o instituciones. Éstos y muchos otros delitos y hechos ilícitos pueden producir la ‘libertad de expresión’; de allí que el artículo 57 constitucional señale que quien ejerce dicho derecho, asume plena responsabilidad por todo lo expresado,

responsabilidad, que al menos en materia civil, puede ser compartida, en los casos de comunicación masiva, por el que pudiendo impedir la difusión del hecho dañoso, la permite, convirtiéndose en coautor del hecho ilícito, conforme a lo previsto en el artículo 1.195 del Código Civil. En otras palabras, la libertad de expresión, aunque no está sujeta a censura previa, tiene que respetar los derechos de las demás personas, por lo que su emisión genera responsabilidades ulteriores para el emisor, en muchos casos compartidas con el vehículo de difusión, sobre todo cuando éste se presta a un terrorismo comunicacional, que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones, máxime cuando lo difundido no contiene sino denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas o conceptos.

De todas maneras, apunta la Sala, que el criterio del animus injuriandi, para enjuiciar delitos, debe ponderarlo el juzgador, en concordancia con el derecho a la libertad de expresión, para determinar si la actitud de quien expone sus pensamientos, realmente persigue dañar (como cuando se insulta o arremete sin motivo alguno, o por uno baladé), o es parte de la crítica que se ejerce sobre ciertas situaciones, que por lo regular, involucra políticas públicas y sus protagonistas, tal como lo resaltó sentencia de la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia de fecha 29 de febrero de 2000 (caso: Procter & Gamble de Venezuela C.A.).

Diversas convenciones internacionales que son leyes vigentes en el país, con jerarquía constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la vigente Constitución, señalan responsabilidades derivadas de la libertad de expresión, las cuales deben ser fijadas por la ley.

El artículo 19 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reza:

'1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

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

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas'.

Una norma similar, con igual texto, ha sido recogida en el artículo 13-2-b de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otra parte, el artículo 13 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, es aún más acabado en todos los sentidos, y es del tenor siguiente:

'1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias 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.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma o origen nacional’.

Consecuencia de las normas citadas, todas de rango constitucional, es que la libertad de expresión genera responsabilidades, que deben ser expresamente fijadas por la ley, y que deben asegurar:

1. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás (artículos 444 y 446 del Código Penal, 1196 del Código Civil, por ejemplo).

2. La protección de la seguridad nacional (artículo 144 del Código Penal), el orden público, o la salud o la moral pública.

3. La protección moral de la infancia y la adolescencia (ver Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente)” (Destacado de la Sala).

(...) Ello así, aunado al hecho de que no fue verificado por la Administración, ni por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Norte, que el ciudadano Hilario Manuel Padrino Malpica hubiese actuado con el *animus injuriandi* a que hace referencia la decisión parcialmente transcrita *supra*, que implicara una clara intención de dañar, más allá de afirmar que las expresiones emitidas por el referido ciudadano –sin ni siquiera hacer mención a ellas– fueron “*lesivas del buen nombre de INSALUD*”, configura en criterio de esta Sala, indicios suficientes para presumir la violación a sus derechos constitucionales a la libertad de expresión y la no discriminación, en franca contradicción a lo señalado en el artículo 89.5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

3. Derechos Sociales

A. Derechos Laborales

a. Derecho al Trabajo. Inamovilidad Reenganche y pago de salarios caídos

TSJ-SC (658)

18-10-2018

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: Alimentación Balanceada Alibal, C.A.

La Sala establece que el procedimiento para la ejecución de las órdenes de reenganche y pago de salarios caídos proferidas por las inspectorías del trabajo deben desarrollarse con apego a las garantías del derecho a la defensa y el debido proceso.

Con ocasión de la resolución del caso que aquí ocupó a esta Sala, se debió revisar el procedimiento administrativo contemplado en el artículo 425 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, para la tramitación de las solicitudes de reenganche y

pago de salarios caídos que hacen valer los trabajadores ante las inspectorías del trabajo con el objeto de preservar la inamovilidad laboral que le otorga un determinado fuero, apreciándose que el andamiaje de este procedimiento se estructuró en el contenido de la mencionada norma de la manera siguiente:

“Cuando un trabajador o una trabajadora amparado por fuero sindical o inamovilidad laboral sea despedido, despedida, trasladado, trasladada, desmejorado o desmejorada podrá, dentro de los treinta días continuos siguientes, interponer denuncia y solicitar la restitución de la situación jurídica infringida, así como el pago de los salarios y demás beneficios dejados de percibir, ante la Inspectoría del Trabajo de la jurisdicción correspondiente”.

El procedimiento será el siguiente:

- 1. El trabajador o trabajadora o su representante presentará escrito que debe contener: la identificación y domicilio del trabajador o de la trabajadora; el nombre de la entidad de trabajo donde presta servicios, así como su puesto de trabajo y condiciones en que lo desempeñaba; la razón de su solicitud; el fuero ó inamovilidad laboral que invoca, acompañado de la documentación necesaria.*
- 2. El Inspector o Inspectora del Trabajo examinará la denuncia dentro de los dos días hábiles siguientes a su presentación, y la declarará admisible si cumple con los requisitos establecidos en el numeral anterior. Si queda demostrada la procedencia del fuero o inamovilidad laboral, y existe la presunción de la relación de trabajo alegada, el Inspector o la Inspectora del Trabajo ordenará el reenganche y la restitución a la situación anterior, con el pago de los salarios caídos y demás beneficios dejados de percibir. Si hubiese alguna deficiencia en la solicitud o documentación que la acompaña, convocará al trabajador o a la trabajadora para que subsane la deficiencia.*
- 3. Un funcionario o funcionaria del trabajo se trasladará inmediatamente, acompañado del trabajador o la trabajadora afectado o afectada por el despido, traslado o desmejora, hasta el lugar de trabajo de éste o ésta, y procederá a notificar al patrono, patrona o sus representantes, de la denuncia presentada y de la orden del Inspector o Inspectora del Trabajo para que se proceda al reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, así como al pago de los salarios caídos y demás beneficios dejados de percibir.*
- 4. El patrono, patrona o su representante podrá, en su defensa, presentar los alegatos y documentos pertinentes. En la búsqueda de la verdad, el funcionario o la funcionaria del trabajo deberá ordenar en el sitio y en el mismo acto cualquier prueba, investigación o examen que considere procedente, así como interrogar a cualquier trabajador o trabajadora y exigir la presentación de libros, registros u otros documentos. La ausencia o negativa del patrono, patrona o sus representantes a comparecer en el acto dará como válidas las declaraciones del trabajador o trabajadora afectado o afectada. El funcionario o funcionaria del trabajo dejara constancia en acta de todo lo actuado.*
- 5. Si el patrono o patrona, sus representantes o personal de vigilancia, impiden u obstaculizan la ejecución de la orden de reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, el funcionario o funcionaria del trabajo solicitará el apoyo de las fuerzas de orden público para garantizar el cumplimiento del procedimiento.*
- 6. Si persiste el desacato u obstaculización a la ejecución del reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, será considerado flagrancia y el patrono, patrona, su representante o personal a su servicio responsable del desacato u obstaculización, serán puestos a la orden del Ministerio Público para su presentación ante la autoridad judicial correspondiente.*
- 7. Cuando durante el acto, no fuese posible comprobar la existencia de la relación de trabajo alegada por el o la solicitante, el funcionario o funcionaria del trabajo informara a ambas partes el inicio de una articulación probatoria sobre la condición de trabajador o*

trabajadora del solicitante, suspendiendo el procedimiento de reenganche o de restitución de la situación jurídica infringida. La articulación de pruebas será de ocho días, los tres primeros para la promoción de pruebas y los cinco siguientes para su evacuación. Terminado este lapso el Inspector o Inspectora del Trabajo decidirá sobre el reenganche y restitución de la situación jurídica infringida en los ocho días siguientes.

8. La decisión del Inspector o Inspectora del Trabajo en materia de reenganche o restitución de la situación de un trabajador o trabajadora amparado de fuero o inamovilidad laboral será inapelable, quedando a salvo el derecho de las partes de acudir a los tribunales.

9. En caso de reenganche, los tribunales del trabajo competentes no le darán curso alguno a los recursos contenciosos administrativos de nulidad, hasta tanto la autoridad administrativa del trabajo no certifique el cumplimiento efectivo de la orden de reenganche y la restitución de la situación jurídica infringida.”

(...) En el texto del precepto normativo supra transcrito, el legislador previó un procedimiento breve, sumario, eficaz y eficiente por medio del cual se procuró materializar la tutela privilegiada debida al trabajo como hecho social en el Estado Social de Derecho y de Justicia tal y como se conceptualizó en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el que además se establecen los principios primarios o rectores en esta materia, consagrando en particular, la obligación del Estado de garantizar la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio de los derechos del trabajo y considerando el trabajo como un hecho social, protegido por el Estado y regido por los principios de: intangibilidad, progresividad, primacía de la realidad, irrenunciabilidad, *indubio pro operario*, entre otros.

En este contexto, considera esta Sala que la vigente Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, se erigió como un instrumento normativo de avanzada que fue producto de la discusión y consulta que se enriqueció de la opinión extraída de los distintos estratos sociales que participaron en el denominado “*parlamentarismo de calle*” en el que se sustrajo las consideraciones técnicas de expertos en la materia y se le dio un papel protagónico a la clase trabajadora como especial objeto de protección de esta ley, procurándose regular esa realidad social de la dinámica laboral que debía ser atendida por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en este procedimiento administrativo para la protección de la inamovilidad como garantía de permanencia en el puesto de trabajo, nuestra vigente ley marco sustantiva laboral, impregnada de ese valioso contenido social, concibe que, una vez que es admitida la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos en la que se encuentra inmersa la denuncia de un despido sin justa causa, un acercamiento del Estado que actúa por órgano de la inspección del trabajo a la sede donde llevó a cabo el desarrollo de esa relación jurídica prestacional de índole laboral, para que una vez constituido el órgano administrativo sea notificado *in situ* al sujeto empleador o a sus representantes, imponiéndosele de la denuncia por la que se le acusa de finiquitar ese vínculo laboral sin una justa causa que lo avale, siendo que en esa oportunidad la parte patronal, en uso a su derecho a la defensa, podrá alegar los supuestos que estime pertinente para contravenir la pretensión del trabajador reclamante e incluso presentar en ese momento los elementos probatorios para comprobar la veracidad de sus argumentos, los cuales deberán ser allí apreciados por el funcionario inspector del trabajo, quien, procurando la búsqueda de la verdad, deberá ordenar la práctica de cualquier investigación o cualquier tipo de actividad probatoria que le permita dilucidar la procedencia del pretendido reenganche y pago de salarios caídos y demás beneficios dejados de percibir.

Ello así, se entiende que en el desarrollo del citado numeral 4 del artículo 425 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, se permitió expresamente el ejercicio del derecho a la defensa en un debido proceso que debe ser garantizado en las actuacio-

nes administrativas según lo consagrado en el artículo 49 constitucional, en este sentido, se considera necesario resaltar que estos derechos deben ser entendidos con la directriz de que en todo proceso, sea judicial o administrativo, deben cumplirse las garantías indispensables para que se escuche a las partes, se les permita el tiempo necesario para presentar pruebas y ejercer plenamente la defensa de sus derechos e intereses, siempre de la manera prevista en la ley; de forma tal, que la controversia sea resuelta conforme a derecho, en aras de una tutela judicial efectiva.

Siguiendo este hilo argumentativo, debe acotarse que estas garantías constitucionales persiguen como finalidad que los derechos que poseen las partes en el iter procedimental permanezcan incólumes, sin que los mismos se vean limitados o restringidos de manera tal que impida el ejercicio pleno y efectivo de otros derechos relevantes dentro del proceso que menoscaben los principios que el mismo debe ofrecer en la instrucción de un procedimiento, el cual es definido como una serie ordenada, consecutiva y preclusiva de actos jurídicos emanados de las partes o del órgano decisor, destinados a impulsar el proceso hasta la efectiva satisfacción de las pretensiones deducidas en juicio. Ciertamente el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y en armonía con esa disposición constitucional, el artículo 49 del Texto Fundamental, desarrolla en forma amplia la garantía del derecho a la defensa, con la finalidad de que toda persona ejerza el derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro de los lapsos razonables determinados legalmente.

Estas disposiciones constitucionales están dirigidas a garantizar la seguridad jurídica de las partes y constituyen una premisa general sobre el trámite procedimental que debe seguirse en todo proceso, a los fines de evitar eventuales nulidades y recursos que impidan la satisfacción de las pretensiones de los sujetos procesales involucrados en algún caso concreto.

A mayor abundamiento, conviene precisar que, conforme al principio de colaboración de poderes, al carácter complejo de la función administrativa y a que la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce en sus artículos 253 y 258, el sistema de justicia se encuentra compuesto por una pluralidad de mecanismos de heterocomposición de conflictos, entre los cuales interviene la Administración en ejercicio de una función que aun cuando es propia de los tribunales de la República, puede ser desarrollada por otras figuras subjetivas del Estado a través de actos administrativos que puede dictar la Administración del Trabajo de contenido resolutorio que han sido denominados como cuasi-jurisdiccionales, en los que precisamente se dirimen conflictos entre los administrados, lo cual ya ha sido reconocido por esta Sala Constitucional en su sentencia N° 1.889, del 17 de octubre de 2007, en la que se dejó establecido que:

“...la actividad administrativa del Estado no debe ser observada desde una perspectiva restringida en sentido sustancial, pues su carácter complejo conlleva a que se materialice a través de actos administrativos materialmente compuestos que no acaban su contenido en la concreción de una actividad eminentemente prestacional, sino que se extienden a normar y a declarar el derecho y aplicar la ley, es decir, que un acto administrativo puede crear derecho y al mismo tiempo y en términos de Cuenca (Derecho Procesal Civil. Universidad Central de Venezuela, 2° edición, Caracas 1969, p. 73), dirimir un conflicto.

Es evidente entonces, que la iuris-dictio o potestad de “decir” el derecho a los fines de resolver una disputa donde se ventila una situación jurídica, no puede ser actualmente concebida como aquella parte del ius imperium conferida de forma exclusiva y excluyente a los juzgados, pues, se reitera ninguna función esencial del Estado es desarrollada de forma impermeable por una de las ramas del Poder Público.

La función jurisdiccional, no está actualmente ceñida a sus orígenes romanos y de allí, que no se agote en la estructura orgánica tribunalicia materializándose exclusivamente en sentencias, sino que pueda ser desplegada por órganos de distinta naturaleza (entre ellos los administrativos) quienes igual y válidamente pueden dictar actos administrativos de contenido jurisdiccional, en un procedimiento donde la Administración no actúa como tutora de sus propios intereses, sino como tercero que decide una controversia, en un procedimiento triangular que encuentra su ratio en el carácter expedito, flexible y menos oneroso, de los procedimientos administrativos respecto de la actuación en sede jurisdiccional.

En efecto, siendo que la Administración se informa de manera superlativa de los principios de economía, celeridad, simplicidad, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe, confianza legítima y eficiencia, el legislador atribuyó a las inspectorías del trabajo competencias en materia de calificación de despido, con el objeto de prevenir un eventual litigio, a través de un procedimiento que presenta una fase conciliatoria cuya sustanciación no amerita de asistencia jurídica y tiende a la constitución de un acto con carácter ejecutorio que busca la protección de la relación laboral.”

Al amparo de las consideraciones precedentemente explanadas, se entiende que al estar dotados estos órganos administrativos inspectores del trabajo de la facultad de dirimir cuestiones controvertidas que se dan entre los administrados dentro del especial procedimiento administrativo aquí analizado para la protección de la inamovilidad laboral reconocida a la clase trabajadora y en el que se prevé la posibilidad del ente patronal de contraponerse a la denuncia presentada por el laborante, este órgano administrativo debe asegurar que en su instrucción se cumplan las garantías indispensables para que se escuchen a las partes, se les permita el tiempo necesario para presentar pruebas y ejercer plenamente la defensa de sus derechos e intereses, siempre de la manera prevista en la ley; de forma tal, que la controversia sea resuelta conforme a derecho, en aras de una tutela judicial efectiva.

En este contexto, debe esta Sala hacer notar que en el propio procedimiento administrativo de reenganche y pago de salarios caídos se previó en el ya transcrito numeral 7 del artículo 425 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras antes citado, la posibilidad de dar apertura a una articulación probatoria: “[c]uando durante el acto, no fuese posible comprobar la existencia de la relación de trabajo alegada por el o la solicitante”, de lo que puede inferirse con meridiana claridad que en los supuestos en que quede controvertida la existencia del vínculo laboral entre quien afirmó ser trabajador y quien quedó identificado como su empleador, por el examen minucioso que conlleva a la determinación de esta especial relación jurídica y no poder dilucidarse en el propio acto del procedimiento, debe someterse a este examen probatorio que expresamente consagra la norma *in commento*, no obstante, es necesario puntualizar que la hermenéutica de este artículo debe estar armonizada con las garantías constitucionales al derecho a la defensa y al debido proceso previamente desarrolladas, siendo que además esta interpretación no debe realizarse de una forma disociada entre sus numerales ya que, como antes se analizó, en su numeral 4, se previó la posibilidad de la que la parte patronal presentara en ese acto los alegatos y documentos que considerase pertinentes para su defensa.

No pretende más que significarse que en este especial procedimiento pueden suscitarse situaciones en los que los alegatos de defensa y elementos probatorios hechos valer por la entidad patronal no puedan dilucidarse en la propia celebración de este acto donde se procura ejecutar la orden de reenganche y pago de salarios caídos, entendiéndose que en el desarrollo de este acto el funcionario actuante tiene la obligación de dejar constancia en acta de todo lo allí actuado y en modo alguno puede limitar la actividad alegatoria que tenga a bien desplegar el denunciado, no pudiendo entonces negarse a plasmar los argumentos que se expongan en la mencionada acta.

Ciertamente, pueden producirse casos en los que, por ejemplo, sin negar la existencia de la relación de trabajo, se alegue que el trabajador esté desprovisto de la protección de inamovilidad por tratarse de un empleado de dirección; también podría darse oposición a la orden de reenganche sosteniéndose que esa relación de trabajo fue pactada por un tiempo determinado que ya expiró o para la realización de una obra determinada que efectivamente culminó; otro supuesto sería en el que se niegue de forma absoluta la ocurrencia del despido que fue denunciado por el trabajador o que simplemente se pretendan desvirtuar los alegatos y anexos presentados por este para demostrar el fuero de inamovilidad que invoca, solo por nombrar algunos casos.

Ello así, aprecia esta Sala que por el propio dinamismo que subyace en estas relaciones jurídicas amparadas por las disposiciones tuitivas del Derecho del Trabajo, se materializan situaciones controvertidas, complejas, no relacionadas necesariamente con el desconocimiento en sí de la existencia del vínculo laboral y que requieren de un especial análisis exhaustivo del caso en concreto que debe estar apoyado en los elementos probatorios que acrediten los supuestos fácticos del asunto, por lo que este tipo de situaciones no podrían resolverse de inmediato en el propio acto, máxime cuando para la ejecución de la orden de reenganche y pago de salarios caídos no siempre actúa el propio inspector del trabajo sino un funcionario ejecutor que es delegado para tal fin, resultando entonces útil y necesaria la apertura de esta articulación probatoria que, sin dejar de ser breve y expedita, permite la constatación de los hechos para fijar la decisión que se expresará en el acto administrativo resolutorio final, procurándose con ello que se cumplan las garantías indispensables para que se escuchen a las partes, se les permita el tiempo necesario para presentar pruebas y ejercer plenamente la defensa de sus derechos e intereses, siempre de la manera prevista en la ley; de forma tal que el controvertido sea resuelto conforme a derecho, en aras de una tutela judicial efectiva.

Con base en las consideraciones antes expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a la potestad otorgada en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, exhorta a las inspectorías del trabajo del territorio nacional a que garanticen que el desarrollo del procedimiento para la ejecución de las órdenes de reenganche y pago de salarios caídos, contemplado en el artículo 425 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, sea llevado a cabo con apego a las garantías constitucionales del derecho a la defensa y al debido proceso, en el sentido de que se deje asentado en el acta que se levante en la sustanciación de dicho procedimiento, todos los alegatos que se hagan valer para la defensa del allí denunciado y que se dé apertura a la articulación probatoria prevista en el numeral 7 de la mencionada norma, no solo cuando no fuese posible comprobar la existencia de la relación de trabajo, sino cuando sea útil y necesaria para conocer la realidad de los hechos de la relación de trabajo y dilucidar el controvertido que puede surgir en este especial proceso que debe ser resuelto con atención a los principios tuitivos que informan al hecho social denominado trabajo. Así se deja establecido.

Con el objeto de que se materialice lo aquí dictaminado, esta Sala ordena remitir copia certificada de la presente decisión al Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo para que sea notificada de la misma a las inspectorías del trabajo desplegadas en todo el territorio nacional y a la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia, para que, a través de la Coordinación Nacional de los Tribunales Laborales, se haga del conocimiento de los juzgados integrantes de la jurisdicción del trabajo este fallo; de igual forma se ordena la publicación de esta sentencia en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Máximo Tribunal con el siguiente titulado: “*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que establece que el procedimiento para la ejecución de las órdenes de reenganche y pago de salarios caídos proferidas por las inspectorías del trabajo deben desarrollarse con apego a las garantías del derecho a la defensa y el debido proceso*”.

b. *Derecho a la seguridad social. Pensión de jubilación*

TSJ-SC (809)

28-11-2018

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: José Ceballos Gamardo (interpretación del artículo 80 de la Constitución).

La Sala Constitucional en atención a lo dispuesto en el artículo 335 del Texto Fundamental, hace una interpretación constitucionalizante de la parte in fine del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y establece que; las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrá ser inferior al salario mínimo urbano; y en aquellos casos de trabajadores que mantuvieron relaciones de trabajo atípicas o a tiempo parcial, se otorgará una “pensión de retiro” que responderá a las condiciones que ostentaba al momento de solicitud de la misma, en cuanto al cargo y al monto percibido, conforme a la dedicación parcial prestada, y en esa proporción será realizado el cálculo de la misma.

La presente demanda de interpretación tiene por finalidad que esta Sala Constitucional, como máxima y última intérprete del Texto Fundamental, determine el alcance y el contenido del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con relación a los planteamientos formulados en la presente solicitud, siendo tal artículo del siguiente tenor:

Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantiza atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. **Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano.** A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde a aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello. (Destacado de esta Sala).

(...) Ahora bien, la interpretación está dirigido a buscar la intención del Constituyente, es decir, el alcance, contenido y la razón de la parte in fine de la norma contenida en el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respecto a la forma de pago de la jubilación a aquellos trabajadores que alcanzaron la misma bajo una relación de dependencia laboral convenida a tiempo parcial de trabajo.

En relación con las disposiciones constitucionales y legales objeto de la presente demanda de interpretación constitucional, esta Sala observa:

Disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley y, 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.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que, por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.

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 pueda 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 garantiza 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 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 90. La jornada de trabajo diurna no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro horas semanales. En los casos en que la ley lo permita, la jornada de trabajo nocturna no excederá de siete horas diarias ni de treinta y cinco semanales. Ningún patrono podrá obligar a las trabajadoras o trabajadores a laborar horas extraordinarias. Se propenderá a la progresiva disminución de la jornada de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine y se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras.

Los trabajadores y trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas.

Artículo 96. Todos los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley. El Estado garantizará su desarrollo y establecerá lo conducente para favorecer las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales. Las convenciones colectivas amparan a todos los trabajadores y trabajadoras activos al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad.

Artículo 148. Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley. La aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal.

Nadie podrá disfrutar más de una jubilación o pensión, salvo los casos expresamente determinados en la ley.

(...) Las anteriores normas, tienen su origen en razón del compromiso por parte del Estado en asumir dentro de sus fines el establecimiento de la efectiva seguridad social como una política pública, en la cual se encuentra comprendido de forma integral la política social, previsión social, asistencia social, y seguro social a favor de los ciudadanos siendo destinatarios de protección independientemente de su capacidad contributiva.

Siendo así, en fallo N° 3.476 del 11 de diciembre de 2003, (caso: *Hugo Romero Quintero*), esta Sala Constitucional reconoció que la jubilación se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social, como pensión de vejez, asimismo, en fallo N° 03 del 25 de enero de 2005 [Véase *Revista de Derecho Público* N° 101 enero-marzo 2005, p 105 y ss.] realizó un estudio más pormenorizado y desarrolló que:

(...) Ciertamente, como se ha indicado en diversas oportunidades, la Sala no puede desconocer el valor social y económico que tiene la jubilación, pues ésta sólo se obtiene luego que una persona dedica su vida útil al servicio de un empleador, y conjugado con la edad –la cual coincide con el declive de esa vida útil– el beneficio de la jubilación se configura como un logro a la dedicación de un esfuerzo que se prestó durante años. Así, se ha entendido que el objetivo de la jubilación es que su titular –que cesó en sus labores diarios de trabajo– mantenga la misma o una mayor calidad de vida de la que tenía, producto de los ingresos que ahora provienen de la pensión de jubilación, con la finalidad de asegurar una vejez cónsona con los principios de dignidad que recoge el Texto Fundamental en su artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Destacado de la Sala)

Tal dedicatoria de vida útil responde al máximo de jornada permitida por nuestro ordenamiento jurídico, esto es de cuarenta y cuatro horas (44) semanales y ocho (08) horas diarias, de dedicación exclusiva de los trabajadores frente a sus patronos, por las cuales luego podrá percibir un importe que no podrá ser inferior al salario mínimo urbano.

(...) Lo anterior, en razón que ya este Máximo Tribunal ha establecido en distintos fallos de vieja data que el monto obligado para pagar la jubilación no debe ser inferior al salario mínimo, ello por mandato constitucional, sin embargo, denota esta Sala que el constituyente no previó situaciones fácticas como la presente, en consecuencia, esta Sala advirtiendo lo precisado ut supra y siendo que en sentencia N° 1457 del 27 de julio de 2007, (caso: *Pedro José Martínez Yáñez*), estableció que el derecho a la igualdad, es conjuntamente con la libertad, uno de los principios inherentes a la naturaleza del hombre y, por tanto, el ordenamiento jurídico debe brindar un marco que permita el ejercicio pleno de éstos sin limitación alguna, que trasciende la noción retórica, asumiendo una técnica jurídica operante, que tiende a equilibrar las situaciones jurídicas de los particulares de una manera no sólo declarativa, sino también real y verdadera, advierte que contraviene al derecho a la igualdad otorgar de forma inmediata y plena; el mismo monto de jubilación a aquellos trabajadores que se encuentran en condiciones de dedicación y permanencia a tiempo parcial o convencional que aquellos que obtuvieron el beneficio tras una relación de trabajo a dedicación exclusiva, al encontrarse en situaciones jurídicas diferenciadas que impiden que perciban el mismo monto por un trabajo que no fue prestado en igual dedicación. Así se decide.

Tal declaratoria surge al estudiar los elementos diferenciadores en cada situación real de estos individuos, siendo que, para el funcionamiento de las Universidades, –respondan estas a una naturaleza pública o privada– deben contar con profesionales que se dediquen a la docencia o a las actividades académicas, para satisfacer la demanda conforme a las carreras impartidas, y tales profesionales serán requeridos a dedicación exclusiva o parcial, es por ello que, se da la existencia de relaciones laborales que si bien pueden alcanzar el tope de años requeridos para solicitar la jubilación, éstas no se desarrollaron de forma típica, al no mantener una dedicación exclusiva, en consecuencia, mal podría permitirse equiparar a tales trabajadores a aquellos que sí dedicaron su fuerza laboral a un único patrono, y que se le exija a una única entidad de trabajo correr con el pasivo que implica pagar el monto que permita mantener una calidad de vida igual o mayor a la que tenía el trabajador, cuando tal trabajador convino su vida laboral con otros empleadores.

(...) Conjuntamente con lo anterior, esta Sala quien ha establecido en distintos fallos que la jubilación tiene un fundamento de orden político y de paz social, reivindicador de la dignidad humana vinculado a la idea de la seguridad social y al deber que tiene el Estado, de garantizar una vida digna, aun después de que una persona ha pasado a retiro, con lo cual, se insiste es un importe que se percibe sin prestación de esfuerzo actual, razón por la cual se conviene en precisar que por la dinámica propia de la sociedad en la cual los ciudadanos tienen libertad de trabajo, y en consecuencia, pueden prestar su actividad productiva en distintas entidades de trabajo, tendrán derecho a que tal inversión de su vida útil sea reconocida, sólo que como se precisó ut supra no se exige que la misma se equipare al salario mínimo urbano como sí es exigido en casos de dependencia exclusiva.

Por todo lo previamente establecido esta Sala Constitucional en atención a lo dispuesto en el artículo 335 del Texto Fundamental, hace una interpretación constitucionalizante de la parte *in fine* del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y establece que; las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrá ser inferior al salario mínimo urbano; y en aquellos casos de trabajadores que mantuvieron relaciones de trabajo atípicas o a tiempo parcial, se otorgará una “*pensión de retiro*” que responderá a las condiciones que ostentaba al momento de solicitud de la misma, en cuanto al cargo y al monto percibido, conforme a la dedicación parcial prestada, y en esa proporción será realizado el cálculo de la misma. Así se establece.

Con miras a la declaratoria de esta Sala, y visto que tal pensión de retiro no podrá actualizarse u homologarse de manera proporcional a los aumentos de salario mínimo urbano, se establece que tal actualización u homologación se hará en atención al aumento de salario básico acordado para el trabajador conforme al escalafón salarial en el cual se encontraba al momento de optar a tal beneficio laboral más el disfrute del resto de los beneficios complementarios o inherentes que abarque la convención colectiva suscrita. Así se decide.

TSJ-SPA (1243)

29-11-2018

Magistrada Ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero

Caso: Sindicato Nacional de Trabajadores del Poder Electoral (SINTRAPEL) y otros

...A este respecto, solicitaron que sea declarada la nulidad absoluta del acto impugnado y la vigencia del artículo 10 de la “Normativa Especial sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Rectores, Funcionarios y Obreros al Servicio del Consejo Nacional Electoral” del 19 de enero de 2005, y que como consecuencia de ello les sea aplicada por igual a los jubilados los aumentos acordados por ese organismo comicial a los funcionarios activos.

(...) Conforme a las normas y sentencias parcialmente citadas, una vez otorgado el beneficio de jubilación el funcionario o la funcionaria podrá, en caso que se produzca una modificación en la remuneración en el cargo que desempeñaba al momento en que le fue concedido el aludido beneficio, solicitar el ajuste del monto de su pensión y la Administración Pública deberá revisar de manera periódica las pensiones de jubilación cada vez que los sueldos o salarios que percibe su personal activo sean aumentados, ello a fin de velar porque sus antiguos trabajadores y antiguas trabajadoras mantengan una óptima calidad de vida en la que puedan cubrir satisfactoriamente sus necesidades.

(...).En consecuencia, la jubilación y por ende, la homologación de las pensiones de jubilación, son materia de orden público, por lo que la actualización constante de las mismas es un derecho constitucional del jubilado, siendo el propósito de la revisión pertinente a tal efecto, el reajuste del monto de la pensión de jubilación, conforme a la remuneración del

último cargo desempeñado por el jubilado o pensionado, en el entendido que fue en ese cargo en el que se jubiló, debiendo calcularse la misma con los conceptos laborales comunes al activo (por ejemplo prima de antigüedad y profesionalización), pues debe mantener el mismo nivel del rango con el que se jubiló. Y en caso de que hubiere sido eliminado, debe tomarse como base la remuneración del nuevo cargo equivalente o superior al eliminado, nunca inferior, ajustándose el monto causado a favor del beneficiario. Así se decide.

(.....) Del contenido de estas regulaciones, se desprende que también según la Convención Colectiva la homologación del monto de las pensiones y jubilaciones al salario del trabajador activo es un derecho adquirido, el cual no puede ser desmejorado al pasar su *estatus* a jubilado, pensionado o incapacitado, sin embargo, se evidenció que tanto la norma impugnada del 2013, como su reedición del 2016, quebrantaron las cláusulas 2 y 45 denunciadas como vulneradas, haciendo nugatorio el derecho a la homologación, motivo por el cual se declara procedente la denuncia formulada. Así se establece.

III. ORDENAMIENTO ORGÁNICO

1. Poder Judicial

A. Medios alternativos de Resolución justicia: El Arbitraje como derecho fundamental

TSJ-SC (702)

18-10-2018

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Desaplicación por control difuso de constitucionalidad del artículo 41 de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial que prohibía el arbitraje.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se incluyó en el sistema de administración de justicia a los medios alternativos de resolución de conflictos, y se exhortó su desarrollo a través de la ley, lo que a juicio de esta Sala, se materializa con el ejercicio de la iniciativa legislativa, la cual ha de procurar el desarrollo y eficacia del arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de solución de conflictos.

Sobre este particular, los artículos 253 y 258 de la Constitución establecen lo siguiente:

“Artículo 253. (...) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio” (Subrayado y resaltado de la Sala).

Artículo 258. (...)

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (...)” (Subrayado y resaltado de la Sala).

Al respecto, esta Sala ha señalado que:

“(...) la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. Esa ampliación implica, a no dudarlo, un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias (...). Así, a través de

mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia (...). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje (...)" (*Vid.* Sentencia de esta Sala Nº 198/08).

El arbitraje colabora entonces con el Poder Judicial en tanto que ofrece la posibilidad de desahogar el sistema de justicia de las múltiples causas de las cuales le toca conocer; y los árbitros, a su vez, necesitan de los jueces ordinarios para que estos revistan de *imperium* a las decisiones de aquellos. En tal sentido, está claro que la administración de justicia mejorará si esta relación se optimiza.

Al igual que ocurre en el Poder Judicial, a través del arbitraje se imparte justicia. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela encarga a la ley la regulación del arbitraje y le impone al mismo tiempo el deber de promoverlo. Podría sostenerse que se trata de un imperativo categórico a través del cual se debe procurar y asegurar que los interesados tengan la posibilidad, la opción, de acudir a la jurisdicción arbitral (alternativa) y no a la jurisdicción ordinaria (judicial), a fin de dirimir sus controversias de cualquier índole, pues el artículo 258 constitucional no hace diferencias al respecto.

Según el Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, Actualización 2017, Madrid, la palabra "Promover, del lat. *promovere*" significa o se traduce en "Impulsar el desarrollo o la realización de algo". De tal forma que todos los órganos del Poder Público a los que de alguna u otra forma les compete la elaboración de leyes deben procurar que las normas incluidas en las mismas favorezcan o sean proclives a la admisión del arbitraje y que sólo in extremis se disponga su prohibición o rechazo.

Lo anterior tiene sentido porque el arbitraje y el resto de los medios alternativos de resolución de conflictos, en tanto envuelven el ejercicio de actividad jurisdiccional, no se limitan o se realizan con el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializan en "(...) la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz (...)" (*Vid.* Sentencia de esta Sala Nº 198/08), lo cual se traduce en que la procedencia y validez de los medios alternativos de resolución de conflictos y, en particular del arbitraje, se verifica en la medida en que éstos respondan a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico ha establecido al respecto –*vgr.* Procedencia del arbitraje, validez del laudo arbitral, entre otras–, por lo que el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo –en los términos de las normas de derecho comparado– y se erige como una garantía de éstos a someterse a un proceso (arbitral) accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones indebidas.

De tal forma que el arbitraje es un derecho fundamental de rango constitucional. Se trata del tema del derecho de acceso a la justicia, de acceso a los órganos del sistema nacional de justicia y a la tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Reclamar y recibir justicia, es entonces un derecho inherente a la persona, de allí que se imponga su reconocimiento constitucional, aún a falta de disposición que expresamente lo estatuya. En consecuencia, cualquier acto violatorio de ese derecho es nulo de conformidad

con lo establecido en el artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Cfr. “Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como Derecho Fundamental.” Eugenio Hernández Bretón, en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 30 y 33).

Es por ello que toda disposición normativa en materia de arbitraje debe ser interpretada de forma tal que se estimule el desarrollo del mismo como medio alternativo de resolución de conflictos, es decir que se haga efectiva su realización. Se trata de materializar el principio de interpretación conforme a la Constitución (ex artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Si ello resulta imposible, entonces la disposición en cuestión será inconstitucional.

En este sentido, ha de considerarse que aún cuando los tribunales arbitrales no forman parte del poder judicial, la actividad que desarrollan los árbitros es auténtica función jurisdiccional, dirimente de conflictos intersubjetivos de intereses mediante una decisión obligatoria denominada laudo, que pone fin a la disputa surgida entre las partes con todos los efectos de la cosa juzgada.

La definición más técnica dada por la doctrina considera al arbitraje como “una función de tipo jurisdiccional, a cargo de jueces, que las partes eligen en forma privada y a cuya decisión se someten y aceptan como obligatoria y la ley le confiere la autoridad de cosa juzgada y ejecutoriedad propia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales” (Navarrine, Susana Camila. ASOREY, Rubén. *Arbitraje. La Ley*. Buenos Aires 1992).

Para la doctrina “el arbitraje es función jurisdiccional porque los árbitros, al resolver el conflicto, declaran el derecho que asiste a la parte cuyas pretensiones amparan y por que el laudo, que resume la función arbitral, constituye un acto jurisdiccional” (Vidal Ramírez, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Cap. 8. Gaceta Jurídica. Lima 2009).

Esta misma tesis es acogida por el Tribunal Constitucional Español, el cual considera que “el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho, actúa en ejercicio de una potestad de *ius dictio*, pues el arbitraje es un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la ley vigente reserva a los tribunales civiles” (Tribunal Constitucional Español, auto del 28/10/1993, *Rev. Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 126).

De modo que cuando en nuestro ordenamiento jurídico y más concretamente el artículo 336, numeral 10, de la Constitución le atribuye a la Sala Constitucional la potestad de “revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la Ley Orgánica respectiva”, debe interpretarse que ello comprende también la revisión de aquellos laudos arbitrales definitivamente firmes en los que se hubiere desaplicado por control difuso alguna norma jurídica.

De allí que los árbitros tengan la obligación de privilegiar la vigencia del Texto Fundamental, sobre cualquier otra disposición cuya aplicación pudiera lesionar su supremacía, lo que incluye, claro está, el deber de ceñirse a los criterios vinculantes sentados por esta Sala, tal como ocurrió en el presente caso, respecto de las sentencias números 192/2008; 1.541/2008 y 1.067/2010.

Significa entonces, que los árbitros deben encauzar su actividad dentro del marco de la norma *normarum*, independientemente de que esa adecuación se dé o no dentro de un proceso judicial, pues, toda aplicación de la ley debe ser conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de garantizar la supremacía constitucional prevista en su artículo 7 y al mismo tiempo, evitar eventuales lesiones a los derechos fundamentales.

A modo de conclusión, resulta de aplicación extensiva a los árbitros el deber que tienen los jueces de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en nuestra Carta Magna y en la ley, mediante el ejercicio del control difuso siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional, debiendo aplicar ésta con preferencia (ex artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Es por ello que los laudos arbitrales definitivamente firmes contentivos de alguna desaplicación por control difuso han de ser sometidos a la consulta obligatoria a que se refiere el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 347/2018).

Ello así, en el caso de autos con ocasión de determinar si el laudo arbitral contentivo de la desaplicación por control difuso que se examina se encuentra definitivamente firme, la Sala requirió información al Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, respecto a si contra el mencionado laudo se había ejercido recurso de nulidad, ante lo cual, mediante comunicación de fecha 14 de mayo de 2018, suscrita por la ciudadana Adriana Vaamonde M., Directora Ejecutiva del mismo, señaló:

“Que, hasta la presente fecha, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) no ha recibido notificación alguna de que se haya interpuesto un recurso de nulidad en los términos previstos en el artículo 76 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (RGCACC), en concordancia con el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC), en contra del Laudo Arbitral (sic) dictado por el Tribunal Arbitral constituido por el árbitro único Dra. Irma Lovera De Sola de fecha 15 de septiembre de 2016, en el Expediente signado bajo el N° CA01-A-2016-000005, según la nomenclatura llevada por el CACC”.

De donde se deduce que, el laudo arbitral en el que se desaplicó por control difuso el artículo 41, literal “j” del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, se encuentra definitivamente firme, siendo posible el examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma desaplicada, la cual es del siguiente tenor:

“Artículo 41

En los inmuebles regidos por este Decreto Ley queda taxativamente prohibido:

(...*Omissis*...)

j. El arbitraje privado para resolver los conflictos surgidos entre arrendador y arrendatario con motivo de la relación arrendaticia”.

De la transcripción del laudo arbitral que se examina en el capítulo correspondiente, constata esta Sala que para declarar la validez de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de arrendamiento de un local comercial suscrito entre la parte demandante Miriam Josefina Pacheco Cortés y la parte demandada Carmen Cárdenas de Rodríguez, así como para justificar la competencia del árbitro y la validez del procedimiento arbitral en sí mismo, se le dio preferencia a lo dispuesto en los artículos 253 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, a los criterios jurisprudenciales sentados en algunas decisiones que ha dictado esta Sala Constitucional en materia de arbitraje (192/2008; 1.541/2008 y

1.067/2010), frente a la norma que prohíbe el mismo para dilucidar controversias surgidas con motivo de relaciones arrendaticias que tienen por objeto locales comerciales, prevista en artículo 41, literal “j”, de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, por considerar que esta última es contraria a dichas disposiciones constitucionales y a lo sostenido por esta Sala en las sentencias allí citadas.

En tal virtud, resulta forzoso traer a colación lo sostenido en sentencia N° 1.541/08 (publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008) en la que se dejó claro que la inserción del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas “sensibles” como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras; en la medida que:

“Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo –*vgr.* Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras–, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.

Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial.

La estipulación en un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, porque tales medios deben aplicarla preferentemente, lo cual en forma alguna permite afirmar la anulación del ejercicio de competencias administrativas en materia de policía administrativa, conforme al estatuto atributivo de específicas potestades en determinada materia –*vgr.* En materia de bancos, seguros, valores y competencia a las respectivas Superintendencias o en materia de arrendamiento a las Direcciones de Inquilinato–, sino por el contrario, es admitir que en el ordenamiento jurídico vigente el hecho que se haya pactado un arbitraje no altera el régimen protector o de derecho público aplicable a cada área, en tanto la misma se constituye en la elección de un medio distinto a la vía judicial, al momento de una pretensión pecuniaria entre las partes.

(...*Omissis*...)

Inclusive, todo lo anterior (que luce abstracto y general) resultará fácilmente comprobable con el examen o test que se haga –en cada caso– de la medida o extensión del propio juez ordinario; en otras palabras, para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de una autoridad administrativa, en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el juez. (*Vgr.* En materia arrendaticia ni los jueces ni los árbitros pueden fijar los cánones máximos a cobrar en los inmuebles sujetos a regulación de alquileres; pero los primeros sí pueden conocer (tanto el juez como los árbitros) de cualquiera de las pretensiones a que se refiere el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios; también en materia de consumo, ni los jueces ni los árbitros pueden imponer multas por ‘remarcaje’ de precios, pero sí pueden conocer de pretensiones de contenido

pecuniario entre un comprador, consumidor o usuario contra un fabricante, expendedor o prestador; también en el ámbito laboral, ni los jueces ni los árbitros pueden negar o inscribir a un Sindicato, pero sí pueden resolver las pretensiones que se intenten sobre la interpretación o cumplimiento de una convención colectiva) (Resaltado añadido).

Así, visto que el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compele tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contrarie debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional. Así se declara". (Resaltado y subrayado añadido).

De donde se colige que, el carácter imperativo, irrenunciable y de orden público de ciertas normas en materia de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial, no es óbice para que las partes (arrendador y arrendatario) puedan ejercer su derecho fundamental de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir, o que surjan entre ellos con motivo de la relación arrendaticia, tales como, las demandas por desalojo, cumplimiento o resolución de un contrato de arrendamiento, reintegro de alquileres pagados en exceso, reintegro de depósito en garantía, ejecución de garantías, prórroga legal, retracto legal arrendaticio y cualquier otra acción derivada de una relación arrendaticia, claro está, siempre que se trate de un arbitraje de derecho, el cual obliga al árbitro a utilizar las normas sustantivas previstas, en este caso, en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.

Lo anterior, en modo alguno implica la desaparición de la justa y equilibrada tuición que requiere el débil jurídico en estos casos y, que se encuentra establecida en la legislación especial, así como tampoco el anular el ejercicio de competencias administrativas atribuidas al Ministerio del Poder Popular para la Industria y el Comercio y a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDEE), tales como las previstas en los artículos 5, 7, 22, 31 y 32 del mencionado Decreto Ley.

La ampliación del arbitraje a sectores tradicionalmente considerados ajenos a su ámbito de aplicación es la tendencia moderna, lo cual resulta plenamente acorde con el espíritu, propósito y razón de los artículos 253 y 258 de nuestra Carta Magna, en contraposición a lo que ocurre con lo dispuesto en el artículo 41, literal "j" del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, que en lugar de promover, impulsar o favorecer este medio alternativo de resolución de conflictos, lo rechaza de plano y de forma tajante coarta e impide su admisibilidad, lo cual resulta contrario a lo dispuesto en las normas constitucionales antes citadas, así como a los criterios vinculantes sentados por esta Sala Constitucional en sentencias números 192/2008; 1.541/2008 y 1.067/2010.

Es por ello, que el empleo del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos es admisible para debatir y resolver aquellos casos de arrendamientos de locales comerciales en los que las partes decidan acudir al mismo, contando el árbitro con todas las potestades propias de un juzgador independiente y autónomo, conocedor del derecho, que debe velar de igual manera por su correcta interpretación y aplicación, dándole prevalencia a los principios y normas constitucionales, en atención a lo cual se declara conforme a derecho la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 41, literal "j" del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial que se hizo en el laudo arbitral dictado el 15 de septiembre de 2016, suscrito por la abogada Irma Lovera de Sola, inserto en el expediente distinguido con el alfanumérico CA01-A-2016-000005, nomenclatura del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, en el que es parte demandante la ciudadana Miriam Josefina Pacheco Cortés y parte demandada la ciudadana Carmen Cárdenas de Rodríguez.

Finalmente, y como consecuencia del pronunciamiento anterior, esta Sala ordena abrir de oficio el procedimiento de nulidad por inconstitucionalidad contra el artículo 41, literal “j” del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, de acuerdo a lo previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

B. *Tribunal Supremo de Justicia*

a. *Competencia Antejuicio de Mérito: Improcedencia. Delitos Flagrantes*

TSJ-SP (48)

8-8-2018

Magistrado Ponente: Maikel José Moreno Pérez

Caso: Tarek Willians Saab (Antejuicio de Mérito contra Juan Carlos Requesens Martínez).

De lo expuesto debe concluirse que tanto la tesis doctrinaria expuesta como la jurisprudencia de la Corte en pleno, siguen vigentes en cuanto a la situación de la condición de delitos en flagrancia. De acuerdo a lo señalado, es imprescindible el allanamiento de la inmunidad en cualquier caso para el enjuiciamiento, por tratarse de un privilegio irrenunciable. Pero el antejuicio de mérito en tales casos no es pertinente ni necesario, pues no existe duda sobre la comisión del delito ni sobre su autoría.

Asumida la competencia, esta Sala Plena pasa a decidir sobre la referida solicitud incoada por el Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela, y para ello, observa:

El artículo 234 del Código Orgánico Procesal, dispone expresamente que:

“Artículo 234. Para los efectos de este Capítulo, se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso o sospechosa se vea perseguido o perseguida por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que el o ella es el autor o autora.

En estos casos, cualquier autoridad deberá, y cualquier particular podrá, aprehender al sospechoso o sospechosa, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, entregándolo o entregándola a la autoridad más cercana, quien lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento de la aprehensión, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República en relación con la inmunidad de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional y a los consejos legislativos de los estados. En todo caso, el Estado protegerá al particular que colabore con la aprehensión del imputado o imputada”.

De acuerdo con el contenido de la citada disposición normativa, delito flagrante es aquel que se está cometiendo o que acaba de cometerse, también es aquel por el cual el sospechoso o sospechosa se vea perseguido o perseguida por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que es el autor o autora.

En este orden de ideas, la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 2580, del 11 de diciembre de 2001, señaló que conforme lo dispuesto en el

Código Orgánico Procesal Penal, la definición de flagrancia implicaba, en principio, cuatro (4) momentos o situaciones, a saber:

“(…) 1. Delito flagrante se considera aquel que se esté cometiendo en ese instante y alguien lo verificó en forma inmediata a través de sus sentidos.

La perpetración del delito va acompañada de actitudes humanas que permiten reconocer la ocurrencia del mismo, y que crean en las personas la certeza, o la presunción vehemente que se está cometiendo un delito.

Es esa situación objetiva, la que justifica que pueda ingresarse a una morada, establecimiento comercial en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, sin orden judicial escrito de allanamiento, cuando se trata de impedir su perpetración (...).

De acuerdo a la diversidad de los delitos, la sospecha de que se está cometiendo y la necesidad de probar tal hecho, obliga a quien presume la flagrancia a recabar las pruebas que consiga en el lugar de los hechos, o a instar a las autoridades competentes a llevar a los registros e inspecciones contempladas en los artículos 202 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal.

2. Es también delito flagrante aquel que ‘acaba de cometerse’. En este caso, la ley no especifica qué significa que un delito ‘acabe de cometerse’. Es decir, no se determina si se refiere a un segundo, un minuto o más. En tal sentido, debe entenderse como un momento inmediatamente posterior a aquel en que se llevó a cabo el delito. Es decir, el delito se cometió, y de seguidas se percibió alguna situación que permitió hacer una relación inmediata entre el delito cometido y la persona que lo ejecutó. Sólo a manera de ejemplo, podría pensarse en un caso donde una persona oye un disparo, se asoma por la ventana, y observa a un individuo con el revólver en la mano al lado de un cadáver.

3. Una tercera situación o momento en que se considerará, según la ley, un delito como flagrante, es cuando el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público. En este sentido, lo que verifica la flagrancia es que, acaecido el delito, el sospechoso huya, y tal huida da lugar a una persecución, objetivamente percibida, por parte de la autoridad policial, por la víctima o por el grupo de personas que se encontraban en el lugar de los hechos, o que se unieron a los perseguidores. Tal situación puede implicar una percepción indirecta de lo sucedido por parte de aquél que aprehende al sospechoso, o puede ser el resultado de la percepción directa de los hechos, lo que originó la persecución del sospechoso.

4. Una última situación o circunstancia para considerar que el delito es flagrante, se produce cuando se sorprenda a una persona a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde ocurrió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir, con fundamento, que él es el autor. En este caso, la determinación de la flagrancia no está relacionada con el momento inmediato posterior a la realización del delito, es decir, la flagrancia no se determina porque el delito ‘acabe de cometerse’, como sucede en la situación descrita en el punto 2. Esta situación no se refiere a una inmediatez en el tiempo entre el delito y la verificación del sospechoso, sino que puede que el delito no se haya acabado de cometer, en términos literales, pero que por las circunstancias que rodean al sospechoso, el cual se encuentra en el lugar o cerca del lugar donde se verificó el delito, y, esencialmente, por las armas, instrumentos u otros objetos materiales que visiblemente posee, es que el aprehensor puede establecer una relación perfecta entre el sospechoso y el delito cometido.

En relación con lo anterior, en sentencia de esta Sala de fecha 15 de mayo de 2001 (caso: Haidee Beatriz Miranda y otros), en consideración de lo que establece el Código Orgánico Procesal Penal como definición de delito flagrante, se estableció lo siguiente:

'... Se entiende que hay flagrancia no sólo cuando se sorprende al imputado en plena ejecución del delito, o éste lo acaba de cometer y se le persigue por ello para su aprehensión, sino cuando se le sorprende a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor...'

Así pues, puede establecerse que la determinación de flagrancia de un determinado delito puede resultar cuando, a pocos minutos de haberse cometido el mismo, se sorprende al imputado con objetos que puedan ser fácilmente asociados con el delito cometido. En tal sentido, para que proceda la calificación de flagrancia, en los términos antes expuestos, es necesario que se den los siguientes elementos: 1. Que el aprehensor haya presenciado o conozca de la perpetración de un delito, pero que no haya determinado en forma inmediata al imputado. 2. Que pasado un tiempo prudencial de ocurrido el hecho, se asocie a un individuo con objetos que puedan fácilmente relacionarse en forma directa con el delito perpetrado. 3. Que los objetos se encuentren en forma visible en poder del sospechoso. Es decir, es necesario que exista una fácil conexión entre dichos objetos o instrumentos que posea el imputado, con el tipo de delito acaecido minutos o segundos antes de definida la conexión que incrimine al imputado (...)'.

Posteriormente, la referida Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, en el fallo número 272, del 15 de febrero de 2007, [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 109 enero-marzo 2007, pp. 215 y ss.] estableció no solo la diferencia existente entre el delito flagrante y la aprehensión in fraganti; sino que, además, sentó la concepción de la flagrancia como un estado probatorio, indicando al respecto lo siguiente:

*"(...) El delito flagrante, según lo señalado en los artículos 248 y 372.1 del Código Orgánico Procesal Penal, constituye un estado probatorio cuyos efectos jurídicos son: a) que tanto las autoridades como los particulares pueden detener al autor del delito sin auto de inicio de investigación ni orden judicial, y, b) el juzgamiento del delito mediante la alternativa de un procedimiento abreviado. Mientras que la detención in fraganti, vista la literalidad del artículo 44.1 constitucional, se refiere, sin desvincularlo del tema de la prueba, a la sola aprehensión del individuo (vid. Jesús Eduardo Cabrera Romero, *El delito flagrante como un estado probatorio*, en *Revista de Derecho Probatorio*, N° 14, Ediciones Homero, Caracas, 2006, pp. 9-105).*

Según esta concepción, el delito flagrante 'es aquel de acción pública que se comete o se acaba de cometer, y es presenciado por alguien que sirve de prueba del delito y de su autor' (vid. op. cit. p. 33). De manera que 'la flagrancia del delito viene dada por la prueba inmediata y directa que emana del o de los medios de prueba que se impresionaron con la totalidad de la acción delictiva' (vid. op. cit. p. 11) producto de la observación por alguien de la perpetración del delito, sea o no éste observador la víctima; y si hay detención del delincuente, que el observador presencial declare en la investigación a objeto de llevar al Juez a la convicción de la detención del sospechoso. Por tanto, sólo si se aprehende el hecho criminoso como un todo (delito-autor) y esa apreciación es llevada al proceso, se producen los efectos de la flagrancia; lo cual quiere decir que, entre el delito flagrante y la detención in fraganti existe una relación causa y efecto: la detención in fraganti únicamente es posible si ha habido delito flagrante; pero sin la detención in fraganti puede aún existir un delito flagrante.

Lo importante a destacar es que la concepción de la flagrancia como un estado probatorio hace que el delito y la prueba sean indivisibles. Sin las pruebas no solo no hay flagrancia sino que la detención de alguien sin orden judicial no es legítima. O como lo refiere el autor glosado:

'El delito flagrante implica inmediatez en la aprehensión de los hechos por los medios de prueba que los trasladarán al proceso, y esa condición de flagrante, producto del citado estado probatorio, no está unida a que se detenga o no se detenga al delincuente, o a que se comience al instante a perseguirlo. Lo importante es que cuando éste se identifica y captura, después de ocurridos los hechos, puede ser enjuiciado por el procedimiento abreviado, como delito flagrante' (vid. op. cit. p. 39).

La detención in fraganti, por su parte, está referida o bien a la detención de la persona en el sitio de los hechos a poco de haberse cometido, lo cual es la ejemplificación más clásica de la flagrancia, o bien a la aprehensión del sospechoso a poco de haberse cometido el hecho en el mismo lugar, o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor, es decir, lo que la doctrina impropia denomina la cuasi-flagrancia.

El estado de flagrancia que supone esta institución se refiere a sospechas fundadas que permiten, a los efectos de la detención in fraganti, la equiparación del sospechoso con el autor del delito, pues tales sospechas producen una verosimilitud tal de la autoría del delito por parte del aprehendido que puede confundirse con la evidencia misma. Sin embargo, la valoración subjetiva que constituye la 'sospecha' del detenido como autor del delito queda restringida y limitada por el dicho observador (sea o no la víctima) y por el cúmulo probatorio que respalde esa declaración del aprehensor. Si la prueba existe se procede a la detención inmediata (...)

Así, los delitos permanentes implican una acción o estado que subsiste en el tiempo, es decir, un comportamiento que se está ejecutando o perpetrando, de lo que podemos concluir que existe compatibilidad de esta institución procesal con la flagrancia, concretamente a la definición legal del delito que se está cometiendo, lo que nos lleva en un primer momento a la conclusión de que todos los delitos caracterizados por tal noción son flagrantes. (...)

Con respecto a los delitos mencionados por el Fiscal General en su escrito, resaltamos los tipos penales de *instigación pública continuada*, *traición a la patria* y *asociación*, pues resulta evidente que al comienzo de la consumación implica un estado antijurídico continuado por la prolongación voluntaria de la conducta del sujeto.

Sobre este particular, la doctrina ha sostenido: “...en el delito permanente todos los momentos constitutivos de la continuidad o permanencia se entienden como su consumación, en tanto que en los delitos instantáneos la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento, debiendo destacarse que el carácter de instantáneo no se lo da el efecto que causa ni la forma como se realiza, sino que ello viene determinado por la acción consumatoria definida en la ley mediante el verbo rector. En tal sentido se afirma: “existe delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación...” (Soler, 1963: p. 159).

En virtud de los razonamientos expuestos, resulta claro que la noción de delitos permanentes, lleva a la conclusión de que se tratan de delitos flagrantes.

Ahora bien, ante la comisión de delitos flagrantes de carácter grave cuya autoría le es atribuida en este caso a un Diputado de la Asamblea Nacional, no es procedente el antejuicio de mérito, toda vez que para gozar de dicha prerrogativa es necesario que medie una acusación o denuncia contra el funcionario, la cual deberá ser examinada por esta Máxima Instancia, con el objeto de verificar la comisión de un tipo delictivo y, en caso de existir elementos de convicción suficientes que presuman su autoría o participación, ordenar su detención para su posterior enjuiciamiento, previo levantamiento de la inmunidad parlamentaria.

Sobre este particular esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 16 del 22 de abril de 2010, dispuso lo siguiente:

“Es pertinente analizar, a la luz de los textos normativos vigentes, la protección o privilegio parlamentario de la inmunidad y el antejuicio de mérito, como requisitos para su enjuiciamiento.

Tanto la Constitución de 1961 como la de 1999 regulan de una manera similar el privilegio parlamentario de la inmunidad y el requerimiento del antejuicio de mérito para el enjuiciamiento de los integrantes del Poder Legislativo.

En tal sentido, el artículo 143 de la Carta de 1961 establecía el principio de la inmunidad. En esta disposición se precisaba que en caso de delito flagrante de carácter grave cometido por un senador o diputado, la autoridad competente lo pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho a la Cámara respectiva o a la Comisión Delegada con una información debidamente circunstanciada. Ello, a los efectos de que el órgano legislativo autorice la detención mientras se decida sobre el allanamiento.

Por su parte, el artículo 215 ordinal segundo del mismo texto fundamental, exigía la declaratoria previa de mérito por la Corte en pleno, para el enjuiciamiento, entre otros, de los miembros del Congreso.

*El Dr. Humberto J. La Roche, ilustre constitucionalista y magistrado emérito de este máximo Tribunal de justicia, en su obra *Instituciones Constitucionales del Estado Venezolano* (Maracaibo. Editorial Metas C.A. 1984) concluía con base en las disposiciones antes citadas que, en relación al privilegio de la inmunidad parlamentaria, podían presentarse dos situaciones claramente diferenciables:*

La primera, es cuando el congresista ha cometido un delito flagrante de carácter grave, en cuyo caso no hay duda acerca de la ocurrencia del delito y de la cualidad del autor del mismo; y la segunda, que es cuando media una acusación o denuncia en contra de un parlamentario.

En caso de flagrancia, en criterio de LA ROCHE, el juez sumariador somete al senador o diputado a custodia domiciliaria y envía a la Cámara respectiva un informe circunstanciado acerca de los detalles y factores que han concurrido para determinar la autoría del parlamentario en el acto que se le está imputando, a los efectos de que dicha Cámara o la Comisión Delegada autorice que continúe en ese estado mientras se decide el allanamiento, requisito indispensable para el enjuiciamiento.

Es decir que como podrá deducirse, si se trata de un delito flagrante el antejuicio de mérito no es procedente, pero en cualquier caso es indispensable la autorización de la Cámara correspondiente para privar de la inmunidad a un congresista cuando este ha sido culpable de un hecho punible (Op. Cit., p. 44).

Distinto sería si el parlamentario no es sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito ya que en tal caso sí es necesario que el máximo Tribunal examine los recaudos que enviaría el tribunal sumariador (hoy Ministerio Público) para verificar si se ha configurado un tipo delictivo y si hay indicios de culpabilidad del congresista a quien se le imputan hechos punibles. En este caso, en el cual media necesariamente una acusación o denuncia, es imprescindible el antejuicio de mérito, en cuyo caso si la Corte Suprema de Justicia decidía que había lugar a la prosecución de juicio, debía enviarse la decisión a la Cámara correspondiente para que esta autorizara mediante el allanamiento la continuación del procedimiento respectivo (Ibidem, p. 46).

El ex magistrado LA ROCHE en su obra hace referencia a varios ejemplos en materia de allanamiento en la historia constitucional venezolana. Es digno de destacar, en lo que concierne a la Carta de 1961, que se debatió jurídica y políticamente la pertinencia del allanamiento y del antejuicio de mérito para delitos de carácter militar, distintos de los comunes y los políticos. Desde 1963 y hasta 1976 se impuso la tesis (avalada por los partidos del establecimiento político y la Corte Suprema de Justicia) de que en caso de imputación a parlamentarios por delitos militares no procedía ninguna de las dos instituciones. Así, se ordenó el enjuiciamiento de los diputados del PCV y del MIR por el asalto al "Tren de El Encanto" (1963); y de Miguel Ángel Capriles, en 1968.

Esta situación cambió a propósito de la imputación de los diputados Fortunato Herrera y Salom Meza Espinoza por el secuestro de Niehous. Al respecto, el Fiscal General de la República Dr. José Ramón Medina se dirigió a la Corte Suprema de Justicia el 10 de agosto de 1976, sosteniendo que los nombrados parlamentarios gozaban del antejuicio de mérito y que estaban protegidos por la inmunidad.

En fecha 25 de agosto de 1976, este Alto Tribunal decidió la problemática planteada, dictaminando que era indispensable el antejuicio no solo cuando se trate de delitos de derecho común sino también de delitos de tipo militar.

Pero lo más importante, a los efectos del caso que hoy ocupa a esta Sala Plena, es que la Corte excluyó del antejuicio de mérito los casos en que se incurria en delito flagrante (Ibidem, p. 51).

*Como referíamos **supra**, no existen diferencias sustanciales entre las figuras del antejuicio de mérito y el allanamiento de la inmunidad parlamentaria entre los textos constitucionales de 1961 y 1999. Es decir, que ambas Cartas consagran la inmunidad y la necesidad del allanamiento de la misma para el enjuiciamiento de los diputados de la Asamblea Nacional (artículos 143 y 144-C.N. de 1961; 200 de la C.R.B.V.). Asimismo, tanto el artículo 215.2 -1961- como el artículo 266.3 de la de 1999 contemplan el antejuicio de mérito para los parlamentarios.*

De lo expuesto debe concluirse que tanto la tesis doctrinaria expuesta como la jurisprudencia de la Corte en pleno, siguen vigentes en cuanto a la situación de la condición de delitos en flagrancia. De acuerdo a lo señalado, es imprescindible el allanamiento de la inmunidad en cualquier caso para el enjuiciamiento, por tratarse de un privilegio irrenunciable. Pero el antejuicio de mérito en tales casos no es pertinente ni necesario, pues no existe duda sobre la comisión del delito ni sobre su autoría.

Ciertamente, hay una diferencia entre ambas Constituciones en lo referente a la intervención del Tribunal Supremo de Justicia cuando se trata de delitos flagrantes.

En la Carta de 1961, dicha intervención era inexistente: una vez bajo custodia domiciliaria, la autoridad competente comunica el hecho al órgano legislativo para que autorice dicha detención mientras se decide el allanamiento (ver artículo 143). Por el contrario, en la nueva Constitución sí interviene el Tribunal Supremo de Justicia, pero no para el antejuicio de mérito, sino que ahora el máximo Tribunal de la República y no la Cámara respectiva, es quien debe decidir si se mantiene la detención domiciliaria. En efecto, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia pauta, en su párrafo cuarto que “cuando uno de los funcionarios a que se refiere este artículo fuere sorprendido en la comisión flagrante de delito, la autoridad competente lo pondrá bajo custodia en su residencia, y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia, quién decidirá lo que juzgue conveniente sobre la libertad del detenido” (subrayado de esta decisión)”.

Criterio que fue reiterado por esta Sala Plena en Sentencia N° 55 del 12 de Julio de 2017, en virtud de lo cual resulta necesario ratificar que en el presente caso, no procede el antejuicio de mérito contra el ciudadano **Juan Carlos Requesens Martínez**, Diputado a la Asamblea Nacional por el Distrito Capital, toda vez que las actuaciones que cursan en el expediente evidencian que el mencionado ciudadano presuntamente ha cometido delitos de naturaleza permanentes, por lo tanto está en situación de flagrancia, en virtud de lo cual, a criterio de esta Sala Plena, su enjuiciamiento ineludiblemente corresponde a la jurisdicción de los Tribunales Penales Ordinarios, en aras de la garantía consagrada en el artículo 49, numeral 4, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

TSJ-SP (49)

8-8-2018

Magistrado Ponente: Dr. Juan Luis Ibarra Verenzuela

Caso: Tarek Willians Saab, en su condición de Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela (Antejuicio de Mérito contra el ciudadano Julio Andrés Borges Junyent, Diputado de la Asamblea Nacional).

Véase: **TSJ-SP (48) 8-8-2018**

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Actos Administrativos*

A. *Motivación*

TSJ-SPA (1042)

11-10-2018

Magistrado Ponente: Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta

Caso: Fisco Nacional.

(...) Con vista a la transcripción anterior, esta Superioridad considera pertinente precisar que la motivación de los actos administrativos está referida a la expresión formal de los supuestos de hecho y de derecho de éstos. Así, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en forma expresa exige que los “*actos administrativos de carácter particular*” deben estar suficientemente motivados, exceptuando a los de simple trámite o aquellos a los cuales una disposición legal exima de ella, entendiéndose por estas razones la explanación de los presupuestos de hecho y de derecho que tuvo la Administración para dictar el proveimiento administrativo.

De la referida normativa se observa la voluntad del Legislador de instituir la motivación como uno de los principios rectores de la actividad administrativa, y concretamente de los actos administrativos, lo cual permite adecuar su función dentro de los límites que la Ley le impone. Tal exigencia consiste en que los actos que la Administración Tributaria emita deberán estar debidamente motivados, es decir, señalar en cada caso el fundamento expreso de la determinación de los hechos que dan lugar a su decisión, de manera que el particular pueda conocer en forma clara y precisa las razones fácticas y jurídicas que originaron tal determinación, permitiéndole oponer las razones que crea pertinentes a fin de ejercer su derecho a la defensa.

Es jurisprudencia de esta Sala que la nulidad de los actos administrativos por inmotivación sólo se produce en el caso que no se permite conocer a los interesados los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron las bases o motivos en que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión; y no cuando la motivación es sucinta, pero permite conocer la fuente legal, las razones y los hechos apreciados por el funcionario actuante.

Por lo tanto, un acto puede considerarse motivado en aquellos supuestos en que ha sido expedido con base en hechos, datos o cifras concretas y cuando éstos consten efectivamente y de manera explícita en el expediente siempre que el administrado haya tenido acceso y conocimiento oportuno de los mismos; siendo suficiente, en algunos casos, que sólo se cite la fundamentación jurídica, si ésta contiene un supuesto unívoco y simple. (*Vid.*, sentencia N° 1076 del 11 de mayo de 2000, caso: Carlos Alberto Urdaneta Finucci, reiterada entre otros en los fallos N° 00992 del 18 de septiembre de 2008, 00649 del 20 de mayo de 2009, 00145 del 11 de febrero de 2010, 00320 del 10 de marzo de 2011 y más recientemente la decisión Nro. 00431 del 22 de abril de 2015, casos: *Mercedes-Benz Venezuela, S.A.*; *Valores e Inversiones C.A.*; *Corporación Inlaca, C.A.*; *Aguamarina de la Costa C.A.*, *Mi Mesa, C.A.*; y *Comercial Silver Start, C.A.*, respectivamente).

En definitiva, el objetivo de la motivación es, en primer lugar, permitir a los órganos competentes el control de la legalidad del acto emitido y, en segundo lugar, hacer posible a los administrados el ejercicio del derecho a la defensa.

TSJ-SPS (1201)**21-11-2018**

Magistrado Ponente: Marco Antonio Medina Salas

Caso: Maricruz Del Carmen Meléndez Pérez

Con relación al vicio de inmotivación de los actos administrativos, el artículo 89 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone que el órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia, o que surjan con motivo del recurso, aunque no hayan sido alegados por los interesados.

Sobre este último particular, el criterio reiterado de la Sala ha sido considerar que el incumplimiento de esta norma por parte de la Administración, implica la existencia del vicio de inmotivación del acto siempre y cuando esa falta de pronunciamiento resulte crucial a los fines de la determinación de fondo de la expresión de la voluntad administrativa contenida en el acto. (*Vid.*, entre otras, Sentencias de la Sala Política Administrativa números 01755 y 00132, de fechas 18 de noviembre de 2003 y 7 de febrero de 2013, respectivamente).

En este mismo orden de ideas, la Sala estableció que la inmotivación como vicio de forma de los actos administrativos, consiste en la ausencia absoluta de motivación; pero no es inmotivación la que contenga los elementos principales del asunto debatido y su principal fundamentación legal, lo cual garantiza al interesado el conocimiento de los motivos que sirvieron de fundamento para emitir la decisión. (*Vid.*, entre otras, Sentencias números 00318 del 07 de marzo de 2001 y 00132 del 7 de febrero de 2013).

De manera, que aun cuando la motivación sea sucinta, pero permite conocer la fuente legal de lo decidido, así como las razones y hechos apreciados por el funcionario, la motivación debe reputarse suficiente en su expresión. La inmotivación se verifica solo ante el incumplimiento total por parte de la Administración al señalar las razones que tuvo en cuenta para resolver. En cambio, no hay inmotivación cuando el interesado, los órganos administrativos o los jurisdiccionales al revisar la decisión, pueden conocer cuáles son las normas y hechos que sirvieron de fundamento a la decisión.

B. *Vicios de fondo. Desviación de poder***TSJ-SPA (1201)****21-11-2018**

Magistrado Ponente: Marco Antonio Medina Salas

Caso: Maricruz Del Carmen Meléndez Pérez

Que la sanción de inhabilitación impuesta a su representada “*ha sido dictada como consecuencia de una evidente desviación de poder, ya que el Contralor General de la República ha actuado arbitraria y desproporcionadamente, falseando la verdad y abusando del poder que le otorga la LOCGR. En efecto, el fin de la sanción de inhabilitación por un periodo de diez (10) años (...) no es la lucha contra la corrupción ni alguna otra razón legítima, ya que se trata de una decisión arbitraria, donde no se fundamentan los hechos y motivos en que se basó el Contralor para escoger una medida muy severa, por lo que esta desproporcionalidad y arbitrariedad reflejan sin duda una grave desviación de poder, alejada totalmente de la finalidad de la norma*”.

Al respecto, esta Máximo Tribunal considera necesario reiterar una vez más que el vicio de desviación de poder se configura cuando el autor del acto administrativo, en ejercicio de una potestad conferida por la norma legal, se aparta del espíritu y propósito de ésta, persiguiendo con su actuación una finalidad distinta de la contemplada en el dispositivo legal. Respecto a este vicio, este Máximo Tribunal en múltiples decisiones ha expresado lo siguiente:

“(…) Ahora bien, la Sala reiteradamente ha establecido sobre el vicio de desviación de poder, que es una ilegalidad teleológica, es decir, que se presenta cuando el funcionario, actuando dentro de su competencia dicta un acto para un fin distinto al previsto por el legislador; de manera que es un vicio que debe ser alegado y probado por la parte, sin que pueda su inactividad ser subsanada por el juzgador.

Por lo tanto, se entiende que la Administración incurre en el vicio de desviación de poder, cuando actúa dentro de su competencia, pero dicta un acto que no esté conforme con el fin establecido por la Ley, correspondiendo al accionante probar que el acto recurrido, como ya ha sido señalado, persigue una finalidad diferente a la prevista a la Ley.

Lo anterior implica, que deben darse dos supuestos para que se configure el vicio de desviación de poder, a saber: que el funcionario que dicta el acto administrativo tenga atribución legal de competencia y que el acto haya sido dictado con un fin distinto al previsto por el legislador; además, estos supuestos deben ser concurrentes.” (Vid. sentencias de esta Sala Político-Administrativa Nros. 00623 y 0780 de fechas 25 de abril de 2007 y 9 de julio de 2008, respectivamente). (Resaltado de este fallo).

Conforme a lo expuesto y, en particular, los elementos que deben concurrir para la configuración del citado vicio precisados en el fallo parcialmente transcrito, la Sala observa que la Contraloría General de la República es el órgano competente para dictar el acto que hoy se impugna, pues como ya se señaló en líneas anteriores, tiene la atribución legal para ejercer sus funciones de control fiscal y aplicar su potestad de intervención o bien de investigación.

2. *Contratos Administrativos: Potestad de rescisión del contrato. Clausulas exorbitantes*

TSJ-SPA (1270)

11-12-2018

Magistrada Ponente: María Carolina Ameliach Villarroel

Caso: Unión Metalúrgica Industrial Del Sur, S.A. (UMISSA) vs. (Ministro del Poder Popular para Vivienda y Hábitat).

Esta Máxima Instancia actuando como cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa reitera que, la Administración en el ejercicio de la potestad de rescisión, derivada de las cláusulas exorbitantes que subsisten aun ante la falta de establecimiento contractual, puede dar por terminada la vida de los contratos administrativos respecto de los cuales forma parte, por razones de legalidad (cuando no se han satisfecho los requisitos exigidos para su validez o eficacia), de interés general o colectivo y a causa del incumplimiento o falta grave del contratista; supuesto último en el cual deberá garantizar al referido sujeto sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso.

...Con relación a la convención bajo examen, pactada por los antagonistas procesales en juicio, esta Sala evidencia que: **1.-** una de las partes contratantes es un órgano de la República Bolivariana de Venezuela, esto es, el entonces Ministerio del Poder Popular para Vivienda y Hábitat; **2.-** el contrato tiene una finalidad de utilidad pública, redundante en el suministro de kits de viviendas industrializadas y asistencia técnica en la construcción de las mismas, como parte integrante del Plan Nacional de Vivienda; debiendo entenderse que: **3.-** subsisten en el cuerpo del contrato, ciertas prerrogativas consideradas exorbitantes, aun cuando no se hayan plasmadas de forma expresa en su redacción. (Vid., fallo N° 00187 del 5 de febrero de 2002).

Por tanto, ha de concluirse ante la presencia concurrente de tales características, que nos encontramos frente a un verdadero contrato administrativo. Así se establece.

(...) En ese orden de ideas, este Alto Tribunal considera necesario apuntar que, según la jurisprudencia patria, existen a favor de la Administración potestades derivadas de cláusulas exorbitantes que exceden el derecho civil, susceptibles de incidir en la vida de un contrato administrativo.

Así, entre ellas figura la **potestad de rescisión del contrato** por parte de la Administración, la cual tiene su fundamento en el tutelaje del interés general que ésta pretende, frente al derecho individual del sujeto que lleva a cabo un servicio público (concesionario) o una obra que persigue una finalidad pública (contratista).

Al respecto, de una revisión del acto administrativo impugnado, cursante desde el folio 49 al 51 de la pieza principal del expediente, puede observarse que el entonces Ministro del Poder Popular para Vivienda y Hábitat, en uso de esa potestad rescisoria dio por terminado el contrato de suministros en razón del “(...) *incumplimiento por parte de la empresa UNIÓN METALÚRGICA INDUSTRIAL DEL SUR, S.A. (UMISSA), de las obligaciones contractuales a las cuales estaba sujeta, por cuanto no cumplió con el tiempo establecido, no realizó la entrega de Kits completos de viviendas en el término señalado y no ha amortizado la totalidad del Anticipo Contractual que le fue otorgado*”.

En tal sentido, esta Sala ha afirmado que la Administración, cuando es parte de los aludidos contratos administrativos, puede ejercer tal potestad por razones diferentes, a saber: **i.- de legalidad**, cuando no se han satisfecho los requisitos exigidos para su validez o eficacia; **ii.- de interés general o colectivo**; y **iii.- a título de sanción**, en caso de falta grave o incumplimiento del co-contratante; supuesto en el cual “(...) *no puede la Administración prescindir, en principio, de un procedimiento contradictorio, en el cual se asegure al particular sus elementales garantías de intervención y defensa. En consecuencia, frente a la potestad de rescisión (...) del contrato, se erige la garantía del derecho a la defensa del interesado que será afectado por la decisión que haya de adoptarse*”. (Vid., decisión de la Sala Nº 00060 del 6 de febrero de 2001).

El establecimiento realizado en esa oportunidad por esta Máxima Instancia de la jurisdicción contencioso administrativa, responde precisamente al desarrollo de los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso sentado por la intérprete del Texto Fundamental, a través de la sentencia Nº 568 del 20 de junio de 2000, [Véase *Revista de Derecho Público* Nº 85-86/87-88, 2000, p. 699 y ss.] en la cual se dispuso lo siguiente:

“(...) la Administración frente a ese incumplimiento contractual como por ejemplo falta de pago, falta de constitución de las fianzas exigidas, falta de rendición de cuentas etc., tiene la potestad de rescindir unilateralmente el contrato pero respetando los derechos subjetivos o intereses legítimos de los concesionarios, toda vez que el acto por el cual se rescinde la concesión es un acto administrativo que debe estar precedido de un procedimiento que garantice el derecho a la defensa y al debido proceso del concesionario, aun cuando ese procedimiento sea expedito, como lo sería el procedimiento sumario contenido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En este contexto, la Sala como intérprete de las normas fundamentales contenidas en el texto constitucional, observa que en los actuales momentos que vive el país, donde existe una necesidad de inversiones para la reactivación del aparato productivo y donde el administrado espera una contraprestación en los servicios públicos por las contribuciones, cargas e impuestos a los que son sometidos, debe garantizarse, por una parte la continuidad y correcta prestación de los servicios públicos y por la otra respetarse y garantizarse la inversión erogada por los concesionarios mediante su respeto al derecho a la defensa y al debido proceso al momento de resolver unilateralmente este tipo de contratación por parte de la Administración”. (Destacados de la Sala).

Seguidamente, la misma Sala Constitucional constató lo siguiente:

“Al respecto esta Sala, luego de un estudio detenido de las actas que conforman el presente expediente, así como de los argumentos expuestos por las partes y de la sentencia apelada, observa que no se evidencia que a la empresa Aerolink Internacional S.A., se le haya notificado del inicio de algún procedimiento administrativo, de la causa de su inicio, que haya podido intervenir en la fase de instrucción del procedimiento administrativo, probando o controlando las pruebas (basadas especialmente en informes técnicos realizados con fecha muy anterior al acto mismo), que haya tenido oportunidad de oponer las defensas que hubiese considerado pertinentes para desvirtuar el supuesto incumplimiento del contrato de concesión, que la Administración haya acudido a la instancia arbitral para dilucidar tal incumplimiento, como así lo pactaron las partes en la Cláusula Décima del contrato de concesión, como medio de resolución de conflictos; simplemente consta que fue notificada de un acto administrativo y que contra ese acto ejerció los recursos administrativos que la ley le otorga, pero –se insiste– no hay prueba de la intervención de la accionante en el procedimiento constitutivo del acto administrativo por el cual le rescindieron unilateralmente la concesión del servicio público de transporte de pasajeros en el Aeropuerto Internacional de Maiquetía, razón por la cual el fallo apelado debe ser confirmado en ese sentido, y así se declara”. (Negrillas de esta Máxima Instancia).

Ahora bien, tal criterio fue ratificado por esta Sala en decisión N° 01002 del 5 de agosto de 2004, [Véase *Revista de Derecho Público* N° 99-100, 2004, pp. 224 y ss.] en la cual se reiteró que, en el ejercicio de las cláusulas exorbitantes, puede la Administración ejercer un control de alcance excepcional sobre su co-contratante, dando cabida a la posibilidad por parte de ésta, de declarar el incumplimiento del contratista e, inclusive, imponer las sanciones administrativas ha lugar. No obstante, se resaltó que dicha declaratoria (de rescisión), exteriorizada a través de un acto administrativo, debía ser precedida por un debido proceso administrativo.

Específicamente se indicó lo siguiente:

“El hecho que el artículo 8 de la Resolución N° 389 establezca que el incumplimiento de esas condiciones conllevaría a la revocatoria de pleno derecho de la concesión, no es otra cosa que la utilización de la cláusula exorbitante por medio de la cual se le permite a la Administración dar por terminado un contrato administrativo cuando exista un incumplimiento por parte del co-contratante.

5.- Ahora bien, es menester señalar que la Resolución N° 389 no señala procedimiento alguno para constatar el cumplimiento o no de lo exigido. En efecto, la Resolución se limita exclusivamente a señalar que a las empresas concesionarias que no cumplan lo establecido en esa Resolución N° 389, les será revocado de pleno derecho la autorización o habilitación por el Instituto Postal Telegráfico de Venezuela. La Resolución tan sólo expresa que de existir incumplimiento se revocará la concesión otorgada por la Administración.

Sin embargo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos regula a falta de disposición expresa el procedimiento administrativo aplicable por la Administración. Cuando no existe un procedimiento especial, la Administración deberá utilizar el procedimiento ordinario señalado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, tal como su artículo 47 lo señala:

(...omissis...)

Es evidente entonces, que la Administración debe iniciar procedimientos administrativos establecidos en [la] Ley si considera que alguna concesionaria no cumple con los requisitos que se le imponen. Ello es un principio de toda la actividad administrativa por el cual, desde el momento en que la Administración verifica la supuesta existencia de una falta debe iniciar un procedimiento administrativo. Esto no implica que cada Resolución deba señalar un procedimiento administrativo para ejercer una potestad revocatoria en caso

de incumplimiento por parte de los concesionarios, más aún, la Administración no tiene la potestad de crear procedimientos administrativos mediante actos administrativos, ya que ello es materia de reserva legal, por lo que sólo los procedimientos administrativos expresados por ley serán aplicables, como es el caso de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por ello, para esta Sala Político Administrativa Accidental, las Resoluciones Nº 389 y 390 no violan el derecho a la defensa, por cuanto no eran ellas las llamadas a establecer un procedimiento administrativo. De hecho, en caso tal de que la Administración no iniciara el procedimiento administrativo ordinario establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la efectiva lesión al derecho a la defensa lo cometería esta última y no las Resoluciones impugnadas". (Destacados y agregado de la Sala).

Atendiendo al precedente jurisprudencial parcialmente citado, se desprende que la Sala Político Administrativa extendió la protección de los derechos constitucionales del concesionario, imponiendo a la Administración el deber de instruir el procedimiento ordinario estatuido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para ventilar el ejercicio de su derecho a la defensa (alegar, probar y, en definitiva, contradecir) y, en el caso particular, verificar la conducta imputada al contratista, esto es, el incumplimiento contractual.

En conexión con lo anterior, este Alto Tribunal no puede dejar de advertir que la **potestad rescisoria de la Administración** encontró sustento –históricamente– en diferentes cuerpos normativos, a saber, en las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras contenidas en el Decreto Nº 1.417 del 31 de julio de 1996 (publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.096 Extraordinario del 16 de septiembre de ese mismo año), en el Decreto Nº 5.929 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 5.877 Extraordinario del 14 de marzo de 2008), reformado el 24 de abril de 2009 (publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 39.165), en la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Contrataciones Públicas (publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.503 de fecha 6 de septiembre de 2010), así como en el vigente Decreto Nº 1.399 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas del 13 de noviembre de 2014 (publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.154 Extraordinario del 19 del mismo mes y año).

Sin embargo, la falta de previsión de los referidos textos normativos no es óbice para la sujeción de la actividad administrativa y judicial de los criterios asumidos por la Máxima intérprete del Texto Constitucional, máxime cuando estos estriban en la interpretación o alcance de las normas y principios constitucionales, los cuales resultan vinculantes para el resto de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República, conforme al artículo 335 de la Carta Magna.

Por tanto, esta Máxima Instancia actuando como cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa reitera que, la Administración en el ejercicio de la potestad de rescisión, derivada de las cláusulas exorbitantes que subsisten aun ante la falta de establecimiento contractual, puede dar por terminada la vida de los contratos administrativos respecto de los cuales forma parte, por razones de legalidad (cuando no se han satisfecho los requisitos exigidos para su validez o eficacia), de interés general o colectivo y a causa del incumplimiento o falta grave del contratista; supuesto último en el cual deberá garantizar al referido sujeto sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso.

Así pues, ciñéndose al desarrollo jurisprudencial sentado por la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, debe el ente u órgano de la Administración, sustanciar un procedimiento administrativo previo, esto es, al menos, aquel de carácter sumario estatuido en la redacción de los artículos 67, 68 y 69 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en el cual

se le permita al co-contratante conocer del inicio del mismo, formular los alegatos y defensas respecto de la imputación realizada sobre su conducta, promover y evacuar pruebas y ejercer los recursos a los que hubiere lugar, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, siendo garantizado su derecho a la presunción de inocencia. Todo ello, a los fines de comprobar el indiciado incumplimiento de las obligaciones a su cargo, toda vez que la ulterior decisión adoptada por la autoridad podría ser capaz de afectar negativamente su esfera jurídico-subjetiva de intereses o precaver un futuro juicio.

En consecuencia, esta Sala concluye que en el caso concreto, en la medida que el entonces Ministro del Poder Popular para Vivienda y Hábitat resolvió rescindir el contrato objeto de la presente causa, debido al presunto incumplimiento de la empresa Unión Metalúrgica Industrial del Sur, S.A. (UMISSA), respecto “(...) de las obligaciones contractuales a las cuales estaba sujeta (...)”, la Administración estaba compelida a instruir un procedimiento administrativo previo, en resguardo de los derechos constitucionales de la prenombrada compañía. Así se establece.

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control de la Constitucionalidad*

A. *Control difuso de la constitucionalidad. Revisión de las sentencias Sala Constitucional*

TSJ-SC

18-10-2018

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Desaplicación por control difuso de constitucionalidad del artículo 41 de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial que prohibía el arbitraje.

Una de las innovaciones y fortaleza de nuestro sistema de justicia constitucional fue el reconocimiento expreso que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hizo sobre el instituto de control de la constitucionalidad de las leyes y actos jurídicos que compete a todos los jueces, para la garantía de la supremacía constitucional, que se conoce como control difuso.

En efecto, la fuente del control difuso en nuestro país antes de la Constitución vigente, se encuentra en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y es, por primera vez, en la Constitución de 1999 cuando fue preceptuado en la Carta Magna o Norma Normarum.

En lo que respecta al control difuso de la constitucionalidad y la consecuencial revisión de esos fallos, por parte de esta Sala Constitucional, los artículos 334 y 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establecen:

“Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En casos de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley y otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.

Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos en la Ley Orgánica respectiva”.

Sobre la base de las disposiciones constitucionales mencionadas, esta Sala delimitó jurisprudencialmente el desarrollo fundamental del mecanismo de control de las sentencias que ejerzan el control difuso de constitucionalidad, como un modo revisor de esas decisiones que han aplicado el carácter inmanente de la norma fundamental para desaplicar disposiciones inferiores integrantes del ordenamiento jurídico. Así, en decisión N° 1400 del 8 de agosto de 2001, se asentó que “...el juez constitucional debe hacer saber al Tribunal Supremo de Justicia sobre la decisión adoptada, a los efectos del ejercicio de la revisión discrecional atribuida a la Sala Constitucional, conforme lo disponen los artículos 335 y 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

De allí que el juez que desaplique una norma legal o sub-legal, por considerarla inconstitucional, está obligado a remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme y del auto que verifica dicha cualidad, a fin de que esta Sala proceda a la revisión de la misma, para hacer más eficaz el resguardo de la incolumidad constitucional; en caso contrario, el control difuso no tendría sino un efecto práctico sólo en el caso concreto, en detrimento del orden constitucional, pues el canal de conexión con el control concentrado –que tiene efectos *erga omnes*– estaría condicionando a la eventual solicitud de revisión de la persona legitimada por ante la Sala, lo que desde luego minimiza la potencialidad de los instrumentos emanados de ésta, que es el carácter vinculante de sus decisiones y la facultad de revisar ese tipo de sentencias por mandato constitucional (*vid.* Sentencia de la Sala N° 1.998 del 22 de julio de 2003, caso: “Bernabé García”).

Ha sido la jurisprudencia constitucional, basándose en el carácter operativo de las normas constitucionales, la que devino en la implementación del mecanismo por el cual se fundó un control de revisión sobre las sentencias que ejerzan el control difuso, como medio de supervisión por parte de la Sala, garante de asegurar frente a esas decisiones, definitivamente firmes, que las desaplicaciones obedezcan realmente a un proteccionismo constitucional. Sobre el particular, en sentencia N° 3126/2004, se asentó la finalidad de esta modalidad de revisión:

“...la Sala fue clara sobre el particular: los fallos de desaplicación de normas, que sean definitivamente firmes, son revisables a través del mecanismo extraordinario que prevé el número 10 del artículo 336 de la Constitución, caso en el que la discrecionalidad de que goza la Sala para aceptar la solicitud no es la misma que la existente en el supuesto de los fallos definitivamente firmes de amparo.

Precisamente la relevancia del análisis de los fallos por los que se ejerció el control difuso, y que obliga a efectuar distingos respecto de los fallos de amparo, obliga a los jueces desaplicantes a remitir la decisión a la Sala, a fin de que no haya caso que escape al control que ésta debe efectuar.

La Sala reitera que la razón que lo justifica es la necesidad de lograr ‘mayor eficacia de la conexión entre el control concentrado, que corresponde a esta Sala, y el control difuso, que corresponde a todos los jueces de la República’, pues de esa manera se obtendrá ‘una mayor protección del texto constitucional y se evitará la aplicación general de normas inconstitucionales o la desaplicación de normas ajustadas a la Constitución en claro perjuicio para la seguridad jurídica y el orden público constitucional’.

...*omissis*...

Esta Sala sólo conoce, por mandato constitucional y legal, de la revisión de fallos definitivamente firmes. Cualquier fallo en el que efectivamente se haya ejercido el control

difuso, remitido sin la firmeza requerida escapa de la revisión de la Sala, pues es objeto de los recursos a que haya lugar ante los órganos jurisdiccionales que corresponda. Para la determinación de la firmeza del fallo, la Sala ordena, a partir de la fecha de publicación del presente fallo, que la remisión la efectúe, con la mención debida a ese carácter, el órgano judicial que quede encargado del archivo del expediente de manera definitiva, único que puede dar fe de que ya contra la decisión no procede recurso alguno; bien porque ya fueron ejercidos los existentes o precluyeron los lapsos para ello. En otros términos, el control de esta Sala se realizará respecto de aquellos fallos en los que efectivamente se haga un pronunciamiento definitivamente firme sobre la desaplicación de una norma por control difuso, independientemente de que el juez de alzada confirme o no el fallo que sobre esta materia dicte el tribunal de la primera instancia”.

Precisamente, ha sido la posición de esta Sala Constitucional la que permitió estatuir normativamente en el vigente artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la revisión como mecanismo de supervisión, sobre las sentencias definitivamente firmes que apliquen el control difuso de constitucionalidad:

“Artículo 33. Cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República ejerzan el control difuso de la constitucionalidad, deberán informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación que sea adoptada, para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. A tal efecto, deberá remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme”.

Por otra parte, la Sala en sentencia N° 833 del 25 de mayo de 2001, caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao, estableció con carácter vinculante cuando funciona el control difuso de la constitucionalidad y al respecto sostuvo que:

“...Debe esta Sala, con miras a unificar la interpretación sobre el artículo 334 de la vigente Constitución, y con carácter vinculante, señalar en qué consiste el control difuso, y en qué consiste el control concentrado de la Constitución.

El artículo 334 de la Constitución, reza: (...*omissis*...).

Consecuencia de dicha norma es que corresponde a todos los jueces (incluso los de la jurisdicción alternativa) asegurar la integridad de la Constitución, lo cual adelantan mediante el llamado control difuso. Dicho control se ejerce cuando en una causa de cualquier clase que está conociendo el juez, éste reconoce que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), que es incompatible con la Constitución. Caso en que el juez del proceso, actuando a instancia de parte o de oficio, la desaplica (la suspende) para el caso concreto que está conociendo, dejando sin efecto la norma en dicha causa (y sólo en relación a ella), haciendo prevalecer la norma constitucional que la contraría. Por lo tanto, el juez que ejerce el control difuso, no anula la norma inconstitucional, haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido, sino que se limita a desaplicarla en el caso concreto en el que consideró que los artículos de la ley invocada, o hasta la propia ley, coliden con la Constitución. (*omissis*...).

Conforme al artículo 334 aludido, el control difuso sólo lo efectúa el juez sobre normas (lo que a juicio de esta Sala incluye las contractuales) y no sobre actos de los órganos que ejercen el poder público, así ellos se dicten en ejecución directa e inmediata de la Constitución. No debe confundirse el control difuso, destinado a desaplicar normas jurídicas, con el poder que tiene cualquier juez como garante de la integridad de la Constitución, de anular los actos procesales que atenten contra ella o sus principios, ya que, en estos casos, el juzgador cumple con la obligación de aplicar la ley, cuya base es la Constitución. Distinta es la situación del juez que desaplica una norma porque ella colide con la Constitución, caso en que la confrontación entre ambos dispositivos (el constitucional y el legal) debe ser clara y precisa. Esto último, conlleva a la pregunta ¿si en ejercicio del control difuso un juez puede interpretar los principios constitucionales, y en base a ellos, suspender la aplicación de una norma? Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335

de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y última intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones motu proprio que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que, según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado. Ahora bien, el juez al aplicar el derecho adjetivo, debe hacerlo ceñido a la Constitución, adaptándose en sus actuaciones a lo constitucional, y por ello sin que se trate de un control difuso, sino de aplicación de la ley, puede anular los actos procesales que contraríen a la Constitución, y sus principios. Este actuar amoldado a la Constitución es parte de su obligación de asegurar la integridad constitucional y, dentro de la misma, el juez debe rechazar en su actividad todo lo que choque con la Constitución. Conforme a lo expuesto, la defensa y protección de los derechos fundamentales corresponde a todos los jueces, los que los ejercen desde diversas perspectivas: mediante el control difuso y, otros, mediante el control concentrado; pero todo este control corresponde exclusivamente a actos netamente jurisdiccionales, sin que otros órganos del Poder Público, ni siquiera en la materia llamada *cuasi-jurisdiccional*, puedan llevarlo a cabo. El artículo 334 constitucional es determinante al respecto. A diferencia de otros países (donde existen tribunales constitucionales) en Venezuela, –siendo parte del Poder Judicial– se encuentra la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la cual corresponde la jurisdicción constitucional, pero tal jurisdicción no tiene una cobertura total en el control concentrado. El artículo 334 de la Constitución, crea la jurisdicción constitucional, la cual corresponde a la Sala Constitucional...”.

En cuanto a los requisitos que deben estar presentes para aplicar el control difuso, esta Sala en sentencia N° 1.696/2005, caso: Rosa Luisa Mémoli Bruno y otro, estableció:

“Conforme al artículo 334 constitucional, todos los jueces de la República en el ámbito de sus competencias, ejercen el control difuso de la Constitución, siendo este control exclusivamente el resultado de actos jurisdiccionales dictados en algunas causas. En casos de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, prevalecen las disposiciones constitucionales, o como lo expresa el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicaran ésta con preferencia. En esta desaplicación de una norma por colidir o ser incompatible con la Constitución, consiste el control difuso.

Para que dicho control se aplique, es necesario:

- 1) Que exista una causa, lo que equivale a un proceso contencioso.
- 2) Que una de las partes pida la aplicación de una norma.
- 3) Que dicha norma colida con alguna disposición constitucional, lo que indica que debe tratarse de una contradicción objetiva (de texto); o que la ley resulte incompatible con la Constitución, incompatibilidad que se refiere a los principios constitucionales recogidos expresamente en la Carta Fundamental.
- 4) Que el juez se vea en la necesidad de aplicar la norma que considera colide con la Constitución, ya que esa es la ley que regirá el caso. En consecuencia, si el juez a su arbitrio puede inaplicar la ley, ya que considera que el supuesto de hecho de la norma no ha sido probado, o que el caso puede ser resuelto mediante la invocación de otra disposición, no tiene razón alguna para practicar control difuso alguno.
- 5) Que quien lo adelante sea un juez, así ejerza la jurisdicción alternativa, dentro de un proceso donde se pide la aplicación de la ley o norma cuestionada.
- 6) Que el juez no anule la norma sometida al control, sino que la inaplique en el caso concreto.

Ejercido el control difuso, su efecto es que, para el caso concreto, sólo con respecto a éste, no se aplica la disposición”.

Sin duda, nuestro sistema de Justicia Constitucional es sólido y bien engranado, por cuanto está dispuesto que todas las eventuales desaplicaciones de leyes o normas jurídicas que, de manera concreta, accidental e incidental, ejecute un juez, deba remitirse a esta Sala Constitucional cuando tal veredicto esté definitivamente firme, en razón de que esta Sala es la última intérprete y garante de la Constitución y, por ello, es la competente para el pronunciamiento definitivo sobre la conformidad a derecho del acto decisorio de desaplicación (*Vid.* Sentencia N° 19/2.009, caso: Nicola Cicienya Belina y otro).

2. *Revisión Constitucional*

TSJ-SC (494)

26-7-2018

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Arrendadora Santa Clara C.A.,

En cuanto a los efectos de una decisión de revisión, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispone en su artículo 35:

Efectos de la revisión

Artículo 35. Cuando ejerza la revisión de sentencias definitivamente firmes, la Sala Constitucional determinará los efectos inmediatos de su decisión y podrá reenviar la controversia a la Sala o tribunal respectivo o conocer de la causa, siempre que el motivo que haya generado la revisión constitucional sea de mero derecho y no suponga una nueva actividad probatoria; o que la Sala pondere que el reenvío pueda significar una dilación inútil o indebida, cuando se trate de un vicio que pueda subsanarse con la sola decisión que sea dictada.

En el caso de autos, dado que el fundamento en el cual se declaró la nulidad de la decisión que dictó el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 18 de junio de 2014, conlleva a la reposición de la causa, con la consecuente nulidad de todo lo actuado, al estado de contestación de la demanda, cuyo lapso comenzará a computarse a partir de que el tribunal de la causa notifique a las partes de la presente decisión. En consecuencia, con fundamento en el precepto legal antes transcrito, así como en los postulados constitucionales a la materialización de la finalidad del proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia y en cumplimiento de su obligación de garantizar su concreción de forma expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos ni reposiciones, esta Sala Constitucional considera innecesario que se ordene al Juzgado Superior que resulte competente previa distribución, que proceda a la resolución de la segunda instancia, sino al Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción del Área Metropolitana de Caracas, para el cumplimiento de lo que se ordenó en la presente decisión y del trámite a la causa principal desde el momento en que se notifique a las partes para que se abra el lapso para la contestación de la demanda. Así se decide.

TSJ-SC (795)

8-11-2018

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: Audelina Daza, José Villanueva y otros

La Sala aclara que al momento de la ejecución de su potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes, está obligada, de acuerdo con una interpretación uniforme de la Constitución y en consideración a la garantía de la cosa juzgada, a guardar la máxima prudencia

en cuanto a la admisión y procedencia de peticiones que pretendan la revisión de actos de juzgamiento que han adquirido el carácter de cosa juzgada judicial; de allí que esta Sala esté facultada para desestimar cualquier requerimiento como el de autos, sin ningún tipo de motivación, cuando, en su criterio, se verifique que lo que se pretende en nada contribuye con la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales

3. *Acción de Amparo constitucional*

A. *Objeto: Amparo contra sentencia. Admisibilidad*

TSJ-SC (453)

2-7-2018

Magistrado Ponente: Calixto Ortega Ríos

Caso: José Luis Durán y Katty Neitaly Delgado González

Precisado lo anterior, pasa esta Sala a pronunciarse acerca de la admisibilidad de la presente acción, a cuyo fin observa:

En el caso de autos, la decisión denunciada como lesiva fue dictada dentro del lapso el 21 de diciembre de 2016, siendo esta no susceptible de notificación a las partes, no obstante, la acción de amparo constitucional se ejerció el 6 de julio de 2017, vale decir, luego de haber transcurrido 6 meses y 15 días, de haberse dictado el referido fallo, de manera que, al comprobar que ocurrió el consentimiento tácito de la infracción denunciada debido a que la inactividad procesal del lesionado entraña signos inequívocos de aceptación de la situación, lo constituye un consentimiento tácito de las partes hoy accionantes en obtener la tutela de los derechos que, a su decir, fueron quebrantados, se configura el supuesto de inadmisibilidad contenido en el numeral 4 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, según el cual, “(...) **no se admitirá la acción de amparo: cuando la acción u omisión, el acto o la resolución que viole el derecho o la garantía constitucionales hayan sido consentidos expresa o tácitamente, por el agraviado, a menos que se trate de violaciones que infrinjan el orden público o las buenas costumbres. Se entenderá que hay consentimiento expreso, cuando hubieren transcurridos los lapsos de prescripción establecidos en leyes especiales o en su defecto seis (6) meses después de la violación o la amenaza al derecho protegido (...)**”.

De la norma parcialmente transcrita se infiere que existe una excepción a la causal de inadmisibilidad antes descrita, relativa a que se admitirá la acción de amparo constitucional cuando existan violaciones que infrinjan el orden público o las buenas costumbres, independientemente si la acción u omisión, el acto o la resolución que violen el derecho o las garantías constitucionales hayan sido consentidos expresa o tácitamente por el agraviado.

En otras palabras, para que proceda la excepción contenida en el artículo 6.4 *ejusdem*, la infracción al orden público –a que hace alusión dicha norma– ha de entenderse en el sentido que el hecho o situación denunciada por el agraviado, además de, 1) violentar un derecho o norma constitucional protegido por los procedimientos legales establecidos para los juicios de amparo, debe, 2) afectar correlativamente a una parte de la colectividad o al interés general más allá del interés particular del mismo.

Al respecto, es menester resaltar que el criterio jurisprudencial tomado en consideración por la decisión parcialmente transcrita para llegar a tal conclusión es claro al señalar que: “...**el concepto de orden público a los efectos de la excepción al cumplimiento de ciertas normas relacionadas con los procesos de amparo constitucional, se refiere a la amplitud**

en que el hecho supuestamente violatorio del derecho o norma constitucional afecta a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes. Por ello en casos donde un presunto agraviado alega que un hecho, actuación, omisión o amenaza ocasionó una supuesta violación constitucional a su persona, sólo se consideraría de orden público, a manera de la excepción de las normas procedimentales de los juicios de amparo, cuando el Tribunal compruebe que, en forma evidente, y a consecuencia del hecho denunciado por los accionantes, se podría estar infringiendo, igualmente, derechos o garantías que afecten a una parte de la colectividad diferente a los accionantes o al interés general, o que aceptado el precedente resultaría una incitación al caos social, si es que otros jueces lo siguen...". (Resaltado de esta Sala). (Vid. S.S.C. N° 1207 del 6 de julio de 2001, caso: “*Ruggiero Decina y otro*”, ratificada, entre otras, mediante sentencias Nros. 1105 del 5 de junio de 2002, 1324 del 13 de agosto de 2008 y 633 del 26 de mayo de 2009).

En el caso de autos las apoderadas judiciales denunciaron, entre otros aspectos, que sus representados han visto vulnerados sus derechos a lo largo del juicio, toda vez, que, a pesar de haber acompañado a las actas del proceso todas las pruebas que sustentaron su demanda, estas fueron desechadas por el referido Juzgado Superior, ocasionándoles –en su criterio– una lesión a su derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Así las cosas, esta Sala, al evidenciar que tales infracciones sólo tienen incidencia en la esfera particular del accionante, sin que de alguna manera se afecte el orden público, ya que el mismo es un mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de toda la sociedad. Por lo tanto, esta Sala considera que no se dan los presupuestos necesarios para que sea aplicada la excepción limitada del lapso de caducidad en la acción de amparo constitucional, prevista en el artículo 6, cardinal 4, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

B. *Procedimiento. Admisibilidad. Falta de representación. Poder*

TSJ-SC (536)

3-8-2018

Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos

Caso: Margarita Estupiñan de Medina

La Sala advierte que la presente acción de amparo constitucional la ejerció el abogado Lisandro Estupiñan, ya identificado, quien afirmó actuar “*en su carácter de apoderado especial de la ciudadana MARGARITA ESTUPIÑAN DE MEDINA (...) representación que se evidencia en instrumento Poder Apud Acta (sic) que riela en el expediente 9161 que cursa por (sic) ante el Tribunal Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del estado (sic) Mérida*”.

Sin embargo, no se observa de las actas del expediente el poder que le fue otorgado presuntamente por la ciudadana Margarita Estupiñan de Medina, ya identificada, al referido abogado Lisandro Estupiñan, ante el Tribunal Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, el cual él mismo identificó como “*apud acta*”, ni copias certificadas o simples de poder alguno de las que se pueda concluir que se le haya conferido la facultad para interponer en nombre de la presunta agraviada la presente acción de amparo constitucional.

Sobre el referido particular, esta Sala considera necesario indicar que en las sentencias N° 1364 del 27 de junio de 2005, (Caso: *Ramón Emilio Guerra Betancourt*); N° 2603 del 12 de agosto de 2005, (Caso: *Gina Cuenca Batet*); N° 152 del 2 de febrero de 2006, (Caso:

Sonia Mercedes Look Oropeza); y N° 1316 del 3 de junio de 2006, (Caso: *Inversiones Inmobiliarias S.A.*), se señaló lo siguiente:

“Para la interposición de un amparo constitucional, cualquier persona que considere haber sido víctima de lesiones constitucionales, que reúna las condiciones necesarias para actuar en juicio, puede ser parte actora en un proceso de ese tipo. Sin embargo, al igual que para cualquier otro proceso, si ese justiciable, por más capacidad procesal que posea, no quiere por su propia cuenta postular pretensiones en un proceso, el ius postulandi o derecho de hacer peticiones en juicio, deberá ser ejercido por un abogado que detente el derecho de representación, en virtud de un mandato o poder auténtico y suficiente.

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

Además, en relación al poder apud acta, la Sala señaló en el fallo 1.561 del 10 de noviembre de 2009 (Caso: Gladys Marlene Guerrero Vivas), lo siguiente:

“(…) el poder que se confiere apud acta sólo faculta a los abogados para que actúen en el juicio que se tramita en el expediente donde se otorgó el mandato, según lo dispone el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, en consecuencia, el profesional del derecho que se constituya como apoderado bajo esa modalidad, sólo hará uso del ius postulandi en ese juicio donde se le confirió el poder, así entonces, podrá ejercer la representación de su mandante en las dos instancias respectivas y en cualquier incidencia que se presente siempre y cuando sea dentro de ese proceso y no otro.

Ello así, y tomando en cuenta que el juicio de amparo constitucional no constituye una tercera instancia del proceso principal, sino que se trata de una litis nueva en la cual se ventilan denuncias por violaciones constitucionales, distintas al thema decidendum inicial, quien ostente un poder así otorgado, no puede pretender erigirse como apoderado judicial dentro del marco de un proceso de amparo constitucional, ni por la parte agraviada, ni por la parte agravante.

Es por ello, que aun en el presente caso, en el cual se incluyó en el poder otorgado apud acta la facultad de ejercer ‘Acción de Amparo Constitucional autónomo, cautelares o sobrevenido’, la misma no podrá ejercerse por el hecho de no constituir una incidencia dentro del juicio de partición de bienes en el que se otorgó dicho poder, por lo que el radio de acción del mencionado poder sólo abarca la causa en la que fue otorgado, y no puede hacerse extensivo otro proceso distinto aún de amparo como el presente.

(Omissis)

Tal criterio fue ratificado en las sentencias de esta Sala Constitucional N°: 2644 del 12 de diciembre de 2001 (Caso: Cipriano Arellano Contreras); 1653 del 17 de julio de 2002 (Caso: Crisóstomo Cristóbal García Molero); 1636 del 30 de julio de 2007 (Caso: José Gregorio Méndez Querales) y la sentencia N° 1741 del 9 de agosto de 2007 (Caso: Eva Rosa López Gómez).

De lo anterior se colige que el poder con que actuó la abogada Elba Yudith Medina Moreno, es un poder para el caso específico, que únicamente faculta la actuación de dicha apoderada judicial en el juicio de partición de bienes en el cual fue otorgado; y no, en cambio, para representar a la ciudadana (...) en el presente amparo constitucional.

Así las cosas, esta Sala Constitucional no puede hacer extensible la referida representación de la abogada Elba Yudith Medina Moreno, para la proposición de la presente solicitud de amparo, pues la supuesta interesada otorgó poder apud acta el cual faculta a la apoderada para actuar únicamente en los límites de las instancias donde se ventila la controversia”.

Igualmente, esta Sala se ha pronunciado sobre los efectos del mismo, en sentencia N° 263 del 16 de abril de 2010, (Caso: Gertrudis Elena Vogeler Mendoza) en la que dejó sentado lo siguiente:

“Al respecto, esta Sala Constitucional, estima oportuno indicar, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil: ‘El poder puede otorgarse también apud acta, para el juicio contenido en el expediente correspondiente, ante el Secretario del Tribunal, quien firmará el acta junto con el otorgante y certificará su identidad’ (...). De donde se colige de manera inequívoca que el poder otorgado ante el Secretario del Tribunal sólo surte sus efectos en el juicio contenido en el expediente correspondiente, y no en otro.

Cabe destacar que la demanda de amparo constitucional comporta el ejercicio de una acción autónoma y, en los casos de amparo contra actuaciones judiciales, es indudable que es independiente del juicio donde supuestamente se causó la injuria constitucional. Se trata de una acción nueva, e independiente de la principal compuesta de elementos distintos a aquella, con un destino distinto y con partes igualmente diferentes, en principio conocida por otro tribunal de otra instancia, además, por lo que la vinculación con el juicio que da lugar a la misma es mínima, aunque en realidad mantengan una relación eventualmente estrecha.

Debe destacarse, por otra parte, que por regla general quien otorga un poder apud acta, es decir, un poder para un juicio específico, no ha querido otorgar uno general, o por lo menos este tipo de instrumento no expresa ese deseo, por tanto, no es de suponer que el otorgante desee que aquel a quien le ha sido conferido el mandato le represente en todos o cualquier juicio y en todo momento; desea, por muy general que el mismo sea, que le representen sólo en el juicio donde el mismo fue extendido.

A este respecto, valga citar la doctrina de esta Sala en relación con este tipo de instrumentos, expuesta ampliamente en sentencia N° 1364/2005 en los siguientes términos:

‘La abogada (...) tanto en el escrito contentivo de la acción de amparo constitucional, como en los escritos consignados ante la Secretaría de esta Sala Constitucional, ha señalado actuar con el carácter de apoderada judicial del supuesto agraviado, ciudadano (...), representación que afirma poseer ‘...según consta de acta contenida en diligencia estampada el día diez y seis (16) de abril de dos mil uno (2001), en la causa principal que inicialmente cursaba por ante el Juzgado Undécimo (11°) de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito...’, recaudo que fue acompañado en copia simple con la querrela constitucional, e identificado con el alfanumérico A1, (sic) y que se trata de un poder apud acta otorgado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

En este sentido, es pertinente citar lo que esta Sala Constitucional ha establecido de manera reiterada:

‘Visto que el poder que cursa en autos es un poder apud acta, otorgado ante el Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario, en el juicio que por estimación e intimación de honorarios profesionales seguía el demandante contra la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda.

Y visto que el mencionado poder apud acta solamente puede ser utilizado en el juicio para el cual fue otorgado de conformidad con el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, la Sala observa que el abogado Daniel Buvat de Virgini de la Rosa no ha demostrado que está facultado para ejercer la demanda de amparo en nombre y representación del prenombrado demandante, por cuanto, tal como se señalara supra el poder apud acta acredita al abogado para actuar como representante de quien lo otorga únicamente en el juicio en el cual éste le fue conferido’.(auto del 18-12-01, caso: William Fuentes Hernández).

El anterior criterio fue ratificado a través de decisión N° 1653 del 17 de julio de 2002, en la cual se señaló lo siguiente:

‘Igualmente, se debe añadir, respecto al alegato de que la representación judicial para actuar en el presente procedimiento estaba acreditada por un poder apud acta otorgado de conformidad con el artículo 408 del Código Orgánico Procesal Penal y los artículos 152, 153 y 154 del Código de Procedimiento Civil, que este tipo de poder sólo puede ser utilizado en el juicio en el que fue otorgado (vid. auto dictado el 18 de diciembre de 2001, caso: Williams Fuentes Hernández), lo que corrobora la falta de legitimación para intentar el presente amparo en nombre del ciudadano (...)’(...).’

Conforme a la doctrina jurisprudencial transcrita, esta Sala reitera que de conformidad con el contenido del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, el poder otorgado ante el Secretario del Tribunal sólo surte sus efectos en el juicio contenido en el expediente correspondiente y no en otro.

En este sentido, es necesario señalar que la presente acción de amparo constitucional se ejerció contra una decisión judicial que resolvió en segunda instancia otro proceso de naturaleza civil, como lo es el desalojo de un inmueble dedicado a vivienda, por lo que debe tenerse presente que se trata del ejercicio de una acción autónoma, independiente de la inicial. De tal manera, que el poder *apud acta* presuntamente otorgado al abogado Lisandro Estupiñan, ya identificado, en principio lo facultaría única y exclusivamente para representar a la ciudadana Margarita Estupiñan de Medina, ya identificada, ante el Tribunal Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, no para ejercer la acción de amparo constitucional que pretendió intentar ante esta Sala Constitucional.

En este sentido, el numeral 3 del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece:

“Artículo 133: Se declarará la inadmisión de la demanda:

(Omissis...)

3. Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúe en su nombre, respectivamente.

(...Omissis...)”

Acorde con la disposición legal parcialmente citada y conforme con la doctrina jurisprudencial antes expuesta, visto que no consta en autos documento poder que acredite al abogado Lisandro Estupiñan, ya identificado, la capacidad para ejercer la representación que aduce, la Sala estima que tal situación acarrea la falta de representación para intentar la acción de amparo constitucional, pues no se evidencia de la actas que la supuesta agraviada haya otorgado un mandato o poder que permitiera que el referido abogado actuara en su nombre en la presente causa, por lo que de conformidad con el numeral 3 del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se declara inadmisibles por falta de representación la acción de amparo constitucional incoada. Así se decide.