

# Información Jurisprudencial

## *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Tercer Trimestre de 2005*

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

### SUMARIO

- I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO
  1. *El Ordenamiento Jurídico. La Constitución: Interpretación. 2. Responsabilidad patrimonial del Estado.*
- II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
  1. *Régimen constitucional: Reserva legal. 2. Derechos Constitucionales: Limitabilidad. 3. Garantías Constitucionales. A. La garantía de igualdad ante la ley: Principio de igualdad. B. Garantía de acceso a la justicia. C. Las garantías del debido proceso. a. Derecho a la defensa: Lapsos procesales. b. Derecho a la doble instancia. 4. Derechos Individuales: Derecho de petición y a la oportuna respuesta. 5. Derechos Sociales y de las Familias. A. Protección del matrimonio y las uniones estables de hecho. B. Derechos de los niños y adolescentes: Autorizaciones para viajar. 6. Derechos de los Pueblos Indígenas: Derecho a la participación política. 7. Derechos Políticos. A. Derechos de los miembros de la Fuerza Armada Nacional. B. Derecho al sufragio. a. Limitaciones admisibles. b. Votación directa, personal, secreta y uninominal. c. Sistema de escrutinio. C. Condiciones de inelegibilidad de Directivos Sindicales.*
- III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO
  1. *Régimen del ejercicio del Poder Público Nacional. A. El Poder Ejecutivo. a. La Administración Pública Nacional a'. Fuerza Armada Nacional. a''. Principios fundamentales. b''. Sanciones disciplinarias. b. Administración descentralizada: Gremios profesionales. B. El Poder Judicial. a. Tribunal Supremo de Justicia. a'. Sala Plena: Atribuciones. b'. Sala Político Administrativa: Competencias. b. Régimen de los jueces: Procedimiento disciplinario. 2. El Poder Municipal. Los Municipios: Privilegios y prerrogativas del Fisco Nacional.*
- IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO
  1. *Derechos Económicos: Libertad Económica. 2. Propiedad y Expropiación. Régimen urbanístico de la propiedad.*
- V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO
  1. *Obligación tributaria. Incumplimiento: Intereses moratorios. 2. Impuestos Nacionales. A. Impuesto sobre La Renta: Exoneraciones. B. Impuesto al valor agregado. 3. Impuestos Municipales: Impuesto sobre Actividades Económicas.*
- VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
  1. *El Procedimiento Administrativo: Potestad de Autotutela. 2. Potestad Sancionatoria. A. Principio de legalidad. B. Principio del non bis in idem. 3. Contratos Administrativos.*

## VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Legitimación activa. B. Admisibilidad: Lapso de caducidad. Inaplicabilidad del término de distancia previsto en la Legislación Procesal a los lapsos de los recursos administrativos. C. Emplazamiento: Cartel. D. Pruebas: Hecho notorio comunicacional. 2. *El Contencioso Administrativo de Interpretación*. 3. *El Contencioso Administrativo de las Demandas contra los Entes Públicos*. Admisibilidad: Procedimiento administrativo previo. 4. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. El Contencioso Administrativo Funcionario: Competencia. B. El Contencioso Administrativo Tributario. a. Sentencia: Notificación a la Procuraduría General de la República. b. Desistimiento. c. Perención. C. El Contencioso Administrativo Electoral. Objeto: Actos administrativos electorales.

## VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control de la Constitucionalidad*. 2. *Acción de Inconstitucionalidad: Emplazamiento de los interesados*. 3. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*. 4. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Órganos. Tribunal Supremo de Justicia: Sala Electoral. B. Admisibilidad: Consentimiento expreso. C. Objeto: Ejecución de actos administrativos. D. Sentencia. Consulta obligatoria.

## IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Clases de funcionarios*. A. Funcionarios de carrera. Derechos: Estabilidad. B. Funcionarios de libre nombramiento y remoción: Cargos de alto nivel y de confianza. 2. *Responsabilidades: Responsabilidad disciplinaria*.

## I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico. La Constitución: Interpretación*

Véase: Página 137 de esta Revista.

**TSJ-SE (79)**

**6-7-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Comunidad Indígena Chaima Santa María de los Ángeles del Guácharo vs. Consejo Nacional Electoral.

2. *Responsabilidad patrimonial del Estado*

**CPCA (834)**

**26-7-2005**

Magistrado Ponente: Rafael Ortiz-Ortiz

Caso: Sindicato Agrícola 168, C.A. vs. Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda.

**Por lo que se refiere a los daños ocasionados por la revisión de actos administrativos en materia urbanística, se reconoce la responsabilidad objetiva de la Administración, en caso de que tal actuación haya configurado daños efectivos e individuales.**

Respecto de los daños y perjuicios, observa la Corte que el recurrente alegó que los mismos se derivan de la imposibilidad de “aprovechamiento del derecho a edificar la parcela de su propiedad y obtener por esa actividad una ganancia lícita, lo cual generó una merma patrimonial, constitutiva de los daños indemnizables.”

Se aduce que “los daños están representados por el lucro cesante de la obra, esto es, la privación de la ganancia que le hubiere generado la obra de haberse permitido su continua-

ción y culminación en las condiciones o tiempo previstos en el proyecto presentado ante las autoridades urbanísticas municipales; así como por el daño emergente representado por la pérdida de la inversión realizada”.

Los daños los discrimina la recurrente en el lucro cesante y el daño emergente, al alegar que en su condición de propietaria y promotora de la obra en cuestión, “invirtió en la elaboración de un proyecto de construcción que debía desarrollarse en un período determinado, y adquirió compromisos para la enajenación de las oficinas y locales comerciales que integran en su conjunto la edificación.”

Invocan como parte de los daños los costos financieros y de oportunidad que debió soportar financieros y de oportunidad que debió soportar “específicamente por la imposibilidad de formalizar los compromisos adquiridos mediante las pre-ventas a través de la suscripción de los respectivos contratos de enajenación de los inmuebles, así como la imposibilidad de haber arrendado los inmuebles no comprometidos para la venta oportunamente.”

Se estima el monto de los daños en la cantidad de tres mil trescientos veintidós millones quinientos cincuenta y cinco mil veinticuatro bolívares con once céntimos (Bs. 3.332.555.024,11) y en la cantidad aproximada de setecientos cincuenta y siete millones novecientos veintiún mil bolívares con setenta y dos céntimos (759.921.000,72) “por la merma patrimonial por la ganancia producto de la renta que se habría percibido por el arrendamiento de los inmuebles no comprometidos para la venta, así como de los intereses generados por las cantidades que se habrían percibido por ese concepto.” Finalmente, el daño emergente se estima a la fecha de la demanda en “la cantidad aproximada de ciento noventa y siete millones doscientos treinta y siete mil setecientos noventa y siete bolívares con sesenta y tres céntimos (197.237.797,63) representada por el pago de gastos permanentes y necesarios en el que ha tenido que incurrir y tendrá que incurrir durante todo el tiempo que dure la ejecución de la obra...”.

Por lo que se refiere a la pretensión de condenatoria en daños, la representación municipal sostiene que el urbanismo es materia de orden público y las partes no pueden relajar sus reglas y que la empresa recurrente siguió ejecutando obras en base a decisiones judiciales que fueron posteriormente revocadas. Asimismo hace referencia a la responsabilidad en materia de urbanismo por funcionamiento anormal y los niveles de anormalidad como presupuesto de la responsabilidad patrimonial de la administración municipal.

Al respecto la Corte observa:

El artículo 259 de la Constitución dispone:

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

El artículo 140, por su parte, prevé:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración.

El régimen de responsabilidad de la Administración tiene rango Constitucional y se consagra hoy, de manera acorde a los avances jurídicos de los modernos estados de derecho, en un sistema objetivo, conforme al cual al Estado corresponde, en general, resarcir los daños que produce, indistintamente de que su actuación sea legítima o ilegítima.

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha precisado que: “En la vigente Constitución, el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende, de acuerdo con el artículo 140, ‘a todo daño sufrido por los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública’ lo cual implica la consagración de la responsabilidad, patrimonial e integral de la Administración, cuando con ocasión del cumplimiento de sus cometidos, ha generado daños y perjuicios a los administrados siendo intrascendente que dichos daños se hayan producido por el funcionamiento normal o anormal de la Administración, a los fines de su deber de repararlos” (sentencia n° 2840 de fecha 28 de noviembre de 2001).

De manera que “En tal virtud, la Administración está obligada, en principio, al resarcimiento en toda circunstancia: sea por su actuación ilegítima; o bien porque en el ejercicio legítimo de sus competencias genere daños a los administrados.” (Sentencia de fecha 8 de octubre de 2002, expediente n° 14728).

En el mismo sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que la responsabilidad integral del estado se deriva de los artículos 25, 29, 30, 140, 259, 46, numeral 4, 49, numeral 8, 115, 139, 141, 199, 216, 222, 232, 244, 255, 281 y 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con lo cual se consagra un sistema que abarca los daños ocasionados por cualesquiera actividad derivada del ejercicio del Poder Público. En este sentido ha dejado establecido el máximo intérprete de la Constitución que “la responsabilidad patrimonial del Estado es una garantía constitucional inherente a todo Estado de Derecho, consagrada a favor del particular afectado por la conducta administrativa dañosa” y que en tal carácter “la misma debe ser interpretada por los jueces en forma progresiva y amplia, a favor del administrado.” (sentencia n° 2818 de fecha 19 de noviembre de 2002).

El sistema de responsabilidad objetiva de la Administración, que bien define la jurisprudencia del Máximo Tribunal, constituye un principio fundamental del Estado de Derecho Moderno que también se ha reconocido en otros ordenamientos jurídicos. De ese modo lo ha ratificado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración “impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.” (Sentencia 5272 del 19 de junio de 1998).

En particular, por lo que se refiere a los daños ocasionados por la revisión de actos administrativos en materia urbanística, como lo sucedido en autos, se reconoce igualmente la responsabilidad objetiva de la Administración, en caso de que tal actuación haya configurado daños efectivos e individuales. De esa manera, la jurisprudencia del citado Tribunal ha señalado que la ilegalidad de los actos revocatorios de licencias urbanísticas configura un supuesto de responsabilidad administrativa por cuanto “...supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición de lo realizado. Por ello, es claro que el administrado sufre en estos supuestos una lesión patrimonial que es consecuencia directa del obrar no correcto de la Administración y así la procedencia de la indemnización” (Sentencia del 2 de enero de 1990).

En igual sentido, afirma la doctrina que la determinación de ilegalidad de un acto administrativo que revoque una licencia urbanística, como acto contrario a Derecho, “...causa daños no justificados al particular, naciendo así un derecho a indemnización por funcionamiento anormal de los servicios públicos” (Avelino Blasco, Esteve, *Responsabilidad de la Administración por Actos Urbanísticos en: Manual de Urbanismo*, INAP, Madrid, 2002).

Se reconoce así tanto en el ordenamiento jurídico venezolano, como en el derecho comparado, un sistema de responsabilidad objetivo que opera como garantía de los particulares frente los daños que produzca la actividad de la Administración, si que sea necesario evaluar la normalidad o no de la actuación de la Administración. Bajo ese principio, lo determinante es la existencia de un daño efectivo e individualizado que sea directamente imputable a la Administración Pública, el cual debe ser indemnizado de manera integral de modo que el perjudicado resulte indemne (V., sentencia del Tribunal Supremo Español n° 1120 del 22 de diciembre de 2004).

Lo expuesto anteriormente, en especial las decisiones del máximo Tribunal citadas, y el texto expreso de las normas constitucionales aludidas, impiden considerar el argumento de la anormalidad funcional expuesto por la representación municipal a fin de excluirse de responsabilidad en el presente caso.

A todo evento, la ilegalidad de los actos impugnados, que ha sido igualmente declarada por esta Alzada, configura el funcionamiento anormal de la actividad del Municipio que, según la doctrina antes expuesta, determina la imputabilidad de los daños ocasionados a la recurrente por la imposibilidad que ha tenido de disponer oportunamente del inmueble de su propiedad. Así se declara.

Por lo que se refiere a la argumentación de la parte apelante en cuanto a que deben atribuirse en todo caso a la propia recurrente, los daños cuya indemnización se demanda, en virtud de que la construcción de la obra “Centro Profesional Vizcaya” realizada en la parcela n° 149, se efectuó en base a decisiones judiciales que instó la parte actora, esta Corte considera que tal alegato es contrario al principio de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución, pues la protección derivada de las sentencias favorables al actor configuraron una situación de certeza que le permitió ejercer su derecho de propiedad. Ello, además, en modo alguno desvirtúa la relación de causalidad entre los actos anulados y el daño producido, el cual se configura, como se señaló, por la imposibilidad de disposición de su propiedad, declarada ilegal mediante los actos viciados. Así se decide.

En el presente caso ciertamente han de aplicarse todos estos criterios de “reparación integral del daño causado” que se desprende el sistema de responsabilidad de la Administración Pública, de modo que la indemnización debe comprender todos los elementos que integran las pérdidas patrimoniales sufridas por el actor, dentro de lo cual debe incluirse, tanto el lucro cesante como los daños emergentes ocasionados al particular.

En este sentido, se observa que la demanda por daños incluye, el daño emergente que se discrimina en ese mayor costo referido al pago de agua, luz, derecho de frente, personal de vigilancia, sueldo del ingeniero residente de la obra y demás contratistas. Este rubro, sin embargo no ha sido demostrado, razón por la cual se niega esta pretensión condenatoria. Así se declara.

Ahora bien por lo que se refiere al daño relativo a la imposibilidad de cumplir y percibir los montos de los contratos de venta de los inmuebles así como del disfrute de los inmuebles propiedad de la recurrente, observa la Corte que constan en autos las pruebas documentales que evidencian que en este concepto se enajenaron y dieron en pago, entre otros, los siguientes inmuebles: 1-1, 1-2, 1-3, 1-4, 1-5, 1-6, 1-7, 1-8, 1-9, 2-1, 2-2, 2-3, 2-4, 2-5, 2-6, 2-7, 2-8, 2-9, 3-1, 3-2, 3-3, 3-4, 3-5, 4-1, 4-2, 4-3, 4-4, 4-5, 4-6, 4-7, 4 a 9, PB-11, locales c1-16, c1,17, c-2, pz-1, pz-2, pz-3, pz-4, pz-6 c2-22, c2-23, c2-24. Consta asimismo la intervención de terceros afectados, todos ellos titulares de los derechos derivados de algunas de estas contrataciones, quienes se hicieron parte para mantener la posición de la recurrente. Constan asimismo pruebas documentales (ocho acuerdos) de enajenaciones realizadas por la recurrente de su participación accionaria en Cirugía Ambulatoria Vizcaya.

Consta asimismo prueba documental en la que se evidencia el endeudamiento de la recurrente con el Banco del Caribe, Banco Universal en línea de crédito por un monto total de Mil Seiscientos Millones de Bolívares (Bs. 1.600.000.000,00) con garantía hipotecaria de la parcela n° 149 de su propiedad, el cual tuvo que ser ampliado en fecha 6 de junio de 2001, respecto del convenio de préstamo original que tuvo que solicitar la recurrente en fecha 23 de noviembre de 2000, según documento protocolizado bajo el n° 13, Tomo 7, Protocolo Primero del Registro Público del Municipio Baruta del Estado Miranda.

Consta que en el instrumento del préstamo se establece un lapso de 18 meses prorrogables y que se pacta un interés moratorio no menor al 9%. Todas estas pruebas documentales se hicieron valer por la recurrente y terceros intervinientes y no fueron desconocidas ni impugnadas por la representación municipal.

Considera la Corte que todos estos elementos constituyen prueba de que efectivamente se causó un daño a la parte recurrente al impedírsele la libre disposición de su propiedad y consecuentemente obtener los ingresos que de manera natural habrían derivado de la venta o arrendamiento de los inmuebles así como por de los costos financieros que configuran el daño emergente susceptible de indemnización así se declara. El daño opera por ende, desde el momento en que debió producirse la constancia de terminación de obra hasta la fecha del presente fallo. Así se declara.

En este orden de ideas se observa, según se evidencia en autos y así expresamente reconoce la representación municipal en su escrito de fundamentación de la apelación, que la parte recurrente solicitó en fecha 6 de diciembre de 2001 la constancia de culminación de obras, debiendo tener ésta respuesta dentro de los 10 días hábiles siguientes (artículo 95 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística), esto es, 20 de diciembre de 2001, fecha en la cual la representación municipal reconoce haber dado respuesta. Es por tanto a partir de esta fecha que deberán cuantificarse los daños susceptibles de indemnización, conforme a lo decidido por este fallo. Así se decide.

Sin embargo, la determinación concreta de la cuantía del daño, deberá efectuarse mediante experticia complementaria del fallo, de conformidad con el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, atendiendo los expertos a los siguientes lineamientos:

1.- Por lo que se refiere al daño emergente producido por los costos financieros, cuyo pago ha sido acordado en esta decisión, se ordena determinar la cantidad mediante el cálculo de una suma igual a la totalidad de los intereses que pagó o adeuda la empresa recurrente, según el contrato de préstamo que riega en autos, desde la fecha en que debía otorgarse la culminación de obra hasta la fecha del presente fallo.

En lo relativo al lucro cesante, a cuyo pago ha sido condenado el Municipio, los expertos deberán discriminar el lucro cesante derivado de la imposibilidad de disponer los inmuebles sobre los cuales no se celebraron operaciones de compraventa, debidamente protocolizadas en el Registro Subalterno y los que permanecen en propiedad de la recurrente.

Respecto de los inmuebles sobre los cuales no se celebraron operaciones de venta y permanecen en propiedad de la recurrente, se ordena cuantificar el lucro cesante mediante el cálculo de los cánones de arrendamiento que hubiese percibido la recurrente, desde la fecha en que debió otorgarse la constancia de culminación de obra, antes precisada, hasta la fecha del presente fallo. A los fines de la determinación del canon, los expertos deberán tomar como base de cálculo el valor de mercado de los inmuebles, año a año, desde el 20 de diciembre de 2001, y para la determinación del monto a indemnizar, los mismos lineamientos establecidos en el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios. Sobre dicha suma, de acuerdo a la corrección por intereses demandada por la parte recurrente y siguiendo las decisiones dictadas por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, por

aplicación analógica de lo previsto en el artículo 87 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, estos montos deberán actualizarse en base a los intereses que se habrían devengado aplicando la tasa pasiva promedio de los seis principales bancos del país en el período comprendido entre el 20 de diciembre de 2001 y la fecha de la presente decisión.

En el supuesto de los inmuebles que hubieren sido objeto de operaciones de compra-venta, se deberá determinar, en cada caso, la porción insoluta del precio que se hubiere cancelado fuera de los plazos establecidos en los respectivos contratos y las que se encuentren en mora aún a la fecha de este fallo, y se deberá calcular la indemnización, determinando una suma equivalente al interés, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 87 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que se habría devengado aplicando la tasa pasiva promedio de los seis principales bancos del país en el período comprendido entre el vencimiento de la obligación y el pago efectivo o entre éste y la fecha de la presente decisión, según que la mora persista o no.

*Voto Salvado de la Juez Trina Omaira Zurita*

#### EL DAÑO CONSECUENCIA DE LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL

Se le imputa a la Administración Municipal un presunto daño y la subsecuente responsabilidad de ésta, derivada de la ocurrencia de dicho daño, sin entrar a considerar la certeza o no del mismo; asimismo, no obstante considerando el criterio prevaleciente en nuestro país de la responsabilidad objetiva de la Administración o responsabilidad sin culpa, estima la disidente que la mayoría sentenciadora debió, en uso de la soberana facultad de apreciación del juez de fondo, precisar a los fines de la imputabilidad a la Administración, si el daño era o no imputable también a la víctima en razón de las expectativas positivas que sobre los diferentes recursos y acciones ejercidos en sede jurisdiccional, se habría hecho el recurrente, no manteniendo un comportamiento acorde con el buen padre de familia, al incrementar su pasivo, al continuar construyendo y adquirido obligaciones con terceros sin haber obtenido una decisión definitivamente firme en relación a la causa, ni haber logrado un acuerdo en sede jurisdiccional o administrativa. Lo anterior tiene particular importancia, por cuanto que, determinado que el daño es imputable también al comportamiento de la víctima, en el sentido de que ésta lo ha hecho inevitable o lo ha agravado, la Administración quedaría exenta de responsabilidad o en todo caso se configuraría una responsabilidad compartida (V., al respecto Rivero Jean/Waline, Jean en *Droit Administratif*, Dalloz 1994).

Menos aún se entra a analizar el comportamiento de la funcionaria, a los fines de determinar su grado de responsabilidad en la producción del presunto daño causado al recurrente, lo cual reviste importancia para el patrimonio público, ya que de determinarse la responsabilidad de la funcionaria, bien por impericia o negligencia o cualquier otra causa, siguiendo en esto a la jurisprudencia francesa (concretamente el Concejo de Estado), en el supuesto de condena a la Administración, ésta podrá ejercer una acción recursoria contra la funcionaria, en razón de que la Administración Municipal se vería obligada a desembolsar recursos públicos por concepto de daños y perjuicios debidos u ocasionados por un daño imputable a dicha funcionaria en ejercicio de un cargo público. En estos casos el Concejo de Estado francés es estricto al señalar que “los funcionarios públicos son pecuniariamente responsables frente a la Administración, cuando los daños que ellos han causado son imputables a un hecho personal”.

Todo lo anterior, en el caso venezolano, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil y penal a que pudiera haber lugar en aplicación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Con fundamento en todas las consideraciones precedentes, quien disiente estima que esta Corte Primera debió declarar CON LUGAR la apelación ejercida por el Municipio Baruta en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Contencio-

so Administrativo de la Región Capital el 8 de mayo de 2002 y su aclaratoria de fecha 9 de julio de 2003, ANULAR la referida sentencia y analizar el comportamiento de la recurrente, la responsabilidad de la funcionaria municipal y la responsabilidad compartida en cuanto al resarcimiento del daño.

**CPCA (834)**

**26-7-2005**

Magistrado Ponente: Rafael Ortiz-Ortiz

Caso: Sindicato Agrícola 168. C.A. vs. Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda.

**Es posible que el juez no cuente con los elementos indispensables para la determinación específica del daño a ser indemnizado, pero a éste corresponde fijar en el fallo, cuáles son los conceptos y elementos a los que deben sujetarse los expertos a fin de calcular la cuantía que se ha ordenado judicialmente reparar.**

La decisión apelada condena al Municipio Baruta del Estado Miranda al pago de los daños y perjuicios ocasionados a la empresa recurrente, los cuales ordena determinar mediante experticia complementaria del fallo.

La apelante alega que el *A quo* se limita a exponer que se evidenciaron los daños derivados de los mayores costos y gastos en virtud de la imposibilidad de vender, sin entrar a determinar el valor probatorio de las supuestas pruebas de los recurrentes ni de sus facultades inquisitivas efectuando un examen más profundo de la dinámica urbanística del Municipio.

En este sentido, observa la Corte que, en efecto, la condenatoria del *a quo* sobre los daños y perjuicios se limita a establecer su procedencia respecto de los mayores costos y gastos que habría tenido que soportar la recurrente, en virtud de la imposibilidad de vender oportunamente el inmueble de su propiedad, los cuales ordena determinar, mediante experticia complementaria del fallo, con base a los criterios sentados por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 4 de octubre de 2001, caso Hugo Betancourt Z.

La experticia complementaria del fallo es un instrumento que otorga al Juez el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil para aquellos casos en los cuales éste no pueda hacer la estimación de la condena por faltar en autos los elementos necesarios o por requerirse para su determinación conocimientos especiales que no posea el sentenciador. Esta determinación se refiere sin embargo a la precisión de la cuantía, más en ningún caso a la fijación de cuáles son los daños susceptibles de indemnización.

Se observa que en el caso de autos, no señala el Tribunal de la primera instancia el monto de la condena ni las pruebas analizadas. Se limita a establecer la responsabilidad objetiva y a ordenar su determinación mediante experticia complementaria del fallo, invocando una decisión del Máximo Tribunal. Pero es el caso que en ese mismo fallo del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político-Administrativa, se indica:

el reclamante de los daños materiales debe probar las lesiones actuales y ciertas sufridas, señalando expresamente cuál fue la disminución de su patrimonio, no pudiendo el Juez presumir tales daños. (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 4 de octubre de 2001, caso *Hugo Betancourt Z.*)

En ese mismo orden de ideas ha señalado la Casación Civil que: “los expertos llamados a complementar un fallo por vía de experticia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, no se constituyen en jueces ni les dable hacer consideraciones personales, sino tan sólo, deben limitarse a cumplir estrictamente lo ordenado en la sentencia. (Sentencia n° 224 de la Sala de Casación Civil de fecha 13 de julio de 2000).



Ciertamente, los peritos no pueden actuar como jueces, es materia del juez la determinación en el caso concreto de los daños cuya indemnización se estima procedente.

Los conceptos daño emergente y lucro cesante engloban la pérdida patrimonial por el hecho dañoso y la privación del incremento patrimonial que se habría producido de no haber ocurrido éste, respectivamente. Sin embargo, la determinación concreta de cuál es esa pérdida patrimonial o esa privación es tarea del juez, a quien corresponderá establecer cuáles fueron los perjuicios demostrados que deban, de ser necesario, estimarse por los expertos. Ciertamente, es posible que el juez no cuente con los elementos indispensables para la determinación específica del daño a ser indemnizado, pero a éste corresponde fijar en el fallo, cuáles son los conceptos y elementos a los que deben sujetarse los expertos a fin de calcular la cuantía del daño que se ha ordenado judicialmente reparar. El *a quo* estaba por ende en la obligación de establecer en el caso concreto en qué consistía el daño emergente y el lucro cesante, siendo en verdad indeterminada la mera referencia a los mayores costos y gastos así como insuficiente la precisión por vía de aclaratoria de que ellos comprenden el daño emergente y el lucro cesante.

La Casación Civil sobre este punto específico ha indicado que la utilización del artículo 249 del Código de Procedimiento Civil lo único que permite es el auxilio de expertos para la determinación cuantitativa del daño, sobre la base de los lineamientos de la sentencia, esto es, "...de los puntos que deben servir de base a los expertos para el cálculo de esos daños." (Sentencia n° RC-00535 de fecha 17 de septiembre de 2003). En la citada decisión se precisa que estos puntos son "los fundamentos lógicos sobre la base de los cuales operarán los expertos, por ejemplo la fecha de inicio y culminación de tales daños, el tipo de daño (daño emergente, lucro cesante) que deberá tomarse en cuenta o a partir de qué actuación procesal debe considerarse el inicio y el fin del daño."

La ausencia de límites constituye sin duda una falta de determinación de los elementos necesarios produciéndose el vicio de indeterminación, infringiendo el *a quo* lo dispuesto en el ordinal 6° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

Hecha tal declaratoria, pasa esta Alzada, conforme lo permite el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil a pronunciarse sobre la procedencia de los daños y perjuicios, habida cuenta de la confirmación de la nulidad de los actos administrativos recurridos. Así se decide.

**TSJ-SPA (4622)**

**7-6-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Jaime Antonio Urdaneta Galbán vs. Compañía Anónima Energía Eléctrica de Venezuela (Enelven).

En cuanto a la causal eximente de responsabilidad invocada por la parte demandada, cabe destacar que ésta ha sostenido que para que los daños se produjeran fue necesaria concurrencia de un hecho de la víctima, como consecuencia de la conducta imprudente del demandante al introducir una varilla de metal a pocos metros del cable conductor de energía, el cual se encontraba entre el follaje del árbol donde estaban las frutas que pretendía bajar.

Ahora bien, en cuanto al hecho relacionado con la culpa de la víctima, esta Sala en sentencia n° 00850 de fecha 11 de junio de 2003, (caso *José Gabriel Dos Santos vs. Eleocidente*) señaló lo siguiente:

*"Conforme a lo establecido por la Doctrina, para que se perfeccione la mencionada causal, es necesario que la actuación de la víctima este revestida de ciertas características, ya que en la generalidad de los casos la persona que sufre el daño ha desplegado al menos una actuación, como por ejemplo, salir de su casa o trasladarse a un lugar específico entre otras, lo cual no siempre puede ser considerado como una conducta capaz de causar el accidente, dado que para ello deben examinarse otros elementos y atender a las restantes circunstancias particulares que rodean al caso".*

Asimismo, en relación a esta causal eximente de responsabilidad, la Doctrina ha señalado que podrían presentarse varias situaciones, entre las cuales se destaca: (i) que la víctima haya provocado intencionalmente el daño o (ii) que la víctima no haya provocado intencionalmente el daño, pero que haya aceptado voluntariamente los riesgos. La situación planteada en el presente caso, pareciera referirse al segundo caso, para lo cual resulta necesario verificar si el actor estaba o no en conocimiento de los riesgos de su actuación.

Ahora bien, en el presente caso, la demandada alega la presencia de un poste signado con la nomenclatura U07C09, ubicado frente a los árboles de mango cerca de los cuales se produjo el accidente; que el espacio que separa al poste y el árbol de mango donde se produjo el accidente, era muy corto, por lo que según dice “no existe posibilidad de que una persona normal no se de cuenta la presencia del poste, que por máximas de experiencia se sabe que son postes que soportan cables que conducen energía eléctrica, solo hace falta que mire hacia arriba para constatar la presencia de los cables, por mas follaje que hubiese en el árbol”. Asimismo, alega que el actor levantó una varilla metálica de más de cuatro metros de largo, y que si bien es cierto que un trecho del cable conductor pudo haber estado oculto por el follaje del árbol, esto no significa que la línea de transmisión completa no fuese visible.

En relación a estos alegatos, la parte accionada promovió la prueba de inspección judicial, destinada a establecer, entre otras cosas, la distancia que separaba el árbol del poste, la cual no se evacuó oportunamente, tal como se puede evidenciar de auto de fecha 9 de abril de 2003, emanado del Tribunal comisionado (folio 374). Asimismo, consta que el lapso probatorio venció sin que la demandada diligenciara o gestionara la evacuación de dicha prueba, tal como se evidencia del computo realizado por el tribunal comisionado (folio 397), así como tampoco consta que hubiese solicitado prórroga del lapso. En consecuencia, deben ser desestimados los argumentos de la demandada en este sentido por no haber sido probados los hechos alegados.

Debe hacerse mención, respecto a la evacuación de la referida prueba, que no se desprende de la lectura de las actas procesales, que existiese violación al derecho a la defensa de la demandada, en los términos señalados en su escrito de informes, cuando indica que el tribunal comisionado “*intempestivamente remitió la referida comisión sin evacuar la misma*”, ya que como antes se indicó, para el momento en que el Tribunal comisionado remitió las resultas de la misma, se había vencido el lapso de evacuación. Tampoco considera este órgano jurisdiccional que se violentó este derecho al remitirse el expediente a la Sala antes de recibir el cómputo del lapso de evacuación de pruebas, requerido al tribunal comisionado, ya que el juicio debía continuar. Así se decide.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, la parte demandada no probó circunstancia alguna que demostrara el hecho de la víctima, siendo que tales hechos o causas eximentes tienen que ser probados *en principio*, por la parte que quiera favorecerse de ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil, normas que consagran el principio de la carga de la prueba. Sin embargo, las pruebas que consten en el expediente, igualmente deben ser examinadas, independientemente de la parte que las haya promovido, todo ello en virtud del principio de la comunidad de la prueba, que permite a cualquiera de las partes aprovecharse de las pruebas producidas en el proceso.

En base a lo anterior, la Sala debe efectuar un análisis de las pruebas que constan en el presente expediente, independientemente de qué parte haya promovido las mismas, ello en virtud del principio de la comunidad de la prueba. En efecto, en el presente caso existen pruebas que demuestran que existe cierto grado de intervención o contribución por parte del accionante en la producción del daño. Estas pruebas son las declaraciones de los testigos promovidos por la parte actora, los cuales no fueron repreguntados por la contraparte, ya que no hizo use de tal derecho.

En efecto, el testigo **Heriberto José Pérez**, (folio 338 de la segunda pieza) quien al ser interrogado sobre el hecho de existir en los predios del Maracaibo Country Club, un cable que partía del poste de electricidad de la carretera, manifestó: “*Si me consta que había un cable de electricidad colgado de mas o menos cuatro metros del suelo que partía del poste distribuidor y atravesaba unas matas de mango*”; asimismo el deponente al ser interrogado si ENELVEN levantó el cable donde ocurrió el accidente después que ocurrió el mismo, respondió: “*Si me consta que la empresa ENELVEN colocó un poste adicional más o menos como un mes después del accidente frente al árbol donde ocurrió el mismo*”.

Por otra parte, el ciudadano **Edwin Medina Olivares**, quien trabajaba a 150 metros del lugar donde ocurrió el accidente, y en su condición de testigo presencial de los hechos, al responder las mismas preguntas formuladas al testigo antes mencionado, manifestó: “*Si me consta que colgaba como a unos 4 metros de altura al suelo como especie de una hamaca y atravesaba como 3 matas de mango aproximadamente*”. Asimismo, señaló que “*aproximadamente un mes después la empresa ENELVEN colocó un poste adicional, de intermedio para levantar el cable, para que quedara estirado*”. Finalmente al preguntársele acerca del árbol en el cual se produjo el accidente, declaró que el ciudadano Jaime Urdaneta “*introdujo la varilla en el mas cercano a la cerca y allí se accidentó, yo estaba a cierta distancia y pude ver cuando se electrocutó*”. (Folios 340 y 341 de la segunda pieza del expediente).

Asimismo, el ciudadano **Emilio Armando Torres Vilchez**, quien acompañaba al recurrente el día del accidente, y en su condición de testigo presencial de los hechos, indicó que “*... yo andaba con él y se acercó a pedir unos mangos a través de la cerca en el Maracaibo Country Club, le dieron permiso, el pasó, y yo me quedé afuera, minutos después sufrió el accidente*”. Añadió que “*el agarró una varilla que le prestaron adentro como de dos metros de largo mas o menos y la metió entre las ramas del (sic) primera mata de mango, la mas cercana a la cerca, en obras (sic) de segundos hubo un chispazo fuerte y se le prendió candelita al cuerpo, la corriente lo tiró al suelo y quedó como muerto*”. (Folio 344).

Por su parte, el ciudadano **Douglas Rodolfo Rosales Urdaneta**, respondió ante la interrogante acerca de la causa del accidente, indicando que: “*Cuando este metió una vara para tumbar mangos de una mata en el Club y tocó una guaya de alta tensión y le dio un corrientazo*”. Acerca de la posición del cable de electricidad que contacto el actor, expuso lo siguiente: “*Estaba colgando por dentro de las matas de mango en forma de hamaca, no se podía distinguir bien el cable si uno se paraba cerca o debajo de las matas, se veía cuando uno se paraba a cierta distancia o en la carretera, porque las matas tenían muchas ramas*”. Sobre el tiempo que tenía dicha guaya colgando en las condiciones antes señaladas, indicó que: “*Tenia aproximadamente menos de una semana, yo trabajaba algunos días de la semana en la línea de los carritos ... y antes del 29 de julio de 97 como una semana antes pase y estaba estirada, dejé pasar porque me enferme de gripe y me quede en la casa, cuando volví pasar como en 3 días antes del 29 que empecé a trabajar de nuevo la vi colgada como una hamaca mas cerca del suelo que antes*”. Manifestó que posteriormente al accidente, la empresa ENELVEN se encontraba haciendo trabajos en la misma línea de electricidad donde ocurrió el accidente, concretamente en la misma zona del accidente. (Folios 350 y 351).

El ciudadano **Enio Enrique Valbuena Leal**, igualmente testigo presencial (folio 347), en relación al accidente, señala que cuando el recurrente “*metió una vara de 1.90 a 2 metros aproximadamente en las ramas de una mata de mangos le dio un corrientazo con una guaya de corriente que estaba bajita*”. Asimismo, según este testigo, días antes del accidente “*hubo un ventarrón que rompió algunas ramas de las matas, del Club y también bajo la cuerda de su posición normal, yo pa (sic) ese tiempo trabajaba en el Club de vigilante*”.

De estas declaraciones, existen elementos que permiten concluir que:

(i) El accidente ocurrió dentro de las instalaciones del **Maracaibo Country Club**. En relación a este punto, debe destacarse que la demandada no probó la existencia del poste identificado con la nomenclatura U07C09;

(ii) Que el cable conductor de electricidad atravesaba varios árboles de mango. Es de destacar que sólo uno de los testigos señala que el cable que causó el daño, el cual atravesaba varios árboles, era visible desde cierta distancia y no cerca, deposición ésta que no se valora como suficiente para probar tal hecho;

(iii) Que posteriormente al hecho se colocó un poste adicional;

(iv) Que el actor introdujo una varilla en las ramas del árbol, entrando en contacto con el cable conductor de energía eléctrica.

Respecto a la declaraciones de los testigos antes expuestas, esta Sala no entra a valorar los señalamientos referentes al tamaño de la vara metálica, ni la altura del cableado, ya que, en este caso, la prueba testimonial resulta inconducente para demostrar tales hechos.

Ahora bien, de lo antes expuesto, podría inferirse que la actuación del actor - introducir la varilla de metal en un árbol por donde pasaba un tendido eléctrico- ha contribuido parcialmente en la producción del daño. Sin embargo, esto no es causa suficiente o única por sí sola para generar el daño, por lo que deben analizarse las otras actuaciones que contribuyeron a la producción del daño reclamado. Por ello, debe determinarse que una parte del perjuicio sufrido por el actor, es en realidad, la consecuencia del hecho de la propia víctima, sin que pueda derivarse una exoneración total de la responsabilidad, en este caso, para lo cual la Sala entra a revisar la actuación del tercero llamado a juicio:

....

Ahora bien, se observa que según los términos del escrito de contestación a la demanda, la **COMPAÑÍA ANÓNIMA ENERGÍA ELÉCTRICA DE VENEZUELA (ENELVEN)** planteó que el resarcimiento producto de la responsabilidad civil, corresponde a la sociedad civil **MARACAIBO COUNTRY CLUB**, debido al incumplimiento de esta última en notificar sobre el mal estado de los cables conductores de electricidad, según lo dispuesto en el contrato de servidumbre suscrito entre ambas empresas de fecha 18 de agosto de 1994.

Precisado lo anterior, se observa que según lo dispuesto en el artículo 683 del Código Civil, las limitaciones a la propiedad provenientes del transporte de energía eléctrica, se rige por leyes especiales; y a tal efecto, resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley de Servidumbre de Conductores Eléctricos que establecen la obligación, de aquel a quien se le ha otorgado la servidumbre, (la empresa eléctrica), de vigilar y conservar la línea de electricidad así como también de eliminar cualquier peligro para personas y bienes.

Ahora bien, la **COMPAÑÍA ANÓNIMA ENERGÍA ELÉCTRICA DE VENEZUELA (ENELVEN)** y la sociedad civil **MARACAIBO COUNTRY CLUB**, suscribieron un contrato ante la Notaria Pública Tercera de Maracaibo, en fecha 18 de agosto de 1994, inserto bajo el n° 22, Tomo 101 de Autenticaciones, donde se pactó la construcción de una línea conductora eléctrica, obra que ejecutó la empresa eléctrica por cuenta del Club antes mencionado.

Según el referido contrato, la línea eléctrica fue cedida a **ENELVEN**, constituyéndose una servidumbre de conductores eléctricos por tiempo indefinido a favor de la empresa eléctrica, siendo que la cláusula sexta invocada por la parte demandada, establece lo siguiente:

*“SEXTA: Una vez aceptado el traspaso, ENELVEN asume el mantenimiento de la línea objeto de este convenio y a estos efectos EL SUSCRIPTOR deberá notificar prontamente a ENELVEN cualquier anomalía que se presente en las instalaciones realizadas, materiales y/o equipos de esta última, ubicados en su propiedad, como acerca de la existencia*

*de ramas o árboles que puedan afectar el funcionamiento de esas instalaciones, a fin de que esta pueda tomar las medidas necesarias para mantener la calidad del servicio. En caso de demora en el cumplimiento de estas obligaciones, ENELVEN no será responsable por las consecuencias, cualquiera que sea la naturaleza de esta omisión por parte del SUSCRIPTOR”.*

De la transcripción del contenido de la cláusula en referencia, se desprende la obligación de la sociedad civil **MARACAIBO COUNTRY CLUB**, de notificar a la compañía eléctrica sobre la existencia de ramas o árboles que pudieran afectar el funcionamiento de las instalaciones eléctricas.

En consecuencia, en el presente caso, según los testigos, el cable estaba “*colgando*” entre las ramas del árbol donde sucedió el accidente, sin que ello implique algún pronunciamiento técnico, era obligación del referido Club de informar a la empresa eléctrica sobre la existencia de ramas o árboles que pudieran afectar el funcionamiento de las instalaciones, a los fines de que la empresa eléctrica hubiese podido tomar las medidas necesarias para mantener el servicio. En el presente caso, se desprende del expediente, que la empresa eléctrica nunca recibió por parte del Club comunicación o notificación alguna acerca de la condición de los cables de transmisión de electricidad, en efecto, no consta en autos que lo haya hecho, quedando probado el incumplimiento del prenombrado Club con la referida obligación contractual.

Asimismo, debe señalarse que la sociedad civil **MARACAIBO COUNTRY CLUB** reconoció que el demandante ingresó a sus instalaciones para tomar unos mangos de un árbol propiedad de su representada, con anuencia del jardinero que laboraba allí, por lo que a juicio de la Sala esta sociedad civil faltó su deber de vigilancia sobre sus instalaciones, permitiendo la entrada de personas extrañas, lo cual determinó parte del perjuicio sufrido por el actor.

Por otra parte, el tercero que fuera llamado a juicio sostiene que la cláusula sexta del contrato de servidumbre no puede ser opuesta a una persona extraña a la relación contractual, como lo es el actor. Al respecto, debe indicarse que una cosa, es el contrato suscrito entre la demanda y el Club, el cual genera efectos entre ambas partes, sin dañar o aprovechar a tercero, lo que constituye el denominado “*principio de relatividad*”, y otra, es la responsabilidad que se deriva del hecho ilícito, donde el tercero está involucrado en el mismo, y que constituye la causa *petendi* en el presente caso. En efecto, en la causa bajo examen, se ventila un asunto de una responsabilidad extracontractual derivada de la conducta culposa del Club, al no notificar la existencia de ramas o árboles que pudieran afectar el funcionamiento de las instalaciones eléctricas, aunado al hecho de que permitió la entrada de una persona extraña a sus instalaciones, todo lo cual provocó los daños que se demandan. Por tanto no procede el alegato del tercero antes expuesto y así se decide.

Ahora bien, existiendo varias causas que en conjunto llevan a que el resultado se verifique, debe aplicarse lo que se conoce como la *compensación de faltas*, (artículo 1.189 del Código Civil) que permite establecer un sistema de corresponsabilidad. En efecto, además de la actuación del accionante, que contribuyó en parte para la producción del daño, al mismo tiempo debe reconocerse que también existió por parte del Club una actuación negligente, al no informar a la empresa eléctrica acerca de la existencia de ramas o árboles en la línea conductora de electricidad que pasaba por sus predios, a lo cual estaba obligado en virtud del contrato de servidumbre, situación que también permitió la ocurrencia del accidente. De ahí, que sólo le es exigible o imputable a la sociedad civil **MARACAIBO COUNTRY CLUB**, una porción de la indemnización reclamada por concepto del daño, que a juicio de la Sala debe ser fijada atendiendo a la concurrencia de la responsabilidad establecida en este fallo.

En consecuencia y conforme a lo expuesto, no le es exigible indemnización alguna en el presente caso a la **COMPANÍA ANÓNIMA ENERGÍA ELÉCTRICA DE VENEZUELA (ENELVEN)**

**De los daños materiales reclamados.**

En el presente caso, el actor demanda la suma de ochenta y dos millones seiscientos sesenta y ocho mil ochocientos diez y siete Bolívares con treinta Céntimos (Bs. 82.668.817,30), por concepto de lucro cesante por ser esta la cantidad que hubiese producido de no haber sufrido el desafortunado accidente. Aduce como fundamento de la reclamación por este concepto, que la **COMPANÍA ANÓNIMA ENERGÍA ELÉCTRICA DE VENEZUELA (ENELVEN)** debe indemnizarlo por haberlo privado de una ganancia normal y adecuada a su capacidad y juventud a la cual tenía derecho, equivalente al monto de los salarios con sus sucesivos aumentos, hasta cumplir 75 años de edad.

Ahora bien, es el caso que según se aprecia de las actas procesales que conforman el presente expediente, el actor no tenía empleo fijo para el momento en que ocurrió el accidente. En efecto, lo anterior se desprende de las propias afirmaciones del actor en el libelo, como de las declaraciones de los testigos, quienes señalaron que éste, para cuando tuvo lugar el accidente estaba desempleado, señalando que de vez en cuando conseguía un trabajo, como jardinero y otros.

En tal sentido, debe señalarse que la Doctrina ha indicado que el lucro cesante debe fundarse en hechos ciertos, es decir, el daño no puede estar fundado en acontecimientos cuya ocurrencia es incierta, ya que se trataría de daños hipotéticos o eventuales.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que esta especie de daño material en ningún caso implica que le perjuicio sufrido deba considerarse como eventual o incierto. En efecto, se ha expuesto lo siguiente:

*“En otro orden de ideas, tenemos que el denominado lucro cesante es la utilidad o ganancia de que hubiere sido privada la parte perjudicada por la violación, retardo o incumplimiento de la obligación por la otra parte. Consiste en el no aumento del patrimonio del acreedor por habersele privado de un incremento que normalmente hubiese ingresado en su patrimonio de no haber ocurrido el incumplimiento.*

*Ahora bien, la mera posibilidad o probabilidad de un lucro no puede servir de base a la acción. Es necesario que para su procedencia el reclamante aporte las pruebas necesarias, no necesariamente evidentes, pero tampoco pueden estar fundamentadas en la especulación, en la mera posibilidad de obtener un lucro.”* (Sentencia de esta Sala de fecha 14 de diciembre de 1995).

De tal forma que aún teniendo una expectativa legítima y natural respecto de los ingresos que pudiera haber generado de estar en condiciones normales, dichos aportes constituirían hipotéticas rentas generadas con ocasión de eventuales trabajos remunerados que hubiese podido llegar a desempeñar, lo cual no puede ser estimado en el presente caso, dado que resulta imposible prever actitudes y voluntades futuras y mucho menos traducir éstas a lenguaje patrimonial. En tal virtud, la Sala estima que no resulta procedente la reparación patrimonial por concepto del lucro cesante demandada. Así se decide.

**- De los daños morales reclamados. Estimación que realiza la Sala.**

Queda por establecer la estimación de los daños morales que alega haber sufrido el actor. En este sentido, el artículo 1.196 del Código Civil, norma que prevé la resarcibilidad de los daños morales, especifica muy concretamente que tales daños pueden ser acordados por el juez cuando hubieren ocurrido lesiones corporales.

La indemnización por daño moral encuentra su fundamento en la afección de carácter intangible desde el punto de vista material que se produce en la esfera inmanente al individuo, tomándose en cuenta para su valoración las circunstancias personales de la víctima, es decir, la edad, sexo y el nivel de incapacidad que le produjeron los daños.

Debe indicarse que este derecho a la indemnización por daño moral no persigue en modo alguno sancionar civilmente al causante del daño -como sucede en otros ordenamientos jurídicos- pues su fundamento es el de indemnizar el dolor sufrido por una persona a raíz de una pérdida inmaterial, espiritual o afectiva. De allí que el legislador haya dejado al Juez la estimación de la indemnización que merece en cada caso, quien haya resultado dañado moralmente. Advierte la Sala que para la determinación del monto de la indemnización no está obligado el Juez a tomar en cuenta el monto sugerido por la parte actora ya que dicha cantidad se formula a los únicos efectos de la estimación de la demanda.

Ahora bien, a los fines de determinar la indemnización debida, se observa que en el expediente quedaron evidenciadas las lesiones corporales sufridas por el actor, entre las cuales, se destaca la amputación de ambas piernas, lo cual constituye inexcusablemente un hecho generador de daño moral e irreversible. Adicionalmente, tal como se ha podido evidenciar, resulta obvio que el actor sufrió lesiones corporales que le han producido y le seguirán produciendo un intenso dolor; no solamente físico, sino también un daño moral en el aspecto psíquico de éste como es la amputación de ambas piernas, y las quemaduras son de tal magnitud o gravedad que, según lo afirmado en el primer informe médico antes referido, el actor deberá ser sometido a futuras intervenciones quirúrgicas.

Los magistrados que integran esta Sala, no tienen duda alguna que un accidente como el narrado en el libelo y demostrado en autos, pueda producir dolor, angustia y afectación psíquica. Del mismo modo, se observa que el accionante para el momento en que ocurrió el accidente, tenía 23 años de edad, llevaba una vida sin limitación física alguna, en virtud de lo cual podía realizar cualquier actividad propia de una persona joven y capaz, siendo todo esto truncado por el accidente sufrido.

Circunstancias como las anotadas por la Sala en el párrafo anterior deben ser consideradas suficientes para estimar que el accidente sufrido por el ciudadano **JAIME ANTONIO URDANETA GALBÁN**, le ha causado un severo y grave perjuicio moral que con evidente razón obliga a la sociedad civil **MARACAIBO COUNTRY CLUB**, a pagar una indemnización que esta Sala, de manera prudente, cuantifica en la cantidad de cien millones de bolívares (Bs. 100.000.000,00), correspondiente a la porción indemnizable del daño moral.

Tal cantidad es acordada con fundamento en los elementos antes enunciados. La Sala espera que esta indemnización sirva como coadyuvante para mitigar el sufrimiento del actor y así pueda llevar una vida menos penosa.

Por lo que respecta a la solicitud de indexación reclamada por la parte actora, la Sala debe negarla en virtud de que resulta improcedente en materia de daño moral acordarla, ya que se trata de una indemnización fijada por el Juez en la oportunidad de dictar el fallo, por lo tanto resulta improcedente su ajuste por el transcurso del tiempo. Así se declara.

## II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

### 1. Régimen constitucional: Reserva legal

**TSJ-SC (1798)**

**19-7-2005**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de los artículos 9, 17, 20, 84 ordinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda.

**No corresponde a los entes municipales legislar de manera inmediata y directa -restringiéndolos además- sobre las garantías y derechos constitucionales, por ser ésta una materia que el Texto Fundamental remite de manera exclusiva a la competencia del Poder Nacional, en el artículo 156 cardinal 32, como una de sus atribuciones específicas, salvo aquellos casos permitidos expresamente en la Constitución (vg. tributos municipales a la propiedad), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 179 *eiusdem* y 56 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.**

Por lo que respecta a la denuncia de violación del artículo 156 cardinal 32 de la Constitución, que reserva al Poder Nacional la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales, ha sostenido la representación judicial del Municipio Chacao que *"...por cuanto las Ordenanzas son actos que se dictan en ejecución directa de la Constitución con la promulgación de una Ordenanza, dictada por el Concejo Municipal respectivo en una materia de competencia exclusiva o concurrente de las entidades locales, se estaría dando cumplimiento a la garantía de la reserva legal"*.

Al respecto, considera la Sala oportuno precisar que, si bien la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido el rango legal de las ordenanzas municipales, en atención a su carácter de actos de ejecución directa e inmediata del Texto Constitucional, ha sido cuidadosa en sostener la subordinación de las mismas a las leyes nacionales o estatales, a las cuales deban someterse, tal como se señala expresamente en la propia cita que de la sentencia n° 928, del 15 de mayo de 2002, hace el apoderado del municipio recurrido (caso *Fiscal General de la República contra la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones*, dictada por el Concejo del Municipio José Antonio Páez del Estado Yaracuy).

Ciertamente, entender que todas las dependencias territoriales que ejercen el Poder Público, están facultadas para generar actos normativos excluyentes, desarticulados e independientes, equivale a negar la esencial unidad del Estado y a concebir, más que un Estado, un conjunto anárquico de centros de poder que no guardan relación alguna con principios o valores integrales que lo identifiquen como tal, lo que además haría perder todo sentido a la idea de control jurisdiccional sobre los actos normativos locales.

Empero, en el caso de autos, además -a juicio de la Sala-, no se trata de lo que podría denominarse como una materia de competencia exclusiva de los municipios o concurrente con el Poder Nacional.

En efecto, al referirse a legislación en materia de derechos y garantías constitucionales, al igual que sucede con la legislación civil, penal, penitenciaria, electoral, de procedimientos, o cualquiera de las otras materias enumeradas en el cardinal 32 del artículo 156 constitucional, no es posible entenderlas sino como materias cuya legislación se asigna, en forma exclusiva al Poder Nacional, pues constituyen asuntos cuyo tratamiento legislativo debe ser expresión de la voluntad general, de la expresión soberana del pueblo, de los valores generales de la sociedad, que sólo encuentran un canal válido de expresión en la representación política general que encarna el Poder Legislativo Nacional, y no en las representaciones comunales parciales o locales que residen en los Consejos Legislativos Regionales o en los Concejos Municipales.

De manera que, encuentra esta Sala que no corresponde a los entes municipales legislar de manera inmediata y directa -restringiéndolos además- sobre las garantías y derechos constitucionales, por ser ésta una materia que el Texto Fundamental remite de manera exclusiva a la competencia del Poder Nacional, en el artículo 156 cardinal 32, como una de sus atribuciones específicas, salvo aquellos casos permitidos expresamente en la Constitución (vg. tributos municipales a la propiedad), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 179 *eiusdem* y 56 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.



Al respecto, debe la Sala insistir en lo que ha venido propugnando respecto a este derecho; en el sentido de que, el artículo 112 de la Constitución acogió el derecho de todos los particulares a emprender y desarrollar la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las expresamente establecidas en la Constitución y la Ley. En efecto, dispone el mencionado artículo 112 lo siguiente:

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

De manera que, haya dicho la Sala en cuanto a este precepto que:

*“La libertad económica es manifestación específica de la libertad general del ciudadano, la cual se proyecta sobre su vertiente económica. De allí que, fuera de las limitaciones expresas que estén establecidas en la Ley, los particulares podrán libremente entrar, permanecer y salir del mercado de su preferencia, lo cual supone, también, el derecho a la explotación, según su autonomía privada, de la actividad que han emprendido. Ahora bien, en relación con la expresa que contiene el artículo 112 de la Constitución, los Poderes Públicos están habilitados para la regulación -mediante Ley- del ejercicio de la libertad económica, con la finalidad del logro de algunos de los objetivos de “interés social” que menciona el propio artículo. De esa manera, el reconocimiento de la libertad económica debe conciliarse con otras normas fundamentales que justifican la intervención del Estado en la economía, por cuanto la Constitución venezolana reconoce un sistema de economía social de mercado. Así lo ha precisado esta Sala Constitucional en anteriores oportunidades:*

*‘...A la luz de todos los principios de ordenación económica contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se patentiza el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el empresario mayor). Efectivamente, la anterior afirmación se desprende del propio texto de la Constitución, promoviendo, expresamente, la actividad económica conjunta del Estado y de la iniciativa privada en la persecución y concreción de los valores supremos consagrados en la Constitución.*

*Lo dicho en el párrafo que antecede encuentra su fundamento en la norma contenida en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...’ (Sentencia de 6-2-01, caso Pedro Antonio Pérez Alzurut).*

*Los Poderes Públicos pueden regular el ejercicio de la libertad económica para la atención de cualquiera de las causas de interés social que nombra la Constitución, entre las cuales se encuentra la protección del consumidor y el usuario. En efecto, en concordancia con el sistema de economía social que asumió el Texto Fundamental, el constituyente admitió que la libertad económica podía ser limitada para la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, que reconoce el artículo 117 de la Constitución, según el cual:*

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

*Una de las causas que, según la Constitución de 1999, justifica la imposición de limitaciones a la libertad económica, es precisamente lo que se relaciona con el precio de ciertos bienes y servicios que califican esenciales para los consumidores y usuarios. Se considera así que la indebida elevación del precio de ciertos bienes y servicios fundamentales puede restringir el acceso a éstos por parte de los consumidores, en detrimento del derecho que reconoce el artículo 117 constitucional, con relación a la disposición “de bienes y servicios de calidad”. Frente a tal eventualidad, la regulación de precios -junto a otras medidas económicas- encuentra plena justificación dentro del marco de la Constitución económica.*

*Ahora bien, observa esta Sala que, en criterio de los recurrentes, la sola regulación del precio de los servicios de estacionamiento, guarda y custodia de vehículos automotores constituye, per se, una violación a la libertad económica, argumento que debe desestimarse, por cuanto, en el marco de una economía social de mercado, la regulación de precios es una técnica de limitación que encuentra suficiente basamento jurídico. Evidentemente, en la implantación de esa regulación, los Poderes Públicos deben respetar las exigencias que derivan del artículo 112 constitucional, por lo que dicha regulación sólo podrá acordarse en los términos que expresamente establezca el legislador nacional, porque tal materia es de la reserva legal.*

*Además de esa exigencia formal, la Constitución de 1999 impone otros requisitos que deben respetarse. De esa manera, la regulación de precios no puede violar el contenido esencial de la libertad económica, lo que implicaría su desnaturalización en tanto derecho fundamental. Como estableció ya esta Sala Constitucional:*

*‘...el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad de su preferencia en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas. No significa, por tanto, que toda infracción a las normas que regulan el ejercicio de una determinada actividad económica, entrañe una violación al orden constitucional o amerite la tutela reforzada prodigada por el amparo constitucional...’ (sentencia de 6-4-01, caso Manuel Quevedo Fernández).*

*Se desnaturalizaría la libertad económica, por ejemplo, si la regulación de precios se efectuara por debajo de los costos de producción. Como entiende la doctrina española, el Estado no puede, siquiera mediante Ley, fijar el precio de un producto final ‘...al margen y por debajo de los costos reales y totales que son necesarios para su producción. Hacerlo de otro modo supondría imponer a un sector determinado una carga singular en relación con los demás...’ (Ariño Ortiz, Gaspar, Principios constitucionales de la Libertad de Empresa. Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo, Marcial Pons, Madrid, 1995, página 121).*

*Resulta entonces concluyente que, a diferencia de lo que argumentó la parte recurrente, la regulación de precios de servicios no representa, per se, una violación a la libertad económica. Tal violación sólo se consumará si esa regulación no es establecida en la Ley, o resulta contraria al contenido esencial de la libertad económica, sin perjuicio, por supuesto, de las salvaguardas adicionales que la Administración deberá respetar cuando implante la regulación de precios que acordó el Legislador, para el respeto de los derechos de los particulares que se viesen afectados por esa medida de limitación” (destacado de la Sala) (s. n° 2641 del 1° de octubre de 2003, caso Inversiones Parkimundo C.A. contra los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ordenanza sobre Prestación de Servicios de Estacionamiento, Guarda y Custodia de Vehículos Automotores del Municipio Turístico el Morro ‘Licenciado Diego Bautista Urbaneja’ del Estado Anzoátegui).*

Ha traído esta Sala a colación la anterior sentencia para destacar dos aspectos relevantes y estrechamente vinculados entre sí, relativos, por una parte, a la indudable posibilidad de regulación que ostentan los Poderes Públicos para desarrollar aspectos relacionados con las libertades públicas establecidas en la Constitución, pero, al mismo tiempo, el reconocimiento

de que esa reglamentación no puede afectar el núcleo mismo del derecho constitucionalizado o delimitarlo al punto que constituya una negación de éste, esto es, que la idea que subyace detrás de la posibilidad de legislar sobre un determinado derecho debe tener siempre presente que no incida negativamente sobre el mismo de tal manera que lo haga nugatorio al afectarlo, al tiempo que se tiene como garantía que esa regulación de ser restrictiva, aun por autorizadas razones como las excepciones establecidas en la misma norma constitucional, debe ser realizada y/o autorizada mediante texto expreso por el órgano legislativo al que se le ha atribuido de manera directa esa competencia por el Texto Fundamental, como ocurre particularmente con el derecho que examinamos.

Pero, además, la sentencia citada por la Sala refiere como corolario que se desnaturalizaría la libertad económica, si la regulación de precios se efectuara por debajo de los costos de producción, y siguiendo doctrina española, expresa que el Estado no puede, ni siquiera mediante Ley, fijar el precio de un producto final *“...al margen y por debajo de los costos reales y totales que son necesarios para su producción. Hacerlo de otro modo supondría imponer a un sector determinado una carga singular en relación con los demás...”*; por lo que debe señalar la Sala, examinado el presente caso, que *mutatis mutandi* se desnaturalizaría la libertad económica si se establecen restricciones a su ejercicio, a través de la imposición de cargas, que prescindan de un estudio que se ajuste a los costos reales que el giro de la actividad comercial le acarrea al Municipio, tomando en consideración que el alegato que al respecto sostuvo ese ente para justificar la creación del *“tributo”* tenía como fundamento el costo que esa actividad comportaba para el Municipio y sin que haya remisión por parte de la legislación nacional (en ese sentido, véase el último aparte del artículo 166 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en el que se dispone *“[L]a recaudación estimada por concepto de tasas guardará proporción con el costo del servicio o con el valor de la utilización del bien del dominio público objeto del uso privativo”*).

Al efecto, debe esta Sala destacar entonces que, ciertamente, un Municipio puede reglamentar el referido derecho, pero en armonía con otros derechos fundamentales, dentro de los límites de su circunscripción. Sin embargo, cualquier injerencia sobre el núcleo del mismo le está negada, aun cuando la legislación nacional lo autorice, permisión que desde luego no tiene que ser expresa. Es este el criterio que ha sostenido la Sala cuando sostuvo los siguientes conceptos:

*“...es importante aclarar que la figura de la reserva legal viene dada por la consagración constitucional de determinadas materias para ser reguladas sólo mediante ley, excluyendo de su ámbito, con mayor o menor intensidad, a las demás normas jurídicas. Empero, el instituto de la reserva legal ha sufrido cambios en la fundamentación de su funcionalidad. Así, en el Estado liberal su finalidad se basaba en obtener el consentimiento de la representación parlamentaria para regular las materias que afectaban esencialmente a los ciudadanos, en virtud de la falta de legitimación democrática del Poder Ejecutivo, representado por el monarca. Posteriormente, el paso del Estado Liberal al Estado Social de Derecho y la aparición de regímenes democráticos, en los cuales el Poder Ejecutivo es elegido en sufragios universales y directos o en el seno del propio Parlamento, produjo una alteración de los presupuestos básicos que fundamentaban la reserva legal, ya que su utilidad no puede justificarse en la oposición de límites normativos al Ejecutivo no representativo de los intereses sociales.*

*Por otra parte, la consagración del Estado Social de Derecho, aunado al carácter normativo de las Constituciones modernas, requiere del Poder Público la adopción de medidas que posibiliten la promoción del desarrollo económico y social, que implica la intervención estatal en la sociedad, especialmente en el ámbito económico. Ello así, la extensión de la reserva legal a todas las materias que pudieran afectar los derechos e intereses de los particulares, dificultaría el cumplimiento de la actividad estatal prestacional ordenada por la Constitución, por lo cual, ésta debe limitarse a lo que la propia Norma Fundamental haya previsto al respecto, sin posibilidad de una interpretación que la extienda a todos los ámbitos de actuación del Poder Público.*

*En este sentido, la reserva legal adquiere hoy un significado distinto respecto de la posibilidad de que el legislativo disponga libremente de las materias que la Constitución le reserva. Así, la reserva no impide al legislador a apelar a la colaboración de normas sub-legales para regular la materia reservada y esta colaboración no deja de ser una técnica de normación legítima, siempre que se mantenga dentro de los límites que ésta impone a la propia ley, pues sería absurdo pensar que la reserva de ley implica la obligación del legislador de establecer hasta sus últimos detalles la disciplina de una materia.*

*De este modo, la reserva de ley implica una intensidad normativa mínima sobre la materia que es indisponible para el propio legislador, pero al mismo tiempo permite que se recurra a normas de rango inferior para colaborar en la producción normativa más allá de ese contenido obligado. El significado esencial de la reserva legal es, entonces, obligar al legislador a disciplinar las concretas materias que la Constitución le ha reservado. Sin embargo, dicha reserva no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas sublegales, siempre que tales remisiones no hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, por lo que no son admisibles las llamadas “deslegalizaciones” que se traducen en cláusulas generales que dejen en manos de otros órganos del Poder Público, sin directrices ni objetivos, la responsabilidad de regular materias reservadas a la ley” (destacado de la Sala) (sentencia núm. 1.613 del 17 de agosto de 2004, caso Henry Pereira Gorrín vs. segunda parte del artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela).*

Como corolario de lo expuesto en este capítulo y como un reconocimiento de la tendencia del legislador patrio, se impone examinar la recién promulgada Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 38.204 del 8 de junio de 2005, en cuyo contenido se ha dispuesto, con ocasión de la regulación de la potestad tributaria del municipio, que “[e]n la creación de sus tributos los municipios actuarán conforme a lo establecido en los artículos 316 y 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, **los tributos municipales no podrán tener efecto confiscatorio, ni permitir la múltiple imposición interjurisdiccional o convertirse en obstáculo para el normal desarrollo de las actividades económicas.**” (destacado de la Sala) (Vid. artículo 163).

Asimismo, enumera esta Ley como ingresos ordinarios del Municipio “[U]nas tasas por el uso de sus bienes o servicios; las tasas administrativas por licencias o autorizaciones; los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios o de índole similar, con las limitaciones establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...” (Vid. artículo 140, cardinal 2; el destacado es de la Sala), de donde se sigue que su potestad tributaria, aun en aquellas materias de su competencia, no es ilimitada.

Siendo así, debe concluir la Sala que en el presente caso, las disposiciones contenidas en los artículos 9, 84 cardinal 4 y 105 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao contrarían los artículos 112 y 156 cardinal 32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

## 2. Derechos Constitucionales: Limitabilidad

TSJ-SE (85)

14-7-2005

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: José Miguel Delgado Quiñonez y Jorge Luis Dávila Rojas vs. Reglamento Electoral de la Universidad de los Andes.

**Los límites externos o extrínsecos a los derechos fundamentales están representados tanto por los otros derechos fundamentales como por la potestad de configuración del derecho que ostenta el Legislador. En tales casos, esos límites impuestos por el Legislador**

**han de obedecer a ciertos parámetros, puesto que cada limitación “...tendrá que atender a las circunstancias concretas en que se enmarca, o lo que es lo mismo, se tratará de buscar un equilibrio o proporción entre el sacrificio del derecho o libertad y la finalidad que se intenta conseguir...”.**

En efecto, el carácter no absoluto de los derechos fundamentales viene afirmado por la doctrina europea, entre ellos la española, y tales premisas son aplicables a nuestro ordenamiento. Así, se ha señalado que los derechos fundamentales vienen limitados por la propia Carta Fundamental que delimita o define el contenido de los mismos (estableciendo cuáles conductas quedan protegidas por el derecho y cuáles no), lo cual para algún sector es considerado como una limitación intrínseca, interna, y aún inmanente, y para otro, simplemente una delimitación del Constituyente que regula primariamente el derecho (CATOIRA, Ana Aba, *La limitación de los Derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, pp. 131-139).

En cuanto a los límites externos o extrínsecos, ellos están representados tanto por los otros derechos fundamentales como por la potestad de configuración del derecho que ostenta el Legislador. Y en tales casos, esos límites impuestos por el Legislador han de obedecer a ciertos parámetros, puesto que cada limitación “...tendrá que atender a las circunstancias concretas en que se enmarca, o lo que es lo mismo, se tratará de buscar un equilibrio o proporción entre el sacrificio del derecho o libertad y la finalidad que se intenta conseguir...” (*ibidem*, p. 146).

Bajo ese marco conceptual referido a la teoría de los límites de los derechos fundamentales, y dentro de ésta a los condicionamientos impuestos al Legislador para que éste a su vez imponga límites a tales derechos, y volviendo al caso bajo análisis, cabe señalar que el principio de igualdad constitucional (invocado por los opositores al presente recurso como justificación a las normas reglamentarias objetadas) determina, como ha señalado esta Sala Electoral en reiteradas oportunidades, en primer lugar, que el Legislador estará constitucionalmente habilitado para dar un trato distinto a sujetos o categorías de sujetos en aquellos supuestos en que ciertamente los mismos se encuentren en diversa situación fáctica, mas no en aquellos otros en los que el trato desigual no provenga de una situación también desigual.

### 3. *Garantías Constitucionales*

#### A. *La garantía de igualdad ante la ley: Principio de igualdad*

**TSJ-SE (99)**

**28-7-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Pedro Pompeyo Camejo Ramírez vs. Actuaciones de los Órganos del Poder Electoral, de las Actas de Totalización y Proclamación del Alcalde y de las Elecciones emanadas de la Junta Electoral Municipal del Municipio Las Mercedes del Llano del Estado Guárico.

Pero en segundo término, el principio de igualdad implica también que la diferencia puesta de relieve por la norma y tomada como justificación para diferenciar en el mundo jurídico, sea intrínsecamente relevante y pertinente, de modo tal que justifique razonada y razonablemente la diversidad de tratamiento en el plano normativo. De lo contrario, la llamada por la doctrina “*libertad de configuración*” de los derechos fundamentales por parte del Legislador se traduciría en una especie de “*patente de corso*” que permitiría las arbitrariedades legislativas, puesto que siempre habrá elementos distintos en el plano fáctico que puedan invocarse como justificación de tratos diversos a sujetos o categorías de sujetos.

De allí que una diversidad de regulaciones en el ejercicio de un derecho fundamental debe inspirarse, y más importante aún, justificarse, no sólo en una correlativa disparidad de situaciones, sino en la entidad y trascendencia de esas diferencias en el plano de los hechos que obligan a considerarlos desde el punto de vista de los fines del Legislador en un Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia (artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Estas consideraciones acerca del principio de igualdad, han sido además expresadas en forma semejante por la jurisprudencia constitucional comparada. Así por ejemplo, ha sostenido el Tribunal Constitucional Español sobre el particular que:

*“...la igualdad (...) no comporta necesariamente una igualdad económica efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales han de serle aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca, al mismo tiempo, como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados”, así como que “El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se le dé tratos distintos a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentren en la misma situación, o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancia que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria...”* Resaltado de la Sala. (Sentencias del Tribunal Constitucional Español números 49/1982 y 144/1988, citadas por Rubio Llorente, Francisco y otros: *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1995, pp. 110-111).

Consecuencia de lo antes razonado y del marco jurisprudencial antes invocado, es que una norma que establece límites al ejercicio de un derecho fundamental a una determinada categoría de sujetos no solamente devendrá inconstitucional en aquellos casos en que esa diferenciación no obedezca a una diversidad real en el plano de los hechos, sino también, tanto en aquellos supuestos en que esa diversidad obedezca a diferencias expresamente rechazadas por el moderno constitucionalismo (género, diversidad racial, religión, entre otras), como en los casos en que el trato diverso pretenda ampararse en diferenciaciones que, a la luz de la regulación respectiva, no guarden relación alguna con la llamada *mens legis* o propósito del Legislador por carecer de entidad, relevancia o pertinencia.

Cabe destacar que este último supuesto es el que deberá ser objeto de especial control judicial en el actual Estado de Derecho -sin que ello habilite al Juez a asumir funciones que no le correspondan- puesto que van siendo cada vez menos frecuentes los dos primeros casos en los que el trato discriminatorio resulta evidente, pero podrán persistir violaciones al principio de igualdad que pretendan ampararse en supuestas diversidades que no resistan un análisis de racionalidad y razonabilidad.

De allí que ha señalado la doctrina española, comentando el papel del Tribunal Constitucional (comentario extrapolable en general a los órganos Poder Judicial en nuestro ordenamiento jurídico, dada la amplitud de nuestro sistema de control de constitucionalidad y los diversos mecanismos disponibles), que en el caso de restricciones externas o extrínsecas a los derechos fundamentales, para la protección del derecho fundamental afectado corresponde controlar *“...la motivación ofrecida no sólo en el sentido de la resolución fundada y razonada, sino también como único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional acorde con los fines de la institución...”* (Catoira, ob. cit., p. 182).

En el caso del ordenamiento jurídico venezolano, esta posición interpretativa viene impuesta por el artículo 27 numeral 1 constitucional, redactado en unos términos especialmente categóricos.

Ahora bien, a la luz de las consideraciones anteriores, y visto que, como ya se señaló, la diversidad de tratamiento entre los alumnos regulares y los que no lo son que establecen los artículos 25, parágrafo tercero, 30 numeral 2, 53, 70 117 de la Ley de Universidades a los efectos del ejercicio del derecho fundamental al sufragio –no así en otros ámbitos- carece de justificación y razonabilidad por cuanto se trata en ambos casos de alumnos que por ende pertenecen a la comunidad universitaria, se impone la extensión del derecho al sufragio en el ámbito de las universidades nacionales, en lo que al sector estudiantil se refiere, a todos sus estudiantes debidamente inscritos, que es la solución establecida en el Reglamento Electoral de la Universidad de Los Andes . Así se decide.

A mayor abundamiento, cabe señalar que, si bien tal diferenciación pudo encontrar cabida en el ordenamiento jurídico preconstitucional, tanto la concepción que inspira a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en cuanto al diseño de un Estado y de una sociedad democrática y participativa, (artículos 2,5, 6, 62), así como el principio de supremacía constitucional que se traduce en la fuerza derogatoria de la Carta Fundamental respecto a todo el ordenamiento que resulte contrario a sus normas, principios y valores (artículos 7 y Disposición Derogatoria Única) impone la adopción de la tesis hermenéutica aquí planteada.

Consecuencia de todo lo antes razonado, es que esta Sala Electoral considera que los artículos 85 y 103, literal b, del Reglamento Electoral de la Universidad de Los Andes, que disponen que, a los efectos de la elección de las máximas autoridades universitarias, resultan electores todos los alumnos inscritos en la Universidad, resultan compatibles con el ordenamiento jurídico, y en consecuencia, su impugnación debe ser desestimada, como en efecto así se decide.

B. *Garantía de acceso a la justicia*

**TSJ-SC (1573)**

**12-7-2005**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: CARBONELL THIELSEN, C.A. vs. Revisión de Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

**La Sala Constitucional, en resguardo de los derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa, a la igualdad, a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, establece que la cuantía necesaria para acceder a casación, debe ser la misma que imperaba para el momento en que se interpuso la demanda, pues es en ese momento en el cual el actor determina el derecho a la jurisdicción y la competencia por la cuantía y por ello considera cumplido el *quantum* requerido por el legislador para acceder en sede casacional, pues las partes no están en disposición de prever las modificaciones de la cuantía a que hubiere lugar durante la tramitación del proceso para acceder en casación.**

Ahora bien, señalado lo anterior, se hace necesario destacar que entre los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, es de impretermitible cumplimiento el de la cuantía, según lo establecido en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, pues el monto que se exigía para acceder a la sede casacional era en un principio el que excediera de doscientos cincuenta mil bolívares (Bs. 250.000,00); luego, a partir del 22 de abril de 1996, por Decreto Presidencial n° 1.029, cambió esa suma, aumentándola en la cantidad que excediera de cinco

millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00). Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela a partir del 20 de mayo de 2004, dicha cuantía quedó modificada, exigiéndose ahora que el interés principal del juicio exceda de tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.), esto es, para la presente fecha, la cantidad de ochenta y ocho millones doscientos mil bolívares (Bs. 88.200.000,00).

Así las cosas, para el momento en que los actores cuestionaron a través del recurso de hecho ante la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, la decisión del Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, contentiva de la negativa de admisión del recurso de casación interpuesto contra la decisión del 9 de enero de 2002, dictada por el referido Juzgado Superior, la jurisprudencia imperante para la época, según lo señaló esta Sala Constitucional el 11 de abril de 2003 (caso *Saúl Rafael Hernández Maita*) -ratificando el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil (caso *María Alejandra Ostos Núñez*)- exigía como cuantía mínima para la admisibilidad de dicho recurso, la cantidad de cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00); en efecto señaló lo siguiente:

“Que ‘(...) en fecha 22 de abril de 1996, comenzó la aplicación de una nueva cuantía determinada por el Decreto n° 1.029, de fecha 22 de enero de 1996, que previó la suma de cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00), para los recursos expuestos en juicios civiles, mercantiles y laudos arbitrales; y más de tres millones de bolívares (Bs. 3.000.000,00) en los juicios laborales. De acuerdo con ese Decreto que entró en vigencia, como se señaló anteriormente, el 22 de abril de 1996, para la admisibilidad de los recursos de casación en los juicios civiles y mercantiles, así como los interpuestos contra las sentencias de los tribunales superiores que conozcan en apelación de los laudos arbitrales, es requerido que el interés hecho valer en la pretensión exceda de los cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00). Estableciéndose asimismo, que el recurso de casación sólo podía ser propuesto en los juicios laborales cuya cuantía superará los tres millones de bolívares (Bs. 3.000.000,00), límite éste que, posteriormente, por interpretación extensiva de la Sala fue aplicado a los procedimientos de tránsito y especiales contenciosos agrarios.

Ahora bien, penetrada la Sala de serias dudas en torno a la juridicidad del criterio anteriormente transcrito, donde se fija como cuantía para los procesos de tránsito una cantidad que supere los tres millones de bolívares (Bs. 3.000.000,00), tal como acontece con los procedimientos especiales contenciosos laborales, considera pertinente en esta oportunidad actualizar dicho criterio y elevar dicha cuantía para los juicios regidos por la Ley de Tránsito Terrestre, estableciendo su admisión en casación sólo cuando el interés principal del procedimiento de tránsito exceda de los cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00) (...)”.

De lo anterior se colige que a partir del 22 de abril de 1996 había comenzado a regir la nueva cuantía establecida por el Decreto Presidencial n° 1.029, publicado en la *Gaceta Oficial* del 22 de enero de 1996, el cual consagraba un valor superior a cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00), para las decisiones dictadas en juicios civiles, mercantiles y las dictadas por los Tribunales Superiores que conocieran en apelación de dichas decisiones.

En efecto, la Sala observa que cuando la causa primigenia fue decidida en última instancia, ya se encontraba vigente desde el año de 1996 el Decreto Presidencial n° 1.029, el cual establecía como requisito indispensable para la admisibilidad del recurso de casación en los juicios civiles y mercantiles, que el interés hecho valer en la pretensión excediera de los cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00).

Ahora bien, a los fines de determinar la cuantía que debió exigirse para acceder en sede casacional en el caso concreto, debe señalarse que deben respetarse las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existían para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente. (*Vid.* Sentencias de esta Sala n° 956 del 1 de junio de 2001, caso *Fran Valero González*, 1.032 del 5 de mayo de 2003, caso *Poliflex, C.A.*”, 3.702 del 19 de diciembre de 2003, caso *Salvador de Jesús González Hernández* y 401 del 19 de marzo de 2004, caso *Servicios La Puerta, S.A.*).



De manera que, observa esta Sala que efectivamente el juez de segunda instancia, incurrió en un retardo procesal, no imputable a las partes, por cuanto desde el 23 de marzo de 1998 -fecha en la cual se fijó el lapso de sesenta (60) días para dictar sentencia -, hasta el día 9 de enero de 2002 -fecha en la cual se dictó el fallo-, transcurrieron más de tres (3) años, por ello, se hace necesario determinar la cuantía requerida para la oportunidad en que el Juez debió dictar la sentencia a los fines de establecer la admisibilidad del recurso de casación, todo a la luz de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la defensa.

Al respecto, el 31 de marzo de 2005, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (caso *Turalca Viajes y Turismo, C.A.*), señaló lo siguiente:

Que “(...) el proceso civil venezolano se rige por el principio de orden consecutivo legal con fases de preclusión, y por cuanto el asunto que se examina involucra el derecho a la defensa que tienen las partes para recurrir en casación, la interpretación ha de orientarse en favor de su ejercicio.

Así, el artículo 521 del Código de Procedimiento Civil señala la oportunidad para dictar sentencia y, en tal sentido, establece:

‘(...) Presentados los informes o cumplido que sea el auto para mejor proveer o pasado el término señalado para su cumplimiento, el Tribunal dictará su fallo dentro de los treinta días siguientes si la sentencia fuere interlocutoria y sesenta si fuere definitiva.

Este término se dejará transcurrir íntegramente a los efectos del anuncio del recurso de casación (...)’.

Pudiendo el juez diferir tal lapso por una sola vez, de conformidad con el artículo 251, que señala:

‘(...) El pronunciamiento de la sentencia no podrá diferirse sino por una sola vez, por causa grave sobre la cual el Juez hará declaración expresa en el auto de diferimiento y por un plazo que no excederá de treinta días. La sentencia dictada fuera del lapso de diferimiento deberá ser notificada a las partes, sin lo cual no correrá el lapso para interponer los recursos (...)’.

En cuanto al lapso para anunciar el recurso extraordinario el artículo 314 *eiusdem*, dispone:

‘(...) El recurso de casación se anunciará ante el Tribunal que dictó la sentencia contra la cual se recurre, dentro de los 10 días siguientes al vencimiento de los lapsos indicados en el artículo 521 según los casos (...)’

De acuerdo con los artículos transcritos, se evidencia que la regla prevista por el legislador es que, dictada la sentencia dentro del lapso legal, una vez precluido éste se anuncie el recurso de casación dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del predicho lapso.

Ahora bien, en la actualidad se presenta una situación diferente y es que a los sentenciadores en pocos casos, les es posible dictar sentencia dentro del lapso del cual disponen legalmente para ello según las normas trasladadas *supra*, siendo lo usual que las decisiones sean pronunciadas luego de vencida tal oportunidad.

En el mismo orden de ideas, también se presenta otro escenario, cual es, que quien haya resultado favorecido por el fallo del *ad quem* proferido fuera del lapso, obstaculice la notificación que debe hacerse de la sentencia, pues en tal circunstancia ésta es indispensable para que el perdedor pueda anunciar el recurso extraordinario, consciente además que por efecto de la actualización anual de la unidad tributaria, una vez ejercido éste, resulte inadmisibile ante el incremento del monto exigido para tales fines.

Las circunstancias de hecho descritas, reflejan claramente que la apertura del lapso para anunciar el recurso de casación en un gran número de casos puede verse dilatado, bien porque la sentencia sea dictada después de su diferimiento como por la propia actitud de los litigantes, alejándose en lo que respecta al factor temporal del lapso precedente (para dictar sentencia), contraviniendo lo previsto por el legislador.

En atención a lo expuesto, la Sala, a los fines de dar cumplimiento a los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, anteriormente transcritos y garantizar el acceso en casación a las partes, establece que para todos los casos, inclusive el de autos, a los fines de verificar el requisito de la cuantía para determinar el acceso a sede casacional, se tomará en cuenta la fecha en que precluya la primera oportunidad para dictar sentencia, a los fines de verificar el requisito de la cuantía para determinar el acceso a sede casacional, esto dicho, en otras palabras significa que una vez constatado el último día del primer lapso para pronunciar la decisión definitiva en la causa, la Sala procederá a verificar el monto requerido conforme a las Unidades Tributarias para esa fecha, lo cual, a su vez, permitirá comprobar si es posible o no recurrir en casación. De esta forma, los justiciables tienen la seguridad que el momento a partir del cual será verificado el requisito de la cuantía en modo alguno puede verse afectado por el eventual retardo procesal de los sentenciadores, así como tampoco por intención alguna de cualesquiera de las partes.

En cuanto al vencimiento del lapso para dictar sentencia, es necesario aclarar que éste se refiere al previsto en el artículo 521 del Código de Procedimiento Civil, sin tomar en consideración la fecha del diferimiento del mismo, si lo hubiere, ni del que dispone a tales efectos el nuevo juez que se pudiera incorporar a la causa en sustitución del anterior, pues solamente se advertirá el vencimiento del lapso originario para pronunciar la decisión una vez que éste se abre en la primera oportunidad para ello (...). (Subrayado y negrillas del original).

Así, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, la cuantía necesaria para acceder a la sede casacional en los juicios de naturaleza civil y mercantil, se constata que la para la fecha en que debió dictarse la sentencia en segunda instancia, esto es, el 22 de mayo de 1998 -sin tomar en cuenta sus posteriores diferimientos- la cuantía requerida para acceder en sede casacional debía superar la cantidad de cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00), de conformidad con el Decreto Presidencial n° 1.029, vigente a partir del 22 de abril de 1996; en tal sentido, siendo el referido Decreto una norma de carácter procesal de aplicación inmediata, incluso a aquellos procesos en curso, resultó acertado el fallo objeto de la presente solicitud.

Por tanto en aplicación de las consideraciones anteriores, la Sala constata que por cuanto el interés principal del juicio no excedía la cantidad requerida en aquel momento para acceder en casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, considera esta Sala que no se verifica la violación aludida, por lo que resulta evidente que el presente caso no contribuirá a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, siendo el recurso de revisión potestativo de la Sala, razón por la cual se declara no ha lugar la presente solicitud. Así se decide.

#### V

#### OBITER DICTUM

En resguardo de los derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa, a la igualdad, a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, consagrados en la Carta Magna, esta Sala en aras de garantizar la supremacía y efectividad de normas y principios constitucionales, así como su uniforme interpretación y aplicación, estima necesario realizar las siguientes consideraciones:

Entre los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, es de impretermitible cumplimiento el de la cuantía. Así, según lo dispuesto en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, el monto que se exigía en un primer momento era el que excediera de doscientos cincuenta mil bolívares (Bs. 250.000,00); posteriormente, a partir del 22 de abril de 1996 por Decreto Presidencial n° 1.029, se modificó dicha cuantía aumentándola en la cantidad que excediera de cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00). Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, dicha cuantía se volvió a modificar, exigiéndose ahora que el interés principal del juicio exceda de tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.), en tal sentido,

visto que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia omitió establecer a partir de cuál momento se aplica la nueva cuantía a los juicios en curso para determinar la admisibilidad del recurso de casación, se hace necesario realizar las siguientes precisiones:

En primer lugar, de acuerdo al requisito de la cuantía para acceder a la sede casacional según el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia el 31 de marzo de 2005 (caso *Turalca Viajes y Turismo, C.A.*), los Tribunales de la República deberán tomar en cuenta la fecha en que precluya la primera oportunidad que tenga el Juez respectivo para dictar sentencia y verificar la cuantía vigente *rationae temporis* para acceder a la sede casacional, es decir, que si para la fecha en que el Juzgado respectivo debió decidir y no lo hizo, el juicio tenía casación de acuerdo a la cuantía, entonces deberá oírse el anuncio de casación interpuesto por el recurrente.

No obstante, el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, establece lo siguiente:

“La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa”. (Subrayado y negrillas de la Sala).

En tal sentido, es el actor el que determina con la presentación de su demanda la competencia y jurisdicción en su demanda, todo en base con al principio de la *perpetuatio fori*.

Señalado lo anterior, las leyes no rigen las relaciones jurídicas cuyo decurso ha sido en tiempos anteriores, especialmente, cuando han originado derechos adquiridos, por ello, las leyes intertemporales toman evidente relevancia en consideración de su aplicación inmediata incluso a nivel constitucional y en preservación del principio de la irretroactividad de las leyes.

En efecto, el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala lo siguiente:

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

Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea”.

Por otra parte, el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente:

“La ley procesal se aplicará desde que entre en vigencia, aún en los procesos que se hallen en curso; pero en este caso, los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía, se regularán por la ley anterior”.

De manera que, aún cuando las leyes procesales son de aplicación inmediata, las mismas no pueden tener efecto retroactivo respecto a los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía; es decir, la ley no debe establecer correcciones en el *iter* procedimental salvo que sólo sean aplicables a futuro, pues de aceptarse así las partes estarían expuestas a sufrir las consecuencias de los cambios sobrevenidos durante el desarrollo del mismo, más aún cuando el artículo 24 de la Carta Magna prevé que las leyes de procedimiento son de aplicación inmediata a los procesos en curso, no así deben ceder en su aplicación ante el supremo derecho a la justicia y de la tutela judicial efectiva, cuando la cuantía fue estimada bajo la vigencia de una ley anterior.

Al respecto, siendo uno de los pilares fundamentales de la justicia la confianza que tienen los particulares que un órgano del Poder Público, actúe de manera semejante a la que ha venido actuando, frente a circunstancias similares o parecidas, considera la Sala que las

modificaciones posteriores que determinen el quantum necesario para acceder a la sede casacional, pueden afectar eventualmente a las partes, pues no están en capacidad de prever, las alteraciones que en el futuro puedan ocurrir en relación con esa situación y en caso de ser previsible, no tienen la seguridad que sucedan.

En tal sentido, esta Sala en aras de preservar la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, establece que la cuantía necesaria para acceder a casación, debe ser la misma que imperaba para el momento en que se interpuso la demanda, pues es en ese momento en el cual el actor determina el derecho a la jurisdicción y la competencia por la cuantía y por ello considera cumplido el quantum requerido por el legislador para acceder en sede casacional, pues las partes no están en disposición de prever las modificaciones de la cuantía a que hubiere lugar durante la tramitación del proceso para acceder en casación. Así se decide.

Por otra parte, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cuantía para acceder en casación quedó modificada, en efecto el artículo 18 lo siguiente: “(...) El Tribunal Supremo de Justicia conocerá y tramitará, en la Sala que corresponda, los recursos o acciones, que deban conocer de acuerdo con las leyes, cuando la cuantía exceda de tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.) (...)”.

De lo anterior se colige, que para acceder a la sede casacional de acuerdo con la referida ley la cuantía del juicio deberá exceder a las tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.). Sin embargo, ante los incrementos anuales que sufre la unidad tributaria pudiera estar afectándose o limitándose la posibilidad de los administrados de acceder en casación ante las respectivas Salas del Tribunal Supremo de Justicia; en tal sentido, el Juzgador correspondiente deberá determinar -con base a los parámetros anteriormente expuestos- la cuantía exigida para el momento en que fue presentada la demanda, y en caso que la cuantía exigida sea la establecida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, deberá calcularse la unidad tributaria vigente para el momento en el cual fue interpuesta la referida demanda.

En segundo lugar, resulta perentorio precisar el supuesto de admisibilidad del recurso de casación interpuesto contra las sentencias dictadas por los Tribunales de reenvío, en torno al requisito aquí analizado. Al respecto, no deberá tomarse en consideración la cuantía para recurrir de una sentencia de reenvío, pues asiste a la parte interesada, un derecho adquirido a la revisión del fallo por la sede casacional; lo contrario implicaría la violación de los derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa, de acceso a la justicia y a la igualdad procesal.

Ahora bien, el presente criterio no se aplica en el caso objeto de la presente solicitud de revisión en salvaguarda a la tutela judicial efectiva y a la confianza legítima que tienen los particulares en la estabilidad de las decisiones judiciales, pues la decisión contra la cual se recurre en revisión fue dictada en el año 2002, momento para el cual el criterio vigente para acceder en casación era distinto al que hoy se establece en el presente *obiter dictum*.

En tal sentido, sólo se aplicará este criterio a las nuevas demandas que se inicien con posterioridad a la publicación en la *Gaceta Oficial* del presente fallo y para las causas que se encuentren en trámite siempre que el tribunal correspondiente aún no hubiere emitido pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de casación. Así se declara.

En consecuencia, se ordena la publicación del presente fallo en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, en virtud del carácter vinculante del presente caso para todos los Tribunales de la República.

CSCA (2920)

7-9-2005

Juez Ponente: María Enma León Montesinos

Caso: Carlos Andrade Casal vs. HIDROCAPITAL.

**Se deben interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción previsto en el artículo 26 del Texto Fundamental, siempre en procura de que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no constituyan un obstáculo injustificado al ejercicio de la acción.**

Como punto previo, debe este Órgano Jurisdiccional, precisar que en razón de la naturaleza de la acción de amparo constitucional, le está dado al Juez Constitucional de conformidad con el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la posibilidad aún de oficio, de solicitar cualesquiera información que considere pertinente o necesaria, toda vez que aquélla -la acción de amparo- es de eminente orden público, e incluso quedando facultado para dictar providencias de oficio, lo que no excluye el acto de informar.

Así, esta Corte debe atender a la interpretación que ha hecho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia n° 97 de fecha 2 de marzo de 2005 caso *Banco Industrial de Venezuela C.A.*, con respecto al derecho constitucional a la obtención de una tutela judicial efectiva, acceso a la justicia y principio *pro actione*, en la cual señaló lo siguiente:

“(…) El alcance del principio *pro actione* (a favor de la acción) ha sido objeto de un sistemático tratamiento por parte de esta Sala. La conclusión que se puede extraer de las decisiones que han considerado el tema, es que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, toda vez que ‘el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia.’”

Advierte, luego de una revisión exhaustiva de las actas procesales que conforman el presente expediente, que en atención al criterio jurisprudencial parcialmente transcrito, le está impuesto a este Órgano Jurisdiccional el deber de interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción previsto en el artículo 26 del Texto Fundamental, siempre en procura de que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no constituyan un obstáculo injustificado al ejercicio de la acción.

Es por tal razón que, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo con fundamento en las citas señaladas y en aras de proveer un pronunciamiento ajustado en derecho y de garantizar la efectiva tutela de los derechos constitucionales de ambas partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 21, aparte 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable por remisión expresa del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, visto el escrito contentivo de la acción de amparo constitucional, de cuyo texto puede advertirse que el apoderado judicial de la parte actora alude que “[e]l 2 de septiembre de 2005, [su] representado le solicitó a la empresa Hidrocapital, de conformidad con el artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la exhibición del contrato que (...) [pretendía cobrarle] y saber si [era] verdad la existencia del mismo y (...) quien lo [había firmado] (...)”, sin que pueda verificarse de las actas procesales que conforman el presente expediente, constancia alguna de haberse efectuado tal requerimiento, siendo que tal solicitud constituye documento fundamental de la pretensión de tutela constitucional deducida, esta Corte considera imprescindible que el ciudadano Carlos Andrade Casal, o en su defecto el referido abogado Lloyd Harold Prince, quien funge ante esta Instancia Judicial como su apoderado judicial, presenten dentro del lapso de los cinco (5) días de despacho siguientes a que

conste en el presente expediente su notificación, copias de la referida solicitud de fecha 2 de septiembre de 2005, dirigida a la sociedad mercantil Hidrológica de la Región Capital (Hidrocapital), en la cual conste la fecha de recibido por parte de dicho Organismo, toda vez que dicha actuación no cursan en autos, por lo que imposibilita a este Órgano Jurisdiccional poder verificar de manera exhaustiva los argumentos esgrimidos por la parte actora.

En este sentido, esta Corte exhorta a los mencionados ciudadanos, para que en el lapso señalado, consignen lo requerido por el presente auto, con la finalidad de esclarecer los hechos objetos de la presente acción de amparo constitucional.

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, ORDENA la notificación del ciudadano CARLOS ANDRADE CASAL, o en su defecto al abogado Lloyd Harold Prince, quien actúa investido del supuesto carácter de apoderado judicial del referido ciudadano, en la presente acción de amparo constitucional interpuesta, contra la sociedad mercantil HIDROLÓGICA DE LA REGIÓN CAPITAL (HIDROCAPITAL), para que dentro de los cinco (5) días de despacho a que conste en autos su notificación, cumplan con lo establecido en el mismo.

C. *Las garantías del debido proceso*

a. *Derecho a la defensa: Lapsos procesales*

TSJ-SC (2560)

5-8-2005

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Rómulo Jesús Pacheco Ferrer y otro vs. Decisión Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui.

**Las discusiones respecto al cumplimiento de los lapsos procesales tienen que ver con el derecho a la defensa. En tal sentido, la Sala Constitucional señala que el lapso de cinco días para interponer el recurso de apelación en la fase preparatoria del proceso penal, debe ser computado por días hábiles, esto es, aquellos en los cuales el tribunal disponga despachar, y por ende, la partes tengan acceso al tribunal, al expediente y al proceso.**

Declarado lo anterior, y visto que en torno al asunto relativo a los lapsos para interponer el recurso de apelación en la fase preparatoria del proceso penal, no existe en los Tribunales uniformidad de criterio, esta Sala estima preciso sentar doctrina al respecto, ya que se trata de garantizar a los recurrentes el derecho de defensa (apelación), sin cortapisa alguna, como surge de la diversidad de criterios que enerva el artículo 49 constitucional. En consecuencia, esta doctrina será vinculante para la Sala Penal de este Tribunal Supremo y para todos los Tribunales Penales de la República.

Ha sido reiterada la doctrina de esta Sala en cuanto a que, en un Estado Social de Derecho y Justicia, como el que adopta el artículo 2 de la vigente Constitución, la literalidad de las leyes no puede interpretarse hacia lo figurado o lo absurdo.

Las discusiones respecto al cumplimiento de los lapsos procesales tienen que ver con el derecho a la defensa y, es por ello, que el ejercicio de los recursos es una de las manifestaciones de este derecho, ya que una de las maneras de producirse su violación es no permitir su ejercicio, bien por acción o por omisión. Estas infracciones, obviamente, la mayoría de las veces corren por cuenta del órgano jurisdiccional cuando asume decisiones que las partes consideran no ajustadas a la ley, como cuando el Tribunal remite los autos a otro Tribunal antes de que comience a transcurrir el lapso para el ejercicio de un recurso, o antes de que el

mismo concluya. También cuando una de las partes realiza un acto fuera del lapso y el Tribunal lo admite. O, en fin, cuando a las partes y, en general, al público, se le impide el acceso a la sede del tribunal o a la sede donde funcionan los Tribunales; o cuando se permite el acceso parcialmente, impidiendo a una parte utilizar el derecho que le da el artículo 8, numeral 2, literal c, de la Ley Aprobatoria de la Convención Aprobatoria de Derechos Humanos (Pacto de San José) de preparar una defensa cabal.

En tal sentido, la noción de “días hábiles” y “días inhábiles” en el proceso penal es de vital importancia debido a la pretendida aplicación literal del artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal, que textualmente señala:

“Para el conocimiento de los asuntos penales en la fase preparatoria todos los días serán hábiles. En las fases intermedia y de juicio oral no se computarán los sábados, domingos y días que sean feriados conforme a la ley, y aquellos en los que el tribunal resuelva no des-pacha”.

Permitir que el lapso de apelación de las decisiones judiciales en la fase preparatoria del proceso penal debe computarse por días continuos, incluyendo sábados, domingos y feriados, por cuanto “para el conocimiento de los asuntos penales en la fase preparatoria todos los días serán hábiles”, sería atentatorio del derecho a la defensa, principio fundamental del sistema procesal.

El hecho de que el señalado artículo 172 establezca que “en la fase preparatoria todos los días serán hábiles”, no conlleva a que computen a las partes como días para actuar aquellos en que no tienen acceso al tribunal, y por ende, al expediente y al proceso. Tal interpretación literal del citado artículo conduce cuando menos a una privación del derecho de defensa de la parte que pretende apelar, cuando los días para incoar el recurso coinciden con días, por cualquier razón, inhábiles.

En todo proceso penal la primera etapa o fase es siempre de investigación y tiene por objeto la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación del fiscal y de la defensa del imputado (artículo 280 del Código Orgánico Procesal Penal).

Su naturaleza es exclusivamente pesquisidora encaminada a la investigación de la verdad, mediante la realización de un conjunto indistinto de actos destinados al establecimiento de la comisión del hecho punible del cual se haya tenido noticia, así como la determinación de o del autor y de los partícipes. Esto también incluye “el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración”.

Esta labor inquisidora compete -en el nuevo proceso penal- al Fiscal del Ministerio Público, en razón de la titularidad del ejercicio de acción penal, y a ella obviamente se refiere el señalado artículo 172 cuando establece como regla general que, en la fase preparatoria, para los asuntos penales, “todos los días serán hábiles”. Ello es así, por cuanto en el esclarecimiento de los hechos punibles, no debe limitarse tiempo alguno, por resultar urgente examinar la escena del crimen, y recabar las informaciones necesarias y los medios de prueba, antes que desaparezcan, y por esto no puede estarse habilitando el tiempo necesario para realizar un acto de investigación.

De allí, que la literalidad del referido precepto legal debe entenderse en función del propósito de la fase preparatoria: la realización de diligencias encaminadas a establecer los hechos mediante la investigación. La realización de “diligencias” delimita así el propósito de la habilitación permanentemente de todos los días y de todas las horas en fase preparatoria, por lo que la situación relativa a los recursos no puede quedar afectada. Si los Jueces de Control y las Cortes de Apelaciones no son Tribunales investigadores y no realizan actos de investigación, evidentemente que sus actos no pueden ser concebidos bajo una permanente

habilitación. Circunstancia esta que no ocurría en el anterior proceso penal regido por el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, ya que en dicho proceso el instructor nato era el juez -bien el juez de primera instancia, o en su caso, hasta que existieron, los de instrucción- ya que los funcionarios de Policía Judicial cuando instrúan el sumario, actuaban por delegación de éstos (artículos 72 y 73 del Código de Enjuiciamiento Criminal).

Sin embargo, aun cuando en el señalado texto adjetivo derogado existía una norma similar (artículo 13) a la del artículo 172, en tanto que para la formación del sumario eran hábiles todos los días y horas, la Sala de Casación Penal de la extinta Corte Suprema de Justicia -en su momento- interpretó el referido artículo 13 cuando respecto del modo de contar el lapso para anunciar el recurso de casación ante el Juez Superior durante el sumario, estableció que: "El lapso para anunciar el recurso de casación es de cinco audiencias, inclusive cuando se recurre contra decisiones en un proceso todavía en sumario. No procede la aplicación del artículo 13 del Código de Enjuiciamiento Criminal porque este artículo dispone que son hábiles todos los días y horas sólo para un fin determinado por la misma norma: 'la formación del sumario'. La norma del artículo 357 del Código de Enjuiciamiento Criminal se aplica con preferencia" (sentencia del 10 de octubre de 1975). Luego, a pesar que el investigador era el Juez, se le respetó a las partes la posibilidad de una apelación efectiva.

La habilitación legal permanente a fin de la realización de los actos de investigación está destinada a los que ejecuta el Ministerio Público, no a los cumplidos por el Juez de Control, el cual, conforme al artículo 281 del Código Orgánico Procesal Penal, controla la legalidad y la constitucionalidad del desempeño fiscal durante la investigación, tomando decisiones a ese fin. En síntesis, la situación de habilitación legal permanente para realizar actos de investigación durante la fase preparatoria del procedimiento penal, es inaplicable en sede judicial en lo atinente al ejercicio de los recursos, al resultar contradictoria con la función que según el Código Orgánico Procesal Penal cumple el Juez de Control en esta fase del proceso.

La impugnación por la inconformidad de una de las partes respecto de una decisión del Tribunal de Control no es un acto de investigación, ni una diligencia destinada a recolectar elementos de convicción. Por este motivo, si la actuación judicial no se inserta en los propósitos investigativos que caracteriza a la fase preparatoria, los lapsos que transcurren no sólo ante el Tribunal de Control, sino también ante la Corte de Apelaciones cuando esta conoce de un recurso en dicha fase preparatoria, no pueden contarse por días continuos o calendarios, ya que, en esencia, la actuación del Tribunal de Control está destinada a establecer la juridicidad de la actuación del Fiscal del Ministerio Público.

Bajo este orden de ideas, considera esta Sala que el lapso de cinco días para interponer el recurso de apelación, en la fase preparatoria del proceso penal, debe ser computado por días hábiles, esto es, aquellos en los cuales el tribunal disponga despachar, y por ende, la partes tengan acceso al tribunal, al expediente y al proceso, y así se declara.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Magistrado que suscribe, Pedro Rafael Rondón Haaz, manifiesta su disenso con la mayoría de Magistrados que suscribió la antecedente decisión; por consecuencia, salva su voto, con base en el siguiente razonamiento:

1. La mayoría sentenciadora decidió, como doctrina vinculante, que el cómputo del lapso para la apelación, dentro de la fase preparatoria del proceso penal, debía ser por días hábiles.

2. Contrariamente a la predicha decisión, el artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal establece que "Para el conocimiento de los asuntos penales en la fase preparatoria todos los días serán hábiles".



2.1. Contrariamente a lo que deriva del contenido del fallo respecto del cual se manifiesta el presente disenso, el artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal no ha restringido la habilitación de todos los días de la semana a la actividad de investigación que realice el Fiscal, sino que la misma la extendió a toda la fase de preparación del proceso, la cual, si bien comienza con la orden, que imparte el Fiscal, de apertura de la investigación (de conformidad con el artículo 283 del Código Orgánico Procesal Penal), no se agota en la misma sino que se extiende hasta la presentación del correspondiente acto conclusivo, el cual, si es de acusación o de solicitud de sobreseimiento, da lugar a la siguiente fase: la intermedia (Código Orgánico Procesal Penal: artículo 327). En el proyecto, aparentemente, se confunde el concepto de investigación fiscal con el de fase preparatoria, lo cual, de ser así, es obviamente un error;

2.2. Según el artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal, todos los días son hábiles para el conocimiento de los asuntos que correspondan a la fase preparatoria; esto es, claramente, no sólo para el momento inicial de la misma: la apertura y desarrollo de la investigación bajo control exclusivo del Fiscal. Dicha disposición no comporta menoscabo alguno para los derechos de las partes, pues éstas, en la fase preparatoria del procedimiento penal, tienen acceso todos los días, a las actas procesales, ya que, en los Circuitos Judiciales Penales, el Alguacilazgo, el Tribunal de Control, así como la Secretaría y el archivo judicial del mismo se encuentran activos todos los días de la semana. Por otra parte, en el caso particular del Ministerio Público, que es, según él mismo lo ha proclamado, único e indivisible, también se encuentra todos los días en actividad, de manera que ésta es permanente, sea a través del Fiscal que conduce la investigación, sea a través del correspondiente Fiscal de guardia.

2.3. Por el contrario, el cómputo, por días hábiles, de los lapsos procesales, dentro de la fase preparatoria, acarreará graves desventajas para el imputado; ello, porque si la apelación, por ejemplo, fuere interpuesta, por el procesado, contra una decisión por la cual se le prive de su libertad personal, el trámite de dicho recurso: formalización, contestación, remisión a la alzada, pronunciamiento sobre admisibilidad y decisión de fondo, si fuere el caso, será ejecutado dentro un término manifiestamente mayor que el que debió observarse, si se acatara el citado artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal; ello, con el consiguiente perjuicio para la rapidez de respuesta que, en tal situación espera, de la administración de justicia, el imputado. De suerte que la solución que acogió la Sala, lejos de tutelar, como lo pretende, derechos fundamentales de las partes -en este caso particular, del Ministerio Público- menoscabará, como se observó en el antes descrito ejemplo, la situación de las mismas; en especial, del imputado.

2.4. Establecer que, en la fase preparatoria -o, por lo menos, en lo que concierne a la apelación- los términos sólo se pueden computar en días hábiles es atentatorio contra la idea universalmente aceptada de que, para la instrucción o preparación del Juicio, todos los días son hábiles, porque ello propende a la celeridad procesal con la que es necesario actuar en dicha fase del proceso, habida cuenta de las decisiones que, en materias tan delicadas como, entre otras, la libertad, deba tomar el Tribunal de Control.

2.5. No es pertinente, por otra parte, la invocación a la decisión que se citó, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, porque la misma es anterior a la reforma procesal penal. En efecto, bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal no debían computarse los días no hábiles, porque en dicha época no existía el sistema de justicia penal permanente que, para la fase preparatoria, establece el vigente Código Orgánico Procesal Penal y el cual facilita el acceso al expediente y la actuación procesal durante todos los días de la semana.

2.6. El criterio bajo examen constituye una derogación tácita del artículo 172 del Código Orgánico Procesal Penal, lo cual es manifiestamente contrario a derecho, por cuanto constituye una decisión que excede de la competencia que la Constitución asignó a esta Sala,

la cual sólo podría actuar en tal sentido, bajo fundamento de inconstitucionalidad de dicha disposición legal, mediante el control concentrado que establecen los artículos 336.1 de la Ley Máxima y 5.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Salvo el caso de inconstitucionalidad de la norma legal y previa la declaración de nulidad que, por dicho motivo, decreta la Sala Constitucional, se advierte que, de conformidad con el artículo 218 de la Constitución, desarrollado por el artículo 7 del Código Civil, que las leyes sólo “se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución”.

2.7. El presente fallo, en lo que concierne al criterio que se examina, constituye una inadvertida e indeseable derogación de la doctrina que, con apego a la letra y al espíritu de la Constitución, estableció y había sostenido, hasta el presente, esta Sala. Al efecto, pueden ser revisados fallos tales como los nos fallos nos 673 (de 07-04-03); 1241 (de 30-06-04); 2202 (de 17-09-04), 1322 (de 13-07-04).

Queda en estos términos expresado el criterio del Magistrado disidente.

b. *Derecho a la doble instancia*

**TSJ-SPA (5651)**

**21-9-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Tracto Caribe, C.A. vs. Decisión Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**El artículo 278 del Código Orgánico Tributario, que establece la concurrencia de varios requisitos para el ejercicio del recurso de apelación contra los pronunciamientos en materia de determinación de tributos y de aplicación de sanciones pecuniarias no resulta contrario ni incompatible a lo dispuesto en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución (derecho a recurrir del fallo).**

Analizados como han sido los fundamentos de la decisión interlocutoria recurrida, los alegatos de la contribuyente y los recaudos que conforman el presente expediente, observa este Alto Tribunal que la controversia planteada se contrae a determinar si, conforme fue decidido por el Tribunal *a quo*, el recurso contencioso tributario interpuesto por la contribuyente Tracto Caribe C.A., resulta inadmisibile por extemporáneo, o sí, por el contrario, éste fue interpuesto en tiempo hábil, debiendo en consecuencia ser admitido.

No obstante, debe esta Sala decidir respecto a la admisibilidad de la presente apelación, por lo que previamente se deberá pronunciar respecto a la denuncia por inconstitucionalidad de los artículos 278 del Código Orgánico Tributario de 2001 y 195 del publicado en el 1994, alegada por el apelante, por cuanto violan el debido proceso, el derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva dispuestos en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, es pertinente observar que la norma cuya aplicación se debate es la contenida en el artículo 278 del Código Orgánico Tributario de 2001, que sustituyó la disposición comprendida en el artículo 195 del derogado Código Orgánico Tributario de 1994, que dispone:

*“Artículo 278: De las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de la causa, o de las interlocutorias que causen gravamen irreparable, podrá apelarse dentro del lapso de ocho (8) días de despacho, contados conforme lo establecido en el artículo anterior.*

*Cuando se trate de la determinación de tributos o de la aplicación de sanciones pecuniarias, este recurso procederá sólo cuando la cuantía de la causa exceda de cien unidades tributarias (100 U.T.) para las personas naturales y de quinientas unidades tributarias (500 U.T.) para las personas jurídicas”.*

Por otro lado, cabe destacar el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece:

*“Artículo 49: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:*

*1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.*

*2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.*

*3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.*

*4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.*

*5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*

*6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.*

*7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.*

*8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.” (Resaltado de la Sala)*

Ahora bien, del artículo 278 del Código Orgánico Tributario de 2001, que en similares condiciones lo disponía el artículo 195 del que fuera publicado en 1994, dimana claramente que el ejercicio del recurso de apelación contra los pronunciamientos en materia de determinación de tributos y de aplicación de sanciones pecuniarias, está supeditado a la concurrencia de varios requisitos de orden diverso, a saber: i) un elemento de modo, de carácter temporal, representado por el lapso de ocho días de despacho siguientes a aquél en el cual se dictó la sentencia, dentro del cual debe ejercerse el referido recurso, y ii) un elemento de orden cuantitativo, representado, en el caso de las personas naturales, por un límite mínimo que exceda de cien unidades tributarias (100 U.T) y, en el caso de las personas jurídicas, un límite mínimo superior a quinientas unidades tributarias (500 U.T), a los efectos de que la sentencia sea recurrible. Por su parte, en el caso de las sentencias interlocutorias, la norma en análisis añade iii) un elemento de orden cualitativo, cual es que sólo podrá apelarse de sentencias interlocutorias que causen un gravamen irreparable.

Lo descrito anteriormente se opone de manera abierta al régimen diseñado por la legislación adjetiva ordinaria, en la cual el ejercicio de dicho recurso debe estar condicionado sólo a la existencia del gravamen; no obstante, la aplicabilidad de la citada norma contenida en el vigente Código Orgánico Tributario, está fundamentada en la especialidad de la materia que en dicho instrumento se regula y así lo hizo ver esta Sala en sentencia n° 278 de fecha 6 de marzo de 2001, caso *CANTV SERVICIOS, C.A.*, el cual declaró, lo siguiente:

*“En efecto, en el contexto de la legislación aplicable al contencioso tributario, los llamados contribuyentes no se encuentran en forma alguna desasistidos de recursos para la defensa de sus derechos e intereses, pues disponen de una variada gama de formas de recurrir ante la autoridad tributaria, como son el recurso jerárquico; el recurso contencioso tributario e incluso la acción de amparo, tanto tributario como constitucional. Pero así también, por razones de orden organizativo de la jurisdicción especial en pro de la racionalización y de la simplificación del trabajo de la máxima instancia, el legislador se vio precisado a delimitar el ejercicio de determinado tipo de recursos, como es el recurso de apelación establecido en el artículo 195 del Código Orgánico Tributario, sin que con ello pueda entenderse la voluntad de suprimir el llamado derecho a la doble instancia o bien la intención de desnaturalizarlo o privarlo de contenido real.*

*Cabe destacar, que dicha limitación no se aparta ni contraviene el espíritu del Constituyente de 1.999, ya que cuando en su artículo 49 establece el alcance del derecho al debido proceso en los ámbitos judicial y administrativo, también consagra en su numeral 1 el reconocimiento de excepciones tanto constitucionales como legales, respecto al derecho a recurrir del fallo.*

*...omissis...*

*Aunado a la precitada argumentación desestimatoria y vista la denuncia subsidiaria formulada por la contribuyente respecto a la inconstitucionalidad sobrevenida que alega afecta (sic) al referido artículo 195 del Código Orgánico Tributario, esta alzada (sic) aprecia que la citada norma, promulgada validamente en su tiempo, no resulta contraria ni incompatible al ideal jurídico plasmado por el Constituyente en la Carta Magna de 1.999, máxime cuando ha quedado sentado que la limitación prevista en su único aparte no se riñe con el llamado ‘derecho de los justiciables a los recursos y a la doble instancia’. Por tanto, conforme a lo pautado en la Disposición Derogatoria Única del nuevo texto constitucional, dicho artículo 195 del Código Orgánico Tributario se mantiene vigente, en aras de preservar la eficiencia y racionalidad de la función jurisdiccional, la seguridad jurídica y la integridad del ordenamiento jurídico aplicable. Así se declara”.*  
(Resaltado de la Sala)

Ahora bien, la Sala observa que, aun cuando el fallo se desarrolló a partir de la revisión del artículo 195 del Código Orgánico Tributario de 1994, resulta aplicable al hoy vigente artículo 278 del publicado en el 2001, por cuanto la concurrencia de los requisitos de carácter temporal (8 días hábiles (1994) o de despacho (2001) para apelar, de orden cuantitativo (100 U.T. para personas naturales y 500 U.T. para personas jurídicas) cuando se trate de la determinación de tributos y de la aplicación de sanciones y, de orden cualitativo (que cause un gravamen irreparable), son similares a la norma derogada; en consecuencia, aprecia esta Máxima Instancia, ratificando el criterio señalado en la sentencia *supra* transcrita, que el artículo 278 *eiusdem*, no resulta contrario ni incompatible a lo dispuesto en el artículo 49 de nuestra Carta Magna, toda vez que el alcance del derecho al debido proceso en los ámbitos judicial y administrativo, también consagra en su numeral 1 el reconocimiento de excepciones tanto constitucionales como legales, respecto al derecho a recurrir del fallo.

**De acuerdo a las razones que anteceden y visto que la recurrente pudo acudir ante las precitadas instancias en defensa de sus derechos e intereses, esta Sala estima carente de fundamento legal la protección invocada por la contribuyente Tracto Caribe, C.A. respecto a la denuncia por inconstitucionalidad de los artículos 278 del Código Orgánico Tributario de 2001 y 195 del Código de 1994, por impedir el acceso a la jurisdicción del presente recurso contencioso tributario, toda vez que violentaba su derecho a los recursos y a la doble instancia judicial, a partir de los principios de la tutela judicial efectiva y del debido proceso, consagrados en el antes transcrito artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.**

4. *Derechos Individuales: Derecho de petición y a la oportuna respuesta*

CPCA (624)

1-7-2005

Juez Ponente: Oscar Enrique Piñate Espidel

Caso: Francisco Javier Ramírez vs. (Ángel Antonio Mercado) Comandante General del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua.

**Toda persona tiene derecho a dirigir peticiones a la Administración y, como consecuencia de ello, a obtener oportuna y adecuada respuesta, siempre que los asuntos sobre los cuales se realiza la petición sean competencia del órgano ante el cual se hace la solicitud.**

Ahora bien, en cuanto a la denuncia de violación del derecho de petición al que se refiere el actor, al no dar respuesta el ciudadano Ángel Mercado, en su condición de Comandante General del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua, a su petición de seguir perteneciendo al organismo el cual representa, esta Corte observa que el referido derecho consagrado en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, reconoce un derecho *uti cives* del que disfrutaban todos los ciudadanos, que les permite dirigir, con arreglo a la Ley que remita la Constitución, peticiones a los Poderes Públicos, sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado.

En este sentido, la interpretación jurisprudencial de la disposición antes citada, afirma que el referido derecho se constituye como una garantía que alude a la facultad que se le acuerda a los ciudadanos de dirigirse a los órganos públicos para hacer solicitudes o planteamientos sobre la materia de la competencia de éstos, y obtener de la Administración la declaración requerida independientemente de las consecuencias de las mismas.

Al respecto, el derecho a obtener oportuna y adecuada respuesta se encuentra consagrado en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo tenor es el siguiente:

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

Del artículo anterior, se infiere que, en efecto, toda persona tiene derecho a dirigir peticiones a la Administración y, como consecuencia de ello, a obtener oportuna y adecuada respuesta, siempre que los asuntos sobre los cuales se realiza la petición sean competencia del órgano ante el cual se hace la solicitud.

En este sentido, se ha pronunciado esta Corte, en anteriores oportunidades, entre ellas, en sentencia de fecha 15 de noviembre de 2000, caso *Antonio José Varela contra la Universidad Experimental Simón Bolívar*, donde se asentó lo siguiente:

“(…) el derecho de petición que en el marco de la Constitución de 1999, tiene como contrapartida la obligación de las autoridades no sólo de dar oportuna respuesta, sino de que la misma sea adecuada, se ve satisfecho con la obtención de una respuesta, independientemente de que la misma sea favorable o no a su petición, ello se conecta con el deber de que la respuesta sea oportuna, esto es, dentro de los lapsos establecidos en la Ley, y adecuada, es decir, acorde con lo planteado por el solicitante, dentro de los parámetros de las peticiones formuladas, o sea, en el marco del asunto planteado o en armonía con él, sin que tal adecuación se vea impuesta como una obligación de respuesta en los términos de los solicitado -se repite- sin que la misma deba ser favorable a los pedimentos”.

Así las cosas, del análisis exhaustivo realizado a las actas que conforman el presente expediente esta Corte observa, que consta a los folios 54 y 55 el acta de fecha 17 de agosto de 2001, mediante la cual el accionante solicitó la baja por su propia voluntad “motivado a que va a laborar por su propia cuenta en el área del comercio” así como, el oficio de esa misma fecha, por medio del cual fue aprobada su solicitud y aceptada conforme por el solicitante. De la misma forma, consta en autos al folio 8, escrito de fecha 25 de agosto de 2001, presentado por el accionante ante el Comandante General del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua, por medio del cual “notifica su decisión de continuar en el cargo de Sargento Segundo que ocupaba en el organismo”.

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, este Juzgador observa que estimándose como ciertos los hechos antes señalados esgrimidos por el justiciable, y siendo además evidente que la referida institución no dio respuesta a la petición solicitada, es indudable que se violó el derecho de petición y oportuna respuesta previsto en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, denunciado como conculcado por el agraviado. Así se decide.

##### 5. *Derechos Sociales y de las Familias*

###### A. *Protección del matrimonio y las uniones estables de hecho*

**TSJ-SC (1682)**

**15-7-2005**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Interpretación del artículo 77 de la Constitución

**No es posible una declaración general que asimile las uniones de cualquier tipo al matrimonio. La Sala Constitucional señala cuáles efectos del matrimonio se aplican al concubinato y a las otras posibles uniones estables.**

Corresponde a esta Sala decidir el fondo de la presente interpretación del artículo 77 de la Constitución, para lo cual se observa:

El artículo 77 constitucional reza “Las uniones estables entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”.

Resulta interesante para la Sala resaltar que dicha norma use la voz “unión estable” entre el hombre y la mujer, y no la de concubino o concubina utilizada en el artículo 49.5 *eiusdem*; y ello es así porque unión estable es el género, tal como se desprende del artículo 146 del Código Orgánico Tributario, o del artículo 13-5 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, o del artículo 785 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, siendo el concubinato una de sus especies.

El concubinato es un concepto jurídico, contemplado en el artículo 767 del Código Civil, y tiene como característica -que emana del propio Código Civil- el que se trata de una unión no matrimonial (en el sentido de que no se han llenado las formalidades legales del matrimonio) entre un hombre y una mujer solteros, la cual está signada por la permanencia de la vida en común (la soltería viene a resultar un elemento decisivo en la calificación del concubinato, tal como se desprende del artículo 767 de Código Civil y 7, letra a) de la Ley del Seguro Social).

Se trata de una situación fáctica que requiere de declaración judicial y que la califica el juez, tomando en cuenta las condiciones de lo que debe entenderse por una vida en común.

Además de los derechos sobre los bienes comunes que nacen durante esa unión (artículo 767 *eiusdem*), el artículo 211 del Código Civil, entre otros, reconoce otros efectos jurídicos al concubinato, como sería la existencia de la presunción *pater ist est* para los hijos nacidos durante su vigencia .

Dado lo expuesto, para la Sala es claro que actualmente el concubinato que puede ser declarado tal es aquel que reúne los requisitos del artículo 767 del Código Civil, y él viene a ser una de las formas de uniones estables contempladas en el artículo constitucional, ya que cumple los requisitos establecidos en la ley (Código Civil), para ser reconocido como tal unión. Por ahora -a los fines del citado artículo 77- el concubinato es por excelencia la unión estable allí señalada, y así se declara.

Lo anterior no significa que la ley no pueda tipificar otros tipos de relaciones entre hombres y mujeres como uniones estables a los efectos del artículo 77 constitucional, tomando en cuenta la permanencia y notoriedad de la relación, cohabitación, etc. y, por ello, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, discutida en la Asamblea Nacional, en los artículos 40 al 49, desarrolla las uniones estables de hecho, como una figura propia mientras que el concubinato como figura distinta a la anterior, fue desarrollado en los artículos 50 al 53.

“Unión estable de hecho entre un hombre y una mujer”, representa un concepto amplio que va a producir efectos jurídicos, independientemente de la contribución económica de cada uno de los unidos en el incremento o formación del patrimonio común o en el de uno de ellos, siendo lo relevante para la determinación de la unión estable, la cohabitación o vida en común, con carácter de permanencia, y que la pareja sea soltera, formada por divorciados o viudos entre sí o con solteros, sin que existan impedimentos dirimentes que impidan el matrimonio.

Pero como, al contrario del matrimonio que se perfecciona mediante el acto matrimonial, recogido en la partida de matrimonio, no se tiene fecha cierta de cuándo comienza la unión estable, ella debe ser alegada por quien tenga interés en que se declare (parte o tercero) y probada sus características, tales como la permanencia o estabilidad en el tiempo, los signos exteriores de la existencia de la unión (lo que resulta similar a la prueba de la posesión de estado en cuanto a la fama y el trato, ya que la condición de la pareja como tal, debe ser reconocida por el grupo social donde se desenvuelve), así como la necesidad de que la relación sea excluyente de otra de iguales características, debido a la propia condición de la estabilidad. Si la unión estable se equipara al matrimonio, y la bigamia se encuentra prohibida, a juicio de esta Sala es imposible, para que ella produzca efectos jurídicos, la coexistencia de varias relaciones a la vez en igual plano, a menos que la Ley expresamente señale excepciones. Ahora bien, corresponde conforme al artículo 77 constitucional, a la reserva legal la regulación de las otras uniones estables diversas al concubinato y, por ello, le está a la Sala vedado, aun por la vía de la jurisdicción normativa, realizar la tipificación de estas otras uniones, y así se declara.

Señalado lo anterior, debe la Sala señalar cuáles de los efectos del matrimonio son aplicables a las “uniones estables de hecho entre hombre y mujer”, de conformidad con la petición de la accionante, siendo necesario apuntar que aunque el concubinato es un tipo de unión estable, por ser él la figura regulada en la Ley, a él se referirá la Sala indistintamente como “unión estable” o concubinato, pero reconociendo que dentro del concepto de unión estable pueden existir tipos diferentes al concubinato. La Sala con fines de abarcar ambas clases de uniones, y por tanto al género, utilizará el término de unión estable en este fallo, para referirse a todas las posibilidades, incluida el concubinato.

En primer lugar considera la Sala que, para reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, es necesario que la “unión estable” haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere una sentencia definitivamente firme que la reconozca.

En la actualidad, es necesaria una declaración judicial de la unión estable o del concubinato; dictada en un proceso con ese fin; la cual contenga la duración del mismo, lo que facilita, en caso del concubinato, la aplicación del artículo 211 del Código Civil, ya que la concepción de un hijo durante la existencia del mismo, hace presumir que el concubino es el padre del hijo o hija, por lo que la sentencia declarativa del concubinato debe señalar la fecha de su inicio y de su fin, si fuera el caso; y reconocer, igualmente, la duración de la unión, cuando ella se ha roto y luego se ha reconstituido, computando para la determinación final, el tiempo transcurrido desde la fecha de su inicio.

Ahora bien, el matrimonio -por su carácter formal- es una institución que nace y se prueba de manera distinta al concubinato o a cualquier otra unión estable, y por ello estas últimas no pueden equipararse íntegramente al matrimonio y, por tanto, no puede pretenderse que, automáticamente, todos los efectos del matrimonio se apliquen a las "uniones estables".

En consecuencia, no es posible una declaración general que asimile las uniones (de cualquier tipo) al matrimonio, y por lo tanto, observa la Sala, hay que distinguir cuáles efectos del matrimonio se aplican al concubinato y a las posibles otras uniones estables.

Estas uniones (incluido el concubinato) no son necesariamente similares al matrimonio, y aunque la vida en común (con hogar común) es un indicador de la existencia de ellas, tal como se desprende del artículo 70 del Código Civil, este elemento puede obviarse siempre que la relación permanente se traduzca en otras formas de convivencia, como visitas constantes, socorro mutuo, ayuda económica reiterada, vida social conjunta, hijos, etc.

Siguiendo indicadores que nacen de las propias leyes, el tiempo de duración de la unión, al menos de dos años mínimo, podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia, ya que ese fue el término contemplado por el artículo 33 de la Ley del Seguro Social, al regular el derecho de la concubina a la pensión de sobrevivencia.

Debido a lo expuesto, pasa la Sala a examinar los efectos del matrimonio aplicables a las uniones estables y al concubinato, y ella considera que los deberes que el artículo 137 del Código Civil impone a los cónyuges y cuya violación se convierte en causales de divorcio (ver en el artículo 185 del Código Civil los ordinales 1° y 2°), no existen en el concubinato ni en las otras uniones.

Unión estable no significa, necesariamente, bajo un mismo techo (aunque esto sea un símbolo de ella), sino permanencia en una relación, caracterizada por actos que, objetivamente, hacen presumir a las personas (terceros) que se está ante una pareja, que actúan con apariencia de un matrimonio o, al menos, de una relación seria y compenetrada, lo que constituye la vida en común.

Se trata de una relación permanente entre un hombre y una mujer, y no de una entre un hombre y varias mujeres (así todas ellas estén en igual plano) y viceversa.

A juicio de la Sala, así como no existe el deber de vivir juntos, tampoco puede existir el de fidelidad contemplado en el artículo 137 del Código Civil, por lo que la violación de deberes como el de fidelidad o de vida en común (artículo 137 citado) no producen efectos jurídicos, quedando rota la "unión" por el repudio que de ella haga cualquiera de los componentes, lo que viene dado porque uno de ellos contraiga matrimonio con otra persona, o porque, por cualquier razón, se rompió la continuidad de la relación. Extinguida la relación, la ley, al menos en el concubinato, reconoce la condición de exconcubino como lo hace el artículo 42 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia.

En cuanto al deber de socorrerse mutuamente, contemplado para los cónyuges en el artículo 137 del Código Civil, la Sala considera que este sí existe en cualquier tipo de unión, ya que si legalmente las uniones (o al menos el concubinato) generan derechos -como los



alimentarios- los cuales normalmente corresponden a los cónyuges mientras dure el matrimonio, los componentes de estas uniones de hecho deben tener también esos derechos, como luego se explica, y ello se corresponde con el deber de socorro mutuo comentado.

También otorga el artículo 173 del Código Civil, el derecho optativo de la mujer de utilizar el apellido de su marido.

A juicio de esta Sala, la utilización de apellidos distintos al propio, como sería para la mujer el del marido, es un derecho que le nace solamente del acto matrimonial, que conlleva a que añada algo a su identidad, y que se ve sostenido por el acta de matrimonio que refleja un nuevo estado civil.

El estado civil de las personas naturales, está formado por los nacimientos y matrimonios, y necesariamente por las mutaciones que éste sufre (divorcio, por ejemplo), que se anotan al margen de las partidas del estado civil.

Para la Sala, el que la unión estable en general produzca los mismos efectos que el matrimonio, no significa -se repite- que ella se convierte en matrimonio, sino que se le equipara; es decir, en lo que sea posible. Sin embargo, la condición jurídica de la unión estable, en principio, no permite a la mujer el uso del apellido del marido.

El estado civil surge de unas manifestaciones de voluntad formales contenidas en las actas del estado civil, así como de las transformaciones que éste recibe y que constan en las notas marginales de las partidas.

Se trata de una cuestión formal que permite no sólo conocer la condición de la persona, sino que resulta la piedra angular del sistema de identificación.

No existe, en estos momentos y para esta fecha, una partida del estado civil de concubinato, u otro tipo de unión, que otorgue el estado de concubino o unido y, por tanto, los símbolos que representan el estado civil, como el uso del apellido del marido por la mujer; a juicio de la Sala, no puede ser utilizado por quien no ha contraído matrimonio.

Ahora bien, al equipararse al matrimonio, el genero “unión estable” debe tener, al igual que éste, un régimen patrimonial, y conforme al artículo 767 del Código Civil, correspondiente al concubinato pero aplicable en la actualidad por analogía a las uniones de hecho, éste es el de la comunidad en los bienes adquiridos durante el tiempo de existencia de la unión. Se trata de una comunidad de bienes que se rige, debido a la equiparación, que es posible en esta materia, por las normas del régimen patrimonial-matrimonial.

Diversas leyes de la República otorgan a los concubinos derechos patrimoniales y sociales en diferentes áreas de la vida, y esto, a juicio de la Sala, es un indicador que a los concubinos se les está reconociendo beneficios económicos como resultado de su unión, por lo que, el artículo 77 *eiusdem*, al considerarlas equiparadas al matrimonio, lo lógico es pensar que sus derechos avanzan hasta alcanzar los patrimoniales del matrimonio, reconocidos puntualmente en otras leyes.

La Ley que Regula el Subsistema de Pensiones (artículo 69-6) otorga a los concubinos pensión de sobrevivencia; la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Estatal y Municipal, otorga a la concubina derechos a la pensión de sobrevivencia (artículo 16-3); las Normas de Operación del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de los Préstamos Hipotecarios a Largo Plazo (artículo 130), así como las Normas d Operación del Decreto con Rango y Fuerza d Ley que Regula el Subsistema de Viviendas (artículo 34) prevén al concubinato como elegibles para los préstamos para la obtención de vivienda; la Ley del Seguro Social (artículo 7-a) otorga a la concubina el derecho a una asistencia médica integral; la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 568) da al concubino el derecho de reclamar las indemnizaciones que corresponderán a su pareja fallecida, e igual derecho otorga el Estatuto de la Función Pública (artículo 31).

Se trata de beneficios económicos que surgen del patrimonio de los concubinos: ahorro, seguro, inversiones del contribuyente (artículo 104 de la Ley de Impuesto sobre la Renta lo reconoce), etc., y ello, en criterio de la Sala, conduce a que si se va a equiparar el concubinato al matrimonio, por mandato del artículo 77 constitucional, los efectos matrimoniales extensibles no pueden limitarse a los puntualmente señalados en las leyes citadas o en otras normas, sino a todo lo que pueda conformar el patrimonio común, ya que bastante de ese patrimonio está comprometido por las leyes referidas.

Tal comunidad de bienes, a diferencia del divorcio que exige declaración judicial, finaliza cuando la unión se rompe, lo cual -excepto por causa de muerte- es una cuestión de hecho que debe ser alegada y probada por quien pretende la disolución y liquidación de la comunidad. A juicio de la Sala, y como resultado natural de tal situación, quien demanda la disolución y liquidación de la comunidad, podrá pedir al juez se dicten las providencias del artículo 174 del Código Civil, en el supuesto en él contemplado.

Ahora bien, como no existe una acción de separación de cuerpos del concubinato y menos una de divorcio, por tratarse la ruptura de la unión de una situación de hecho que puede ocurrir en cualquier momento en forma unilateral, los artículos 191 y 192 del Código Civil resultan inaplicables, y así se declara; sin embargo, en los procesos tendientes a que se reconozca el concubinato o la unión estable, se podrán dictar las medidas preventivas necesarias para la preservación de los hijos y bienes comunes.

Al aparecer el artículo 77 constitucional, surgen cambios profundos en el régimen concubinario del artículo 767 del Código Civil, ya que existiendo la unión estable o permanente, no hay necesidad de presumir, legalmente, comunidad alguna, ya que ésta existe de pleno derecho -si hay bienes- con respecto de lo adquirido, al igual que en el matrimonio, durante el tiempo que duró la unión y, como comunidad, no es que surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos, o entre uno de ellos y los herederos del otro, como lo contempla el artículo 767 del Código Civil, sino que, al igual que los bienes a que se refiere el artículo 168 del Código Civil, los terceros que tengan acreencias contra la comunidad podrán cobrarse de los bienes comunes, tal como lo pauta dicha norma.

A ese fin, si la unión estable o el concubinato no ha sido declarada judicialmente, los terceros pueden tener interés que se reconozca mediante sentencia, para así cobrar sus acreencias de los bienes comunes. Para ello tendrán que alegar y probar la comunidad, demandando a ambos concubinos o sus herederos.

No existiendo mecanismos de publicidad que comuniquen la existencia del concubinato, ni que registren las sentencias que lo declaren, para los terceros con interés en los bienes comunes, resulta -la mayoría de las veces- imposible conocer previamente la existencia del concubinato y cuáles son esos bienes comunes; motivo por el cual la Sala considera que exigir la aplicación del artículo 168 del Código Civil resultaría contrario al principio de que a nadie puede pedírsele lo imposible, ya que al no conocer la existencia de concubinato, ni estar los concubinos obligados a declarar tal condición, en las demandas que involucren los bienes comunes, bastará demandar a aquel que aparezca como dueño de ellos, e igualmente éste legítimamente podrá incoar las acciones contra los terceros relativos a los bienes comunes, a menos que la propiedad sobre ellos esté documentada a favor de ambos.

Ahora bien, declarado judicialmente el concubinato, cualquiera de los concubinos, en defensa de sus intereses, puede incoar la acción prevenida en el artículo 171 del Código Civil en beneficio de los bienes comunes y obtener la preservación de los mismos mediante las providencias que decreta el juez.

Resulta importante para esta interpretación, dilucidar si es posible que entre los concubinos o personas unidas, existe un régimen patrimonial distinto al de la comunidad de bienes, tal como el previsto en el Código Civil en materia de capitulaciones matrimoniales.

A juicio de esta Sala, ello es imposible, porque la esencia del concubinato o de la unión estable no viene dada -como en el matrimonio- por un documento que crea el vínculo, como lo es el acta de matrimonio, sino por la unión permanente (estable) entre el hombre y la mujer, lo que requiere un transcurso de tiempo (que ponderará el juez), el cual es el que califica la estabilidad de la unión; y siendo ello así, a priori no puede existir una declaración registrada de las partes constitutivas de la unión, en el sentido de cómo manejarán los bienes que se obtengan durante ella.

Igualmente, la Sala tiene que examinar la posibilidad para uno de los miembros de una unión o concubinato, de la existencia del concubinato putativo, que nace cuando uno de ellos, de buena fe, desconoce la condición de casado del otro. A juicio de esta Sala, en estos supuestos funcionará con el concubino de buena fe, las normas sobre el matrimonio putativo, aplicables a los bienes.

Como resultado de la equiparación reconocida en el artículo 77 constitucional, en cuanto a los efectos y alcances de la unión estable (concubinato) con el matrimonio, la Sala interpreta que entre los sujetos que la conforman, que ocupan rangos similares a los de los cónyuges, existen derechos sucesorales a tenor de lo expresado en el artículo 823 del Código Civil, siempre que el deceso de uno de ellos ocurra durante la existencia de la unión. Una vez haya cesado, la situación es igual a la de los cónyuges separados de cuerpos o divorciados.

Al reconocerse a cada componente de la unión derechos sucesorales con relación al otro, el sobreviviente o supérstite, al ocupar el puesto de un cónyuge, concurre con los otros herederos según el orden de suceder señalado en el Código Civil (artículo 824 y 825) en materia de sucesión *ab intestato*, conforme al artículo 807 del Código Civil, y habrá que respetársele su legítima (artículo 883 del Código Civil) si existiere testamento. Igualmente, las causales de indignidad que haya entre los concubinos, se aplicarán conforme al artículo 810 del Código Civil.

Ahora bien, equiparando a los concubinos o a los unidos a los cónyuges en lo compatible entre estas figuras y el matrimonio, considera la Sala que mientras exista la unión, cada uno podrá exigir alimentos al otro partícipe, a menos que carezca de recursos o bienes propios para suministrarlos, caso en que podrá exigirlos a las personas señaladas en el artículo 285 del Código Civil.

Igualmente, en caso de declaración de ausencia de uno de los miembros de la unión, la otra podrá obtener una pensión alimentaria conforme al artículo 427 del Código Civil.

En los casos en que se incoen acciones sucesorales o alimentarias, o contra terceros, sin que existe previamente una declaración judicial de la existencia del concubinato o la unión estable, la demanda requerirá que se declaren éstas previamente, por lo que en la misma deberá alegarse y probarse tal condición.

Debido a los efectos y alcances señalados, la sentencia que declare la unión, surtirá los efectos de las sentencias a que se refiere el ordinal 2º del artículo 507 del Código Civil, el cual se aplicará en toda su extensión, menos en lo referente a la necesidad de registro de la sentencia, lo cual no está previsto -y por lo tanto carece de procedimiento- en la Ley.

Esta ausencia de registro y, por tanto, de publicidad, que puede mantener al concubinato oculto respecto a los terceros, plantea la pregunta de si es nula la venta entre los concubinos, tal como lo establece el artículo 1481 con respecto a los cónyuges.

A juicio de esta Sala, dados los efectos que se reconocen a la “unión estable”, sería una fuente de fraude para los acreedores de cualquiera de los concubinos, aceptar que uno vendiera al otro los bienes comunes documentados a su nombre o poseídos por él y, en consecuencia, quien demuestre que la venta ha ocurrido entre ellos, puede invocar la existencia de la unión y tratarlos como bienes comunes o, según los casos, pedir la nulidad del negocio.

Debe la Sala acotar que el único concubinato que produce efectos equiparables al matrimonio, es el que se delinea en este fallo; y se hace tal acotamiento porque algunas leyes denominan concubina a la mujer que vive con un hombre a pesar que éste tiene impedimento para contraer matrimonio con ella, cuando en realidad tal concubinato es contrario al artículo 767 del Código Civil y a lo que conceptualiza este fallo.

El mal uso de la palabra concubina, en el sentido inmediatamente indicado, aparece en los artículos 397 y 399 del Código Penal, y así se declara.

También acota la Sala que diversas leyes vigentes, tales como el Código Orgánico Tributario (artículo 146-4), la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (artículos 13-5 y 21), la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro (artículos 78-5 y 136), señalan impedimentos para acceder a cargos para quienes mantengan uniones estables de hecho. Igualmente, a éstos se refieren los artículos 56 de la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, y 71 de la Ley del Contrato de Seguros.

Ahora bien, como la ley no ha determinado aún quiénes se consideran que viven en unión estable de hecho, tal mención, en todos los casos, a juicio de esta Sala, debe entenderse en la actualidad que se aplica por igual a los concubinos, ya que con relación específica a ellos, existen prohibiciones en el artículo 20 de la Ley de Minas.

Por último, y como resultado de lo interpretado, es que cuando en una relación jurídica concreta, una de las partes actúa en su condición de concubino, para los efectos de esa relación la existencia del concubinato queda reconocida por las partes y, en consecuencia, entre las partes de la relación o el negocio, se reputará que una de ellas se vincula con el concubinato.

Queda en los términos expuestos, resuelta la interpretación solicitada, y dado el carácter vinculante de la misma, conforme a lo establecido en el artículo 335 de la Constitución, se ordena la publicación del presente fallo en la *Gaceta Oficial de la República*, sin perjuicio que desde que entró en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los derechos de los concubinos han quedado reconocidos constitucionalmente. Así se decide.

Igualmente, la interpretación que se hace en este fallo es sin perjuicio de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, en cuanto a su organización social, usos y costumbres, reconocidos en el artículo 119 constitucional.

B. *Derechos de los niños y adolescentes: Autorizaciones para viajar*

**TSJ-SC (1953)**

**25-7-2005**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Interpretación de los artículos 21, 75, 76 y 78 de la Constitución y los artículos 9.3 y 18.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

**Cuando no hay acuerdo entre los padres sobre la educación, custodia, residencia o habitación del menor, incluso el menor de siete años, indefectiblemente habrá que oírlo para que haga uso de su derecho, y como hay menores que aún no hablan o no tienen uso**

**de razón, el juez debe analizar la situación de su desarrollo en la familia de origen. En este sentido, la Sala Constitucional señala que las oposiciones al permiso o autorización para viajar no son simples desacuerdos entre las partes sobre aspectos del contenido de la guarda, el cual tiene previsto un procedimiento en el artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, sino que por el desarraigo posible, contrae una modificación a la guarda que, tal como la señala el artículo 363 de esa ley “debe ser decidido por vía judicial, requiriéndose para ello, el procedimiento previsto en el Capítulo VI de este Título” (artículos 511 y siguientes del procedimiento especial de alimentos y guarda).**

Establecido lo anterior, la Sala considera que conforme a lo planteado por el accionante, debe proceder a interpretar los artículos señalados, entre los que se encuentran los de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, que por tratarse de una convención sobre derechos humanos, conforme al artículo 23 de la carta Fundamental, tienen jerarquía constitucional y por tanto, pueden ser objeto de la acción de interpretación constitucional.

Comienza la Sala la labor interpretativa, con el artículo 21.1 Constitucional, el cual reza: “No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellos que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio n condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona”.

Resulta importante para la Sala determinar que se entiende por discriminación, y en ese sentido debe tenerse como tal el trato distinto que se le da a una persona que se encuentra en un plano de igualdad con otra.

Tal como lo señaló la Sala en fallo de 10 de octubre de 2000 (Caso *Luis A. Peña*), reiterado en sentencia de 18 de noviembre de 2003 (Caso *Ramón Rovero y otros*), “el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley en forma igualitaria, y se prohíbe por tanto, la discriminación. Ahora bien, no todo trato desigual es discriminación, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas. Como conclusión de lo antes expuesto, esta Sala considera necesario señalar, que la cláusula de igualdad ante la ley, no prohíbe que se le confiera un trato desigual a un ciudadano o grupo de ciudadanos, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: a) que los ciudadanos o colectivos se encuentren real y efectivamente en distintas situaciones de hecho; b) que el trato desigual persiga una finalidad específica; c) que la finalidad buscada sea razonable, es decir, que la misma sea admisible desde la perspectiva de los derechos y principios constitucionales; y d) que la relación sea proporcionada, es decir, que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica. Si concurren las condiciones antes señaladas, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima...”.

A juicio de esta Sala, el artículo 76 constitucional coloca en principio en un plan de igualdad al padre y a la madre, cuando reza: “El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas...”.

Por su parte el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, no crea discriminación alguna, al crear obligaciones de los padres con respecto a los hijos. Dicha norma dispone: "Obligaciones generales de la familia. La familia es responsable de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos".

Luego, las responsabilidades y obligaciones de los padres con los hijos, están en un plano de igualdad, sin predominio de uno sobre otro. Pero cuando los padres se separan, y cesa la vida en común, la legislación crea medidas, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, fundadas en razones biológicas, sociológicas, culturales, afectivas, etc., que marcan el paso en la distribución de los derechos y deberes de los padres, pero que atienden a una justificada desigualdad en el trato que la ley dé a los padres, debido a que cada uno habita en casas distintas, y al hecho real que los hijos del matrimonio o de la unión, pasan a habitar con uno de los cónyuges, lo que se traduce en una nueva realidad para los hijos que necesariamente coloca a los padres en situaciones concretas diferentes, conforme a quien habite o deba vivir con el menor.

El que los hijos no habiten con ambos padres, sino con uno de ellos o bajo su dirección, crea una desigualdad, que si bien no hace cesar los derechos y deberes de los padres, en cuanto a la guarda (uno de los componentes de la patria potestad), sin embargo, con relación a los hijos menores de siete años habidos en el matrimonio cuyo vínculo se rompió por divorcio o nulidad, así como en los casos de separación de cuerpos, o porque de hecho los padres tienen residencias separadas, el artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente señala: "Los hijos que tengan siete años o menores, deben permanecer con la madre, excepto en el caso que ésta no sea titular de la patria potestad o que, por razones de salud o seguridad, resulta conveniente que se separen temporal o indefinidamente de ella".

El legislador ha considerado que en estos casos la madre debe tener la guarda del menor, indudablemente porque razones sociológicas, psicológicas, culturales, etc., le han convencido a que el menor de siete años se encuentra mejor bajo la guarda de su madre que de su padre, dada la particular situación en que se encuentra cada cónyuge fuera del hogar común, y esta previsión, fundada en el interés superior del menor, en la realidad que conoce esta Sala por máximas de experiencia, cual es la responsabilidad de la mujer venezolana, conduce a que en casos muy particulares -como éste- se le dé a la mujer un trato distinto al de los hombres, con relación a los menores y en materia muy puntual, lo que no constituye una discriminación para con el hombre. Planteada así la cuestión, la Sala considera que no existe discriminación en la ley, cuando otorga en todo caso la guarda de los hijos menores de siete años a la madre, y así se declara.

Ahora bien, este aspecto de la guarda, que no contradice al artículo 21 constitucional, no significa que la madre que legalmente tiene la guarda de los menores de siete años y que tiene residencia separada del padre, le corresponde ejercer a su arbitrio la custodia, vigilancia y la orientación de la educación del menor, ya que el principio del artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, no puede contradecir al artículo 76 constitucional que señala: "El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas...".

Ello significa, a juicio de la Sala, que tal disposición del artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, debe interpretarse restrictivamente, ya que conforme al artículo 75 constitucional, las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes.

Además, dicho artículo 75 señala que “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen”.

El que de hecho o de derecho exista un estado de separación entre los padres, con su secuela de tener residencias separadas, no enerva el interés superior del niño de gozar de su familia de origen, y tal derecho constitucional de ser ejercido por el menor, puede atenuar lo dispuesto en el artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en el sentido que los hijos menores de siete años se encuentren exclusivamente bajo la guarda de la madre.

En consecuencia, si surgiere algún litigio tendiente a disminuir lo pautado en los artículos señalados, es necesario no solo oír a los niños (al igual que en cualquier otro caso por mandato del artículo 12 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño), sino que el juez debe ponderar lo que los niños pretenden conforme al artículo 75 constitucional, y ello -como reconocimiento del señalado derecho de los niños, niñas y adolescentes- tiene que ser analizado por el juez, cada vez que la situación del menor en cuanto a los atributos de la guarda, pueda cambiar.

A juicio de esta Sala, la interpretación del artículo 75 Constitucional tiene que ser en el sentido expuesto, a fin de garantizar el derecho que dicha norma otorga a los menores.

Cuando no hay acuerdo entre los padres sobre la educación, custodia, residencia o habitación del menor, incluso el menor de siete años, indefectiblemente habrá que oírlo para que haga uso de su derecho, y como hay menores que aún no hablan o no tienen uso de razón, el juez debe analizar la situación de su desarrollo en la familia de origen, lo que no involucra un desconocimiento del artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, pero si un control en beneficio del menor, de su derecho a desarrollarse con sus padres (así estén separados), que evite el desarraigo, la ruptura en la crianza compartida a que tienen derecho los menores, o el goce (presencia) de ambos padres.

Este derecho constitucional en beneficio del interés superior del menor, se traduce en que los cambios de domicilio o habitación dentro del país, o la posibilidad de habitar fuera de Venezuela, deben ser analizados por el juez, a petición de parte o si se le pide permiso o autorización para viajar, a fin de evitar que los derechos del menor sean vulnerados, y así se interpreta lo señalado, que a su vez se fundamenta igualmente en el artículo 76 constitucional cuya interpretación se solicita.

Conforme a dicha norma (artículo 76) “El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas...”. Para que tal deber pueda ser cumplido, es necesario que el padre o la madre no sólo puedan ubicar al hijo, sino habitar con él, y que a su vez puedan acceder, dentro de condiciones normales, a sus hijos. Esta accesibilidad significa que los padres puedan con normalidad, visitar a sus hijos y discutir lo relativo a la crianza, formación y educación de ellos, dirimiéndose judicialmente los desacuerdos que existan.

Para que esos deberes compartidos e irrenunciables se cumplan, es necesario que se garantice a los padres la ubicación y accesibilidad no solo a los hijos, sino a quien los tiene bajo su guarda.

De nada vale el ejercicio de un derecho de visita (artículo 385 Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente), si no hay sitio para visitar, o si no se encuentra al menor, o se hace oneroso y dispendioso tal visita.

Todo esto conduce a la necesidad de que el menor pueda ser ubicado, y al acceso a él de sus padres, como deber de Estado de protección de la familia como asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, tal como

lo señala el artículo 75 constitucional; y ese deber del Estado se ejerce por medio de sus diversos poderes entre los cuales se encuentra el judicial, quien interviene en las autorizaciones para viajar, conforme a artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y así se interpreta.

Solicita el accionante que se interprete el artículo 78 constitucional, pero la Sala no encuentra ninguna oscuridad o ambigüedad de la letra de dicha norma con la situación planteada, ni que incida sobre ella, por lo que no hay nada que interpretar con respecto a dicho artículo, y así se declara.

Igualmente el accionante solicitó se interprete el artículo 9.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Dicha norma reza: "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor".

La norma transcrita reproduce puntualmente, los derechos del niño que el artículo 75 constitucional otorga, aunque concretando elementos del citado artículo 75, cuales son el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

Siendo este un Derecho del Niño, el Estado como garantía debe preservar que los menores no pierdan el contacto directo y regular con los padres, lo que sucedería si el menor es escondido, o llevado fuera del país con el fin de que pierda su lengua, o se desnacionalice, o rompa el contacto regular con el o los padres.

Es casuístico determinar la regularidad del contacto, pero el debe ser garantizado a los padres, cuando el Estado por cualquiera de sus poderes, se convierte en factor de desarraigo o de ocultamiento del menor.

Surge así una responsabilidad para el Estado cuando otorga autorizaciones al menor para viajar, bien dentro del país, solo o con terceras personas, donde se necesita la autorización de un representante legal, expedida por el Consejo de Protección del Niño y del Adolescente, por una Jefatura Civil o mediante documento autenticado; y si el viaje es fuera del país, podrán viajar los menores acompañados de ambos padres o de uno solo, caso éste último en que necesitan una autorización del otro expedida en documento autenticado, a menos que el menor tenga un solo representante legal y viaje con él.

En caso de viajar solos o con terceras personas, conforme al artículo 392 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, requieren autorización de quienes ejerzan su representación expedida en documento autenticado o por el Consejo de Protección del Niño y del Adolescente.

Corresponde a las autoridades administrativas exigir el cumplimiento de los requisitos de los artículos 391 y 392 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, e impedir el viaje en Venezuela o al exterior, si no existen las autorizaciones legales.

Lo anterior funciona, en el caso de que ambos padres, o quien tiene la representación legal, están de acuerdo con el viaje, motivo por el cual lo autorizan.

La situación varía cuando hay desacuerdo entre las personas llamadas a dar el consentimiento, o cuando una de ellas lo niegue, caso en que la autorización debe darla el juez, a fin de que éste, previa petición del niño o del adolescente si fuere el caso, o del padre que autorice el viaje, decida lo que convenga al interés superior de aquellos según el caso.

Esta decisión debe ser tomada, con base en los artículos 75 y 76 Constitucionales que marcan las pautas del interés superior del menor, y que no sólo otorgan derechos a los menores, sino deberes irrenunciables a los padres.



En estos casos de oposición a la autorización donde hay que acudir ante el juez a fin de que éste decida lo que convenga, el juez menoril para tomar la decisión, debe hacerlo oyendo a los padres y al menor, ponderando la necesidad y utilidad del viaje, la posibilidad de que el menor no sea desarraigado de su familia, ni que sea desnacionalizado al separarlo física e intelectualmente del país donde habita su familia o parte de ella; razones por las cuales al juez debe probarse de cuál es la verdadera situación del menor viajero, de su regreso a la esfera del otro padre, de la posibilidad de cumplimiento de los deberes establecidos en el artículo 76 constitucional; y el juez puede exigir pruebas a los padres, indagar las condiciones de vida en el exterior tanto del niño como del padre que viaja con él, si fuere el caso, la condición legal de los viajeros si fuera para otros países, la dirección donde se encontrará el menor, así como el medio de comunicación con el padre, y todo lo que le permita formarse una idea cabal a fin de que se cumplan los artículos 75 y 76 constitucionales, tal como examinar visas, documentos, etc.

Siendo de advertir que el juez puede imponer condiciones para el viaje, garantizarle al padre que queda en el país la accesibilidad al hijo, las facilidades para comunicarse con él, y que su incumplimiento puede entenderse como traslado o retención ilícita del menor a tenor de lo establecido en el artículo 3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

No explica el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente cuál es la naturaleza del proceso para la toma de la autorización, ni indica nada que permita considerar tal procedimiento como de jurisdicción contenciosa o voluntaria.

Según Chioyenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Edit. Jurídica Universitaria, México 2001, pp. 253-259), el carácter diferencial de la jurisdicción voluntaria es su fin constitutivo; sus actos tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos o contribuyen al desenvolvimiento de relaciones existentes; y en sus actos no hay un bien garantizado en contra de otra persona, una norma que va a actuar contra otro, “sino un estado jurídico que sin la intervención del Estado no podría hacerse o desarrollarse, o se desarrollaría imperfectamente”.

Sostiene Chioyenda, en la obra citada, y lo hace suyo la Sala, que la características de la jurisdicción voluntaria no es la falta de controversia, sino la falta de dos partes, lo que hace innecesario notificar a alguien del fallo para que pueda impugnarlo o cumplirlo.

Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código*, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, pp. 191 al 196, considera al igual que Chioyenda, que la jurisdicción voluntaria pertenece a la función administrativa, pero con la característica que los actos del juez, no son administrativos. Calamandrei va a definir la jurisdicción voluntaria como “la administración pública del derecho privado ejercido por órganos jurisdiccionales” y agrega: “la finalidad a la cual se dirige esta colaboración dada por el derecho a la actividad negocial de un solo interesado o de varios interesados concordes (formas diversas, que corresponden a tipos de actos administrativos conocidos por la doctrina: autorizaciones, aprobaciones, actos certificativos, etc.) no es la de garantizar la observancia del derecho en el sentido que antes se ha visto [función jurisdiccional propiamente dicha], sino la de mejor satisfacción, dentro de los límites del derecho, de aquellos intereses privados a los cuales se refiere la relación o situación jurídica que la intervención de la autoridad judicial sirve para constituir o para modificar. La jurisdicción voluntaria entra, por consiguiente, en la actividad social, no en la actividad jurídica del Estado [...]”.

Por su parte James Goldschmidt, *Principios Generales del Proceso*, Edit. Jurídica Universitaria, México 2001, pp. 9 y 10, trata de hacer la distinción con base en la existencia de la cosa juzgada; mientras Ricardo Henríquez La Roche en sus Comentarios al Código de Procedimiento Civil, acota: “[...]la diferencia fundamental entre la jurisdicción voluntaria y la

jurisdicción contenciosa, estriba, antes que en la forma (procedimientos) o el contenido (existencia del conflicto), en la función. Ciertamente, en la jurisdicción voluntaria la función es meramente preventiva; en la contenciosa, la función es dirimitoria con eficacia de irrevisabilidad; esto es, de cosa juzgada con fuerza de ley (coercibilidad).

En la jurisdicción voluntaria habrá (como lo declara el Art.899) demanda en forma y posibilidad de 'oír' a veces, con finalidad informativa, aún a los interesados en sentido contrario (Art. 900); pero con todo y poder haber, eventualmente, pluralidad de intereses y contraposición de éstos, no habrá contradictorio (*sub nomine juris*), pues no se reconocerá o se concederá nada a nadie a costa o en desmedro de otro. No existe cosa juzgada, porque la decisión no surte efecto en la esfera bilateralidad de la audiencia (*audiatur altera pars*: Art. 68 Cons. Nac) y no ha menester derecho a la defensa porque la función del órgano se agota en la en ejercer un control o providenciar una medida de auxilio, en prevención de la eficacia de los derechos subjetivos y (a ultranza) de integridad del derecho objetivo, en cuya potestad aquella facultad de actuar (*facultas agendi*) se fundamente [...]"

Debe la Sala puntualizar que aunque el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente nada dice, lo planteado en el fondo es un asunto que rebasa el simple otorgamiento del permiso, lo que podía compararse a un acto administrativo, ya que quien acude ante el juez, sea el padre o el adolescente, lo hace para hacer valer derechos contra el otro padre.

Conforme al citado artículo 393, pueden acudir ante el juez:

- 1) El padre que quiere que el hijo viaje, ante la negativa de consentimiento del otro, o el desacuerdo de éste sobre el viaje.
- 2) El padre que no quiere que el hijo viaje, ante la posibilidad de separación del hijo del sitio donde vive.
- 3) El adolescente que quiere viajar, ante la negativa o el desacuerdo del o de los padres que pueden otorgar el permiso.

En los tres casos, aplicables también a aquél que representa al menor y que no es su padre, como el tutor, por ejemplo, la autorización o negativa del juez obedece a reconocer un derecho o en cabeza del peticionante o en quien niega el permiso. Tal derecho emana directamente de la Constitución y de instituciones como la patria potestad y la guarda, y el reconocimiento de ese derecho, para impedir u ordenar el viaje, a fin de que no sea arbitrario y que se ajuste al sentido y alcance de las normas citadas en este fallo, debe ser precedido de una etapa de conocimiento que incluye contradictorio y pruebas, por lo que hay que citar a la contraparte del peticionante, ya que entre ambos existe una contención y una oposición de derechos.

Se trata de un proceso contencioso, donde se declara un derecho contra alguien, y que con respecto a la situación planteada produce cosa juzgada. No debe confundir el que el artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, señale como comienzo del proceso el que el accionante "exponga la situación", ni que el fallo que se dicte no tenga casación a tenor de lo previsto en el ordinal 2° del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

A juicio de la Sala, estamos ante un proceso especial contencioso, que debe ventilarse según las normas del proceso de guarda, ya que en el fondo lo discutido pertenece a elementos de la guarda, cual es la custodia y vigilancia del menor, tal como lo señala el artículo 358 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente al expresar el contenido de la guarda.

Por otra parte, las oposiciones al permiso o autorización para viajar, a juicio de la Sala, no son simples desacuerdos entre las partes sobre aspectos del contenido de la guarda, el cual tiene previsto un procedimiento en el artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, sino que por el desarraigo posible, contrae una modificación a la guarda que, tal como la señala el artículo 363 de esa ley “debe ser decidido por vía judicial, requiriéndose para ello, el procedimiento previsto en el Capítulo VI de este Título” (artículos 511 y siguientes del procedimiento especial de alimentos y guarda).

En consecuencia, cuando surja una oposición a la autorización para viajar, bien porque la misma surgió extraprocesalmente o porque nació en presencia del juez al solicitarse ante él la autorización, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el permiso debe ser negado, a fin de que se ventile por el procedimiento especial de guarda, correspondiendo a la sentencia que allí se dicte negar o autorizar el viaje.

Dado a que con esta interpretación se resuelve incluso lo de la esencia del proceso de autorización, lo que con anterioridad no se había hecho, esta interpretación vinculante surtirá efectos desde la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* hacia delante, y no con relación a las autorizaciones que tuvieron lugar antes de esa fecha. Sin embargo, las autorizaciones anteriores con carácter indefinido, deberán ser renovadas conforme a lo expuesto en este fallo.

Con respecto al artículo 18.1 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño (*G. O. n° 34541* de 29 de agosto de 1990), al cual fue mal identificado en la solicitud de interpretación, la Sala se abstiene de interpretarla, ya que su texto es coincidente en esencia con el artículo 76 constitucional, y así se declara.

6. *Derechos de los Pueblos Indígenas: Derecho a la participación política*

TSJ-SE (79)

6-7-2005

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Comunidad Indígena Chaima Santa María de Los Ángeles Del Guácharo vs. Consejo Nacional Electoral.

**No pueden desconocerse los derechos políticos de una comunidad indígena por la sola situación de que una norma constitucional transitoria (cláusula transitoria séptima) establezca temporalmente un requisito técnico, como lo es el uso del censo de 1992, por encima de la realidad constatada por el propio Estado de la existencia de dicha comunidad y su asentamiento en un espacio determinado, ya que se estaría contradiciendo los principios fundamentales de la propia Constitución y afectando el contenido esencial del derecho fundamental a la participación política de las comunidades indígenas, que en este caso es en definitiva el valor jurídico expresado por la Constitución y que merece la protección judicial que brinda el Estado para el respeto de los preceptos constitucionales.**

Así las cosas, debe observar esta Sala Electoral que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza la participación política de los pueblos indígenas en los siguientes términos:

*“Artículo 125. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley.”*

Del contenido de este artículo se desprende que efectivamente existe un derecho constitucional de las comunidades indígenas de tener una representación propia ante los órganos deliberantes de las entidades federales en las que se encuentran, así como la obligación del Estado de garantizar dicha representación de los pueblos indígenas ante dichos órganos deli-

berantes locales, tal como es el caso de los Concejos Municipales, derecho este que además ha sido expresamente reconocido en el artículo 51 de la recientemente aprobada Ley Orgánica del Poder Público Municipal:

*“Artículo 51. Los pueblos y comunidades indígenas deberán tener participación política en los municipios en cuya jurisdicción esté asentada su comunidad y, en tal sentido, debe garantizarse la representación indígena en el Concejo Municipal y en las Juntas Parroquiales. (...)”*

En este sentido la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece, en su cláusula transitoria séptima, los requisitos que deben tomarse en cuenta para la inclusión de las comunidades indígenas dentro de procesos electorales, como el que incumbe a la presente causa, en los siguientes términos:

*“Séptima. A los fines previstos en el artículo 125 de esta Constitución, mientras se apruebe la ley orgánica correspondiente, la elección de los y las representantes indígenas a la Asamblea Nacional, a los Consejos Legislativos Estadales y a los Consejos Municipales, se regirá por los siguientes requisitos de postulación y mecanismos:*

*Todas las comunidades u organizaciones indígenas podrán postular candidatos y candidatas que sean indígenas.*

*Es requisito indispensable, para ser candidato o candidata, hablar su idioma indígena, y cumplir con, al menos, una de las siguientes condiciones:*

- 1. Haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad.*
- 2. Tener conocida trayectoria en la lucha social en pro del reconocimiento de su identidad cultural.*
- 3. Haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas.*
- 4. Pertenecer a una organización indígena legalmente constituida con un mínimo de tres años de funcionamiento.*

*Se establecerán tres regiones: Occidente, compuesta por los Estados Zulia, Mérida y Trujillo; Sur, compuesta por los Estados Amazonas y Apure; y Oriente, compuesta por los Estados Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Anzoátegui y Sucre.*

*Cada uno de los Estados que componen las regiones elegirá un representante. El Consejo Nacional Electoral declarará electo al candidato o electa a la candidata que hubiere obtenido la mayoría de los votos válidos en su respectiva región o circunscripción.*

*Los candidatos o las candidatas indígenas estarán en el tarjetón de su respectivo Estado o circunscripción y todos los electores o electoras de ese Estado podrán votarlos o votarlas.*

*Para los efectos de la representación indígena en los Consejos Legislativos y en los Consejos Municipales de los Estados y Municipios con población indígena, se tomará el censo oficial de 1992 de la Oficina Central de Estadística e Informática. Las elecciones se realizarán de acuerdo con las normas y requisitos aquí establecidos.*

*El Consejo Nacional Electoral garantizará con apoyo de expertos o expertas indigenistas y organizaciones indígenas el cumplimiento de los requisitos aquí señalados.”*

Debe destacarse que esta norma constitucional de carácter transitorio sigue vigente hoy en día, en tanto que a la fecha, a pesar de haber transcurrido más de cinco (5) años de la entrada en vigencia de la Carta Fundamental, la Asamblea Nacional no ha sancionado la Ley Orgánica correspondiente, ni ha sido declarada por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia la inconstitucionalidad de la omisión del legislador a este respecto, estableciendo en consecuencia algún tipo de lineamiento para su corrección. En tal razón, deben seguirse las pautas establecidas en esta norma constitucional para la elección de los representantes indígenas.

Así las cosas, el Consejo Nacional Electoral, interpretando al pie de la letra la cláusula transitoria citada, no incluyó a la comunidad indígena Chaima ubicada en el Municipio Ribero del Estado Sucre, por cuanto en el censo de 1992 no se les tomó en cuenta como comunidad indígena y es por esta razón que según el máximo órgano electoral no tendrían derecho a postular y elegir un representante indígena ante el Concejo Municipal en dicho municipio.

Ahora bien, el reconocimiento de los pueblos indígenas por parte del Estado venezolano está consagrado en el artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los siguientes términos:

*“Artículo 119. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley.”*

Y la propia Carta Fundamental establece un lapso de dos años para la demarcación del hábitat indígena a que se refiere el citado artículo en la cláusula transitoria duodécima:

*“Decimosegunda. La demarcación del hábitat indígena, a que se refiere el artículo 119 de esta Constitución, se realizará dentro del lapso de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución.”*

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada por el pueblo venezolano en referendo celebrado el 15 de diciembre de 1999, se realizó un censo poblacional en el año 2001, en el cual se reconoce que en el Municipio Ribero del Estado Sucre se encuentra la mayor concentración de indígenas de dicho Estado, con una cantidad de 1.366 habitantes (según consta al folio 28 del expediente administrativo), cantidad esta que es evidentemente superior a la exigida para tener derecho a una representación indígena ante el Concejo Municipal que es de doscientos cincuenta (250) habitantes según establece el artículo 20 de las Normas de Postulación de Candidatas o Candidatos a Concejala o Concejal de Municipio y Miembros de la Junta Parroquial, para las Elecciones a celebrarse en 2005.

En ese orden de ideas, cabe señalar que el Estado venezolano ha reconocido a la comunidad indígena Chaima del Estado Sucre, no sólo en el mencionado censo realizado en octubre de 2001, sino que también lo ha hecho en otras ocasiones, tal como lo hiciera la Asamblea Nacional en la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos indígenas promulgada el 12 de enero de 2001, la cual identifica a dicha comunidad en su artículo 14, abarcada dentro del Proceso Nacional de Demarcación del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas. Igualmente se ha aceptado anteriormente que esta comunidad postulase un representante indígena ante el Consejo Legislativo del Estado Sucre así como la participación de éstos en el proceso constituyente de 1999, dentro del ámbito de la escogencia de la representación indígena a la Asamblea Nacional Constituyente así como la expedición de cédulas indígenas para sus miembros por parte del órgano del Ejecutivo Nacional correspondiente.

Considera esta Sala entonces que, si bien la interpretación literal de la cláusula transitoria séptima de la Constitución de la República implicaría la utilización del censo de 1992 como parámetro para determinar la representación indígena ante los Concejos Municipales, en el presente caso dicha interpretación literal llevaría al absurdo de no admitir los derechos políticos de una comunidad indígena que ha sido suficientemente reconocida como tal por el Estado venezolano, lo cual tendría el resultado paradójico de que a la vez que se da cumpli-

miento fiel a una norma constitucional de carácter temporal, se estaría al mismo tiempo menoscabando derechos constitucionales de las poblaciones originarias que son reconocidos en la propia Carta Fundamental.

Ante este dilema estima esta Sala que en este caso debe darse preponderancia a los derechos de la comunidad indígena, en tanto que obedece a la filosofía y principios de la propia Constitución y que es deber constitucional del Estado garantizar los derechos de los indígenas. De allí que no pueden estos dejarse a un lado por la aplicación literal de una norma cuyo objetivo era regular las elecciones de los representantes indígenas hasta tanto se dictara la Ley correspondiente, que luego de cinco (5) años de vigencia no ha sido aprobada por la Asamblea Nacional, a pesar del plazo de dos (2) años establecido en la cláusula transitoria sexta de la Constitución para que se legislara sobre las materias relacionadas con la misma, otorgando además prioridad a la materia relativa a las comunidades indígenas:

*“Sexta. La Asamblea Nacional en un lapso de dos años legislará sobre todas las materias relacionadas con esta Constitución. Se le dará prioridad a las leyes orgánicas sobre pueblos indígenas, educación y fronteras”.*

En ese orden de ideas, el hecho de que transcurridos ya más de cinco (5) años desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no haya sido dictada la ley correspondiente, evidencia una demora del propio Estado en regularizar los procesos electorales de las comunidades indígenas. Ante esa situación, resultaría contrario a los principios y valores de la Constitución que se le negase a una comunidad indígena su derecho constitucional a participar políticamente como tal dentro del Municipio en el que residen como consecuencia del referido, por lo que al no ser imputable a la comunidad Chaima del Estado Sucre la demora en la aprobación de la legislación correspondiente, no debe ésta soportar las consecuencias del rezago del Estado en legislar sobre la materia.

En este sentido el tratadista español Eduardo García de Enterría apunta:

*“La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un <<orden de valores>> materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva.(...)”*

*Recuperamos así un tema con el que comenzamos este estudio: el valor específico de la Constitución no como una norma cualquiera, de cualquier contenido, sino precisamente como portadora de unos determinados valores materiales.*

*Estos valores no son simple retórica, (...) son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación.*

(...)

*Se proclaman así estos preceptos ‘decisiones políticas fundamentales’, en la terminología de SCHMITT, decisiones que fundamentan todo el sistema constitucional en su conjunto(...)*

*El carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho BACHOF y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles ‘normas constitucionales inconstitucionales’ (verfassungswidige Verfassungsnormen), concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución(,,)”(García De Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Tercera Edición. Madrid, 2001, pp. 97-99.*

Siguiendo estas premisas, es claro que el Constituyente venezolano tomó la decisión “política” de garantizar la participación política de las comunidades indígenas, como medio para lograr uno de los fines del Estado, los cuales se encuentran definidos a lo largo del texto normativo de la Constitución. En ese sentido, el Constituyente declara desde el mismo Preámbulo de la norma fundamental, como objetivo, el de refundar la República para establecer una sociedad democrática, multiétnica y pluricultural:

*“El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones (...)”*(resaltado de la Sala).

Esta declaración contenida en el Preámbulo es absolutamente relevante en tanto que esta parte de la Constitución, si bien no contiene imperativos concretos “constituye la base fundamental, el presupuesto que sirve de fundamento a la norma constitucional” (Sentencia del 8 de agosto de 1989 de la entonces Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa), por lo que debe ser tomada en cuenta en cualquier interpretación que se haga del texto de la Carta Magna en tanto que contiene los valores y sentido de la misma.

Así las cosas, no pueden desconocerse los derechos políticos de una comunidad indígena por la sola situación de que una norma constitucional transitoria establezca temporalmente un requisito técnico, como lo es el uso del censo de 1992, por encima de la realidad constatada por el propio Estado de la existencia de dicha comunidad y su asentamiento en un espacio determinado, ya que se estaría contradiciendo los principios fundamentales de la propia Constitución y afectando el contenido esencial del derecho fundamental a la participación política de las comunidades indígenas, que en este caso es en definitiva el valor jurídico expresado por la Constitución y que merece la protección judicial que brinda el Estado para el respeto de los preceptos constitucionales.

En este sentido también ha ahondando la doctrina extranjera, hasta el punto que el Tribunal Constitucional español ha establecido que “la interpretación del alcance y contenido del derecho fundamental (...) *ha de hacerse considerando la constitución como un todo, en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir de acuerdo a una interpretación sistemática*” (STC S/1983, 4 de febrero, FJ5°).

Es así, como este órgano judicial debe, sobre todas las cosas, garantizar el efectivo respeto de los derechos fundamentales, que en el presente caso sería, como se ha dicho, el de participación política de las comunidades indígenas. En ese sentido, en relación con la garantía estatal del ejercicio de los derechos fundamentales, señala la doctrina nacional lo siguiente:

*“En este sentido debemos comenzar por señalar que el artículo 19 de la Constitución de 1999, dispone la obligación de Estado de garantizar <<a toda persona>> el goce y ejercicio de los derechos humanos, sin discriminación alguna, con lo cual se reconoce la universalidad de los derechos fundamentales.*

*Asimismo, esta garantía estatal sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos debe realizarse -tal como se establece en el mismo artículo- ‘conforme al principio de progresividad’; principio este que garantiza que toda interpretación de las normas constitucionales y legales relativas a los derechos fundamentales, debe realizarse de la forma más favorable posible al goce y ejercicio de estos derechos.*

*El imperativo que dimana de este principio obliga a todas las autoridades estatales, pues de acuerdo con la misma norma constitucional, el respeto y garantía de los derechos humanos ‘son obligatorios para los órganos del Poder Público’ luego, sin lugar a dudas,*

*todos los órganos del Poder Público, incluyendo, por supuesto, a los órganos del Poder Judicial en el cumplimiento de su función de administrar justicia, deben aportar, en todo momento una interpretación de las normas pertinentes que favorezca el goce y ejercicio de los derechos fundamentales*”(resaltado de la Sala). (Martínez Hernández, Luis y Juan Rafael Perdomo (coordinadores) *El derecho a la jurisdicción en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004) pp. 21-22.

Así pues, la interpretación literal de la cláusula transitoria séptima en el presente caso llevaría consigo la contradicción con varios de los valores de la Carta Fundamental, tal como lo son la instauración de una sociedad democrática, participativa, multiétnica y pluricultural, además de la vulneración de un derecho fundamental (de participación política de las comunidades indígenas), lo cual convierte a dicha interpretación literal de la norma transitoria (y no a esta última en sí) en inconstitucional, por lo que resulta necesario hacer una interpretación *pro actione* de la misma, que garantice el cumplimiento de los principios constitucionales, dada la fuerza expansiva de los derechos fundamentales que implica que todo el ordenamiento jurídico y la interpretación que se haga del mismo vaya encaminado a lograr el respeto y efectivo ejercicio de dichos derechos, lo cual implica que las limitaciones que se establezcan a dichos derechos no pueden afectar su contenido esencial, especialmente cuando, como en este caso, tales limitaciones obedecen a razones “operativas” para lograr el ejercicio efectivo del derecho fundamental y no a motivos válidos como lo sería la preservación de otros derechos fundamentales.

En este mismo orden de razonamiento la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de ese país han establecido:

*“De la unidad del ordenamiento deriva la necesaria concordancia de las normas que lo integran, por lo que la concurrencia de las normas limitadoras y las limitadas -normas que establecen los límites y las normas de derechos fundamentales- que se plasma en el entrelazamiento entre ambas, conduce a que éstas se limiten recíprocamente. En este sentido, ni los derechos fundamentales ni las normas que los limitan son absolutos, pues si los derechos pueden ser intervenidos por el legislador a través de los límites, éstos no pueden afectar a los derechos de forma tal que los hagan peligrar. Tanto el Tribunal Constitucional, desde su más temprana jurisprudencia, como la doctrina española en su conjunto, afirman que si los derechos y libertades no son absolutos <<menos aún puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos>>. Pues, <<tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Se produce pues, un régimen de concurrencia normativa, que no de exclusión>>.*

*“Así las cosas, visto lo anterior, se comprueba que la concurrencia de las normas deviene de que tanto los derechos individuales como sus límites en cuanto que éstos derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo. 10.1º C.E. como <<fundamento del orden político y de la paz social>>. Dicha concurrencia normativa entraña que <<unas y otras operen con el mismo grado de vinculatoriedad y actúen recíprocamente. Como resultado de esta interacción la fuerza expansiva de todo derecho fundamental va a restringir el alcance de las normas que establecen límites al ejercicio de un derecho y de aquí es de donde deriva la exigencia constitucional de que <<los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia de tales derechos>> v., Francisco Fernández Segado, *La dogmática de los derechos humanos*, cit., p.102.”(resaltado de la Sala) Aba Catoira, Ana, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del tribunal constitucional español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp.193-194).*

Así las cosas, vemos como en el presente caso la cláusula transitoria séptima de la Constitución establece una limitación técnica al ejercicio del derecho fundamental de la participación política de los indígenas, lo cual significa que para su aplicación debe interpretarse



de una manera armónica con el resto de la Constitución, de modo de no afectar el contenido esencial del derecho fundamental y obviamente interpretando de manera restrictiva la limitación a tal derecho.

Concluye entonces esta Sala que en el presente caso, demostrado como ha sido el reconocimiento que el Estado venezolano ha hecho de la comunidad indígena Chaima residente en el Municipio Ribero del Estado Sucre, resultaría contrario al espíritu de la Constitución la aplicación irrestricta y literal de una norma “procedimental” que los excluiría del ejercicio de su derecho a contar con una representación propia ante el Concejo Municipal del municipio en el que están asentados. De allí que, en aras de la preservación del derecho fundamental de participación política de las comunidades indígenas, la referida comunidad debe ser tomada en cuenta para el proceso electoral que está en curso, y en ese sentido permítrisele escoger un representante propio ante el Concejo Municipal. Ello, a pesar de lo que se evidenciaría de una interpretación literal de la Disposición Transitoria Séptima de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a la utilización del censo del año 1992, ya que la aplicación de los datos contenidos en ese censo, que no refleja la existencia de la comunidad indígena Chaima en el Municipio Ribero del Estado Sucre, resultaría inconstitucional en el presente caso, al contradecir los principios, espíritu y finalidad del texto fundamental.

Una vez aceptado lo anterior, observa esta Sala que en el Municipio Ribero del Estado Sucre se dan los extremos necesarios para la elección de un representante de las comunidades indígenas ante el Concejo Municipal, así como para la postulación, por parte de la comunidad Chaima de candidatos para dicho cargo, en virtud de lo previsto en los artículos 20 y 21 de las Normas de Postulación de Candidatas o Candidatos a Concejala o Concejal de Municipio y Miembros de la Junta Parroquial para las elecciones a celebrarse en 2005, que disponen:

*“ARTÍCULO 20: En cada Municipio con población superior o igual a doscientos cincuenta (250) indígenas, se elegirá un (01) concejal o concejala indígena para integrar al Concejo Municipal respectivo, conforme a la disposición séptima de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela.*

*ARTÍCULO 21: Las Organizaciones y Comunidades Indígenas sólo podrán postular candidatas o candidatos a concejala o concejal Municipal en aquellos Municipios donde exista población indígena mayor o igual a doscientos cincuenta (250) indígenas y cumplan con los requisitos de postulaciones establecidos en el artículo siguiente de estas normas.”*

En razón de los razonamientos anteriores esta Sala Electoral debe declarar CON LUGAR el recurso contencioso electoral interpuesto y ordenar al Consejo Nacional Electoral que convoque el proceso electoral para la escogencia de un (1) representante indígena ante el Concejo Municipal del Municipio Ribero del Estado Sucre dentro del marco de las elecciones municipales en curso. Así se decide.

En virtud del hecho notorio de que el acto de votaciones de las elecciones municipales para la escogencia de representantes ante los Concejos Municipales se realizará en todo el país el próximo 7 de agosto de 2005, se ordena al Consejo Nacional Electoral a que, de ser posible, ajuste los lapsos para que en el municipio Ribero del Estado Sucre los ciudadanos puedan ejercer su derecho al sufragio ese mismo día. Así se declara.

#### 7. Derechos Políticos

##### A. Derechos de los miembros de la Fuerza Armada Nacional

**TSJ-SPA (5145)**

**21-7-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Héctor Rafael Ramírez Pérez vs. Ministerio de la Defensa.

Si bien el Constituyente de 1999 le confirió a los miembros de la Fuerza Armada Nacional el derecho al sufragio (artículo 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) con el ánimo de evitar discriminaciones en un derecho político inherente a todos los ciudadanos de la República, esta previsión no los habilita al ejercicio irrestricto del resto de los derechos políticos, por el contrario, con relación a ellos se impone atender a las limitaciones que le son propias a la vida castrense, establecidas en la normativa legal y reglamentaria que los rige.

En cuanto a la denunciada violación del principio de *Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege*, esta Sala observa que el Reglamento de Servicio de Guarnición en su primer artículo establece que éste tiene por objeto "...dictar las **normas que habrán de regular las actividades del Servicio de Guarnición, las que deben observar los militares fuera de sus cuarteles y aquellas sobre las relaciones que deben existir entre las autoridades militares y civiles**". (Destacado de la Sala)

De acuerdo al artículo 84 de este Reglamento, todo miembro de la Fuerza Armada Nacional puede expresar sus ideas acerca de asuntos científicos, técnicos, artísticos, literarios y deportivos mediante charlas, discursos, conferencias, **alocuciones o publicaciones en órganos de prensa u otros medios** de divulgación, pero para ello **deberán presentarlas previamente por escrito a su Comando respectivo**.

Asimismo cabe destacar, que el artículo 80 contiene **la expresa prohibición a todo militar "...en situación de actividad o disponibilidad tomar parte en polémicas o luchas de partidos políticos, ya sea asistiendo a reuniones públicas de carácter político, ya manifestando públicamente su opinión o bien, frecuentando sociedades o asociaciones cuyas tendencias sean políticas o antinacionalistas (...)**". (Destacado de la Sala)

Estas disposiciones desarrollan la norma establecida en el artículo 348 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, según la cual: "*Los militares en situación de actividad o de disponibilidad no podrán dar declaraciones ni hacer publicaciones por los medios de comunicación social sobre asuntos militares ni políticos, sin la debida autorización del Ministro de la Defensa*". (Destacado de la Sala)

En el caso de autos, y de acuerdo a las disposiciones parcialmente transcritas, ciertamente, y a diferencia de lo sostenido por el recurrente, sí les está prohibido a los miembros de la Fuerza Armada Nacional expresarse sobre asuntos de evidente carácter político sin la debida autorización del Ministro de la Defensa.

En tal sentido se impone reiterar lo establecido por esta Sala en sus decisiones n° 02587, 02143, 02353, 02354 y 03956, publicadas el 08/12/04, 21/04/05, 28/04/05, 28/04/05 y 09/06/05 respectivamente, en cuanto a que si bien el Constituyente de 1999 le confirió a los miembros de la Fuerza Armada Nacional el derecho al sufragio (artículo 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) con el ánimo de evitar discriminaciones en un derecho político inherente a todos los ciudadanos de la República, esta previsión no los habilita al ejercicio irrestricto del resto de los derechos políticos, por el contrario, con relación a ellos se impone atender a las limitaciones que le son propias a la vida castrense, establecidas en la normativa legal y reglamentaria que los rige, así como, con particular importancia, en lo dispuesto en los artículos 328 y 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que son del tenor siguiente:

*Artículo 328. La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación ... (omissis)... En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación...(omissis)".*

*“Artículo 330. Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político”.*

A su vista, resulta entonces categórica la expresa prohibición para los integrantes de la Fuerza Armada Nacional de participar en actos de proselitismo político.

En ese contexto observa la Sala, que de la Resolución mediante la cual el impugnante es pasado a la situación de retiro, claramente se evidencia que la sanción le fue impuesta ya que *“...el mencionado Oficial Almirante asumió una conducta contraria a las leyes y reglamentos que rigen la institución castrense, al hacer declaraciones no autorizadas por los medios de comunicación social. (...) La conducta desplegada atentó contra la disciplina que debe cumplir todo militar en servicio activo, por la inobservancia de las normas legales vigentes (...)”.*

En consecuencia, la Administración actuó conforme a derecho sancionando al recurrente cuando a éste le estaba expresamente vedado, formular pronunciamientos y conceder entrevistas a los medios de comunicación social sin la autorización correspondiente, por lo que no se vulneró el principio de *nulla crimen, nulla poena sine lege*. Así se declara.

Con vista a la declaratoria anterior, se desecha igualmente el vicio de falso supuesto en el que -según los apoderados del actor- incurrió la Administración castrense *“...al ser eliminado el carácter de no deliberante de los militares (artículos 328 y 330) aunado ahora que bajo la constitución (sic) de 1999, ellos también bajo el amparo del artículo 57 constitucional, pueden 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 previa; que en definitiva es lo que plantea la normativa castrense, por lo que es preciso concluir que los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se ha basado el Ministerio de la Defensa y el Presidente de la República para sancionar al Oficial Almirante, son falsos”.*

En efecto, como *supra* se señaló, si bien el Constituyente de 1999 le confirió a los miembros de la Fuerza Armada Nacional el derecho al sufragio con el ánimo de evitar discriminaciones en un derecho político inherente a todos los ciudadanos de la República, esta previsión no los habilita al ejercicio irrestricto del resto de los derechos políticos.

Valga entonces acotar, que la institución castrense por su misma especial naturaleza, que se erige sobre la férrea disciplina, la subordinación y obediencia, ha de mantener una rigidez que no puede ser relajada o liberada a conveniencia de sus miembros. Esta rigidez se manifiesta, entre otras formas, en la necesidad de preservar los canales regulares, la cadena de mando y los procedimientos especialísimos para el desarrollo y manifestación de la voluntad y del pensamiento, tanto individual como colectiva, de los efectivos militares, sin distingo de rango ni jerarquía.

Adicionalmente, debe esta Sala ratificar su criterio conforme al cual si bien la libertad de expresión constituye un derecho fundamental que habilita a toda persona a expresar libremente sus opiniones, utilizando a tal fin cualquier medio de comunicación, ello no rige indistintamente para todas las situaciones, pues en circunstancias como la presente, en la cual el recurrente era un miembro activo de la Fuerza Armada Nacional, se encontraba limitado en muchos aspectos por la propia condición que poseía dentro de la institución castrense; siendo además obligatorio para él, el conocimiento que debía tener sobre las normas antes indicadas, dado que forman parte del *pensum* de estudios de la carrera militar. (*Vide* sentencia n° 01898 publicada el 14 de agosto de 2001; Expediente n° 0420).

**B. Derecho al sufragio****a. Limitaciones admisibles****TSJ-SE (85)****14-7-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: José Miguel Delgado Quiñonez y Jorge Luis Dávila Rojas vs. Reglamento Electoral de la Universidad de los Andes.

El segundo argumento planteado por la parte recurrente se refiere a que el Reglamento Electoral de la Universidad de Los Andes viola lo establecido en la Ley de Universidades en lo que se refiere a la integración del Claustro Universitario por parte de la representación de los alumnos e intrínsecamente es contradictorio, ya que el artículo 30 de la referida Ley señala que el referido Claustro va a estar integrado por los alumnos regulares de cada Escuela, y el mencionado Reglamento Electoral en su artículo 103, literal b, dispone que los estudiantes del Claustro Universitario son todos aquellos debidamente inscritos ante la Oficina de Control y Registros Estudiantiles (OCRE), o lo que es lo mismo todos los alumnos.

En ese orden de ideas, los accionantes citan el contenido de los artículos 167 de la Ley de Universidades y 7 del Reglamento Electoral de la Universidad de los Andes, referido a la conformación de la Comisión Electoral, y señalan que este último “...*Colide frontal e irremediablemente con la Ley de Universidades viciando de nulidad la conformación de la Comisión Electoral y del Registro Electoral Universitario de la Universidad de los Andes y por ende cualquier consecuencia electoral que derive de estos*”(sic).

Por su parte, la representación de la Universidad de Los Andes señala que, por el sector estudiantil los integrantes del Claustro son todos aquellos inscritos ante la Oficina de Control y Registros Estudiantiles, y que la condición de alumno regular exigida legalmente no resulta compatible con la vigente Constitución, toda vez que crea una injustificada discriminación al no permitir el voto a los alumnos que no ostentan tal condición, en contravención a los derechos al sufragio y a la igualdad y no discriminación.

Con relación a este punto sometido a controversia, considera este órgano judicial poner de relieve, como ha señalado en previas oportunidades, que el ordenamiento legal debe ser interpretado, y en algunos casos reinterpretado si se trata de normas preconstitucionales, a la luz de las normas, principios y valores de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En ese orden de ideas y para este caso concreto, necesariamente debe reexaminarse la concepción que subyace en la Ley de Universidades (instrumento normativo preconstitucional), y que se plasma en su artículo 117, en cuanto a diferenciar -a los efectos de otorgarle derecho al sufragio - dentro del sector estudiantil, a los alumnos regulares (es decir, aquellos que conforme a la caracterización contenida en el artículo 116 *eiusdem*, son los debidamente inscritos y que cumplen todos los deberes inherentes a su condición) de los que no cumplen tales requisitos, es decir, de los alumnos no regulares (esto es, aquellos que encuadran en alguno de los supuestos contenidos en el referido artículo, a saber: 1) Estar aplazado en más de una asignatura; 2) Estar aplazado en un número de asignaturas que exceda del cincuenta por ciento de la carga docente inscrita; 3) Estar inscrito en un número de asignaturas que representen un porcentaje inferior al cincuenta por ciento de la carga máxima permitida; o 4) Haber aprobado las asignaturas necesarias para obtener el correspondiente título).

En efecto, ciertamente el desempeño académico resulta ser una variable a considerar para distinguir a los estudiantes que lo mantienen de forma satisfactoria de aquellos otros que presentan ciertas deficiencias, pero esa condición debe determinar distinciones de trato en ese ámbito, es decir, en el académico. Y ello trae como consecuencia, fundamentalmente, la

determinación de cuáles alumnos resultan aptos para avanzar en los estudios universitarios, y finalmente, para obtener los títulos que les permiten, previo el cumplimiento de los requisitos de Ley, ejercer las profesiones en cada una de las áreas para los cuales han sido capacitadas.

Asimismo, los incentivos y programas de apoyo económico y social a los estudiantes que puedan requerirlos y que demuestren un satisfactorio rendimiento en sus estudios, constituyen un buen ejemplo de un trato distinto, y si se quiere hasta preferente, que encuentra justificación en la distinción basada en la variable académica. De igual forma, un continuado desempeño académico notablemente insatisfactorio puede y debe, en los casos regulados por Ley, establecer un régimen de asistencia especial y de limitaciones académicas para el estudiante, y en casos límite, determinar la privación temporal o definitiva de su condición de miembro de la comunidad universitaria.

Sin embargo, un aspecto muy distinto es que se pretenda establecer, sobre la base del desempeño académico, una distinción en el ejercicio del derecho fundamental al sufragio, y otorgarle el ejercicio del mismo únicamente a una categoría de estudiantes (los alumnos regulares), mientras que a los no regulares se les niegue el ejercicio del mismo. En tales casos, en criterio de esta Sala Electoral, la distinción establecida en la Ley no encuentra una razonable justificación, puesto que, miembros de la comunidad universitaria lo son tanto los alumnos regulares como los que no ostentan tal condición, de acuerdo con lo establecido en la propia Ley de Universidades, en sus artículos 1º y 116 encabezamiento.

Un ejemplo resultará ilustrativo de la carencia de razonabilidad y coherencia de esa limitación legal. De admitirse la tesis de los recurrentes en cuanto a que resulta compatible con las normas y principios constitucionales la distinción entre alumnos regulares y los que no lo son a los fines de que sólo los primeros puedan gozar del derecho fundamental al sufragio de las autoridades universitarias, ello podría conducir a sostener una tesis análoga, *mutatis mutandi*, no ya en un ordenamiento sectorial como lo es el universitario, sino en el ordenamiento general, tesis que pretendiera servir de fundamento para impedir el ejercicio del sufragio a los analfabetos en las elecciones nacionales para la escogencia del Presidente de la República, o a los fines de establecer como requisito para votar en este ámbito que se posea un título universitario o ciertos bienes de fortuna, hipótesis que evidentemente resultan categóricamente contrarias a los principios de participación (materializada en la noción de sufragio universal) y de no discriminación contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que cabe concluir que, si bien es cierto que el derecho al sufragio, como todo derecho fundamental, no es en modo alguno absoluto sino que encuentra entre sus límites la potestad de configuración legal, esa potestad de configuración y delimitación del Legislador debe basarse en criterios de razonabilidad, y en el caso de establecer límites para el ejercicio del derecho al sufragio, ellos habrán de basarse en razones que justifiquen plenamente diferencias de tratamiento.

b. *Votación directa, personal, secreta y uninominal*

**TSJ-SE (81)**

**14-7-2005**

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Interpretación del artículo 32 y la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro.

**La Sala Electoral precisa las nociones de voto directo, personal, secreto y uninominal.**

Precisado lo anterior, observa esta Sala Electoral que igualmente se plantea a través del presente recurso el análisis del artículo 32 y la Disposición Especial Segunda de la Ley de

Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro. Pues bien, a este respecto establece el mencionado artículo 32, que los procesos de elección de los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia en las Cajas de Ahorro deben ser por votación directa, personal, secreta y uninominal.

En cuanto a la noción de voto directo, esta Sala Electoral ha fijado criterio en cuanto a lo que debe entenderse como tal, señalando que el mismo se manifiesta cuando los electores sufragan por los candidatos a ejercer los cargos a proveer, sin participación de intermediarios de ninguna clase. Así tenemos que jurisprudencialmente se ha señalado lo siguiente:

*“...el voto “directo” se vincula conceptualmente más bien con el hecho de que no exista algún tipo de intermediación entre el voto y el resultado electoral definitivo, por oposición con la modalidad del voto “indirecto”, o de segundo grado -o aun de grado múltiple-, en la cual el voto de los electores tiene por función elegir a su vez un colegio o cuerpo electoral más reducido, el cual a su vez será el encargado de escoger, entre las diversas opciones electorales, la que resultará ganadora. Este tipo de voto, el cual es objeto de severas críticas por algunos autores (Cfr. la voz “Sufragio”, en la obra Diccionario Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1° Edición, Costa Rica, 1989), tiene su ejemplo en el sistema electoral estadounidense para la escogencia del Presidente, en el cual los ciudadanos eligen a una especie de colegio electoral compuesto por “compromisarios”, quienes a su vez escogen al Presidente de la Unión (Cfr. García-Pelayo, Manuel, Derecho Constitucional Comparado, 3° Edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1953)”. Sentencia de la Sala Electoral número 4, del 25 de enero de 2001.*

La noción de voto personal deriva del derecho natural de participar, y, en consecuencia, del derecho-facultad que tiene todo ciudadano de ser un miembro activo de la comunidad a la cual pertenece. De esta manera se alude a la noción de voto personal para referirse a la facultad que tiene todo elector de ejercer bajo su exclusiva responsabilidad su derecho al voto.

En cuanto a la noción de voto secreto, la misma guarda estrecha relación con el aseguramiento de la independencia del elector, la pulcritud electoral y la decencia política, a los fines de evitar cualquier clase de presión e incluso toda suerte de coacciones y amenazas. Es por ello que la jurisprudencia de esta Sala Electoral ha sido muy clara en señalar que debe entenderse como tal, y en tal sentido podemos citar la siguiente decisión:

*“En cuanto al alegato de los accionantes referente a la violación al secreto del voto por el ejercicio del mismo mediante representación otorgada por el mecanismo de “carta-poder”, establecido en el Reglamento Electoral de la Asociación Civil Club Campesino Paracotos, considera esta Sala que no es cierto que mediante este mecanismo se vulnere el carácter secreto del voto, por cuanto esta cualidad se refiere a la garantía que tiene quien ejerce este derecho de que no se conozca su intención o voluntad de preferencia en el ejercicio del mismo, lo cual no se ve amenazado por el hecho de que voluntariamente un asociado autorice a otro miembro de la asociación para que ejerza en su nombre este derecho, puesto que con el otorgamiento de una autorización o carta-poder no implica que se revele cuál es su opción electoral escogida, es decir, a favor de quién desea ejercer el voto”. Sentencia de la Sala Electoral número 45 del 01 de marzo de 2002.*

La noción de voto uninominal se expresa en el hecho de que cada elector vota por un solo candidato, siendo éstos tantos como cargos a proveer, resultando electo quien obtiene el mayor número de sufragios para cada cargo. Bajo esta noción de voto uninominal cada elector tiene un solo voto para cada uno de los cargos a proveer, no pudiendo votar más que por un solo candidato.

Una vez precisadas las nociones de voto directo, personal, secreto y uninominal, debe en consecuencia señalar esta Sala Electoral que son a dichas características a las que alude el artículo 32 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, como aquellas que deben regir en los procesos de elección para los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia en las Cajas de Ahorro, y por ende, las Comisiones Electorales que se elijan en cada Caja de Ahorro en particular para dirigir los procesos electorales de dichas Cajas de Ahorro, deben velar para que se le dé pleno cumplimiento a las condiciones antes señaladas.

c. *Sistema de escrutinio***TSJ-SE (86)****14-7-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Guillermo Morena Alcalá y otros vs. Consejo Nacional Electoral.

**En el proceso automatizado el escrutinio lo realiza la máquina de votación, no requiriéndose por tanto, la contabilización manual de los votos; la posterior impresión del Acta cumple, entre otras funciones, la de servir de constancia de los resultados, así como de soporte para el ejercicio de los mecanismos de control y también para una eventual impugnación.**

Del análisis de los argumentos esgrimidos por los recurrentes queda claro para este Juzgador que el núcleo de la denuncia radica en que a juicio de los accionantes, con base en lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, una vez concluido el acto de votación, el Consejo Nacional Electoral debió proceder a un cómputo manual de las boletas de votación (papeletas), y que sólo una vez realizado este recuento manual, es que se podía proceder a la transmisión de datos. Sobre la base de ello argumentan también la nulidad de algunos artículos de las Resoluciones dictadas por el Consejo Nacional Electoral en cuanto a la forma en que debía realizarse el escrutinio.

A este respecto cabe indicar previamente que, conforme a lo dispuesto en los artículos 293 *in fine* y 294 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los órganos del Poder Electoral se rigen, entre otros, por los principios de eficiencia de los procesos electorales y de celeridad de los actos de votación y escrutinio. Tal aserto encuentra desarrollo legislativo en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Electoral que consagra el principio de celeridad en todos los actos y decisiones del Poder Electoral, y en el artículo 4 de esa misma Ley, que establece el deber del Consejo Nacional Electoral de garantizar la eficacia de los procesos electorales.

Por otra parte el artículo 154 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política prescribe claramente que los procesos de votación, escrutinio, totalización y adjudicación serán totalmente automatizados, lo que evidencia que en este punto dicha Ley, aun cuando es un instrumento preconstitucional, se halla en perfecta sintonía con el espíritu de las normas constitucionales citadas. Igualmente cabe destacar que el artículo 168 de la misma Ley establece que el “proceso de escrutinio será mecanizado”.

Siendo así, el cuestionamiento de los recurrentes respecto del contenido de los artículos 44 y 50 de las Normas para la Instalación y Constitución de la Mesa de Referendo y para los Actos de Votación y de Escrutinio de los Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, y por ende, de la forma en que se llevó a cabo el escrutinio y la totalización, resulta totalmente carente de fundamento y revela un desconocimiento de la legislación electoral, al señalar que el uso del sistema automatizado de votaciones contraría la ley venezolana. De igual forma, el mismo se traduce en un desconocimiento de principios básicos del Derecho Electoral y del contencioso electoral, al pretender la contabilización manual de todas las boletas empleadas en el proceso sin que se hayan presentado alegatos y pruebas que evidencien la necesidad de tal recuento.

En otros términos, es obvio que los recurrentes confunden el procedimiento que corresponde al escrutinio de las votaciones realizadas cuando se trata de procesos electorales automatizados, con el que corresponde al que debe adelantarse en el supuesto de que el sistema de votación, escrutinio, totalización y adjudicación sea manual.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política contempla como regla la automatización del proceso de escrutinio (artículos 154 y 168), aun cuando prevé que excepcionalmente, en los casos en que ésta no pueda instrumentarse, debe optarse por el sistema manual de escrutinio (artículo 154). Ello permite concluir que en el proceso automatizado el escrutinio lo realiza la máquina de votación, no requiriéndose por tanto, la contabilización manual de los votos, y la posterior impresión del Acta cumple, entre otras funciones, la de servir de constancia de los resultados, así como de soporte para el ejercicio de los mecanismos de control y también para una eventual impugnación.

En ese orden de ideas, al analizar los artículos 44 y 50 de las Normas para la Instalación y Constitución de la Mesa de Referendo y para los Actos de Votación y de Escrutinio de los Referandos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, se evidencia que tales normas prevén tanto el sistema automatizado como el sistema manual de votación y escrutinio, y en el caso del sistema automatizado, en el cual, como ya se expresó, el escrutinio lo realiza la máquina de votación, las normas en cuestión sólo contemplan que una vez finalizado el acto de votación se solicitará al operador de la máquina que transmita y luego imprima el Acta correspondiente. Es evidente entonces que las normas cuestionadas se adecuan al espíritu y propósito de lo que establece la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en materia de escrutinio de los procesos automatizados.

Cabe agregar que lo anterior en modo alguno significa que en un proceso automatizado resulte imposible que, bajo ciertos supuestos y después de emanada el Acta de Escrutinio, deba procederse a un recuento manual de los votos, pero dentro de los principios que rigen las impugnaciones en materia electoral, entre ellos el de la preservación de la voluntad del electorado (artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Electoral) tal como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Sala Electoral en sentencias como la número 114 del 2 de octubre de 2000, en la que se dejó sentado lo siguiente:

“Por otra parte, observa la Sala que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, partiendo del supuesto de que todo el proceso electoral está revestido de la presunción de legitimidad, no contempla, ni puede contemplar, independientemente de la causal invocada, sobre la base de la norma que establece la conservación de los instrumentos de votación durante cuarenta y cinco días, la realización de un nuevo escrutinio manual, realizado por el órgano electoral, en caso de recurso jerárquico, o por el órgano jurisdiccional. Y la inexistencia de una norma en ese sentido obedece a los principios de publicidad y de participación de los ciudadanos, así como de las organizaciones con fines políticos, en las fases claves (votación, escrutinios y totalización), que caracterizan al proceso electoral. A lo anterior se agrega en el marco de la nueva Constitución que los órganos del Poder Electoral están regidos por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional, despartidización e imparcialidad.

Pues bien, resulta lógico que ante una regulación normativa de las características antes indicadas de un proceso electoral, automatizado en su fase de escrutinio en un ochenta por ciento, se proscriba la realización de un nuevo escrutinio o “reconteo manual” por parte de un único órgano: El Consejo Nacional Electoral, cuando la impugnación es en sede administrativa, o en la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, cuando es en sede jurisdiccional. En fin, la tesis del escrutinio o recuento manual atentaría contra la racionalidad del sistema contenido en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, e inclusive de todo el sistema normativo, pues basta imaginarse únicamente el tiempo que requeriría uno de esos órganos para escrutar nuevamente los votos en una elección de Gobernador, y ni se diga la presidencial, tiempo durante el cual el país regional o nacionalmente estaría signado por la inestabilidad política, sin tomar en cuenta las graves dificultades materiales que comporta el cómputo de votos en “óvalos” marcados, en tarjetas que sirven hasta para cinco votaciones. De allí entonces, que resulte concluyente para la Sala la inexistencia de un nuevo y total escrutinio manual “reconteo”, como mecanismo para resolver recursos administrativos o contencioso electorales.



Por otra parte, es importante destacar que la Ley sí contempla la posibilidad de realización de nuevos escrutinios, para dilucidar recursos administrativos o contenciosos electorales, pero se encarga de condicionar categóricamente esos nuevos escrutinios, a la invocación por parte del recurrente de determinadas y precisas causales de nulidad, todas relacionadas lógicamente con actas de escrutinio”.

En virtud de los razonamientos precedentemente expuestos, resulta forzoso desechar la denuncia planteada. Así se declara.

C. *Condiciones de inelegibilidad de Directivos Sindicales*

**TSJ-SE (125)**

**11-8-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Interpretación del artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Una vez determinado el núcleo del objeto del presente recurso de interpretación, conviene revisar someramente los elementos que componen la norma, es decir, el ya indicado 441 de la Ley Orgánica del Trabajo. En primer lugar, en el mismo se prescribe una obligación a cargo de las juntas directivas de los sindicatos de rendir cuentas detalladas y completas de su administración, a la asamblea, lo cual debe hacer anualmente. Se observa igualmente que la junta directiva debe también colocar una copia de la cuenta que proyecte presentar, en lugar visible de las oficinas sindicales, para que pueda ser examinada por los trabajadores miembros del sindicato, por lo menos quince (15) días antes de la fecha en que vaya a celebrarse la asamblea. Por último, la norma prevé como consecuencia ante el incumplimiento de estas obligaciones, la imposibilidad de reelección de los directivos sindicales que incurran en el referido incumplimiento.

Como ya se señaló, es claro que la norma establece una causal de inelegibilidad como consecuencia del incumplimiento de uno de los deberes vinculados a la administración de los sindicatos, por parte de los directivos de los mismos. Ello implica la necesidad de que en el contexto de los procesos electorales sindicales, el órgano al cual le corresponda examinar la admisibilidad de las postulaciones en función de la aludida causal, deba realizar un examen formal en lo concerniente a constatar el cumplimiento de la obligación de rendir de cuentas por parte de la directiva en los términos previstos en el referido dispositivo legal.

En ese orden de ideas, cabe señalar que el hecho de que se trate de una causal de inelegibilidad tiene consecuencias fundamentales, y es que como lo ha sostenido con anterioridad esta Sala, las normas que recogen este tipo de causales deben ser objeto de interpretación restrictiva y no pueden ser aplicadas por analogía. Así por ejemplo, en la sentencia número 22 del 26 de febrero de 2004, caso *Miguel Silva vs. Comisión Electoral de la Universidad del Zulia*, este órgano judicial señaló lo siguiente:

*“En consecuencia, no resulta posible aplicar la mencionada causal de inelegibilidad a la elección de las autoridades de la Federación de Centros Universitarios, tomando en cuenta que toda norma que restringe derechos es de aplicación restrictiva y no puede ser aplicada mediante la analogía.*

*Aunado a ello, cabe señalar que, de aceptarse con base en los razonamientos del recurrente que la condición de alumno regular (la cual ciertamente no reúne el bachiller Julio Soto, por cuanto ha sido aplazado en más de una asignatura) es exigible para resultar electo como Presidente de la Federación de Centros Universitarios, implicaría en la forma que está planteado el debate procesal, desconocer que las normas que recogen causales de inelegibilidad no pueden ser objeto de aplicación analógica y deben ser interpretadas en todo momento en forma restrictiva”.*

Del marco conceptual antes esbozado y recogido en el criterio jurisprudencial invocado, se deriva que cualquier interpretación que se adopte respecto de lo dispuesto en el artículo

441 bajo análisis, debe estar orientada por las anteriores premisas, y por consiguiente la consecuencia jurídica establecida en el artículo 441 sólo resulta aplicable al supuesto de hecho previsto en el mismo, todo ello sin menoscabo de lo que dispongan los estatutos de los sindicatos, los cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 423, letra "L", de la Ley Orgánica del Trabajo, pueden regular la forma y oportunidad de presentación de las cuentas de la administración, así como los requisitos que deben reunir.

En el caso de autos, y con el objeto de dar por esclarecida la interrogante fundamental planteada por la parte recurrente, esta Sala Electoral observa que el artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo contempla una causal de inelegibilidad, que sólo resulta aplicable para el supuesto de hecho relativo al incumplimiento de la obligación de los directivos sindicales, de rendir cuentas en los términos allí establecidos, todo ello sin perjuicio de lo que establezcan los estatutos de los sindicatos. Así se declara.

Bajo esas premisas conceptuales y hermenéuticas, procede entonces pronunciarse sobre las interrogantes específicas planteadas por la representación del órgano rector del Poder Electoral, no sin antes dejar sentado que este órgano judicial se limitará a dictar pautas generales al respecto, puesto que la solución de cada caso particular, evidentemente dependerá de las peculiaridades procesales y sustantivas que se evidencien del examen del supuesto específico, por lo que escapa al objeto de esta decisión pretender solucionar de forma definitiva y exhaustiva una serie de hipótesis que bien podrían presentar diversos matices a considerar de acuerdo con la situación fáctica y jurídica acaecida. Aclarado esto, debe señalarse:

1. El principio general es que el incumplimiento de la presentación oportuna de las cuentas legalmente exigida ante la Asamblea de Trabajadores del Sindicato por parte de la Junta Directiva del Sindicato acarrea la imposibilidad de los miembros de esta última para la reelección (causal de inelegibilidad).

2. En los Estatutos de cada organización sindical puede establecerse un plazo distinto y unas formalidades adicionales para la presentación de las cuentas, conforme al principio de la autonomía sindical, recogido en este aspecto en el artículo 423, letra "L" de la Ley Orgánica del Trabajo. En tal caso, la aplicación de la causal de inelegibilidad legalmente exigida deberá interpretarse en armonía con lo dispuesto estatutariamente.

3. La presentación del informe de gestión por parte de los directivos sindicales al final del período de ejercicio de la junta directiva en caso de que así lo dispongan los estatutos sindicales, no exime del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo a los efectos de la reelección, sin menoscabo de que esta última obligación resulte cumplida cabal y acumulativamente en la oportunidad de la presentación del informe de gestión.

4. En caso de que se presenten impugnaciones con fundamento en el alegato de incumplimiento de la obligación a que se contrae el artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo en un proceso electoral sindical, el órgano competente para resolver éstas procederá a revisar el cumplimiento de los requisitos formales previstos en el referido dispositivo a los efectos de determinar la procedencia o no de las mismas sobre la base de los alegatos y pruebas que cursen en el expediente, sin menoscabo de que los interesados acudan a los órganos jurisdiccionales competentes para resolver controversias intrasindicales atinentes al mérito de la controversia planteada.

### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

#### 1. Régimen del ejercicio del Poder Público Nacional

##### A. El Poder Ejecutivo

##### a. La Administración Pública Nacional

##### a'. Fuerza Armada Nacional

##### a". Principios fundamentales

TSJ-SE (81)

14-7-2005

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Interpretación del artículo 32 y la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro.

**El estamento militar está regido por los principios de disciplina, obediencia y subordinación. Así, la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro exime que los integrantes de Consejos de Administración y Vigilancia en Cajas de Ahorro del sector militar sean resultado de un proceso de elección sobre la base de los principios de voto directo, personal, secreto y uninominal, y en tal sentido remite a los Estatutos de la Caja de Ahorro, ya que en dichos Estatutos debe preverse la forma de designación de los integrantes de estos cargos en atención al mandato constitucional de obediencia, subordinación y disciplina.**

Ahora bien, como acertadamente señaló la Superintendencia de Cajas de Ahorro, en los procesos de elección y remoción de los integrantes de Consejos de Administración y Vigilancia en Cajas de Ahorro del sector militar, no son aplicables las disposiciones del artículo 32 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, que como señalamos anteriormente, obliga a que en estos procesos electorales rijan los principios de voto directo, personal, secreto y uninominal.

No se aplica esta disposición de la Ley a las asociaciones de carácter militar, ya que como se indicó *supra*, el estamento militar está regido por los principios de disciplina, obediencia y subordinación. Al regir estos principios para el estamento militar, resulta inaplicable para el mismo que dentro de sus instituciones sus autoridades, administradores o directivos asuman dichos cargos como consecuencia de un proceso de elección sobre la base de los principios del voto directo, personal, secreto y uninominal, toda vez que dentro del estamento militar sus autoridades son designadas o removidas en atención a los aludidos principios de disciplina, obediencia y subordinación.

En razón de lo anterior es por lo que la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro exime que los integrantes de Consejos de Administración y Vigilancia en Cajas de Ahorro del sector militar sean resultado de un proceso de elección sobre la base de los principios de voto directo, personal, secreto y uninominal, y en tal sentido remite a los Estatutos de la Caja de Ahorro, ya que en dichos Estatutos debe preverse la forma de designación de los integrantes de estos cargos en atención al mandato constitucional de obediencia, subordinación y disciplina.

Con fundamento en lo antes expuesto se debe señalar, que fue claro el legislador al evitar un conflicto de leyes, e inclusive contradicciones de normas legales con principios constitucionales, al no imponer que se apliquen al ámbito militar principios electorales propios de la organización y funcionamiento de la sociedad civil, dejando en consecuencia que

sea la propia organización militar quien fije su normativa para los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia en Cajas de Ahorro, conforme a lo pautado en el artículo 328 constitucional, por lo que en consecuencia la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro tiene plena justificación de existencia.

Ahora bien, observa esta Sala Electoral, que el recurrente pretende la aplicabilidad del artículo 32 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro a la “CAJA DE AHORROS Y BIENESTAR SOCIAL DE LA GUARDIA NACIONAL (CABISOGUARNAC)”, al señalar que dicha institución no es una “asociación de carácter militar”, toda vez que la naturaleza jurídica bajo la cual la misma fue constituida es la de una Asociación Civil, situación que implicaría la no aplicabilidad a dicha Caja de Ahorro de la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro.

Sobre esta inquietud del recurrente y que constituye el objeto de la pretensión solicitada, debe necesariamente reiterar esta Sala Electoral que cuando la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro determina que no son aplicables las disposiciones de dicha Ley en lo referente a la elección y remoción de los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia contenidas en el artículo 32, a las “asociaciones de carácter militar”, este último término “asociaciones de carácter militar” no está referido a la naturaleza jurídica de la institución bajo la cual se encuentre constituida la Caja de Ahorro, sino que está referido al sector de la vida nacional del que forma parte de dicha Caja de Ahorro, o mejor dicho, a las características propias de los integrantes o afiliados de la Caja de Ahorro en referencia. Así se declara.

En el caso concreto de la “CAJA DE AHORROS Y BIENESTAR SOCIAL DE LA GUARDIA NACIONAL (CABISOGUARNAC)”, observa esta Sala Electoral que sus integrantes forman parte del ámbito militar, ya que de conformidad con el artículo 10 de sus Estatutos sus asociados lo constituyen:

- a) El personal militar en servicio activo de la Guardia Nacional.
- b) El personal civil empleado de CABISOGUARNAC, de las unidades y dependencias de la Guardia Nacional que manifiesten su voluntad ante las instancias competentes, y que autoricen la retención del aporte mensual, contemplado en el literal “a” del artículo 7 de los Estatutos.
- c) El personal pensionado y/o jubilado militar y civil de la Guardia Nacional, que así lo soliciten.
- d) Los estudiantes de los Institutos de Formación de Oficiales, Sub-Oficiales profesionales de carrera y Tropa Profesional de la Guardia Nacional.

Como se observa, de conformidad con los estatutos de la “CAJA DE AHORROS Y BIENESTAR SOCIAL DE LA GUARDIA NACIONAL (CABISOGUARNAC)” sus asociados lo constituyen los integrantes de la Guardia Nacional, que constituye un componente de la Fuerza Armada Nacional de conformidad con el artículo 328 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, situación esta que consagra a dicha Caja de Ahorro como una asociación de carácter militar.

En razón de lo antes expuesto debe forzosamente señalar esta Sala Electoral, que sí es aplicable a la “CAJA DE AHORROS Y BIENESTAR SOCIAL DE LA GUARDIA NACIONAL (CABISOGUARNAC)” lo establecido en la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, toda vez que dicha Caja de Ahorro constituye una “asociación de carácter militar”, por lo que en consecuencia la elección y remoción de los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia de dicha Caja de Ahorro no se rige por lo establecido en el artículo 32 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro,

sino por lo que determinen sus Estatutos, cuya última reforma se encuentra registrada ante la Oficina Subalterna del Segundo Circuito de Registro del Municipio Libertador del Distrito Federal el día 9 de mayo de 2003, bajo el n° 9, Tomo 12, Protocolo Primero, Segundo Trimestre de 2003, reforma esta que fue debidamente aprobada por la Superintendencia Nacional de Cajas de Ahorro, para dar cumplimiento con lo establecido en el artículo 80.1 de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.611, de fecha 16 de enero de 2003.

Ahora bien, en vista de que la integración de los Consejos de Administración y Vigilancia de la “CAJA DE AHORROS Y BIENESTAR SOCIAL DE LA GUARDIA NACIONAL (CABISOGUARNAC)”, debe regirse por lo que a tal efecto determinen sus Estatutos, observa esta Sala Electoral, en el artículo 21 de los mismos se estipula la creación de un Reglamento de Elecciones para que fije el método de designación y elección de los miembros del Consejo de Administración, de Vigilancia y de los demás Comités que sean creados por la Asamblea General de Delegados Representantes de los Asociados. En este particular considera necesario señalar esta Sala Electoral, que al establecer el artículo 328 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que son pilares fundamentales de la Fuerza Armada Nacional la disciplina, la obediencia y la subordinación, es sobre estos principios que debe orientarse el Reglamento Electoral que a tal efecto apruebe la Asamblea General de Delegados Representantes de Asociados de “CAJA DE AHORROS Y BIENESTAR SOCIAL DE LA GUARDIA NACIONAL (CABISOGUARNAC)” para regular lo concerniente a la designación de los miembros del Consejo de Administración y Vigilancia de dicha Caja de Ahorros, y en consecuencia, será dicho Reglamento Electoral, una vez aprobado, la normativa aplicable en dicha Caja de Ahorro para la designación y remoción de las referidas autoridades. Así se decide.

De esta manera deja esta Sala Electoral realizada la interpretación solicitada por JOSÉ HUMBERTO MORENO VILLALBA, actuando en su carácter de apoderado judicial del ciudadano JOVITO VALOIS OLLARVES ALVAREZ, y en tal sentido responde las interrogantes formuladas sobre ¿Cómo se eligen y remueven los integrantes de los Consejos de Administración y Vigilancia en las Cajas de Ahorro para el caso de las Asociaciones Militares?, ¿Qué normativa legal o contractual rige en esas denominadas Asociaciones Militares para el procedimiento de elección y remoción de los Consejos de Administración y Vigilancia en las Cajas de Ahorro? y ¿Qué ley es la aplicable a las Asociaciones Militares, cuando su objeto y fines estatutariamente convenidos son los de una Caja de Ahorro?.

b.’’ Sanciones disciplinarias

**TSJ-SPA (5145)**

**21-7-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Héctor Rafael Ramírez Pérez vs. Ministerio de la Defensa.

**De acuerdo al artículo 240 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, la disponibilidad y el retiro constituyen dos tipos de sanciones autónomas entre sí. Cuando la norma señala que se pasará a situación de retiro por tiempo límite en la situación de disponibilidad, no ha de interpretarse que la disponibilidad es un requisito previo para pasar a la situación de retiro.**

Otro de los argumentos sostenidos por los apoderados del actor es el relativo a la pre-sunta desproporcionalidad de la sanción impuesta, al considerar que primero debió sancionarse al impugnante con el pase a situación de disponibilidad, y sólo en caso de reincidencia, proceder al pase a la situación de retiro.

Con relación a tal denuncia observa la Sala, que conforme al artículo 240 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales:

*“El retiro es la situación a la que pasarán los Oficiales y Sub-oficiales Profesionales de Carrera que dejen de prestar servicio en las Fuerzas Armadas Nacionales motivado a las causas siguientes:*

- a) Tiempo de servicio cumplido;*
- b) Límite de tiempo en el grado de conformidad con lo establecido en el artículo 180;*
- c) Límite de edad;*
- d) Propia solicitud;*
- e) Límite de tiempo en situación de disponibilidad;*
- f) Invalidez absoluta y permanente;*
- g) Medida disciplinaria*
- h) Sentencia condenatoria definitivamente firme que acarree pena de presidio; y*
- i) Falta de idoneidad y capacidad profesional”.*

Por su parte, el Reglamento de Castigos Disciplinarios n° 6, establece que son castigos disciplinarios la advertencia, la amonestación, las presentaciones, los servicios especiales, el arresto simple, los arrestos en cuadro, el arresto severo, la represión privada, la represión pública, el arresto en fortaleza, la suspensión o anulación de las jerarquías, el destino a una compañía disciplinaria, la disponibilidad y finalmente el retiro de la institución.

De ninguno de los aludidos cuerpos normativos se desprende, que en nuestro sistema disciplinario castrense deba primero imponerse la sanción de pase a situación de disponibilidad, para poder aplicar el pase a situación de retiro. Por el contrario, de acuerdo al transcrito artículo 240 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, la disponibilidad y el retiro, constituyen dos tipos de sanciones autónomas entre sí. Cuando la norma señala que se pasará a situación de retiro por tiempo límite en la situación de disponibilidad, no ha de interpretarse -como lo hizo el recurrente- que la disponibilidad es un requisito previo para pasar a la situación de retiro.

De otra parte, la situación de disponibilidad no constituye solamente una sanción disciplinaria, en tanto que ésta comporta la separación temporal del servicio activo por otras razones, tales como enfermedad, falta de empleo, falta de idoneidad profesional, propia solicitud y licencia del servicio por más de seis meses.

En consecuencia, en el caso de autos no se evidencia desproporcionalidad alguna en la sanción, pues como ya se señalara, es evidente que el recurrente fue sancionado por asumir una conducta que le estaba expresamente prohibida por la legislación militar y que comportaba la sanción específica que le fue impuesta. Así se declara.

b. *Administración descentralizada: Gremios profesionales*

**TSJ-SE (113)**

**11-8-2005**

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Andrés Guitián vs. Consejo Nacional Electoral.

**La posibilidad de afiliación de personas extrañas a la profesión de la farmacia, no excluye al Instituto de Previsión Farmacéutica del carácter de gremio profesional, puesto que el objeto que justifica el origen y conformación del mismo, es la obtención de benefi-**

**cios económicos y sociales a personas que se integran con un elemento común, el cual consiste en el ejercicio de la profesión farmacéutica y a su vez, estas personas, constituyen el elemento indispensable para la existencia de la institución bajo análisis.**

De lo antes transcrito, esta Sala observa que la razón por la cual el Consejo Nacional Electoral determinó que las Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales no eran aplicables al Instituto que formuló la consulta, radica en que la Ley de Colegiación Farmacéutica, permite la afiliación adicional de personas que no ostentan la calidad de farmacéuticos.

En este sentido, dispone la Ley de Colegiación Farmacéutica, lo siguiente:

*Artículo 44: Podrán también ser admitidos como miembros del Instituto de Previsión Farmacéutica, previo cumplimiento de los requisitos que le sean señalados en los reglamentos respectivos, y a juicio de la Junta Directiva del Instituto, los demás profesionales universitarios, los empleados de los establecimientos farmacéuticos, los empleados de la federación Farmacéutica Venezolana, del Instituto de Previsión Farmacéutica y de los Colegios de Farmacéuticos de la República, los estudiantes universitarios y los familiares dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los farmacéuticos y de las demás personas que aquí se mencionan.*

Ahora bien, el numeral 6, del artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que el Poder Electoral tiene la función de organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales, y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley.

Mediante sentencia de fecha 19 de mayo de 2000, esta Sala estableció que el término “gremio profesional” no está definido de una manera concreta y la forma como está contemplado en el texto constitucional debe ser entendido de manera abstracta, como el género del cual los colegios profesionales previstos en el artículo 105 de la misma norma, constituyen la especie.

En esa oportunidad, esta Sala indicó que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición exacta de gremios profesionales y en base a una serie de razonamientos, otorgó el carácter de gremio profesional a la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, fundada en el hecho de que constituye una agrupación de docentes en defensa de los intereses comunes, cuyo elemento común es el ejercicio de la actividad docente. Sin embargo, se desprende de la decisión, que dicha asociación está “...conformada por los profesionales que integran la institución en su condición de docentes, en la que no participan personas que no tengan tal carácter.”(Resaltado de la Sala)

Se podría concluir del extracto transcrito, que el carácter de gremio lo ostentan las organizaciones que tengan como elemento común el ejercicio de una profesión u oficio, excluyendo la participación de personas que no ostenten tal carácter.

Ahora bien, en el caso concreto conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de Colegiación Farmacéutica, la colegiación de los profesionales de la farmacia tiene como objetivo primordial la consecución del bienestar económico y social de sus integrantes. Con estos fines, dicha ley establece la conformación de varias instituciones y específicamente el artículo 41, contempla al Instituto de Previsión Farmacéutica, como una “... corporación con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene como objeto procurar el bienestar social y económico de los profesionales de la farmacia y de las demás personas afiliadas a él...”. Ciertamente, el Instituto de Previsión Farmacéutica (INPREFAR), es una asociación de personas, que conforme a la definición de gremio establecida anteriormente por esta Sala, tiene como objeto primordial la consecución de beneficios de carácter social y económico a los particulares que ostenten la calidad de profesionales de la farmacia.

Sin embargo, la normativa también admite la afiliación de personas que no son farmacéutas. En este sentido, debe apreciarse que el elemento primordial para la conformación del referido instituto lo constituye la consecución de beneficios sociales y económicos a los farmacéuticos inscritos en un Colegio de Farmacéuticos de la República, y observa esta Sala que la intención de la norma al permitir la afiliación de personas ajenas a la profesión, consiste en la extensión de los beneficios a otros particulares, más la deliberación para elegir y ser elegido con el objeto de dirigir y administrar la institución, recae exclusivamente en los profesionales egresados de las facultades de farmacia de las universidades.

En efecto, el artículo 48 de la referida Ley de Colegiación Farmacéutica, dispone que la dirección y administración del Instituto le corresponde a la Junta Directiva, la cual estará conformada por farmacéuticos autorizados para ejercer en el país, inscritos y solventes con el Instituto, con el Colegio al cual pertenezcan y con la Federación Farmacéutica Venezolana. De manera que, la organización y funcionamiento de dicho Instituto le está atribuida exclusivamente a los farmacéuticos, limitando la participación de las demás personas al goce y disfrute de los beneficios procurados.

Aunado a ello, el artículo 43 *ejusdem*, establece que "...[son] miembros del Instituto de previsión Farmacéutica, los farmacéuticos colegiados inscritos en un Colegio de Farmacéuticos de la República y que además se hayan inscrito en el mencionado Instituto." (Resaltado de la Sala)

Por otra parte, el literal c), del artículo 4, de la misma norma establece como requisito indispensable para el ejercicio de la profesión, ser miembro del Instituto de Previsión Farmacéutica.

Ahora bien, la posibilidad de afiliación de personas extrañas a la profesión de la farmacia, no excluye al Instituto de Previsión Farmacéutica del carácter de gremio profesional, puesto que el objeto que justifica el origen y conformación del mismo, es la obtención de beneficios económicos y sociales a personas que se integran con un elemento común, el cual consiste en el ejercicio de la profesión farmacéutica y a su vez, estas personas, constituyen el elemento indispensable para la existencia de la institución bajo análisis. La condición sine qua non para que pueda funcionar el Instituto de Previsión Farmacéutica, es la inscripción de los profesionales de la farmacia, quienes además lo dirigen y administran con el objeto de obtener beneficios socio económicos para ellos, sus familiares y demás afiliados.

De modo tal, que el Instituto de Previsión Farmacéutica, procura el bienestar de un sector determinado, como indica el artículo 41 de la Ley de Colegiación Farmacéutica, centrado en el profesional de la farmacia, por lo que ostenta el carácter gremial, aunque con la característica adicional de que los beneficios son extensibles a terceros carentes del carácter de profesionales farmacéuticos.

De manera que, las Normas para Regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales, dictadas por el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución número 030807-387, en fecha 7 de agosto de 2005, son aplicables a la elección de la Junta Directiva del Instituto de Previsión Farmacéutica.

Por todo lo antes expuesto, esta Sala declara con lugar el recurso contencioso electoral interpuesto y declara nulo el acto contenido en el oficio número 0000818, de fecha 29 de marzo de 2005, mediante el cual declaró "...que el alcance de las normas regulatorias de los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales, no se extienden al Instituto de Previsión Farmacéutica...". Así se declara.

Por vía de consecuencia, esta Sala declara la nulidad de la elección efectuada en fecha 30 de marzo de 2005 así como el nombramiento de las personas que resultaron electas en dicho proceso eleccionario. Así mismo, ordena la celebración de un nuevo proceso comicial



bajo las pautas de las referidas normas que regulan los comicios gremiales y a los fines de resguardar el orden de la estructura organizacional y mientras se realiza la nueva elección conforme a lo previsto en el presente fallo, deben continuar en el ejercicio de la Junta Directiva, las personas que ejercían los cargos antes de la referida elección, quienes en un plazo no mayor de cinco días continuos a partir de la publicación del presente fallo, deberán iniciar el proceso para la elección de la nueva Junta Directiva. Así se decide.

B. *El Poder Judicial*

a. *Tribunal Supremo de Justicia*

a'. *Sala Plena: Atribuciones*

**TSJ-SP (19)**

**19-7-2005**

Magistrado Ponente: Juan José Núñez Calderón

Caso: Lisbeth Díaz Petit vs. Comisión de Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial.

**La declaratoria de nulidad de un concurso de oposición para el ingreso al Poder Judicial es una facultad discrecional de la Sala Plena, y procede siempre que para ello se tengan razones de la existencia de graves irregularidades en su celebración, es decir, que se ejerce de oficio, pues no se contempla en las Normas de Evaluación y Concurso de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial, la posibilidad de que tal pronunciamiento sea instado por los aspirantes.**

Que el presente caso se circunscribe al señalamiento de una serie de presuntas irregularidades ocurridas en el desarrollo del procedimiento para llevar a cabo el concurso de oposición para proveer los cargos de Jueces de Categoría "B", de los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón.

En tal sentido, se advierte que la presente solicitud de declaratoria de nulidad en virtud de las irregularidades denunciadas está fundamentada en la facultad atribuida a esta Sala Plena, de declarar, de oficio, la nulidad del referido concurso de oposición para el ingreso al Poder Judicial, según lo establecido en el artículo 37 de las Normas sobre Evaluación y Concursos de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial, dictadas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (hoy Dirección Ejecutiva de la Magistratura), publicadas en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 36.910, del 14 de marzo del año 2000.

En virtud de lo anteriormente señalado cabe destacar que esta Sala ha manifestado en anteriores oportunidades, (Sentencias n° 36 y 8 del 31/07/03 y 17/02/04), y aquí se reitera una vez más, que dicha declaratoria de nulidad es una facultad discrecional de la misma, y procede siempre que para ello se tengan razones de la existencia de graves irregularidades en su celebración, es decir, que se ejerce de oficio, pues no se contempla en las Normas de Evaluación y Concurso de Oposición para el Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial, la posibilidad de que tal pronunciamiento sea instado por los aspirantes.

Ahora bien, una vez precisado lo anterior se desprende que aún cuando en el caso, como el *sub iudice*, de que interesados comuniquen la existencia de alguna irregularidad, no le es exigible a la Sala el sustanciar la solicitud e iniciar el proceso, debido a que los administrados que se sientan afectados por el desarrollo del concurso o de una evaluación ostentan la posibilidad del ejercicio de las acciones o recursos administrativos y contencioso administrativos pertinentes que el ordenamiento jurídico venezolano les otorga.

En virtud de lo anteriormente expresado, esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, luego de una revisión exhaustiva de los alegatos presentados tanto por la solicitante como por la Comisión de Evaluación, considera que no es propicio asumir el conocimiento de la situación planteada, ni ejercer de oficio su facultad de anular el referido concurso. Y así se decide.

b'. *Sala Político Administrativa: Competencias*

**TSJ-SPA (4912)**

**13-7-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Proyectos y Construcciones Zeikar vs. Alcaldía del Municipio Autónomo San Carlos de Austria del Estado Cojedes.

En virtud de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial* n° 37.942 de fecha 20 de mayo de 2004, debe esta Sala pronunciarse sobre la competencia para seguir conociendo de la presente causa, en virtud de que el referido texto legal contiene disposiciones expresas respecto de sus competencias, conforme a lo dispuesto en su artículo 5, numerales 24 al 37.

En tal sentido, por remisión que hace el primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo texto establece que "*Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen por ante el Tribunal Supremo de Justicia*", tenemos que el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, dispone la aplicación inmediata de la ley procesal desde su entrada en vigencia, cuando expresamente dispone: "*La ley procesal se aplicará desde que entre en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en este caso, los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía, se regularán por la ley anterior.*"

De dicha disposición se entiende, que a pesar de que las leyes procesales son de aplicación inmediata, la propia norma reconoce que no pueden tener efecto retroactivo respecto a los actos y hechos ya cumplidos y a sus efectos procesales no verificados todavía, respetando así otros principios y normas constitucionales como el de la irretroactividad de la ley (Art. 24 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Conviene destacar, que de aceptarse la aplicación inmediata de esta nueva norma procesal de competencia, las partes procesales en cada uno de los procesos en curso se encontrarían expuestas a sufrir las consecuencias de los cambios sobrevenidos durante el desarrollo del mismo, lo cual evidentemente lesiona otros principios constitucionales, entre ellos el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

A fin de evitar tales daños, el propio ordenamiento jurídico ha establecido otro principio fundamental, a saber:

En tal sentido, el Código de Procedimiento Civil consagra en el artículo 3, el principio según el cual las reglas sobre la jurisdicción y la competencia que deben tomarse en cuenta para todo el transcurso del proceso, ante los cambios sobrevenidos en ellas, son las reglas o criterios atributivos que existían para el momento de la presentación de la demanda.

En efecto, dicho artículo establece:

“Artículo 3.- La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa.”

Este principio general, cuyo origen proviene del derecho romano, se denomina *perpetuatio jurisdictionis*, y tradicionalmente la doctrina ha abarcado en él a la jurisdicción y a la competencia.

Sin embargo, en el presente caso no se trata de una afectación de la jurisdicción sino de una variación en la competencia, razón por la cual el principio más apropiado, conforme a lo expuesto por el Maestro Luis Loreto, es el de la llamada *perpetuatio fori*, (*Ensayos Jurídicos*, “Principios Fundamentales en la reforma del Código de Procedimiento Civil Venezolano”, Fundación Roberto Goldschmidt, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1987, p. 19) igualmente contenido en el artículo 3 *eiusdem*; en el entendido de que el principio se aplica a las circunstancias que constituyen los criterios atributivos sobre los cuales un tribunal puede conocer una causa, esto es la materia, el valor, el territorio, o el grado del tribunal.

Este principio de la *perpetuatio fori* se encuentra igualmente consagrado en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. (Publicación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, n° 47, Caracas, 1994, p. 93).

En efecto, el artículo 12 del citado Código dispone:

“Artículo 12.- Las normas procesales son de aplicación inmediata y alcanzan a los procesos en trámites.

No obstante, no regirán para los recursos interpuestos ni en los casos en que se supriman instancias, ni para los trámites, diligencias o plazos que hubieren empezado a correr o tenido principio de ejecución antes de su entrada en vigor, los cuales se regirán por la norma precedente.

Asimismo, el Tribunal que esté conociendo en un asunto, continuará en el mismo hasta su terminación, aunque la nueva norma modifique las reglas de competencia.”

De todo lo anterior se evidencia, que respecto a la potestad de juzgamiento y, en este caso, la competencia del órgano jurisdiccional, cuando la ley no disponga expresamente lo contrario, la misma se determina por la situación fáctica y normativa existente para el momento de presentación de la demanda, sin que pueda modificarse la competencia, al no tener efectos los cambios posteriores de la ley procesal.

Ahora bien, ante la existencia de estos dos principios consagrados en el texto legal referido, esta Sala teniendo presente que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 2, establece que Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político; considera que ambos principios deben ser armonizados en plenitud, con los valores, principios, garantías y normas procesales constitucionales vigentes, tales como los derechos fundamentales del justiciable, a una justicia accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, y a un proceso sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles y al servicio de la justicia (artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

Es por ello, que en observancia a lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a lo establecido en el segundo aparte del artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Vene-

zuela, los cuales establecen que “*El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales*”; esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su carácter de garante de los principios y valores constitucionales, entiende que al no haber establecido la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, disposición expresa que afecte la competencia de las causas que actualmente conoce, en aplicación de premisas expuestas y conforme al principio de la *perpetuatio fori*, debe reafirmar su competencia para conocer y decidir la presente controversia. Así se decide.

b. *Régimen de los jueces: Procedimiento disciplinario*

**TSJ-SC (1793)**

**19-6-2005**

Magistrado Ponente: Luis Velázquez Alvaray

Caso: Henrique Iribarren Monteverde (acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional).

**La Sala Constitucional suspende la aplicación del Reglamento que contiene el procedimiento disciplinario aplicable a los jueces y juezas en sede administrativa, por ser contrario a los postulados constitucionales. Ante el vacío constitucional creado y en base al numeral 7 del artículo 336 de la Constitución que autoriza a la Sala Constitucional a establecer los lineamientos para corregir la omisión; la referida Sala faculta a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial para modificar su Reglamento y adecuarlo a las disposiciones constitucionales, hasta tanto entre en vigencia la legislación correspondiente.**

Visto que esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 1.057 del 1 de junio de 2005 se declaró competente y admitió la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa interpuesta por el abogado Henrique Iribarren Monteverde contra la Asamblea Nacional, “por cuanto aún no han remitido la Ley sancionada el 16 de octubre de 2003 del Código de Ética del Juez o Jueza Venezolana (*sic*) al Presidente de la República Bolivariana para que se proceda a su promulgación en la *Gaceta Oficial*”.

Visto también, que en la referida decisión, esta Sala Constitucional designó como miembros integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial a los ciudadanos Carmen Zuleta de Merchán (Presidenta), Rosa Da’ Silva Guerra y Octavio Sisco Ricciardi y como Suplentes a los ciudadanos Belkys Useche de Fernández, Gilberto Guerrero Rocca e Indira Pérez Rivera.

Visto asimismo que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, según jurisprudencia de esta Sala, es un órgano de rango constitucional, por cuanto fue creado por la Asamblea Nacional Constituyente en el Decreto mediante el cual se dictó el Régimen de Transición del Poder Público, de fecha 22 de diciembre de 1999 y reimpreso en la *Gaceta Oficial* n° 36.920 del 28 de marzo de 2000 (V., sent. n° 731/2005 del 5 de marzo, recaída en el caso *Marcos Ronald Marcano Cedeño*).

Que la referida Comisión es un órgano sujeto a un régimen de transitoriedad, habida cuenta que el sistema jurídico que debe regir su funcionamiento aún no ha entrado en vigencia. Así lo ha reconocido esta Sala en sentencia del 28 de marzo de 2000 Caso *Gonzalo Pérez Hernández y Luis Morales Parada*, cuando dispuso que las normas supraconstitucionales “*mantienen su vigencia, mas allá del mandato cumplido de la Asamblea Nacional Constituyente, hasta que los poderes constituidos, entre ellos la Asamblea Nacional, sean electos y empien a ejercer su competencia normadora conforme a la Constitución vigente*”.

Visto de igual modo, que en atención a tales circunstancias, las cuales aun se mantienen, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial dictó, mediante acto administrativo identificado con el n° 155, del 28 de marzo de 2000, el “Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”, el cual fue publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 36.925, del 4 de abril de 2000, con fundamento en los artículos 22 y 25 del Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente”.

Visto también, que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en *Gaceta Oficial* n° 37.942 del 20 de mayo de 2004 en la Disposición Derogatoria, Transitoria y Final, literal e) dispone que:

e) La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicte la legislación y se crea la jurisdicción disciplinaria y los correspondientes tribunales disciplinarios” (Resaltado de la Sala).

En tal sentido, la Sala estima que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial está facultada para conocer y decidir los procedimientos disciplinarios - que han de ser públicos, orales y breves- en contra de los jueces, hasta tanto se dicte la legislación y se creen los correspondientes Tribunales Disciplinarios, conforme al artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, el Régimen Disciplinario de los Jueces que se regirá por el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, el cual originó la presente acción de inconstitucionalidad contra omisión legislativa.

Esta Sala observa que, en el presente caso se intentó la acción de inconstitucionalidad contra la omisión de la Asamblea Nacional de no remitir al Presidente de la República Bolivariana de Venezuela para su promulgación en la *Gaceta Oficial*, el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, sancionado el 16 de octubre de 2003, por el referido Órgano legislativo. No obstante, advierte la Sala que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial dictó un Reglamento que contiene el procedimiento disciplinario aplicable a los jueces y juezas, en sede administrativa, identificado con el n° 155 del 28 de marzo de 2000, publicado en *Gaceta Oficial* n° 36.925 del 4 de abril de 2000, el cual contiene disposiciones que coliden con los artículos 257 y 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales establece:

**“Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales”.**

**“Artículo 267. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso ...”**

Es por ello que esta Sala, dado el vacío normativo existente sobre la materia, producto de la falta de adecuación de la legislación existente a los postulados constitucionales antes transcritos, de oficio y con fundamento en el artículo 19, párrafo 10, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, suspende la aplicación del antedicho Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial y así se decide.

En consecuencia, a fin de evitar la paralización de los procedimientos disciplinarios pendientes y los que haya lugar, esta Sala Constitucional, a objeto de garantizar el acceso a la justicia, previsto en el artículo 26 constitucional así como la garantía del debido proceso, consagrado en el artículo 49 *eiusdem*, ante el vacío constitucional creado y en base al numeral 7 del artículo 336 de la Constitución que autoriza a la Sala establecer los lineamientos para corregir la omisión; faculta a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial para modificar su Reglamento y adecuarlo a las disposiciones constitucionales referidas *supra*; hasta tanto entre en vigencia la legislación correspondiente, y para cum-

plir con su cometido, podrá reorganizar su personal interno, designar el personal auxiliar que requiera y dictar su propio reglamento de funcionamiento, sin que ello colida con el Decreto del Régimen de Transición del Poder Público.

Asimismo, esta Sala consciente de la transitoriedad de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, en tanto órgano constituyente creado en el Decreto del Régimen de Transición del Poder Público, que precedió al Texto Constitucional y ante el imperativo del artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con la Disposición Transitoria Cuarta, numeral cuatro del mismo texto en relación con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Disposición Derogatoria, Transitoria y Final, Única: (...) literal e), de darle existencia real a la jurisdicción disciplinaria judicial, se le asigna a la referida Comisión la tarea de realizar -ante el vacío normativo que produce la falta legislativa del Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana- un proyecto de Código que deberá ser presentado ante la Sala Plena del Tribunal del Supremo de Justicia, para lo cual, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial elaborará un cronograma de trabajo que respalde dicha tarea.

2. *El Poder Municipal. Los Municipios: Privilegios y prerrogativas del Fisco Nacional*

TSJ-SPA (5336)

4-8-2005

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Virgilio Torrealba López y otro vs. Alcaldía del Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda.

**La expresión formulada en el artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el sentido de que “*El Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional*” debe ser interpretada en sentido amplio y por consiguiente, comprender dentro de ésta a aquellos privilegios y prerrogativas que se confieren a la República, entre los cuales se encuentra el consagrado en el artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, relativo al cumplimiento del antejuicio administrativo previo a la demandas contra la República.**

En el presente caso, el apoderado judicial de la parte demandante, apeló del auto dictado por el Juzgado de Sustanciación de fecha 4 de agosto de 2004, mediante el cual se declaró inadmisibile la demanda intentada por los ciudadanos Virgilio Torrealba López y Virgilio Augusto Torrealba Francisquez, contra el Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda, en virtud del daño moral padecido con motivo del fallecimiento de la ciudadana Corina Mercedes Torrealba Francisquez, en la “...tragedia ocurrida el 8 de octubre de 2000, causada por el desbordamiento de la Quebrada La Guairita...”.

La decisión apelada se fundamentó en la aplicabilidad a los Municipios del privilegio procesal previsto para la República en el artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y extensivo al ente demandado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, relativo al cumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas que se instauraen contra la República.

Por su parte, el representante judicial de los apelantes, cuestionó la aplicación al caso concreto de la exigencia del aludido antejuicio administrativo previo a las demandas contra la República, toda vez que la norma que le sirve de fundamento a la decisión recurrida, esto es,

el artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, se limita, en su criterio, a la extensión para los Municipios de los privilegios y prerrogativas que la ley acuerda al Fisco Nacional, los cuales supuestamente difieren de los concedidos a la República.

De igual forma alegó que el auto objeto del presente recurso, incurrió en una equívocación al equiparar el caso que nos ocupa al criterio sentado por esta Sala en la sentencia n° 00525 del 19 de agosto de 2003, con motivo de la cual se dispuso la obligatoriedad del cumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para aquellos casos en que se instaure una demanda contra un instituto autónomo.

En este contexto expuso, que la demanda incoada por sus mandantes fue dirigida contra el Municipio Autónomo Baruta del Estado Miranda, en lugar de algún instituto autónomo, que se encuentran sometidos a un régimen jurídico distinto al previsto para el primero de los referidos entes.

Finaliza su exposición indicando que la Ley de Administración Pública sí hace extensivos a los institutos autónomos los privilegios y prerrogativas otorgados a la República, mientras que la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal sólo le concedía al demandado los privilegios contemplados para el Fisco Nacional.

De manera que, conforme a lo antes expuesto, el presente recurso de apelación se centra en la determinación del alcance de lo dispuesto en el artículo 102 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, y en tal sentido se observa lo siguiente:

Atendiendo al régimen derogado, aplicable a la controversia por el principio *ratione temporis*, *“El Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional, salvo las disposiciones en contrario contenidas en esta Ley...”*.

Dicha declaración por parte del legislador tiene por finalidad revestir a los Municipios de ciertas prerrogativas y privilegios tanto procesales como fiscales, a los efectos de tutelar un interés superior que viene dado por el hecho de que tales entidades políticas, constituyen unas unidades primarias y autónomas dentro de la organización nacional.

En esta línea de pensamiento, considera la Sala que sólo una interpretación literal y por demás contraria a los valores que inspiraron la redacción de la mencionada norma, conllevaría a afirmar que dentro del marco del artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, quedarían excluidas aquellas prerrogativas y privilegios que se confieren a la República por tratarse esta última de un ente distinto y separado del Fisco Nacional. La anterior afirmación, encuentra respaldo en la técnica legislativa que tradicionalmente se ha utilizado en nuestro ordenamiento, en la cual es frecuente encontrar como sinónimos de términos el empleo de palabras, tales como, Nación, Estado, República, Fisco Nacional y Hacienda Pública Nacional.

Así por ejemplo, se observa que antes de la entrada en vigencia de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.606 del 9 de enero de 2003, cuyas disposiciones transitorias derogaron parcialmente la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario y la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, se utilizaba en el primero de los mencionados textos la expresión “Poder Nacional” para designar al “Estado”, al tiempo que en la segunda de las referidas leyes se hacía uso de la expresión “Nación” y se refería a que la Hacienda Pública, como persona jurídica se denomina “Fisco Nacional” (artículo 1° de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, derogado por el artículo 171, correspondiente al Título X, de las Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público).

Igualmente, en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en el ordinal 15 del artículo 42, se aludía a “empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva”, para designar al capital público en empresas públicas.

En efecto, si bien se trata de nociones diferentes y así se ha establecido en anteriores oportunidades por vía jurisprudencial (*Vide* sentencia de la SPA-CSJ, del 20 de enero de 1983), no deja tampoco de ser menos cierto que en muchas ocasiones las razones por las cuales se usaba un término en vez de otro, obedecía a que el Legislador, con frecuencia, empleaba estas expresiones en forma indistinta.

Prueba de ello lo constituye el hecho de que a los institutos autónomos sí se les confiere claramente en la Ley de Administración Pública los mismos privilegios y prerrogativas que a la República, resultando por tanto un contrasentido afirmar que tales privilegios sólo asisten a la administración descentralizada de estos entes y no así al propio Municipio al cual pertenecen.

De ahí que, atendiendo a las premisas de razonamiento arriba expuestas, considera la Sala que la expresión formulada en el artículo 102 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el sentido de que “El Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional” debe ser interpretada en sentido amplio y por consiguiente, comprender dentro de ésta a aquellos privilegios y prerrogativas que se confieren a la República, entre los cuales se encuentra el consagrado en el artículo 54 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, relativo al cumplimiento del antejuicio administrativo previo a la demandas contra la República.

Tal criterio, ha sido el adoptado por la Sala en casos similares al presente y al efecto se observa que en sentencia de fecha 27 de julio de 2005, publicada bajo el n° 5.203, se declaró con lugar la cuestión previa contenida en el ordinal 11 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, interpuesta en concordancia con lo establecido en el artículo 60 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en virtud de que se ejerció una demanda contra un Municipio sin que previamente se agotara el procedimiento administrativo correspondiente. Las razones que se esgrimieron en el citado fallo se circunscribieron a las siguientes:

*“...Mediante la norma citada supra, (artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal), el legislador de 1989 equiparó expresamente a los entes municipales a la privilegiada condición procesal que históricamente disfrutaba de manera exclusiva la República, como supremo representante de los intereses del Estado. Así, dentro de la gama de prerrogativas y privilegios consagrados a favor de ésta, el llamado antejuicio administrativo se hacía exigible en los casos de demandas de naturaleza patrimonial que tuvieran a bien instaurar los particulares contra los gobiernos municipales...”*

De manera que, siendo aplicable la mencionada disposición del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República al presente caso, por mandato del tantas veces nombrado artículo 102 de la anteriormente vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal y no habiendo acreditado la parte actora el cumplimiento de dicha exigencia, esta Sala debe forzosamente declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia, confirmar la decisión recurrida, mediante la cual se declaró inadmisibles las demandas. Así se decide.



**IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO**1. *Derechos Económicos: Libertad Económica***TSJ-SC (1798)****19-7-2005**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de los artículos 9, 17, 20, 84 ordinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda.

**Las regulaciones legales disponen limitaciones a la actividad económica, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y como excepción a la regla, que es la libertad. En tal sentido, señala la Sala Constitucional que las normas que regulan el horario dentro del cual se permite el ejercicio de las actividades económicas en el Municipio Chacao constituye una contrariedad objetiva a lo estatuido por el artículo 112 de la Constitución, al desconocer la naturaleza principista de las libertades y la estructura normativa de las garantías constitucionales.**

Precisado lo anterior, esta Sala emite su decisión en atención a las consideraciones siguientes:

La nulidad demandada tiene por objeto los artículos 9, 17, 20, 84 cardinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao, que expresamente disponen:

*“Artículo 9. La Licencia de Actividades Económicas autoriza a ejercer las actividades en ella señalada, bajo las condiciones que indique la Administración Tributaria entre las seis de la mañana (6 a.m.) y las doce de la noche (12 a.m.), salvo excepciones legales.*

*Artículo 17. El contribuyente que pretenda prestar servicio de expendio de alimentos o bebidas alcohólicas o no alcohólicas, discoteca, bar, diversión y esparcimiento, agencias de festejos o salas de banquetes, así como el que pretenda desarrollar actividades de apuestas lícita o cualquier otro similar a las mencionadas después de las 12 a.m., deberá solicitar ante la Administración Tributaria una Licencia de Extensión de Horario. Para ello, el solicitante deberá presentar los siguientes recaudos:*

*a) Constancia de Medición de Ruido, realizada de conformidad con la Ordenanza respectiva.*

*b) Elementos probatorios suficientes mediante los cuales demuestre que ha tomado todas las medidas necesarias para preservar el orden público en sus instalaciones, de conformidad con el reglamento que se dicte a tal efecto.*

*c) Certificado de Solvencia del Impuesto sobre Actividades Económicas.*

*Parágrafo Primero: La tramitación de la Licencia de Extensión de Horario causará una tasa anual de ochenta Unidades Tributarias (80 UT) por hora para los establecimientos que expendan bebidas alcohólicas, y de cuarenta Unidades Tributarias (40 UT) en los demás casos.*

*Parágrafo Segundo: La Licencia de Extensión de Horario tendrá una vigencia de un año y su otorgamiento estará sometido a lo establecido en esta Ordenanza y demás disposiciones aplicables.*

*Parágrafo Tercero: La solicitud para la obtención de la Licencia de Extensión de Horario no autoriza al interesado a iniciar su actividad fuera del horario establecido en el artículo 9 ni exime al infractor de las sanciones previstas en esta Ordenanza”.*

*Artículo 20. El contribuyente que obtenga la Licencia de Extensión de Horario, deberá exhibirla en un sitio visible del establecimiento.*

*Artículo 84. A los efectos de la presente Ordenanza son obligaciones administrativas:*

*(omissis)*

*4. Solicitar y obtener la Licencia de Extensión de Horario (...).*

*Artículo 91. El que después de una sentencia o resolución administrativa sancionatoria firme por la comisión de alguno de los ilícitos tipificados en la presente Ordenanza, y antes de los cinco (5) años de haberse cumplido o de haber prescrito la sanción impuesta, cometiere otro ilícito de los establecidos en esta Ordenanza, será castigado con la cancelación del establecimiento por un lapso entre una (1) y cinco (5) semanas, sin perjuicio de la aplicación de la sanción correspondiente al nuevo ilícito.*

*Por su parte, el que después de dos o más sentencias o resoluciones sancionatorias firmes por la comisión de alguno de los ilícitos tipificados en la presente Ordenanza, y antes de los cinco (5) años de haberse cumplido o de haber prescrito la sanción impuesta, cometiere otro ilícito de los establecidos en esta Ordenanza, será castigado con la cancelación definitiva de la Licencia de Actividades Económicas y de la Licencia de Extensión de Horario, sin perjuicio de la aplicación de la sanción correspondiente al nuevo ilícito cometido.*

*Artículo 105. Quien ejerza actividades económicas fuera del horario establecido en el artículo 9; o si teniendo Licencia de Extensión de Horario las ejecutare fuera de las horas autorizadas en aquélla, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17, será sancionado con multa de ciento cincuenta (150) a doscientas cincuenta (250) Unidades Tributarias y el cierre inmediato del establecimiento durante el horario no autorizado.*

*La Administración Tributaria, con el auxilio de la fuerza pública, de ser necesario, garantizará la ejecución de la pena de cierre impuesta en virtud de lo dispuesto en el encabezamiento de este artículo.*

*Artículo 106. Quienes en ejercicio de las actividades económicas reguladas por esta Ordenanza transgredan las leyes nacionales, ordenanzas, decretos, reglamentos, acuerdos o resoluciones municipales, de manera que resulte en un daño a la higiene pública, convivencia ciudadana y seguridad de la población, o bien represente un obstáculo para la ejecución de obras públicas nacionales, estatales o municipales, será sancionado con el cierre del establecimiento por un lapso de una (1) a cinco (5) semanas”.*

...Como resultado de ello, debe la Sala, en primer término, evaluar la denuncia de inconstitucionalidad, por violación del derecho a la libertad económica y del principio de reserva legal nacional, mediante la realización del contraste necesario entre las normas constitucionales que se señalan como violadas (artículos 112 y 156, cardinal 32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y las disposiciones normativas locales que se impugnan (artículos 9, 17, 84 cardinal 4 y 105 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao).

Ahora bien, se observa que el artículo 112 de la Constitución condensa el enunciado del derecho a la libertad económica, aunque no agota en su texto la regulación constitucional sobre el mismo. En todo caso, la formulación como principio, se expresa mediante la modalidad usual del establecimiento de la libertad en forma general, dirigida o reconocida en favor de todas las personas, pasando de inmediato a advertir la existencia de limitaciones, esto es, de fronteras o bordes que pueden delimitar las manifestaciones regulares o normales de las facultades derivadas de esa libertad. Tales restricciones se confinan, por imperativo del Texto Fundamental, a las previstas en el mismo, y las que establezcan las leyes, en atención, y con fundamento exclusivo, en determinadas razones de interés general, con lo cual se ensambla efectivamente el dispositivo de la garantía jurídica que comentamos.

De este modo -estima la Sala- se confirma una vez más, como la ha venido sosteniendo en otras oportunidades, que la libertad económica, al igual que sucede con otros derechos constitucionales, no es un concepto absoluto e irrestricto, ya que, además de los límites definidos directamente en la propia Constitución, pueden fijarse limitaciones expresas, mediante ley, fuera de las cuales, quedan facultados los ciudadanos para actuar libremente, es decir, para ejercitar abiertamente los espacios de libertad no sometidos a alguna restricción. Con ello se afianza y se comprueba el único sentido lógico que puede darse al esquema constitucional, consistente en la existencia de un espectro básico y fundamental constitutivo de la libertad, postulado como principio, frente al cual pueden aparecer restricciones o limitaciones que operan como excepciones expresas a la regla general, y que sólo pueden ser establecidas mediante ley, es decir, excluyendo en forma absoluta la posibilidad de formular tales limitaciones por medio de actos concretos o disposiciones sublegales.

En este sentido, el artículo 9 de la Ordenanza impugnada dispone, como regla básica, que:

*“La Licencia de Actividades económicas **autoriza** a ejercer las actividades en ella señaladas, bajo las condiciones que indique la Administración Tributaria **entre las seis de la mañana (6 a.m.) y las doce de la noche (12 a.m.), salvo excepciones legales**” (Destacado de la Sala)*

*Por otra parte, el artículo 84, cardinal 4 del mismo instrumento normativo dispone:*

*“A los efectos de la presente Ordenanza son obligaciones administrativas:*

*(...)*

*4. Solicitar y obtener la Licencia de Extensión de Horario*

*(...)”*

Advierte la Sala que, de acuerdo al postulado axiomático establecido en el artículo 4 del Código Civil, la estructura gramatical de la norma bajo análisis, atendiendo *al sentido que aparece evidente del significado lógico de la palabras según la conexión de ellas entre sí*, conduce indudablemente a entender que **el sentido de la disposición** no es otro que el establecer una limitación general al ejercicio de las actividades económicas, al reducir de manera indiscriminada el alcance temporal de la Licencia de Actividades Económicas al horario expresamente señalado (6 a.m. a 12 a.m.), con lo cual se está negando, también de manera general, y como principio, el ejercicio de tales actividades fuera del horario indicado, como lo sostiene la accionante.

En efecto, partiendo de la existencia de una autorización como requisito necesario para el ejercicio de las actividades económicas en jurisdicción del Municipio Chacao, tal como lo postula el artículo 3 de la Ordenanza, es evidente, de una interpretación concordada, que el único sentido y razón de ser que puede atribuirse al artículo 9 es, precisamente, el de fijar de manera general y abstracta, una limitación, un tope, al alcance que puede tener esa autorización y, en consecuencia, un límite, igualmente general y abstracto, al ejercicio de las actividades económicas, determinado en este caso, por el horario dentro del cual se permiten.

Aunado a ello, debe señalarse que, conforme a las pautas fijadas por el referido artículo 4 del Código Civil, debe también considerarse *la intención del legislador*, lo cual deriva de la estructura del dispositivo normativo en cuanto a su coherencia interna y su vinculación con otros elementos normativos que confluyen en la conformación del régimen específico que diseña la norma bajo examen.

En este sentido, aprecia la Sala que es especialmente significativa la frase final del aludido artículo 9, cuando completa el enunciado señalando *“salvo excepciones legales”*, lo que no permite tener otra lectura más que la que conduzca a entender que lo que se dispuso

antes tiene el carácter de regla general. Ciertamente, esta intención sólo puede derivarse del empleo del vocablo *excepción*, que indica aquello que se aparta de la regla o condición general.

Pero aprecia esta Sala que, adicionalmente y en este mismo sentido, el artículo 105 de la Ordenanza, cuya impugnación también se plantea en la presente causa, se encabeza indicando que: “...*Quién ejerza actividades económicas fuera del horario establecido en el artículo 9, o si teniendo Licencia de Extensión de Horario las ejerciere fuera de las horas autorizadas en aquella...*”, de lo cual se deduce que el espíritu de la Ordenanza no es otro que el de fijar, como régimen general, la limitación al ejercicio de las actividades económicas dentro de un horario determinado (12 a.m. a 6 a.m.), lo cual reafirma el texto normativo local, cuando califica al ejercicio de esas actividades fuera del horario general permitido por la norma, como un supuesto de infracción, sujeto a una sanción de carácter administrativo.

Debe además apuntar la Sala que lo que parece justificar la existencia de la norma cuestionada es el simple “*expendio de alimentos o bebidas alcohólicas o no alcohólicas, discoteca, bar, diversión y esparcimiento, agencia de festejos o salas de banquetes*”, y demás actividades de apuestas lícitas o similares después de las 12 a.m. y no la alteración misma del orden público. Desde luego, la Sala reconoce que las referidas actividades pueden contribuir en mayor medida que otras a la alteración del orden público; sin embargo, por una parte, ello no necesariamente es así, y, por la otra, pudiera ser que otras actividades no enumeradas en la norma -en el supuesto de que la ordenanza las permitiera, pues tal como está redactada no lo hace- lo alterasen y aun así no requiriesen ni la autorización ni pago alguno por tal concepto. De manera que, pareciera que lo que justificaría la existencia de la disposición jurídica impugnada no es la realización de las aludidas actividades en específico sino la realización de cualquiera que sea capaz de alterar el orden público.

Igualmente, advierte la Sala que el pago por la Licencia de Extensión de Horario, a que se refieren las normas impugnadas no puede ser calificado como un impuesto, toda vez que no se trata de una contribución general, que realice el administrado en virtud del principio de distribución de las cargas públicas. No puede ser conceptualizado como una tasa porque no se está pagando una contraprestación por un servicio directo, específico y determinado que le esté prestando la Administración Municipal. No puede ser distinguido como una contribución especial, ya que el obligado no está recibiendo un beneficio o mejora adicional a su situación previa o coadyuvando en el mantenimiento o gestión de un órgano regulador especial. Por tanto, es una carga impositiva que no se encuentra tipificada, y que pretende con una licencia diferente aplicar no una alícuota distinta por tipo de actividad sino una doble imposición.

Además, visto que resulta un hecho notorio que gran parte de los comercios del Municipio Chacao son locales que funcionan dentro del horario nocturno o se dedican al negocio de restaurant, bar o salas de fiestas, para lo cual habían sido previa y particularmente autorizados, la Ordenanza cuyas normas se cuestionan creó un “tributo” adicional a la patente de industria y comercio, para no incrementar la alícuota de ésta y presumiblemente evitar o disfrazar el carácter confiscatorio de dicho tributo, tantas veces proscrito por esta Sala. En conclusión, la Licencia de Extensión de Horario resulta un complemento o incremento adicional a la patente de industria y comercio, que por su magnitud genera efectos confiscatorios.

Téngase presente, en este sentido, que se les aplica esta nueva carga impositiva a contribuyentes que se habían asentado en el Municipio con antelación, lo que modifica notablemente en perjuicio de éstos las condiciones iniciales con las cuales establecieron sus negocios, generando un gravoso incremento de manera retroactiva a la actividad en referencia, violando a su vez el valor fundamental de seguridad jurídica, que gobierna nuestro estado social de derecho, de justicia y de democracia participativa y la confianza legítima.

No cabe duda entonces, para la Sala, que los artículos mencionados disponen una limitación general al ejercicio de la actividad económica, que se expresa como la regla, es decir, como la condición general, o como principio frente al cual se coloca, en condición de inferioridad o minoría, esto es, como lo que se aparta de la regla o condición general regulada, un supuesto ambiguo e impreciso: “*salvo las excepciones legales*”, que, por lo demás, resulta una regulación irrealizable en la práctica pues, precisamente, por virtud del postulado constitucional, las regulaciones legales disponen limitaciones a la actividad económica, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social y como excepción a la regla, que es la libertad.

Ello así, considera la Sala que el enunciado jurídico que se examina, de redacción sin duda complicada desde el punto de vista técnico, atenta contra el principio *pro libertatis*, y quizá sin que el legislador local lo hubiese deseado, termina restringiendo la realización de actividades económicas distintas de las que luego pretende autorizar a través de la Licencia de Extensión de Horario, aun cuando el mismo Municipio reconozca que las demás sí pueden hacerlo, no obstante que, en puridad de la redacción de la norma, se desprende lo contrario a dicho alegato.

Estima esta Sala que tal circunstancia constituye una contrariedad objetiva a lo estatuido por el artículo 112 de la Constitución, pues al desconocer la naturaleza principista de las libertades y la estructura normativa de las garantías constitucionales, fijando como regla una limitación general a su ejercicio, las normas locales impugnadas configuran un desconocimiento de la libertad económica constitucionalmente garantizada y, con ello, la violación de la norma fundamental alegada. Así se declara.

## 2. *Propiedad y Expropiación. Régimen urbanístico de la propiedad*

**CPCA (834)**

**26-7-2005**

Magistrado Ponente: Rafael Ortiz-Ortiz

Caso: Sindicato Agrícola 168, C.A. vs. Alcaldía del Municipio Baruta del Estado Miranda.

**Las Zonas calificadas como RE (Reglamentación Especial), están sometidas a las especificaciones especiales determinadas a través de los permisos de construcción de urbanizaciones; sin embargo, ello no puede considerarse como una habilitación a la Administración para realizar zonificaciones singulares, pues es de la esencia de la noción de la zonificación la generalidad. En tal sentido, señala la Corte que la regulación especial que se realiza a través de los oficios aprobatorios de los proyectos de urbanismo es la determinación de limitaciones especiales distintas a las previstas para zonas similares en la Ordenanza, y en ningún caso debe interpretarse como la posibilidad de realizar afectaciones absolutas mediante la atribución de usos exclusivos, lo cual sí comporta una zonificación aislada y, como tal, contraria a la noción de integralidad de la ordenación urbanística.**

La sentencia apelada declara la nulidad de los actos administrativos recurridos y condena al Municipio Baruta del Estado Miranda al pago de los daños y perjuicios ocasionados a la parte recurrente, los cuales ordena determinar mediante experticia complementaria del fallo.

La apelación ejercida cuestiona tanto la declaratoria de nulidad decidida por el *a quo* como la condenatoria al resarcimiento de los daños. Pasa por tanto la Corte a resolver ambas impugnaciones, para lo cual observa:

1.- SOBRE LA NULIDAD DE LOS ACTOS RECURRIDOS:

El *A quo* declaró la nulidad de los siguientes actos administrativos: 1) el oficio n° 570 de fecha 16 de marzo de 2000, dictado por la Alcaldesa del Municipio Baruta del Estado Miranda, y 2) el oficio n° 1263 de fecha 22 de junio de 2001, dictado por la Gerencia de Ingeniería Municipal del Municipio Baruta del Estado Miranda.

Los referidos actos declaran, respectivamente, 1) la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en la Resolución n° JI-0003/91, emitido por la Alcaldesa del Municipio Baruta del Estado Miranda en fecha 17 de mayo de 1991 y, consecuentemente los actos dictados con fundamento en esta Resolución, a saber, el oficio n° 1191 de fecha 9 de agosto de 1991 emanado de la Dirección de Ingeniería Municipal y los oficios números 1132 y 924 de fechas 4 de septiembre de 1996 y 6 de agosto de 1996, emanados de la Gerencia de Ingeniería Municipal; y 2) la nulidad absoluta de las constancias de cumplimiento de variables urbanas fundamentales contenidas en los oficios n° ON-601-99 de fecha 3 de mayo de 1999 y su Anexo I del 4 de agosto de 1999.

Los actos anulados por el *a quo* se fundamentan en la nulidad absoluta declarada por la Administración respecto de la Resolución n° JI-003/91, mediante la cual, al declarar con lugar un recurso intentado por los propietarios de la parcela 149, n° de catastro 1-122/01-01, ubicada en la Urbanización Colinas del Tamanaco, se decidió que la zonificación de la parcela era la correspondiente al artículo 125 de la Ordenanza de Zonificación vigente del Municipio Baruta, esto es, C-2 (comercio vecinal) y no la del uso exclusivo "Bomba de Gasolina" como se les había notificado en el oficio n° 1622 de fecha 25 de abril de 1989 en respuesta a la solicitud de información sobre variables urbanas fundamentales, con fundamento en el Acuerdo n° 25 de fecha 15 de septiembre de 1966 y el oficio n° 1370 del 28 de julio de 1971.

De manera que la presente apelación se contrae a determinar la zonificación y los usos correspondientes a la parcela n° 149, propiedad de la recurrente.

Conforme a la parte apelante, en el área del sureste de Caracas, en la que se encuentra ubicada la parcela propiedad de la recurrente, no había existido un mapa único de zonificación y en este sentido el Concejo Municipal del Distrito Sucre aprobó el 15 de septiembre de 1966, el Acuerdo n° 25, que contiene el Plano de Zonificación del Distrito Sucre, adoptándose la nomenclatura RE para denominar todo lo que hoy pertenece a los Municipios Baruta y el Hatillo.

Respecto de la zonificación RE, el artículo 182 de la Ordenanza de Zonificación del Distrito Sucre, prevé:

Las zonas R-E son aquellas sometidas a reglamentos especiales dictados por el Concejo Municipal y también aquellas urbanizaciones cuyos permisos de construcción fueron otorgados estableciendo normas especiales o distintas a las previstas para zonas similares en esta Ordenanza.

Los permisos de edificación y las zonificaciones se regirán para tales zonas, por lo prescrito en los mencionados reglamentos especiales o permisos de construcción de urbanizaciones, según el caso.

De manera que conforme la norma transcrita, según la parte apelante, la zonificación de las RE se determinaba, bien mediante actos normativos del Concejo Municipal, bien mediante los permisos de construcción de Urbanización.

Señala la representación municipal que en el caso de la Urbanización Colinas del Tamanao, la determinación de la zonificación se realizó mediante el segundo mecanismo, pues indica que la zonificación de la parcela 149 se encuentra contenida en el proyecto definitivo de urbanismo aprobado mediante oficio n° 1370 de fecha 28 de julio de 1971 de la Ingeniería Municipal, en el cual se expresa:

La parcela 149 con un área de 1.760 m<sup>2</sup>, será destinada a Estación de Servicio y Bomba de Gasolina.

El área de ubicación no podrá ser mayor del 30%. Deberá estudiarse el proyecto cumpliendo todas las normas de seguridad específicas sobre la materia y obtener la aprobación de la Gobernación del Estado y del Cuerpo de Bomberos. Podrá establecerse una estación de lavado y engrase.

Señalan los representantes de la apelante que el legislador municipal reconoció la posibilidad de que el Sureste de Caracas se zonificase no mediante Ordenanzas de Zonificación sino a través de los oficios aprobatorios de las proposiciones urbanísticas presentadas por los particulares, que luego pasan a formar parte de ella.

Ahora bien, la Resolución n° JI-003/91 emitida por la Alcaldesa precisa que la determinación del oficio aprobatorio del proyecto urbanístico respecto de la parcela n° 149 equivale a la zonificación C-2, y por ende, que a esta parcela corresponden los usos que la Ordenanza de Zonificación otorga a esta categoría. Así se indica en la referida Resolución lo siguiente:

Que el Oficio n° 1370 de fecha 28-07-71 señala que la parcela objeto de consulta forma parte de un lote de siete (7) parcelas destinadas al desarrollo de un Centro Comercial, en el sólo se podrá establecer los usos que se especifican en la Ordenanza de Zonificación vigente, bajo la Reglamentación C-1 (COMERCIO LOCAL). El oficio mencionado anteriormente establece que la parcela en cuestión deberá ser destinada al uso específico de “Bomba de Gasolina o Estación de Servicio” o sea zonificación C2.

Los actos recurridos declaran y se basan en la nulidad de dicha Resolución para revocar la constancia de variables urbanas otorgada a la recurrente para la construcción de una edificación, conforme a los usos y especificaciones correspondientes a la zonificación C-2, por estimar que el mismo constituyó un cambio de zonificación aislada y que la Alcaldesa era incompetente para dictarlo.

De manera que la cuestión fundamental a resolver es la legalidad de la Resolución n° JI-0003/91, y en este sentido pasa la Corte a analizar, en primer término, si el mismo constituyó un cambio de zonificación aislada prohibido por el artículo 46 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, el cual prevé, en su ordinal 1°, lo siguiente:

En ningún caso se permitirán cambios de zonificación aislada o singularmente propuestos. Todo cambio de zonificación debe ser integral o formar parte de algún plan sectorial.

A los fines de decidir si se ha violado la norma transcrita debe la Corte hacer previamente las siguientes consideraciones:

El urbanismo es mecanismo que permite la concreción de la función social de la propiedad. La ordenación urbanística constituye una limitación al derecho de propiedad, pues -tal y como señala la representación municipal- a través de éste se persigue obtener “un equilibrio entre el interés público y los intereses particulares de los propietarios”, equilibrio que se verá manifestado mediante el valor que se efectúe del suelo urbano, a través de los diferentes tipos de planes.

Explica de ese modo la jurisprudencia extranjera al referirse a las regulaciones del derecho de propiedad que en este caso las “leyes de ordenación están muy lejos de establecer *“solo medidas de policía concretas”*, respetando, como regulación ajena, *“la imposición de*

*obligaciones y limitación a los derechos” sino que, muy al contrario, establecen por sí mismas, o por remisión a los instrumentos normativos del planeamiento, los deberes y límites intrínsecos que configuran la función social de la propiedad del suelo, desde el punto de vista de la ordenación del territorio.”* (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 37/1987). (Resaltado de esta Corte).

Se reconoce así entonces una íntima relación entre el derecho de propiedad y las regulaciones urbanísticas, llegándose a afirmar que “el reconocimiento de la propiedad urbanística no puede entenderse sin la sumisión del derecho al planeamiento urbanístico con todo lo que ello comporta en orden a la delimitación de su contenido; contenido normal de derecho de propiedad que, delimitado por el elemento institucional de la función social, viene dado por los deberes que son inherentes a esta forma de dominio y por los límites que forman parte de su contenido” (Fernández Caballal Almudena, *El Urbanismo Finalista*, Civitas, Madrid, 2002).

La ordenación urbanística como limitación al derecho de propiedad es, por naturaleza, de carácter general, pues su finalidad es el desarrollo armónico de la ciudad, y por ello es consustancial a esta materia la visión integral del espacio. La zonificación es uno de los elementos fundamentales de la planificación urbanística, mediante el cual se le asigna un destino específico a la propiedad inmobiliaria que debe armonizar con el núcleo urbano en el cual se ubica (Rondón de Sansó, Hildegard. “Zonificación y rezonificación en el ámbito de la ordenación urbanística venezolana (a través del análisis del artículo 168 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal)”, en *Revista de Derecho Público* n° 17, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981).

La zonificación se define en efecto como el “sistema en el cual se atribuye un destino específico al suelo, determinándose las condiciones de su utilización.” (Sentencia de fecha 14 de agosto de 1985 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo).

La zonificación es instrumento para la determinación de los usos a los cuales puede ser destinada la propiedad urbana, por ende, da contenido preciso al derecho de propiedad. A través de esta calificación se establecen los aprovechamientos urbanísticos.

La zonificación, que es en esencia planificación del suelo, dado su carácter general, es materia propia de la norma. Ciertamente la determinación de los usos a los cuales puede ser destinada la propiedad urbana se efectúa a través de los Planes. Así lo ha reconocido expresamente tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjera al afirmar que al planeamiento urbanístico le “corresponde determinar los usos permitidos y prohibidos en cada clase de suelo, establecer el contenido propio de los derechos y deberes de sus propietarios y regular el destino y aprovechamiento del suelo”. (Sentencias del Tribunal Supremo Español del 18-03-1992 y 21-01-1997 comentadas por Fernández Carballal, Almudena, *El Régimen Jurídico del Urbanismo en España*, Madrid 2001).

Los planes de desarrollo urbano se encuentran además jerarquizados, y en este sentido, la planificación urbana se realiza mediante el Plan de Desarrollo Urbano Nacional y los Planes de desarrollo Urbano Local, conjuntamente con las ordenanzas urbanísticas.

En este sentido la jurisprudencia ha señalado que “La zonificación es uno de los elementos fundamentales del régimen urbanístico y es por ello que aún cuando la competencia en la materia esté atribuida al Municipio por el artículo 30 de la Constitución; sin embargo al Poder Nacional corresponde, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 136 ordinal 14 ‘el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo’. De allí que al Poder Nacional le corresponda dictar las normas técnicas sobre urbanismo así como establecer los procedimientos de tal índole y coordinar y unificar los existentes. (Sentencia de fecha 14 de agosto de 1985 de esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo).



Ahora bien, el presente caso, por ser anterior a la vigencia del ordenamiento nacional en materia urbanística, se encontraba sujeto a las normas municipales de la materia.

Es así que cuando se dictan estas regulaciones municipales la realidad arroja la preexistencia de desarrollos urbanísticos, cuyas especificaciones habían sido establecidos mediante los permisos correspondientes.

En este sentido, la Ordenanza debió en efecto reconocer esta realidad y lo hizo estableciendo para estos casos la regulación RE, admitiendo que su reglamentación estaba sometida a las especificaciones especiales determinadas a través de los permisos de construcción de urbanizaciones.

Más sin embargo, en criterio de esta Corte, ello no puede considerarse como una habilitación a la Administración para realizar zonificaciones singulares, pues es de la esencia de la noción de la zonificación la generalidad.

En este sentido, comparte la Corte la opinión de la parte apelante en cuanto a que la calificación RE se corresponde con la zona y no con las parcelas que individualmente la integran, más difiere el sentenciador en cuanto a que ello constituye una habilitación en blanco para determinar singularmente los usos del suelo urbano. Ello comporta una contradicción en los términos, pues tanto es general la calificación RE como general debe ser la definición de los destinos permitidos mediante el mecanismo de la zonificación.

Siendo nota característica de la zonificación la generalidad, considera la Corte que la regulación a que se contrae el artículo 182 de la Ordenanza de Zonificación a lo sumo permitió una definición general de los usos de la zona, dando contenido a la calificación RE efectuada en la norma, admitiendo, eso sí, que en las asignaciones específicas realizadas mediante los proyectos del urbanizador se aplicasen las condiciones especiales fijadas en los correspondientes oficios aprobatorios.

Esta es la interpretación correcta de la norma y no, como pretende la parte apelante, la de que esta regulación confiera la posibilidad de legalizar una afectación individual de las parcelas que la integran, pues ello sin duda atentaría contra el derecho de propiedad que la ordenación urbanística precisamente garantiza al concretarse en limitaciones legales que delimitan la función social de la propiedad urbana. Es importante en este aspecto distinguir la calificación del suelo que se realiza mediante la zonificación, de la reservas de terreno para la localización de edificaciones e instalaciones de servicios colectivos que se requieran de acuerdo con los planes de ordenación urbanística. La reserva implica la cesión del terreno así como las garantías para asegurar su cumplimiento.

La Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en efecto regula la figura de la reserva y en este sentido dispone la obligación de la autoridad municipal de exigir la cesión de los terrenos y las garantías correspondientes. En los casos de reservas, sí opera una asignación específica, concreta y exclusiva de un uso particular. Pero este no es el supuesto a que se refiere el caso de autos, toda vez que mediante el oficio aprobatorio del desarrollo urbanístico, lo que se decide es la pertinencia del uso y las especificaciones especiales. Así en el oficio aprobatorio de la Urbanización Colinas del tamanaco, contenido en el oficio n° 1370 de fecha 28 de julio de 1971 se determina como acorde al uso admitido para la parcela en cuestión, la construcción de una Bomba de Gasolina, sin que ello pueda considerarse como una zonificación aislada ni como una reserva.

Por ello en criterio de esta Alzada estuvo en lo correcto la Administración Municipal cuando interpretó mediante la Resolución n° JI-0003/91 que el uso asignado a la parcela en cuestión es el correspondiente a la categoría general que permitió admitir para el caso específico del proyecto originalmente aprobado, el destino de estación de servicio.

Este criterio se corresponde con la noción de generalidad, propia de la zonificación como instrumento de planificación urbana, pues con él se está aplicando varios destinos, con lo cual no desnaturaliza el derecho de propiedad sino que se delimita su contenido, ofreciendo al propietario una gama de posibilidades de disposición, acordes con la planificación integral de la zona.

Por ello, en criterio de esta Corte, la regulación especial que se realiza a través de los oficios aprobatorios de los proyectos de urbanismo es la determinación de limitaciones especiales distintas a las previstas para zonas similares en la Ordenanza, como reza el artículo 182 y en ningún caso debe interpretarse como la posibilidad de realizar afectaciones absolutas mediante la atribución de usos exclusivos, lo cual sí comporta una zonificación aislada y, como tal, contraria a la noción de integralidad de la ordenación urbanística.

En este sentido, el oficio aprobatorio lo que puede establecer es condiciones especiales distintas a las correspondientes a los usos generales previstos en las distintas categorías contempladas en norma, esto es, la Ordenanza de Zonificación (Residencial, Comercial, etc), para el caso de que se proyecte en concreto en el planteamiento del Urbanizador una determinada categoría de los usos permitidos.

Así, en el oficio aprobatorio de la Urbanización Colinas de Tamanaco, ocurre con la proyección del Urbanizador respecto a la opción de estación de servicio, acorde al uso (C-2), cuando se establece que en ese supuesto específico deberá respetarse el área de ubicación establecida así como las demás especificaciones allí contenidas, distintas a las previstas en la Ordenanza para la zonificación C2.

Este es el sentido del artículo 182 cuando dispone que “Las zonas R-E son aquellas sometidas a reglamentos especiales dictados por el Concejo Municipal y también aquellas urbanizaciones cuyos permisos de construcción fueron otorgados estableciendo normas especiales o distintas a las previstas para zonas similares en esta Ordenanza.”(Resaltado de esta Corte).

La norma no permite, en ningún caso, por ser ello contrario a la noción de la zonificación como mecanismo de ordenación urbanística, que el Municipio, a través de su autoridad administrativa y de actos concretos, asigne usos exclusivos, pues ello sí configuraría una zonificación aislada.

En este sentido, la norma que prohíbe la rezonificación aislada persigue evitar, precisamente, el cambio de uso de una zona que comporte modificaciones singulares.

Al respecto, la jurisprudencia ha precisado que la prohibición de rezonificación aislada lo que impide es que se haga “un cambio de zonificación relativo a una parcela o para un caso o situación específico. Para este tipo de objetivos aislados no existe posibilidad alguna de rezonificación. De allí que, un lote de terreno por ejemplo, calificado por la ordenanza correspondiente, no podrá variar su destino por ninguna razón, a menos que éste vaya unido al del sector en el cual se ubica.” (Sentencia de fecha 14 de agosto de 1985 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo).

En esta prohibición está pues presente la idea de integralidad, reafirmando que lo vedado es la asignación de destinos aislados, supuesto que no se compadece con el contenido de la Resolución n° JI-0003/91, en la cual lo que se determina es que la parcela en cuestión, proyectada para estación de servicio, se corresponde al uso que en la zonificación incluye este destino. Pretender que la planificación del urbanizador configura una afectación perpetua al uso específico y singularizado en el proyecto es pretender conferir a este particular potestades que ni siquiera la autoridad podría realizar mediante actos normativos.

Ciertamente, la planificación urbanística delimita el contenido del derecho de propiedad al vincularlo al destino fijado en los planes (artículo 53 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística), y esta delimitación está reservada, como restricción que es, a la norma. Se trata de establecer una ordenación del crecimiento y desarrollo urbano. Como indica Fiorini, estas restricciones tienen por esencia la generalidad; “la zonificación establece distintas cargas y prohibiciones para cada sector zonal.” (Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 126, 1997). Es así inconcebible que la zonificación se entienda como una afectación concreta y específica a un uso exclusivo.

El carácter general e integral de la planificación urbana es cuestión no debatida, pues atañe a la naturaleza de la actividad planificadora y a la esencia de la actividad limitativa de derechos fundamentales. Así la doctrina precisa que el urbanismo tiene un carácter integral, pues “No debe olvidarse que el urbanismo tiene por objeto la ordenación del territorio en su totalidad, incidiendo de este modo sobre el conjunto de las actividades sociales y económicas que operan en el mismo.” (Pérez Fernández, José Manuel, “La Ordenación espacial del equipamiento comercial: la planificación comercial. Planificación urbanística”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 2717).

De igual manera afirma el autor español Estévez Goytre -al analizar la naturaleza jurídica de los Planes Urbanísticos- que se trata de un “conjunto de normas limitadoras de derechos y deberes de los propietarios de los predios” que son “de carácter general y obligatorio” (Estévez Goytre, Ricardo, “El Urbanismo y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Estudio Jurisprudencial, en *Revista Española de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Marzo 2004).

En este sentido, cuando la autoridad municipal señala en la Resolución n° JI-0003/91 que las parcelas colindantes a la n° 149 propiedad de la recurrente proyectada por el Urbanizador para Centro Comercial corresponde a la zonificación C1, conforme a los usos de la Ordenanza de Zonificación y que la n° 149, proyectada por el Urbanizador para Estación de Servicio, corresponde a los usos de la zonificación C2, está respetando el criterio de integridad y generalidad de la planificación urbana, aplicando al caso concreto la norma general y en modo alguno desconociéndola o modificándola. No se altera con ello los elementos de la zonificación, sino que se impone la aplicación de los elementos previstos en el acto normativo.

Así como, según sostiene la representación municipal, la reglamentación RE corresponde a la zona, esta Corte considera que la zonificación corresponde a categorías generales, pues la determinación de un único uso no es delimitación del derecho de propiedad sino una afectación total equiparable a la reserva, y como tal sujeta a cesión o en todo caso a compensación patrimonial.

En este sentido, el artículo 182 de la Ordenanza de Zonificación define como zonas RE “aquellas sometidas a reglamentos especiales dictados por el Concejo Municipal y también aquellas urbanizaciones cuyos permisos de construcción fueron otorgados estableciendo normas especiales o distintas a las previstas para zonas similares en esta Ordenanza.” Esta norma está simplemente reconociendo una situación fáctica, y calificando como RE estas urbanizaciones, las cuales deberán regularse, ahora, bajo el ordenamiento urbanístico, a través de planes especiales. Por lo anteriormente expuesto, considera esta Alzada que la Resolución n° JI-0003/91, no produjo cambio de zonificación alguno, y por ende, no violó el artículo 46 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística y así se declara.

Por otra parte denuncia la apelante el vicio de incompetencia del Ejecutivo Municipal para dictar la Resolución n° JI-0003/91, pues estima que el oficio de reglamentación especial n° 1370 del 28 de julio de 1971 “fue recogido por la Ordenanza de Zonificación del Distrito Sucre, según consta de los dispuesto en los artículos 2 y 182.”

La posibilidad de equiparar al rango normativo legal un acto administrativo particular es un planteamiento que contradice los más elementales principios jurídicos.

Aún bajo los postulados de la escuela Vienesca, según los cuales toda actividad del Estado es creadora del orden jurídico, la actividad administrativa se ubica en grado inferior a la legislación, pues es necesariamente ejecución de ésta. En efecto, el acto administrativo constituye la manifestación de la función estatal administrativa que difiere sustancialmente de la función legislativa, de la cual forma parte la ley. Tal y como advierte el autor Garrido Falla la primera contiene la autoridad del Estado y se agota en la ejecución y la acción de la legislación. Es ese, precisamente, el contenido fundamental del principio de legalidad administrativa como postulado esencial del Estado de Derecho, que supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del poder legislativo (Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, Decimotercera Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002).

Por tanto, en criterio de esta Corte, la mera alegación de que la actuación administrativa se integra en la norma legal adquiriendo tal rango debe desestimarse por ser contraria a elementales principios de derecho.

Pero en adición a lo anterior, observa la Corte que este planteamiento pretende fundamentarse en los artículos 2 y 182 de la Ordenanza de Zonificación. Y al respecto es menester precisar que las normas invocadas en modo alguno permiten sostener que las especificaciones contenidas en los oficios de aprobación de los proyectos de urbanizaciones puedan equipararse a actos normativos del mismo rango al instrumento que las contiene.

El artículo 2 de la Ordenanza de Zonificación dispone:

A los efectos del cumplimiento de la presente Ordenanza se elaborará un mapa de zonificación en el cual se establecerán los límites de las distintas zonas. Una vez aprobado por el Concejo Municipal, formará parte de la presente Ordenanza y será de obligatorio cumplimiento.

El artículo 2, como su texto literalmente lo indica, se refiere al mapa de zonificación, aprobado por el órgano legislativo municipal. Se contempla así la posibilidad de desarrollo por actos de igual rango de la referida Ordenanza de Zonificación, lo cual no puede extenderse a actos dictados por las autoridades ejecutivas municipales.

Por su parte el tantas veces citado artículo 182 tampoco es base para pretender dar fundamento a este argumento carente de sustentación jurídica, pues el mismo lo único que dispone es que forman parte de las zonas RE aquellas urbanizaciones cuyos permisos de construcción fueron otorgados estableciendo normas especiales o distintas a las previstas para zonas similares en esta Ordenanza, más en ningún caso convierte en ley local tales especificaciones.

Y es que especialmente resulta todo un contrasentido esta argumentación cuando tales actos administrativos carecen de contenido normativo, y por ello, es inadmisibles el calificativo de ley material que pretende endilgársele.

La Resolución n° JI-0003/91 no viola principio de competencia alguna, pues aplica, como corresponde a la autoridad administrativa, la ley, esto es, la Ordenanza de Zonificación, al precisar, mediante criterios de interpretación, que la zonificación RE de la zona en la que se ubica la parcela n° 149, por virtud de lo dispuesto en el artículo 182 de la Ordenanza, y en atención al uso aprobado en el oficio n° 1370 relativo al proyecto de parcelamiento de la Urbanización, corresponde a la categoría C2 y como tal las variables urbanas fundamentales deben definirse de acuerdo a las regulaciones de dicho uso, definidas en las normas ordinarias o especiales dictadas por la autoridad municipal. Así se declara.

Observa además esta Corte que el Municipio está en la obligación de dictar las regulaciones urbanísticas especiales en atención a la consideración de la zona como RE y no limitarse, ante su inactividad, a pretender mantener un congelamiento de la propiedad inmobiliaria por virtud de las aprobaciones específicas de los proyectos de los particulares urbanizadores. Tal situación sólo puede obtenerse mediante la afectación concreta de la reserva y la correspondiente cesión o expropiación.

Habiéndose determinado que la Resolución n° JI-0003/91 no configuró cambio alguno de la zonificación asignada a la zona ni estaba viciada de incompetencia manifiesta, la misma resulta válida y válidos los actos de otorgamiento de constancia de cumplimiento de variables urbanas sobre las base de las cuales la recurrente realizó edificaciones en la parcela n° 149, conformes a los usos de la zonificación C-2, tal y como lo decidió el *a quo* en la sentencia apelada. Así se decide.

*Voto Salvado de la Juez Trina Omaira Zurita*

Visto el contenido del fallo que precede, quien suscribe la jueza Trina Omaira Zurita, forzosamente se aparte del criterio y de las decisiones resultantes del mismo, con fundamento en las consideraciones que de seguida pasa a exponer:

PUNTO PREVIO

(Marco teórico conceptual)

La ordenación territorial entendida no sólo como la regulación de las construcciones urbanas, sino en general como la disciplina de los asentamientos humanos, visión que comprende el suelo urbano que hay que consolidar, rehabilitar o conservar; el suelo que se debe urbanizar, el régimen del llamado “suelo rustico”, puede ser definida como la expresión espacial de la política económica, social y ambiental de toda sociedad y supone una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio y sobre todo la calidad de vida del hombre.

Ordenación territorial que se conecta directamente con la ordenación urbanística, es decir, el desarrollo de la actividad pública en el campo del urbanismo, la cual según el Maestro Antonio Moles Caubet, se ha desarrollado en dos etapas, correspondientes a dos concepciones distintas: en la primera, la función urbanística “se limitaba al encauzamiento de la construcción”, en cuanto esto implicaba el ejercicio de un derecho privado, el “*jus aedificandi*”; la segunda, corresponde al momento en el cual la función urbanística se vincula a “...dos determinantes: una la planificación y la otra el régimen del suelo que afecta al acondicionamiento de su uso, lo cual constituye una vinculación de la propiedad. Pero ello, por tratarse de una materia propia de la reserva legal, sólo es posible mediante la ley formal...” (Moles Caubet, Antonio, “Planificación y Zonificación en el Área Metropolitana de Caracas”, *RDP* n° 5, 1981).

Ordenación urbanística que por su parte se relaciona con la planificación urbanística igual que el género a la especie, derivando ésta última en la zonificación, como uno de los elementos esenciales de aquélla (la planificación), por cuanto a través de ella -de la zonificación- se le asigna un destino específico a la propiedad inmobiliaria que se armoniza con el de todo un núcleo urbano en el cual se ubica. Supone pues, la zonificación urbanística, un proceso previo de calificación del suelo, de acuerdo con el fin señalado y de clasificación o discriminación del mismo, de conformidad con las condiciones precedentemente determinadas por la calificación. De allí, que la zonificación es un concepto que se puede definir e identificar por su finalidad que es, como se señaló, la tipificación del suelo, de acuerdo con su objetivo urbanístico. Otra definición valedera es la que en sentido instrumental nos la revela como la técnica de identificación de las diferentes divisiones del suelo. Se puede igualmente definir

tal noción mediante su aspecto dinámico, aludiendo al proceso que tiende a la determinación de los usos atribuidos al suelo y, finalmente, puede entenderse institucionalmente como el sistema que permite determinar el objetivo asignado a determinadas porciones de territorio municipal, atendiendo a la división que del mismo se efectúa en fracciones que dependen de los usos que a cada una de ellas le son atribuidos. (Negrillas de la disidente), es en esta última acepción que debe ser entendida la zonificación en el caso *sub examine*.

La zonificación, cualquiera sea el sistema que se adopte, se presenta como algo más que una simple demarcación del suelo. De allí que se afirme que la zonificación -demarcada en zonas- se define por el objeto, el destinatario y los efectos jurídicos, comprendiendo dicha noción dos componentes diferenciados pero conexos: "... a) La determinación del uso que deberá darse a las diversas porciones del territorio zonificado, lo cual se denomina técnicamente zonificación funcional; y b) Las características que en cada una de tales porciones deberá tener la construcción, a lo que se denomina técnicamente zonificación arquitectónica..." (Moles Caubet, A., trabajo citado); siendo la zonificación funcional un elemento constitutivo del Plan de Desarrollo Urbano y que "... ha de establecerse, por tanto, en el mismo acto administrativo que la configura jurídicamente confiriéndole legitimidad. Es ello evidente porque, implicando la zonificación una limitación a la propiedad y otros derechos reales, únicamente puede dimanar de un acto que, como el Plan de Desarrollo Urbano, se forma y modifica con las garantías de un procedimiento que permite la intervención de los interesados (fase de información pública)..." (Moles Caubet, Antonio: *op.cit.*).

Desde su perspectiva jurídica, la zonificación nos presenta las siguientes notas esenciales en nuestro sistema:

a. Constituye una potestad que, en el área urbanística, se le acuerda a la autoridad municipal.

b. Tal potestad ha de ejercerse mediante ordenanzas que, según la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal y la actual Ley Orgánica del Poder Público Municipal, son actos dictados por el Concejo Municipal respectivo.

c. El objeto de las ordenanzas es determinar el uso y las características que las construcciones deberán presentar en las diferentes zonas, lo cual ha de estar fundado a su vez, en una norma que establezca los planes generales de la ordenación urbana.

d. El fin perseguido por la zonificación es el de salvaguardar las condiciones de salubridad, seguridad, higiene, estética y de funcionalidad de las edificaciones.

Analizado como potestad pública a nivel municipal, el poder de establecer los usos del terreno, se presenta como una atribución del ente público, que ha de ejercerse frente a los particulares quienes se colocan en situación de subordinación frente al Municipio, por cuanto este poder actúa en forma vinculante y con carácter autoritario. Tales condiciones revelan elocuentemente que ha sido modificada la filosofía de "*ius aedificandi*". En efecto, el fundamento ideológico del sistema urbanístico es la transformación de la propiedad del suelo en una función pública, lo cual se evidencia en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, al establecerse:

*"Se declara de utilidad pública y de interés social todo lo concerniente a la ejecución de los planes de ordenación urbanística..."*

Hechas las precisiones anteriores, la jueza disidente pasa de inmediato a exponer las razones que la llevan a apartarse de la mayoría sentenciadora en la presente decisión, para lo cual y a los fines de una mejor inteligencia de lo expuesto se tratarán por separado: (i) el cambio de zonificación aislada; (ii) la declaratoria de nulidad de los actos de efectos particulares recurridos; y (iii) el daño consecuencia de la presunta responsabilidad de la Administración Municipal.

## (i) EL CAMBIO AISLADO DE ZONIFICACIÓN:

La mayoría sentenciadora en el cuerpo del presente fallo afirma:

“(…)Este criterio se corresponde con la noción de generalidad, propia de la zonificación como instrumento de planificación urbana, pues con él se está aplicando varios destinos, con lo cual no desnaturaliza el derecho de propiedad sino que se delimita su contenido, ofreciendo al propietario una gama de posibilidades de disposición, acordes con la planificación integral de la zona (…)”

“(…) Pretender que la planificación del urbanizador configura una afectación perpetua al uso específico y singularizado en el proyecto es pretender conferir a este particular potestades que ni siquiera la autoridad podría realizar mediante actos normativos (…)”

“(…) Es así inconcebible que la zonificación se entienda como una afectación concreta y específica a un uso exclusivo (…)”.

Ante tales afirmaciones, se impone observar que tal como lo afirma el Maestro Moles Caubet (citado *ut supra*), la zonificación -demarkada en zonas- tiene efectos jurídicos; concretamente, la zonificación funcional, una vez establecida en el Plan de Desarrollo Urbano adquiere la legitimidad que le confiere el hecho de estar contenida o ser parte de un acto administrativo que goza de una presunción de legalidad y de legitimidad e implica -como quedó dicho- una limitación de la propiedad y otros derechos reales (El artículo 99 de la Constitución del 61, establecía claramente que en virtud de su función social “la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”); por lo que no entiende la jueza disidente como pueda afirmarse categóricamente que resulta “inconcebible que la zonificación se entienda como una afectación concreta y específica a un uso exclusivo”, tratándose, como se trata de una zonificación funcional, entendida en los términos *supra* expuestos.

Por otra parte, se observa que la urbanización Colinas del Tamanaco quedó zonificada como zona con Reglamentación Especial (RE), según el plano de zonificación anexo al acuerdo n° 25 de fecha 15 de septiembre de 1966 y las Variables Urbanas Fundamentales correspondientes a la parcela n° 149, quedaron aprobadas en el Oficio n° 1370 del 28 de julio de 1971, suscrito por el Director de Ingeniería Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda, en la época en la cual el Concejo Municipal de dicho Distrito concentraba funciones legislativas y ejecutivas.

Importa precisar en este punto, que la expresión zona con Reglamentación Especial (RE), corresponde a una zonificación no desarrollada dentro de la Ordenanza, por lo que debe ser sometida a reglamentación especial por parte del Concejo Municipal (o Cámara Municipal), órgano legislativo del Municipio, competente para establecer las condiciones de desarrollo de los urbanismos, y que las Variables Urbanas Fundamentales (VUF), son normas de carácter general que fijan las variables necesarias y básicas para acometer un desarrollo habitacional o comercial en áreas urbanas.

Afirma también la mayoría sentenciadora que el artículo 182 de la “Ordenanza de Zonificación”, “(…) *esta simplemente reconociendo una situación fáctica y calificando como RE estas urbanizaciones, las cuales debían regularse, ahora bajo el ordenamiento urbanístico, a través de planes especiales (…)*”.

Agrega más adelante “...Siendo nota característica de la zonificación la generalidad, considera la Corte que la regulación a que se contrae el artículo 182 de la Ordenanza de Zonificación a lo sumo permitió una definición general de los usos de la zona, dando contenido a la calificación RE efectuada en la norma, admitiendo, eso sí, que en las asignaciones específicas realizadas mediante los proyectos del urbanizador se aplicasen las condiciones especiales fijadas en los correspondientes oficios aprobatorios...”

Como punto previo deben precisarse el contenido de los conceptos Reglamentos Especiales y Planes Espaciales: los primeros corresponden a aquellos reglamentos (vinculados a la clasificación "Zonas RE"), dictados por el Concejo Municipal en ejercicio de las facultades que en materia de desarrollo urbanístico le otorga la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal; mientras que los segundos - los Planes Especiales- tal como los define el artículo 49 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, están referidos a "(...)la ordenación, creación, defensa o mejoramiento de algún sector particular de la ciudad (o centro poblado) ...", privando en este caso "(...) el criterio formal en el sentido de que cualquier sector puede ser objeto de un plan especial siempre, desde luego, que dicho plan no signifique una radical transformación de las características del sector porque en ese caso sería necesario modificar los planes jerárquicamente superiores (...)" "(...) Desde el punto de vista material, los planes especiales pueden tener por objeto la preservación y conservación de ciertas áreas o sectores, por razones históricas, arquitectónicas, artísticas o ambientales; el acondicionamiento de zonas de interés turístico o paisajístico, así como el desarrollo de programas de urbanismo progresivo o el control urbano de determinados asentamientos..." (Garrido Rovira, Juan, *La Ordenación Urbanística*, p. 25, Edit. Arte, 1988).

Precisado lo anterior, se observa que el artículo 182 de la "Ordenanza de Zonificación del Municipio Autónomo de Sucre, dictada en el año 1992, así como la dictada el 16 de febrero de 1978, establecen en idénticos términos lo siguiente:

Art. 182: Las zonas R-E son aquellas sometidas a reglamentos especiales dictados por el Concejo Municipal y también aquellas urbanizaciones cuyos permisos de construcción fueron otorgados estableciendo normas especiales o distintas a las previstas para zonas similares en esta ordenanza.

Los permisos de edificación y la zonificación se regirán para tales zonas, por lo prescrito en los mencionados reglamentos especiales o permisos de construcción de urbanizaciones según el caso.

Se infiere de la norma transcrita que dentro de la categoría "Zonas R-E", se contemplan dos (2) subcategorías distintas: 1) Las Zonas R-E sujetas o sometidas a los Reglamentos Especiales dictados por el Concejo Municipal, en ejercicio de las competencias que le son propias; y 2) Las Zonas R-E sujetas a normas especiales o distintas a las establecidas en la Ordenanza de Zonificación, pero que están contenidas en los permisos de construcción, tal como lo señala más adelante el legislador municipal en el único aparte de la norma en comentario.

"Los permisos de edificación y la zonificación se regirán, para tales zonas, por lo prescrito en los mencionados reglamentos especiales o permisos de construcción de urbanizaciones, según el caso."

Esto es así, en razón de que antes del 19 de agosto de 1972 (fecha de entrada en vigencia de la "Ordenanza sobre la Ordenación Urbana), los municipios tenían facultad para otorgar permisos de construcción y por vía de consecuencia las zonificaciones individuales (V., al respecto: Torrealba Narváez, Luís, "La Planificación Urbana Local y sus Principales Problemas Jurídicos Actuales en Venezuela", en *RDP* n° 4, 1980, p. 55 y ss.); fijándose las condiciones de desarrollo a través de la concertación entre el propietario, el profesional responsable de la obra y la autoridad municipal. Concertación que se materializaba en un permiso o especie de cartilla particular del urbanismo a desarrollar, el cual como todo urbanismo debía tener una variedad de usos que satisfagan la demanda de la población a servir, lo que explica que determinadas parcelas, por ejemplo, quedaran establecidas con el uso multifamiliar con densidades netas variadas, otras con uso unifamiliar, bifamiliar -entre otros usos- y a cuyos habitantes habría que garantizarles los servicios de carácter comunal entre los cuales se encuentran los comerciales, asistenciales, recreacionales, deportivos y de servicio, por lo que asignarle dentro de un desarrollo a una parcela determinada el uso de, asistencial, educacio-



nal, o de bomba de gasolina, no puede ser interpretado como una limitación extrema de la propiedad, ni desnaturaliza tal derecho, por cuanto su uso surgió de las necesidades colectivas del sector y de la cantidad de población a servir; por lo que la eliminación de un uso asignado, introduce desequilibrio en la zona y la sustitución de esta por nuevos y distintos usos, constituye una invasión de usos que deteriora el equilibrio que debe existir en el desarrollo urbano y el cual se supone se debe garantizar con los Planes de Desarrollo Urbano.

En cuanto al cambio de zonificación aislada en el cual habría incurrido la autoridad administrativa municipal al dictar la Resolución n° JI-003/91 de 17 de mayo de 1991, se observa que el Artículo 46 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, al regular las modificaciones o reformas a los planes de desarrollo urbano local, establece de manera categórica que:

“1.- En ningún caso se permitirán cambios de zonificación aisladas o singularmente propuestos. Todo cambio de zonificación debe ser integral o formar parte de algún plan sectorial.”

Declarando el artículo 113 *eiusdem* la nulidad absoluta de “los actos generales o particulares que consagren cambios de zonificación aislada o singularmente propuestos”, estableciendo en consecuencia sanción de multa de hasta diez (10) veces la remuneración mensual, a los concejales y demás funcionarios municipales que hubieren aprobado dichos cambios. Todo sin perjuicio de la responsabilidad individual civil o penal a que hubiere lugar.

Entiende quien disiente que la intención del legislador es impedir los cambios de zonificación aisladas o singularmente propuesto (como sería el caso que nos ocupa), por cuanto esto -entre otros- es contrario a la búsqueda de un desarrollo equilibrado de las regiones y de las localidades, fin último perseguido a través de la ordenación urbanística y territorial.

De manera que la prohibición absoluta de levantar una nueva zonificación o lo que comúnmente es denominado “re zonificación”, recae sobre los cambios que se presentan aislados o singulares, es decir, aquéllos que no se presentan de forma integral o formando parte de un plan integral. Con este tipo de disposiciones normativas, se pretende evitar algo que es común en nuestro medio urbano, y es la transformación de la fisonomía urbanística de un sector con la presencia de construcciones que constituyen excepciones a la naturaleza o destino del mismo, aceptadas o consentidas por las autoridades y que cambian la fisonomía general de la zona.

Si se analizan los requisitos esenciales de los planes de urbanismo de los cuales, la zonificación constituye la máxima concreción, es decir, el más particularizado de todos, se aprecia que es en esta prohibición absoluta donde se pone de relieve el carácter estricto que posee la normativa urbanística. En efecto, la doctrina indica como tales requisitos esenciales a la Obligatoriedad, que ha de entenderse en el sentido de que, hasta tanto no sean modificados los Planes (Generales o Particularizados), los mismos tienen el valor de disposiciones objetivas (así lo ha establecido la Casación italiana) y, en consecuencia, deben ser aplicados rigurosamente, tanto por los administrados como por los entes públicos, incluso por las autoridades que han concurrido a elaborarlos y que no pueden alejarse de ellos sin incurrir en graves ilegitimidades, aún cuando un evidente beneficio pueda derivar para la comunidad. Deriva igualmente de tal carácter el hecho de que las prescripciones contenidas en los Planes no pueden considerarse derogadas por falta de uso. Otro de los requisitos es la Publicidad que ha de entenderse en el sentido de que su contenido ha de ser llevado al conocimiento de los ciudadanos en todos sus detalles, incluso durante las fases de su aprobación, razón por la cual los procedimientos administrativos en esta materia tienden a establecer la participación de la comunidad.

Finalmente, el requisito que alude directamente a la prohibición que se expusiera, es la Estabilidad, que debe entenderse en el sentido de que los planes urbanísticos pueden ser modificados sólo cuando exigencias públicas de gran importancia así lo requieran, debiendo ser adoptados los cambios sólo mediante el cumplimiento de las mismas formalidades establecidas para los planes originales.

Es en base al antes señalado principio de estabilidad se sostiene que la rezonificación aislada no es posible, ya que tal situación particular no puede encajar en la noción señalada de “exigencia de notable importancia”, aludida anteriormente; y por otra parte, sería contraproducente desde el punto de vista del orden urbano, modificar toda una ordenanza para que varíe el destino de una simple parcela. En relación con esto último, un acontecer de tal índole implicaría una regulación “singular” que es contraria a la naturaleza general de los planes urbanísticos.

Dentro de este mismo orden de ideas, en el caso concreto, se precisa si la zonificación funcional implica la determinación del uso que deberá dársele a la parcela, habiéndose asignado a la Parcela n° 149 un uso para “bomba de gasolina” y como consecuencia de la interpretación contenida en la Resolución n° JI-003/91 de 17 de mayo de 1991, suscrita por la Alcaldesa del Municipio Baruta para la fecha, se construye un Centro Profesional en lugar de una bomba de gasolina, es evidente que se produjo un cambio de zonificación aislada, no sólo porque se sacó a la parcela n° 149 de la clasificación otorgada a la Urbanización en el Acuerdo n° 25 y en los planos de zonificación de dicha Urbanización, sino que se le cambió además el uso.

A lo cual habría que agregar que, tal como lo afirma el Maestro Moles Caubet en el trabajo citado anteriormente, la zonificación tiene por únicos destinatarios a los propietarios de los inmuebles objeto de la misma, los cuales resultan obligados a destinar sus inmuebles al uso fijado y a someter las correspondientes construcciones a las normas que las regulan; por lo que, firme el acto de asignación del uso “... *éste produce una situación consolidada generadora de derechos subjetivos que han de ser respetados ...*”.

El oficio aprobatorio del Reglamento Especial para la Urbanización Colinas del Tamanaco esta fechado 28 de julio de 1971, (*Vid.* Folios 102 al 112) y no es sino hasta el 7 de octubre de 1998 cuando con motivo de un recurso de nulidad interpuesto por la Asociación de Propietarios y Residentes de la urbanización Colinas del Tamanaco, la Alcaldesa del Municipio Baruta del Estado Miranda dio inicio a un procedimiento administrativo de revisión destinado a determinar si se había o no configurado un cambio de zonificación aislado y es en el año 1998, cuando se presenta ante la Alcaldía de Baruta la solicitud de Obra Nueva por parte del recurrente, aproximadamente diecisiete (17) años después de haber aprobado el uso otorgado a la parcela, tiempo suficiente para que haya quedado firme la asignación del uso y se haya consolidado la situación, tal como lo afirma el Maestro Moles Caubet.

#### ii) LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LOS ACTOS DE EFECTOS PARTICULARES RECURRIDOS.

Para la fecha de entrada en vigencia de la “Ordenanza de Zonificación” (Año 1972), conforme a la “Ordenanza sobre Ordenación Urbana del Área Metropolitana de Caracas y su Zona de Influencia (G.M. n° 13.804 DE 19/8/1972), el ejercicio de la autoridad urbana municipal en el Distrito Sucre del Estado Miranda, correspondía al Concejo Municipal; a la Comisión Metropolitana de Urbanismo; a la Oficina de Planeamiento Urbano y/o a las Ingenierías Municipales o su equivalente dentro del ordenamiento jurídico de las Municipalidades integradas. Luego con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, el legislador otorgó a los Concejos Municipales competencia para aprobar los planes de desarrollo urbano local; por lo que al tramitar la Alcaldesa del Municipio Baruta del Estado Miranda, el recurso de apelación ejercido contra el Oficio n° 4180 fechado 27 de agosto de 1989, en la forma como lo hizo, asumiendo competencias que no le estaban atribuidas expresamente en la Ordenanza de Zonificación, incurrió en usurpación de funciones, por tanto en un vicio de incompetencia manifiesta; máxime cuando el artículo 5 de dicha Ordenanza, la cual fue dictada el 16 de febrero de 1978, por tanto aplicable *rationae temporis*, es claro al establecer que:

Las urbanizaciones existentes, así como las que proyecten, después de entrar en vigencia la presente Ordenanza, deberán ajustarse tanto a las disposiciones contenidas en la Ordenanza sobre Arquitectura, Urbanismo y Construcciones en General, como a las normas y preceptos especiales que se consagran en la presente Ordenanza. En lo que respecta a las existentes, la disposición se refiere a los espacios aún no construidos, a los usos, reconstrucciones y modificaciones de las edificaciones ya construidas.

En la parcela n° 149, según consta en autos, la obra fue iniciada en el año 1998, por lo que para la fecha en que se dicta la Ordenanza (1972), la parcela entraba en la categoría de “espacios aún no construidos”, siéndole en consecuencia aplicable las disposiciones contenidas en la mencionada Ordenanza.

Por su parte el artículo 242 de la misma Ordenanza al aprobar las hojas 1,2,3, y 4 del Mapa de Zonificación, encarga a la Ingeniería Municipal de preparar el resto de hojas del referido Mapa, hasta cubrir el área total del Distrito Sucre a las cuales el Concejo Municipal le iría dando la sanción legal correspondiente a medida que hubieren sido presentadas y establece que en tanto este procedimiento se realice, el área del Distrito no comprendida dentro de las hojas del Mapa de Zonificación aprobadas, estarán regidas “... en cuanto a zonificación por los siguientes puntos: a) Las urbanizaciones ya aprobadas, por los planos de zonificación aprobados en el respectivo permiso de construcción”, con lo cual entiende la jueza disidente se legitimó dichas zonificaciones.

Siendo esto así, habiendo sido aprobada en el Plano de Zonificación anexo al Acuerdo N° 25 del 15 de septiembre de 1966, la Urbanización Colinas del Tamanaco como Zona de Reglamentación Especial (R-E) y habiéndole sido otorgado a la parcela n° 149 el uso específico de bomba de gasolina, obviamente que la Alcaldesa del Municipio Baruta al recibir el recurso de de reconsideración interpuesto contra el Oficio n° 1622 de 25 de abril de 1989, debió asumir la conducta del “buen profesional” y tramitar dicho recurso ante la Cámara Municipal, de manera que ésta en uso de las competencias atribuidas en la materia, resolviera lo conducente o al límite remitir el recurso a la Ingeniería Municipal a objeto de que previo el estudio técnico pertinente, esta Dirección habilitada como estaba por la Ordenanza, lo tramitara ante la Cámara Municipal.

De allí que la funcionaria al no seguir el *iter procedimental* que se imponía, no obstante el presunto vacío legal, disponiendo discrecionalmente (facultad discrecional que por lo demás no consta en autos) que la zonificación para dicha parcela era la correspondiente al artículo 125 de la Ordenanza de Zonificación vigente para la fecha, es decir C-2 (comercio vecinal), incurrió en usurpación de funciones y violó los principios de jerarquía de los actos administrativos y paralelismo de las formas, al resolver la aclaratoria de un Acuerdo dictado por el Concejo Municipal (Acuerdo n° 25), sobre una materia, como la urbanística, cuya competencia esta atribuida al Concejo Municipal (entiéndase Cámara Municipal) y respecto a la cual sólo le correspondía de conformidad con el artículo 74, numeral 8 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal (G.O. N° 4109 de 15 de junio de 1989) “*Elaborar y disponer la ejecución de los planes del desarrollo urbano local, sancionados por el Concejo o Cabildo*”.

Es más, en Oficio n° 1370 de 28 de julio de 1971, interpretado por la funcionaria municipal, con motivo del recurso interpuesto, lo que se establece es que: 1) Que la solicitud n° 1603 había sido aprobada y que quedaba sujeta a las condiciones allí expuestas; 2) Que en cuanto a la construcción a edificarse como centro comercial “esta deberá estudiarse sobre las seis (6) parcelas como proyecto de conjunto y la notificación será posterior”; 3) Que en ese centro comercial “sólo podrán establecerse los usos que se especifican en la Ordenanza de Zonificación vigente bajo la reglamentación C-1 Comercio Local”; y 4) Que “la parcela 149 con un área de 1.760 m<sup>2</sup> será destinada a Estación de Servicios y Bomba de Gasolina” (“...)

Deberá estudiarse el proyecto cumpliendo todas las normas de seguridad específicas sobre la materia y obtener la aprobación de la Gobernación del Estado y del Cuerpo de Bomberos (...)" .

Contrariamente a lo declarado por la mayoría sentenciadora en el presente fallo y en atención a las precedentes consideraciones, quien disiente, considera que la Alcaldesa del Municipio Baruta del Estado Miranda, al incurrir en los vicios de usurpación de funciones e incompetencia, vicio de nulidad absoluta la Resolución n° JI-003/91 del 17 de mayo de 1991 e infringió el artículo 46 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística al haber acordado un cambio de zonificación aislada, sin seguir el procedimiento establecido en los instrumentos legales que regulan la materia, entendiéndose Ordenanza sobre Zonificación y Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en sus partes pertinentes.

Siendo lo anterior así, actuó ajustada a derecho la Alcaldesa del Municipio Baruta del Estado Miranda al revocar mediante Oficio 00570 de 16 de marzo de 2000, la Resolución n° JI-0003/91 de 17 de mayo de 1991, así como los Oficios n° 1191, 1132 y 924 fechados 9 de agosto de 1991 el primero y 4 de septiembre y 26 de agosto de 1996, los segundos.

Observándose en relación a dicha decisión que la más importante de la manifestación de autotutela de la Administración, es la potestad revocatoria de la Administración, es decir, la potestad de extinguir sus actos en sede administrativa; potestad regulada por el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), conforme al cual:

Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico.

De la anterior disposición se desprende claramente que los actos administrativos pueden ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, sea por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, sea por el superior jerárquico, siempre que no originen derechos subjetivos e intereses legítimos, personales y directos para un particular.

En relación a la parte in fine de la norma transcrita, se observa que el artículo 19, Ordinal 2°, *eiusdem*, relativo a los vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos, destaca que son nulos de nulidad absoluta aquellos actos que resuelvan asuntos precedentemente decididos con carácter definitivo y que hayan creado derechos a favor de los particulares, salvo autorización expresa de la Ley, es decir, que se requiere regulación expresa de la Ley especial para declarar la nulidad de aquellos actos que hayan creado derechos subjetivos, caso contrario, rige el principio general absoluto conforme al cual: no pueden ser objeto de revocatoria los actos administrativos creadores de derechos subjetivos a favor de los particulares. A este respecto cabe señalar que nuestro Máximo Tribunal en Sala Político-Administrativa (Sentencia de 13-7-2004), ratificó el criterio jurisprudencial que venía sosteniendo la extinta Corte Suprema de Justicia (*V., Caso Despacho Los Teques, C.A. vs. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Renovables* 26-7-1984), en relación a la potestad de autotutela de la Administración:

"(...) Así también, desde hace bastante tiempo reconoció la jurisprudencia de esta Corte la existencia de la llamada potestad de autotutela de la Administración Pública, según la cual pueden y deben los órganos competentes que la integran revocar de oficio, en cualquier momento, aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentren afectados de nulidad absoluta; sin perjuicio de que también pueden hacerlo con respecto a aquellos actos suyos viciados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos. Tal potestad ha sido reconocida como un atributo inherente a la Administración y no como un "sucedáneo" de la potestad jurisdiccional. En tal sentido, merece ser citada la sentencia de esta Sala del 2-11-67, en la cual se dictaminó que "(...) la facultad de la autoridad administrativa para actuar en tal sentido está contenida en el principio de la autotutela de la Administración Pública, que da a ésta poderes de revocar y modificar los actos administrativos que, a su juicio, afecten el mérito o legalidad de los casos por ellos contemplados (...)" .

De la sentencia transcrita, se desprende que la estabilidad de los actos administrativos se traduce siempre en una necesidad de esencia finalista para el ordenamiento jurídico, tanto para la eficacia del acto como para la seguridad jurídica de los particulares, y en segundo lugar, que puede y debe la Administración declarar la nulidad de oficio en cualquier momento, de aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentren afectados de nulidad absoluta; sin perjuicio de que también pueden hacerlo con respecto a aquellos actos suyos viciados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos.

Ahora bien, en el caso concreto, la Administración Municipal por una parte, tiene reconocida su facultad de autotutela, por disposición expresa del artículo 79 de la Ordenanza sobre Procedimientos Administrativos vigente para el Municipio Baruta, por lo cual está legitimada para reconocer en cualquier momento, bien de oficio o a instancia de parte, la nulidad absoluta de los actos dictados por ella, cuando determine que los mismos presentan vicios de tal magnitud que afecten su validez y eficacia; y por la otra, aún cuando la Resolución viciada de nulidad pudo haber creado derechos subjetivos a favor del recurrente, la Ley especial que regula la materia Urbanística, es decir, La Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, (G.O. n° 33.868 de 16-12-1987), en su artículo 113 sanciona con la nulidad absoluta los actos de efectos particulares que consagren cambios de zonificación aislada o singularmente propuestos. Proscribe pues el legislador las regulaciones fragmentarias que, desconociendo el carácter de unidad que poseen las secciones de un área urbana, afecten su funcionamiento al no aportar un tratamiento acorde con la concepción de integralidad que identifica al elemento de zonificación.

Evidenciándose como se ha destacado en la presente disidencia que el cambio de zonificación de Estación de Servicio y Bomba de Gasolina, aprobado en la parcela 149, situada en la avenida La Trinidad de la Urbanización Colinas del Tamanaco, mediante Resolución JI-0003/91 del 17 de mayo de 1991, a zona C-2, implica sin lugar a dudas un cambio desarmonizante para la unidad urbanística de la zona, lo que consagra la normativa especial como cambio de zonificación aislado, se determina forzosamente a criterio de quien disiente que dicho acto es nulo de nulidad absoluta, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Es pues, por lo antes expuesto que quien suscribe considera ajustado a derecho el Oficio número 570 de fecha 16 de marzo de 2000 y así debió declararlo esta Corte Primera.

## V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

### 1. *Obligación tributaria. Incumplimiento: Intereses moratorios*

TSJ-SPA (5757)

28-9-2005

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: LERMA C.A. vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT).

**Cuando el contribuyente es deudor frente a la Administración Tributaria, el cómputo de los intereses moratorios comienza luego del vencimiento establecido para el pago de la deuda tributaria sin que se haya efectuado, es decir, las cantidades adeudadas al Fisco generan interés de mora desde el día siguiente al de su vencimiento.**

Finalmente, con relación al alegato esgrimido por el Fisco Nacional según el cual los intereses moratorios fueron indebidamente revocados por el Tribunal *a quo*, este Supremo Tribunal considera necesario hacer ciertas consideraciones en torno al momento en que deben ser exigidos los intereses de mora.

Al analizar la figura de los intereses, se observa que en el derecho privado la figura del interés como fruto del capital, se distingue por su origen entre intereses convencionales, que serían los establecidos a través de la voluntad de las partes e intereses legales, los cuales se originan por prescripción de la ley. En materia tributaria -por amparo del principio de legalidad- se disponen los intereses legales, los cuales se devengan con motivo de la demora o retraso en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación de los tributos.

En tal sentido, resulta oportuno atender al contenido del artículo 60 del Código Orgánico Tributario de 1982, vigente *rationae temporis* al presente asunto, cuyo texto dispone lo siguiente:

**“Artículo 60.- La falta de pago dentro del término establecido hace surgir, sin necesidad de actuación alguna de la administración tributaria, la obligación de pagar intereses hasta la extinción de la deuda, a una tasa equivalente al doce por ciento (12%) anual, adicional a la del descuento que el Banco Central de Venezuela, fije a los Bancos e Instituciones Financieras.**

*En ningún caso, los intereses moratorios podrán exceder de una tasa equivalente al dieciocho por ciento (18%) anual sobre las cantidades adeudadas.”*

De la norma antes transcrita se puede advertir que basta el incumplimiento en el pago de la obligación principal para considerar ocurrido el nacimiento de los intereses moratorios, siempre y cuando la falta de pago se efectúe dentro del término fijado por el texto normativo respectivo, preceptuando además que la obligación surge “*sin necesidad de actuación alguna de la administración tributaria y se extiende hasta la extinción de la deuda*”.

La finalidad de dichos intereses es indemnizatoria, debido a que no se pretende castigar un retraso culpable, sino de compensar financieramente por el retraso en el pago de la deuda tributaria. En este orden de ideas, lo que se busca es indemnizar la falta de satisfacción del acreedor por no haber obtenido el pago tempestivo de la deuda.

De esta manera, se puede apreciar que la vinculación de la causa de la obligación de pagar intereses de mora atiende a la “*falta de pago dentro del término establecido*”, independientemente de que hubiese habido actuación de la propia Administración Tributaria para hacer líquida la deuda o para requerir el pago, según se trate.

La obligación de pagar intereses moratorios adquiere carácter accesorio con respecto a la obligación principal, ya que nace sobre la base de una deuda existente, y se origina en el retardo en el cumplimiento de ésta, siendo indispensable para su nacimiento la preexistencia de una obligación principal.

En efecto, el cumplimiento tardío de la obligación tributaria mediante el pago fuera del lapso legalmente previsto, igualmente causa la extinción de la obligación; sin embargo, la Hacienda Pública debe obtener una compensación justa representada en el pago de intereses moratorios sobre la cantidad dejada de ingresar, intereses los cuales tienen una función indemnizatoria y no sancionadora.

En tal orden de ideas, debe señalarse que la determinación del tributo no tiene naturaleza constitutiva sino declarativa y la obligación tributaria principal nace al producirse el hecho generador y no al liquidarse la exacción. Así, si la obligación de pagar intereses moratorios sólo tiene como presupuesto necesario la existencia de una deuda tributaria y su nacimiento se encuentra dominado por el elemento mora, sería el retardo en el cumplimiento de la obligación tributaria ya existente, aún cuando no necesariamente esté liquidada, la situación que origina la obligación de pagarlo. En definitiva, los requisitos para la existencia de la mora en materia tributaria serían, en primer lugar, i) la manifestación de un retraso en el cumplimiento de una obligación y, ii) la liquidez y exigibilidad de dicha obligación producto de un proceso de determinación tributaria.

En este sentido, la mora establecida en el artículo 60 del Código Orgánico Tributario de 1982, aplicable *rationae temporis*, es una *mora ex lege*, que deriva de la no ejecución de una obligación de pagar una cantidad de dinero dentro de un plazo fijado por la Ley, en cuyo caso el solo vencimiento de ese plazo produce la mora generadora de los intereses; por lo tanto, se producen automáticamente al verificarse la situación de hecho prevista en su dispositivo, sin que se requiera ninguna otra condición o actuación para el nacimiento de la obligación de pagarlos.

Siguiendo este orden de ideas, resulta importante resaltar que el “término” al cual se encuentra sometido el nacimiento de los intereses moratorios, tiene una mayor relevancia si se tiene en cuenta que la exigibilidad del cumplimiento de la obligación puede estar sometida a un plazo. Así, de existir este término establecido por la Ley, mientras el mismo no se haya vencido o verificado, el cumplimiento de la obligación no se podrá exigir y, en consecuencia, tampoco podrá ocurrir el retardo o tardanza que originaría el nacimiento de los intereses moratorios.

En otras palabras, en materia fiscal se somete el cumplimiento de la obligación a un término durante el cual, aun cuando la obligación ya ha nacido, el acreedor (Administración Tributaria) encuentra suspendido su derecho a cobrar el tributo causado y el deudor su obligación de pagarlo; pero, una vez cumplido el término, la obligación se hace exigible por el solo vencimiento del mismo. En estos casos, el nacimiento de la obligación principal y el momento en que ella se hace exigible se encuentran temporalmente distanciados, y entre ambos, media un plazo determinado por la Ley.

En efecto, se pueden plantear casos en que las normas reguladoras del tributo desplazan la oportunidad del pago de la obligación principal a una oportunidad posterior a la de su surgimiento y para esto señalan un plazo dentro del cual el deudor debe liquidar y pagar. Al vencimiento de este plazo es necesario adjudicarle un valor y unos efectos siendo uno de ellos el de hacer exigible la deuda.

En definitiva, se advierte que la falta de mención expresa en el artículo 60 del Código Orgánico Tributario de 1982 de la exigibilidad de la deuda principal como requisito para la obligación de pagar intereses y la utilización de la expresión “falta de pago dentro del término establecido”, permite concluir, conforme a lo hasta ahora expuesto, que tal cualidad concurre en ella en el momento en que finaliza ese término y que este es el plazo previsto para el pago señalado en la Ley, que regula cada tributo.

Por lo tanto, el vencimiento del plazo como elemento y oportunidad de la exigibilidad de la deuda tributaria, concreta la oportunidad de la causación de los intereses moratorios, independientemente de los recursos administrativos o judiciales interpuestos, pues éstos inciden sobre los efectos (ejecutividad y ejecutoriedad) del acto de determinación de la obligación tributaria y no sobre la situación jurídica acaecida. En consecuencia, durante la vigencia del artículo 60 del Código Orgánico Tributario de 1982, los intereses moratorios se causan al finalizar el término dado para su pago y se calculan desde que termina el término dado para declarar y pagar hasta que éste efectivamente se realice.

En efecto, una vez traspasado el lapso para el cumplimiento previsto en la Ley para la extinción de la obligación tributaria, surge de manera automática el comienzo del período de mora, el cual tiene como presupuesto, la tardanza, el retraso o la falta de puntualidad en el pago de la deuda tributaria. Así las cosas, se debe precisar que cuando el contribuyente es deudor frente a la Administración Tributaria, el cómputo de los intereses moratorios comienza luego del vencimiento establecido para el pago de la deuda tributaria, sin que se haya efectuado, es decir, las cantidades adeudadas al Fisco generan interés de mora desde el día siguiente al de su vencimiento. Así se declara.

En virtud de lo anteriormente expuesto, esta Sala supera el criterio que había venido sosteniendo con respecto al momento de la causación de los intereses moratorios, adoptado en sentencia dictada en fecha 10 de agosto de 1993, número 421, Caso *Manufacturera de Aparatos Domésticos, S.A. (MADOSA)*, hasta la presente fecha.

En consecuencia, esta Sala revoca el criterio del *a quo* con respecto a que el artículo 60 del Código Orgánico Tributario de 1982 se debe interpretar en el orden que el término allí establecido (“la falta de pago dentro del término establecido”), atienda a que el cálculo de los intereses moratorios deba ser cierto y que sea definitivo; en otras palabras, que su exigibilidad se desprenda de un acto definitivamente firme. Por consiguiente, el cómputo de los intereses moratorios en caso de deudas en las que la Administración Tributaria es acreedora, comienza a computarse desde el día siguiente al de su vencimiento para el pago, motivo éste por el cual, resulta forzoso declarar procedentes los argumentos expuestos por la representación fiscal al respecto. Así se declara.

De todas las consideraciones expuestas, esta Sala declara parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la representación judicial del Fisco Nacional contra el fallo n° 540 dictado el 22 de junio de 1998, por el Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario del Área Metropolitana de Caracas. Así finalmente se decide.

## 2. *Impuestos Nacionales*

### A. *Impuesto sobre La Renta: Exoneraciones*

**TSJ-SPA (5757)**

**28-9-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: LERMA C.A. vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT).

**La Sala Político Administrativa reitera que no están exonerados del impuesto sobre la renta los intereses percibidos por las contribuyentes en Participaciones en Fondos de Activos Líquidos y Mesas de Dinero.**

En cuanto al primer alegato de la apelación, según el cual los intereses devengados sobre participaciones en los fondos de activos líquidos y las mesas de dinero están incluidos en el Decreto n° 922 del 4 de diciembre de 1985, como exoneración del impuesto sobre la renta, este Tribunal debe previamente realizar un análisis sobre la naturaleza de tales mecanismos financieros, para luego interpretar los efectos fiscales que derivan del aludido Decreto sobre el cual está planteada la impugnación.

En tal sentido, esta Alzada observa que los fondos de activos líquidos y los depósitos en mesas de dinero se encuentran regulados en la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito de fecha 23 de diciembre 1987 (publicada en la *Gaceta Oficial* n° 4021 Extraordinaria del 4 de febrero de 1988), como participaciones en carteras de inversión o llamados fondos de mercado monetario, específicamente regulados en la Sección Sexta, Capítulo V, Título I de la prenombrada Ley.

Tales mecanismos tienen como finalidad que una persona (natural o jurídica) coloque su dinero en una institución financiera, a los fines de adquirir un título de participación en una cartera de inversión y así obtener intereses sobre esos montos.

Ahora bien, esta Sala constata que en el caso de autos el reparo abarca los ejercicios fiscales correspondientes a los años 1987, 1988, 1989 y 1990, por concepto de los intereses colocados en participaciones en fondos de activos líquidos y en mesas de dinero, por los



montos de cuatrocientos treinta y cinco mil trescientos cincuenta y un bolívares con cincuenta y cinco céntimos (Bs. 435.351,55); cincuenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y ocho bolívares con cincuenta y siete céntimos (Bs. 54.468,57); doscientos ochenta y siete mil ciento treinta y seis bolívares con treinta céntimos (Bs. 287.136,30) y sesenta mil quinientos cuatro bolívares con cinco céntimos (Bs. 60.504,05), respectivamente.

Así, en cuanto a las exoneraciones de los intereses previstas en el Decreto n° 922 de fecha 4 de diciembre de 1985, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 33.364 de la misma fecha, dictado de conformidad con los numerales 9 y 10 del artículo 14 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, son fundamentalmente exoneraciones objetivas ya que se conceden básicamente a determinados instrumentos financieros (depósitos a plazo fijo, certificados de ahorros, bonos quirografarios, cédulas hipotecarias, títulos emitidos por el sistema nacional de ahorro, entre otros), porque están dirigidas a fomentar el ahorro y con ello elevar los niveles de inversión. En el caso de los depósitos a plazo fijo, se exige, además, que sus plazos sean superiores a noventa (90) días.

En efecto, el numeral 1 del aludido Decreto n° 922, dispone lo que se indica a continuación:

**“Artículo 1.-** Se exoneran del pago del Impuesto sobre la Renta, los intereses que devenguen los depósitos a plazo no menor de 90 días, efectuados en bancos e instituciones regidos por la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito o por leyes especiales.”.

De la lectura de esta disposición, se desprende la existencia de ciertos requisitos de carácter concurrente de acuerdo a los cuales se pueden exonerar los respectivos intereses, a saber:

1. Que se originen de depósitos.
2. Que sean a un plazo no menor de noventa (90) días.
3. Que sean efectuados en bancos e instituciones regidos por la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito o por leyes especiales.

En efecto, esta Sala en un caso similar al de autos mediante sentencia n° 00647 de fecha 16 de mayo de 2002, (Caso *Cervecería Polar, C.A. y Cervecería Polar del Centro, C.A.*), ratificada recientemente en sentencia n° 04924 del 14 de julio de 2005 (Caso *Super Octanos, C.A.*), interpretando el contenido del Decreto de Exoneración n° 922 del 4 de diciembre de 1985, expresó lo siguiente:

*“las ‘Participaciones’ en colocaciones hechas en las Mesas de Dinero y en los Fondos de Activos Líquidos, y que ofrecían un interés superior a la de los otros títulos no estaban previstas entre los instrumentos financieros contemplados en el señalado Decreto. Ciertamente que la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Créditos y el Decreto n° 750 de fecha 07 de agosto de 1985, publicado en la Gaceta Oficial n° 33.280 de igual fecha, exigía que dichas Participaciones sólo podían hacerse y venderse sobre títulos emitidos o avalados por la República, tales como los certificados de depósitos a plazo, cédulas hipotecarias, bonos financieros, bonos quirografarios, certificados de ahorros y otros que gozaban de la exoneración financiera; pero en concepto de esta Sala, tal beneficio fiscal no es posible extenderlo a las participaciones, porque ellas no son de los títulos previstos en el tantas veces nombrado Decreto de Exoneración n° 922 de fecha 04 de diciembre de 1985, tanto menos cuanto que dichas Participaciones se colocaban por lapsos menores de 90 días y, en consecuencia, ni siquiera cubrían el tiempo previsto para los Depósitos a plazo fijo que gozaban de dicha exoneración. En consecuencia, esta Sala declara improcedente la pretendida exoneración de los intereses percibidos por las contribuyentes en Participaciones en Fondos de Activos Líquidos y Mesas de Dinero”.* (Destacado de la Sala).

De este modo, de la revisión de las actas que componen el expediente pudo esta Sala verificar que las cantidades de Bs. 435.351,55; Bs. 54.468,57; Bs. 287.136,30 y Bs. 60.504,05, declaradas por la contribuyente como fondos objeto de exoneración, no sobrepasan el plazo

de noventa (90) días exigidos por el Decreto en referencia. Ciertamente, las referidas sumas correspondientes a los ejercicios coincidentes con los años civiles de 1987, 1988, 1989 y 1990, debidamente demostradas a los folios 296, 297 y 303 de la segunda pieza que conforma el expediente judicial, no cumplen las exigencias previstas en el primer numeral del Decreto n° 922 del 4 de diciembre de 1985, antes citado, por cuanto no exceden el plazo de noventa (90) días en él requerido.

Asimismo y ratificando el criterio esgrimido en la sentencia antes citada, esta Sala juzga que los intereses obtenidos sobre participaciones en fondos de activos líquidos o en mesas de dinero no están expresamente establecidos en la norma sublegal que acuerda la exoneración.

Cualquier interpretación diferente a ésta del mismo numeral indicado, resultaría en la creación de una exoneración no acordada por la Ley, figura que contravendría el principio de la legalidad previsto en el artículo 224 de la Constitución de 1961, y desarrollado específicamente en el artículo 5 del Código Orgánico Tributario de 1982, aplicables al caso de autos en razón de su vigencia temporal, (hoy artículo 317 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Ahora bien, entiende esta Sala, que visto que la letra de la norma es suficientemente clara para saber que los depósitos a plazo (sujetos al beneficio fiscal de la exoneración), deben cumplir con la condición de estar negociados a un plazo no menor de noventa (90) días y, además, habiéndose constatado de autos que los intereses declarados por la contribuyente como exonerados del impuesto sobre la renta, no están expresamente beneficiados con tal exoneración, resulta forzoso para esta Alzada confirmar el reparo efectuado por la Administración Tributaria a los ejercicios coincidente con los años civiles 1987, 1988, 1989 y 1990, por las cantidades de Bs. 435.351,55; Bs. 54.468,57; Bs. 287.136,30 y Bs. 60.504,05, respectivamente, con base en el rechazo de los intereses provenientes de participaciones en mesas de dinero o en fondos de activos líquidos, declarados por la contribuyente como exonerados del referido tributo, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 del Decreto n° 922 del 4 de diciembre de 1985. En consecuencia, se procede a revocar la decisión del *a quo* por interpretar en forma errada el Decreto n° 922 de fecha 4 de diciembre de 1985 antes mencionado. Así se declara.

#### B. Impuesto al valor agregado

**TSJ-SPA (4581)**

**30-6-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Cervecería Polar Del Centro, C.A. (CEPOCENTRO) vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

**La Sala Político administrativa analiza las normas contenidas en la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor, actual impuesto al valor agregado, respecto de las operaciones no sujetas a dicho impuesto, en el contexto de la creación por parte del legislador nacional de regímenes aduaneros especiales en áreas o territorios conocidos como zonas francas o puertos libres, segregadas de dicha normativa impositiva en virtud de su naturaleza y fines.**

Planteados así los términos para decidir, esta Sala estima pertinente a los fines debatidos partir del análisis de la normativa vigente y aplicable al caso bajo examen, a saber, lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 14 de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor y en el artículo 23 del Reglamento de dicha Ley (*Gaceta Oficial* n° 4.827 Extraordinario del 28 de diciembre de 1994), cuyos textos resultan del siguiente tenor:

*“Artículo 14: No estarán sujetos al impuesto previsto en este Decreto:*

*(...)*

*6.- Las importaciones de bienes provenientes del exterior bajo el régimen de puerto libre, así como las ventas efectuadas en esas áreas o secciones del territorio aduanero nacional sometido a régimen especial.”*

*“Artículo 23: No están sujetas al impuesto las importaciones no definitivas bienes muebles.*

*Entre éstas, deben incluirse las importaciones acogidas a los siguientes regímenes aduaneros especiales:*

*(...)*

*- Importación con destino a Zona Franca o Puerto Libre.*

*(...)”*

De la normativa precedentemente transcrita puede colegirse que tanto las importaciones definitivas de bienes provenientes del exterior, las no definitivas cuando sean destinadas a una zona franca o puerto libre, así como las ventas de bienes efectuadas en esas áreas del territorio aduanero nacional sometidas a regímenes aduaneros especiales, no están sujetas al pago del impuesto al consumo suntuario y a las ventas al mayor.

Así, vistos los supuestos de no sujeción o de no causación contemplados por la normativa aplicable material y temporalmente al caso de autos, observa este Alto Tribunal que las ventas efectuadas por la contribuyente con destino al Puerto Libre del Estado Nueva Esparta no pueden encuadrarse dentro de los supuestos referidos a la importación definitiva de bienes provenientes del exterior ni bajo la figura de la importación no definitiva, toda vez que no se trata de mercancías extranjeras que ingresan al territorio aduanero nacional, sino de mercancías nacionales que son sometidas a un régimen especial de puerto libre. En efecto, lo que se discute en el presente caso es la sustracción de dichas mercancías de un régimen aduanero ordinario y su posible afectación a uno especial.

Ahora bien, en cuanto al segundo de los supuestos regulados por el numeral 6 del artículo 14 de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor, pudo advertir asimismo este Alto Tribunal que tal presupuesto fue dictado por el legislador tributario, en principio, para regular lo relativo a las ventas de bienes que se efectúen dentro de las áreas o secciones del territorio aduanero nacional sometidas a régimen aduanero especial de puerto libre, sin distinguir si el mismo alcanzaba a las ventas de mercancías provenientes de tierra firme pero destinadas a ser comercializadas en el territorio de puerto libre. En efecto, del análisis de la mencionada Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor, pudo constatar este Máximo Tribunal que dicha Ley guardó silencio en cuanto al tratamiento impositivo que debía conferírsele a las ventas efectuadas desde el territorio aduanero sometido a régimen ordinario pero destinadas a puerto libre; motivo por el cual debe esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 del Código Orgánico Tributario de 1994 y 4 del Código Civil, interpretar si dentro del referido supuesto podían encuadrarse las ventas de mercancías efectuadas desde tierra firme, ello a los efectos de precisar la correcta determinación de los créditos y débitos fiscales originados en la cadena impositiva de dicho tributo al consumo suntuario y a las ventas al mayor.

Tal como se señaló, la mencionada Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor y su Reglamento, establecieron que no estarían sujetos al impuesto previsto en la misma las importaciones provenientes del exterior bajo el régimen de puerto libre, las ventas efectuadas en esas áreas del territorio sometidas a régimen aduanero especial, así como las importaciones no definitivas que ingresaren a dichas secciones o áreas del territorio

aduanero nacional; pero no establecieron nada respecto al tratamiento a las ventas efectuadas desde el territorio nacional hacia esas zonas. Situación ésta que, a juicio de la contribuyente, evidenciaba un tratamiento desigual entre los productores extranjeros y los nacionales, en detrimento de éstos últimos, toda vez que los productos nacionales se encuentran gravados con una serie de gravámenes de los cuales los productos extranjeros están exentos.

Así, el problema fundamental en el presente caso se presenta en cuanto al tratamiento fiscal conferido al Estado Nueva Esparta al participar éste de un régimen de puerto libre, en contraposición a los regímenes impositivos imperantes en tierra firme. En este sentido, se observa respecto de las figuras de derecho aduanero relativas a las zonas francas y puerto libres, que las mismas obedecen a una determinada política del Estado para fomentar e impulsar ciertas ubicaciones territoriales privilegiadas o deprimidas en otros casos; así, tales zonas o secciones territoriales pueden ser establecidas bien para incentivar el desarrollo industrial, cultural, científico y comercial, entre otros, afectándose tales territorios a un régimen especial de exención de impuestos de importación y de supresión total o parcial de restricciones arancelarias.

Ahora bien, pese a los beneficios que entrañan dichas figuras, no son pocos los problemas que su adopción representa en la práctica, toda vez que ellas presuponen per se un tratamiento diferencial respecto del resto del territorio aduanero nacional, que va inclusive desde una desigualdad en cuanto a la población que reside en dichas áreas, en contraposición al resto de la población del país; pasando por el trato que reciben los bienes producidos en tierra firme y que se encuentran sujetos a un régimen impositivo diferente pero que van a ser destinados a dichas secciones territoriales; al trato entre productores nacionales y extranjeros, hasta los controles a los que se sujetan las mercancías de puerto libre al ser introducidas a tierra firme.

En este contexto, se advierte que uno de los supuestos más complejo en cuanto a la adopción de tales figuras se presenta, a juicio de esta Sala, en casos como el de autos, vale decir, respecto del trato que debe dársele a las mercancías que si bien son producidas en tierra firme van a ser destinadas a puerto libre; ello, en atención a lo indicado *supra*, a la falta de mención específica de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor al regular los supuestos de no sujeción o de no causación de dicho tributo respecto de tales ventas frente a la cadena determinativa de créditos y débitos fiscales que se genera en dicho impuesto.

Así, es conocido que el impuesto al consumo suntuario y a las ventas al mayor, actual impuesto al valor agregado, participa de una serie de elementos propios que lo convierten en un impuesto real, indirecto, de tipo valor añadido, plurifásico y no acumulativo, determinable mediante su percusión y traslación a través de un sistema de aplicación de débitos y créditos fiscales a lo largo de toda la cadena de producción y comercialización del bien o servicio gravado según el caso.

En efecto, a lo largo de la cadena de producción y comercialización del bien o servicio gravados se generan débitos fiscales (representados por las ventas efectuadas por el contribuyente) y créditos fiscales (impuesto soportado en las compras realizadas por el contribuyente), obtenidos en un determinado período impositivo y a los cuales tienen derecho los contribuyentes de dicho impuesto; tales créditos y débitos deben ser trasladados a los efectos de no encarecer con el importe tributario cada etapa del circuito económico del bien o servicio, resultando de esta forma que solamente el adquirente final sea el que soporte el tributo. Derivado de ello, entiende la Sala que en aquellos casos en que un determinado bien producido en tierra firme, gravado con el aludido impuesto al consumo, sea destinado a un área sometida a régimen aduanero especial de puerto libre o zona franca no sujetas al referido impuesto, al no poder seguirse trasladando el importe tributario, se producirá indefectiblemente una distorsión en el referido sistema de débitos y créditos de dicho impuesto.

En igual sentido, nos encontramos por una parte, frente un bien gravado en virtud de haberse materializado el hecho generador de la obligación tributaria y por otra, ante un supuesto de no sujeción donde no se verifica la hipótesis legal condicionante que da lugar al nacimiento de la obligación; siendo ello así, resulta que en principio, el contribuyente se vería imposibilitado de seguir trasladando la cuota tributaria por él soportada, debiendo en consecuencia, tolerar el impuesto en su totalidad; situación ésta que en la práctica se traduce en un encarecimiento del producto por la transferencia de los costos.

Ahora bien, la representación fiscal aduce que no obstante la especial destinación de los bienes vendidos en el presente caso, a saber, a un territorio no sujeto al gravamen al consumo y a las ventas, el hecho generador de la obligación tributaria se materializó en tierra firme, dando así nacimiento a la obligación de pago del referido impuesto; tal circunstancia, juzga la Sala, si bien resulta cierta a tenor de lo previsto en los artículos 10 y 11 de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor, que indican:

*“Artículo 10: Se entenderán ocurridos o perfeccionados los hechos imponibles y nacida, la obligación tributaria:*

*1.- En las ventas de bienes muebles corporales, cuando se emita la factura o documento equivalente que deje constancia de la operación o se pague el precio o desde que se haga la entrega real de los bienes, según sea lo que ocurra primero.*

*2.- En las importaciones definitivas de bienes muebles, en el momento en que tenga lugar el registro de la correspondiente declaración de aduanas.*

*3.- En los casos de prestación de servicio de electricidad y telecomunicaciones, aseo urbano, de transmisión de televisión por cable o cualquier otro medio tecnológico siempre que sea a título oneroso, desde el momento en que se emitan las facturas o documentos equivalentes por quien preste el servicio.*

*4.- En los casos de prestación de servicio (sic) distintos a los mencionados anteriormente, cuando se emitan las facturas o documentos equivalentes por quien presta el servicio, se ejecute la prestación, se pague o sea exigible la contraprestación o se entregue o ponga a disposición del adquirente el bien que hubiera sido objeto del servicio en contratos que no sean de tracto sucesivo, según sea lo que ocurra primero.*

*5.- En los casos de prestación consistentes en servicios provenientes del exterior, tales como servicios tecnológicos, instrucciones y cualesquiera otros susceptibles de ser patentados o tutelados por legislaciones especiales que no sean objeto de los procedimientos administrativos aduaneros, se considerará nacida la obligación tributaria desde el momento de su recepción por el beneficiario o receptor del servicios.*

*Artículo 11: Las ventas y retiros de bienes muebles corporales serán gravables cuando los bienes se encuentren situados en el país y, en los casos de importación, cuando haya nacido la obligación tributaria.”*

Sin embargo, también la Sala entiende que no puede ser interpretada aisladamente del contexto debatido, ello por una parte, en atención a las finalidades perseguidas por el Estado al establecer en el territorio aduanero nacional áreas o secciones de éste segregadas de los regímenes aduaneros e impositivos ordinarios y sometidas a tratamiento fiscal diferencial (zonas francas y puertos libres); y por otra, en atención al derecho constitucional a la igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la protección constitucional que debe brindar el Estado a la inversión nacional frente a la extranjera (artículo 301 del texto constitucional), en concordancia con el artículo 316 *eiusdem*.

En efecto, de conformidad con el Decreto n° 2.016 del 19 de diciembre de 1991, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 34.869 del 26 de diciembre de 1991, por medio del cual se dictó el Reglamento del Puerto Libre del Estado Nueva Esparta, se estableció un régimen aduanero especial en dicho territorio, a los fines de estimular el “*desarrollo integral y que*

favorezca el proceso socio-económico de la región neoespartana”, recurriéndose a tales efectos a un sistema de no causación de impuestos de importación respecto de las mercancías que ingresen en dicho territorio y a la desgravación de ciertos bienes nacionales, según lo previsto en el artículo 5 del citado Reglamento, que reza:

*“Artículo 5: Las mercancías introducidas al Puerto Libre no causarán el pago de impuestos de importación, pero estarán sujetas al pago de las tasas aduaneras por los servicios prestados.*

*Parágrafo Primero: Las mercancías que ingresen al Puerto Libre estarán liberadas de los impuestos internos nacionales, que les fueran aplicables conforme a las leyes respectivas, siempre que sean despachadas a consumo en el Puerto Libre.*

*Parágrafo Segundo: De conformidad con el artículo 4° de la Ley de Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas del Tabaco, no se causará el impuesto de los cigarrillos, tabacos y picadura de producción nacional que ingresen a Puerto Libre.*

*Parágrafo Tercero: De conformidad con el artículo 19 de la Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas, el alcohol etílico y las especies alcohólicas de producción nacional que ingresen al Puerto Libre, no están gravados con los impuestos establecidos en dicha Ley.*

*Las especies alcohólicas extranjeras que ingresen al Puerto Libre, quedan exoneradas de los impuestos previstos en la Ley antes citada.” (Destacados de la Sala).*

De esta forma, juzga la Sala que aun cuando las mercancías cuestionadas son producidas en tierra firme, verificándose en principio el hecho generador de la obligación tributaria derivada del impuesto al consumo suntuario y a las ventas al mayor, el gravarse a éstas con el aludido tributo pese a ser destinadas al comercio en un territorio no sujeto al tributo en referencia, llevaría implícito un trato diferencial en detrimento de los productores nacionales, toda vez que tales mercancías nacionales estarían compitiendo en franca desventaja frente a los productos extranjeros iguales o semejantes que se comercialicen en el Estado Nueva Esparta; los cuales al no contener la cuota o el importe tributario agregado a su valor, resultarían más económicos para el consumidor final, quien lógicamente optaría por éstos en detrimento de los productos nacionales; ello aunado a que se estarían haciendo nugatorios los efectos del beneficio fiscal instaurado por el Estado en esa zona del territorio exceptuada del pago de impuestos nacionales.

Concatenado con lo anterior, no resultaría en principio ventajoso a los productores nacionales comercializar sus productos en puerto libre, al no poderlas trasladar el importe tributario por ellos soportado, incrementándose en consecuencia el valor de los bienes al serle trasladados a éstos los costos de producción; por tales motivos, juzga la Sala que la interpretación que debe dársele al supuesto de no sujeción regulado en el numeral 6 del artículo 14 de la Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor, respecto de las ventas de bienes producidos en tierra firme destinados a puerto libre, es que tales ventas deben recibir un tratamiento similar al otorgado por la Ley de Impuesto de Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor a las ventas de exportación de bienes muebles y a la prestación de servicios, regulada en su artículo 25, que dispone:

*“Artículo 25: La alícuota impositiva aplicable a la base imponible correspondiente será fijada anualmente en la Ley de Presupuesto y estará comprendida entre un límite mínimo de un cinco por ciento (5%) y un máximo de veinte por ciento (20%). Los bienes de consumo suntuario definidos en el Título VII de este Decreto serán gravados con una alícuota impositiva adicional de 10% y 20%, según corresponda.*

*Sin perjuicio de lo anteriormente establecido, se aplicará la alícuota impositiva del cero por ciento (0%) a las ventas de exportación de bienes muebles y de prestación de servicios, entendiéndose por éstas últimas aquellas donde los beneficiarios o receptores de los servicios no tiene domicilio o residencia en el país y siempre que dichos servicios sean exclusivamente utilizados en el extranjero.”*

Es decir, ser gravadas con una alícuota impositiva del 0%, entendiendo de esta forma, excluidos del pago del aludido tributo al consumo suntuario y a las ventas al mayor a los hechos generadores materializados no sólo en el territorio del puerto libre, sino aquellos verificados en tierra firme pero que tengan como lugar de destino el Puerto Libre del Estado Nueva Esparta; no obstante, con la salvedad de que no se trata propiamente de un régimen de imposición en el destino que de lugar a la recuperación del impuesto repercutido, visto que a tenor de lo previsto en la señalada normativa en el Estado Nueva Esparta las ventas de bienes y servicios no se encuentran sujetas al referido gravamen indirecto. Así se decide.

Derivado de las motivaciones precedentemente expuestas, estima esta alzada que el pronunciamiento dictado por la juzgadora *a quo* sobre el referido particular, no se encuentra viciado por error en la interpretación de la Ley, tal como sostiene la representación fiscal; en consecuencia, resulta improcedente la apelación de dicha representación sobre este punto. Así se declara.

### 3. *Impuestos Municipales: Impuesto sobre Actividades Económicas*

**TSJ-SPA (5568)**

**11-8-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Rustiaco Caracas, C.A. vs. Superintendencia Municipal de Administración Tributaria del Municipio Baruta del Estado Miranda (SEMAT).

**Al ser considerada la contribuyente como una comisionista, la base imponible a ser tomada en cuenta para el cálculo del impuesto sobre patente de industria y comercio, está conformada por los ingresos obtenidos por el monto de las comisiones.**

La cuestión que resulta necesario dilucidar a los efectos de la presente causa, es la verdadera naturaleza o condición jurídica tributaria de la contribuyente, como “consignataria o concesionaria”, a los fines de establecer la base imponible que debe ser utilizada para la determinación del tributo municipal de Patente de Industria y Comercio.

En ese sentido, del contrato de consignación de vehículos, cursante a los folios 223 al 227 del expediente judicial, se evidencia lo siguiente:

“(…)

**SEGUNDA:** ‘**CHRYSLER**’, en su carácter de empresa ensambladora e importadora de vehículos Chrysler, Jeep y Dodge y, a su vez, en su carácter de propietaria de los vehículos que ensambla e importa, conviene en dar en consignación (no en propiedad) de tiempo en tiempo y a su sola discreción, cierto número de vehículos a ‘**EL CONCESIONARIO**’, el cual deberá actuar como buen padre de familia en la recepción custodia, mantenimiento y exhibición de dichos vehículos.

**TERCERA:** ‘**EL CONCESIONARIO**’ se obliga a poner sus mayores esfuerzos para conseguir compradores de los vehículos que ‘**CHRYSLER**’ le ha entregado en consignación. Con el envío de cada vehículo en consignación ‘**CHRYSLER**’ le notificará a ‘**EL CONCESIONARIO**’ el precio en bolívares que ‘**EL CONCESIONARIO**’ deberá cancelar a ‘**CHRYSLER**’ por el mismo, precio que ‘**CHRYSLER**’ podrá modificar, de tiempo en tiempo, con anterioridad a la fecha en que ‘**EL CONCESIONARIO**’ le notifique, vía facsímil, que ha negociado el vehículo con un consumidor final y le haya depositado a ‘**CHRYSLER**’, en efectivo o cheque de gerencia, por lo menos, el treinta por ciento (30%) del precio total de los mismos (...).

**CUARTA:** ‘**CHRYSLER**’ sólo transmitirá la propiedad del o los vehículos dados en consignación a ‘**EL CONCESIONARIO**’, una vez que ‘**EL CONCESIONARIO**’ haya depositado, en efectivo o cheque de gerencia, el precio total de los mismos (...). Al momen-

to en que **'CHRYSLER'** reciba en su cuenta el precio total del o los vehículos dados en consignación, emitirá la factura a nombre de **'EL CONCESIONARIO'**, emitirá el certificado de origen definitivo y asignará las placas correspondientes a cada vehículo'.

**QUINTA:** Queda expresamente entendido que **'EL CONCESIONARIO'** es la persona jurídica que realizará, en nombre propio, la venta de los vehículos dados en consignación a los consumidores finales y, en consecuencia, es la persona jurídica que prestará a los adquirentes de los vehículos, la garantía de buen funcionamiento de los mismos. **'EL CONCESIONARIO'** no podrá, bajo ninguna circunstancia y so pena de que **'CHRYSLER'** resuelva unilateralmente el presente Contrato y el Contrato de Concesionario, facturar a los consumidores finales los vehículos hasta que **'CHRYSLER'** de conformidad con la Cláusula anterior, no haya previamente transferido la propiedad de los mismos a **'EL CONCESIONARIO'**. A su vez, **'EL CONCESIONARIO'** no podrá, bajo ninguna circunstancia y so pena de que **'CHRYSLER'** resuelva unilateralmente el presente Contrato y el Contrato de Concesión, entregar a los consumidores finales facturas provisionales o cualquier otro documento donde se señale que **'CHRYSLER'** es el propietario del o los vehículos requeridos.  
(...)

La duración del presente contrato será de noventa (90) días continuos contados a partir de la fecha de la firma del presente Contrato, pudiendo ser renovado por la sola voluntad de **'CHRYSLER'**, manifestada por escrito a **'EL CONCESIONARIO'**, por períodos iguales de noventa (90) días continuos. Al culminar el presente Contrato o cualquiera de sus prórrogas, **'EL CONCESIONARIO'** se obliga a devolver a **'CHRYSLER'** todos aquellos vehículos dados en consignación que no se lograron vender en el mismo estado en que les fueron entregados.  
(...)

**NOVENA:** Es responsabilidad de **'EL CONCESIONARIO'** señalarles a cualquier autoridad judicial que intente alguna acción judicial en contra de sus bienes, que los vehículos entregados en consignación por **'CHRYSLER'** no le pertenecen y en caso de que cualquier acto se lleve a cabo en contra de todos o de algunos de los vehículos dados en consignación, deberá notificarlo inmediatamente a **'CHRYSLER'** a quien le indemnizará por todos los gastos, incluyendo honorarios de abogados, en que tenga que incurrir para recuperar los vehículos dados en consignación”.

A tal efecto, del contrato de consignación anteriormente citado, se evidencia su carácter adhesivo (contrato de adhesión), del cual se desprende notablemente la existencia de un encargo a la contribuyente Rustiaco Caracas, S.A., -distribución de vehículos marca Chrysler- caracterizada por la obligación que asume ésta última (la contribuyente) de buscar compradores de los vehículos que Chrysler de Venezuela L.L.C., le entrega, en un principio, mediante venta directa a la concesionaria o mediante consignación, con lo cual se observa la función de intermediación llevada a cabo por Rustiaco Caracas S.A., la cual debe cumplir conforme a las instrucciones previstas en las cláusulas de dicho contrato de adhesión.

Al respecto, debe señalarse que la actividad de intermediación cumplida por la contribuyente, no constituye más que una venta de cosa ajena (con autorización de su propietario), la cual como se señaló, puede poseer diversas manifestaciones de comercialización, para facilitar el tráfico comercial, entre las cuales se pueden señalar: la venta directa al concesionario o mediante una consignación, ésta última establecida en forma expresa en la cláusula segunda del contrato de consignación: “**'CHRYSLER'**, en su carácter de empresa ensambladora e importadora de vehículos marcas Chrysler, Jeep y Dogde y, a su vez, en su carácter de propietaria de los vehículos que ensambla e importa, conviene en dar en consignación (no en propiedad), (...)”, pues los vehículos con los cuales comercializa Rustiaco Caracas, S.A., en forma exclusiva pertenecen en propiedad a Chrysler de Venezuela L.L.C.

Ahora, uno de los hechos más relevantes de dicho contrato de consignación es la transferencia de propiedad de los vehículos marcas Chrysler a Rustiaco Caracas, S.A., la cual sólo se materializa con la ocurrencia de tres hechos claramente establecidos en dicho contra-



to, a saber: a) La ubicación de compradores; b) La obligación de notificar la negociación del vehículo con el consumidor final y, c) Que Rustiaco Caracas S.A., haya depositado en las cuentas de Chrysler de Venezuela L.L.C., la totalidad del precio establecido por este último, tal como lo dispone la Cláusula Tercera del supra transcrito contrato.

Visto lo anterior, esta Sala considera oportuno citar el contenido de los artículos 376, 379, 385, 386, 389 y 396 del Código de Comercio, cuyos textos disponen:

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

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

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

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

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

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

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

De todo lo antes expuesto, se evidencia el carácter de comisionista de la contribuyente, pues lo relevante en el presente asunto es que Rustiaco Caracas, S.A., realiza actos de comercio (ventas de vehículos fabricados o importados por Chrysler de Venezuela L.L.C., a consumidores finales), en su propio nombre, pero por cuenta de otro, para cumplir un encargo, que no es otro que la distribución de vehículos marca Chrysler mediante venta a terceros, a cambio de un porcentaje sobre el precio de venta fijado por este último (compañía automotriz), y para llevar a cabo tal fin, la concesionaria o consignataria puede o no comprar los vehículos en forma directa a Chrysler de Venezuela L.L.C., una vez que ya ha negociado con un comprador, pudiendo utilizar sus propios fondos económicos o incluso esperar una provisión de fondos del consumidor final, fondos estos que serán depositados posteriormente en la cuenta de Chrysler de Venezuela L.L.C., y este último transferirá la propiedad a Rustiaco Caracas S.A.

Esta forma de intermediación en criterio de esta Sala, posee fundamentalmente dos razones a saber: a) Es un mecanismo facilitador del tráfico comercial entre las automotrices y los consumidores finales, pues las concesionarias o consignatarias una vez hecha la negociación con estos últimos, podrían adelantar su capital sin esperar que el consumidor final provea los fondos económicos, y b) Transferir a la concesionaria o consignataria la responsabilidad por el buen funcionamiento y la garantía de servicios.

Es por ello, que denominar el contrato como concesión o como consignación es indiferente a los fines debatidos, pues en el fondo de dichos contratos siempre subyace una encomienda a cargo de Rustiaco Caracas, S.A., consistente en la venta o distribución en forma exclusiva de vehículos marca Chrysler, y como consecuencia de la aceptación de tal encargo, se le imponen ciertas limitaciones, condiciones u obligaciones, así como también un benefi-

cio económico producto del cumplimiento de tales obligaciones, que será un porcentaje o comisión del precio de venta del vehículo previamente fijado por la sociedad mercantil Chrysler de Venezuela L.L.C., ahora denominada DaimlerChrysler de Venezuela, L.L.C.

Esta posición, es a su vez reafirmada por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, en sentencia n° 200 de fecha 19 de febrero de 2004, Caso *Caribe Motor C.A., Carabobo Cars C.A., y Náutica Automotriz C.A.*, en la cual se estableció lo siguiente:

*“(...) En el caso de las sociedades mercantiles dedicadas a la ventas de vehículos (automóviles) fabricados por otras compañías, como las que actúan en el presente procedimiento de nulidad por inconstitucionalidad, las mismas se desempeñan como concesionarias de las empresas que han construido dichos vehículos, es decir que aquellas, según el marco contractual que rige este tipo de relaciones comerciales, no adquieren los vehículos a ser ofrecidos en venta para efectuar su comercialización en momento posterior, sino que realizan la venta de dichos bienes por cuenta de sus fabricantes, siendo a éstas compañías a quienes, en principio, pertenece la totalidad del monto o precio exigido y recibido por la venta de cada vehículo, salvo el monto que corresponda a la comisión o el porcentaje sobre dicho precio que, según el contrato de concesión o comercialización celebrado, es la ganancia o ingreso por la operación comercial efectuada de las concesionarias que se encargan de la oferta de los automóviles, cuyos montos son variables, según los informes presentados por las empresas constructoras y cursan en el expediente.*

(...)

*En el mismo sentido, para que el impuesto que grava la actividad económica realizada por concesionarias como Caribe Motor C.A., Carabobo Cars C.A. y Náutica Automotriz C.A. se ajuste a la capacidad económica de las mismas y no haga nugatorio el ejercicio del derecho a la propiedad de las mismas sobre las ganancias o ingresos obtenidos, mediante la vía de comisión, por la venta de bienes (vehículos) propiedad de otras sociedades mercantiles, es menester que la legislación municipal establezca como base imponible el porcentaje total que se ha fijado contractualmente como ingreso de la concesionaria por la venta de cada vehículo, más no el precio total del bien vendido, pues, en realidad, es sólo dicha comisión y no el precio o valor total del vehículo vendido, la que Caribe Motor C.A., Carabobo Cars C.A., Náutica Automotriz C.A. y cualquier otra sociedad dedicada a la actividad comercial de éstas percibe (sic) cuando celebra la venta de los vehículos que ofrece en nombre y por cuenta de otras compañías que, al ser sus verdaderas propietarias, son las que reciben como ingreso la mayor parte del precio o valor por el que se negocie cada vehículo.*

*A partir de las premisas precedentes, la Sala juzga que la base imponible del impuesto a las actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar (cuya naturaleza y evolución ha sido examinada por esta Sala en fallo n° 3241/2002, del 12-12) establecido por el órgano legislativo del Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo en la parcialmente impugnada Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio y/o Servicios de Índole Similar la constituye, de acuerdo al citado artículo 7, los ingresos brutos originados en el ejercicio de las actividades industriales, comerciales o económicas y de servicios de índole similar, que se ejerzan o que se consideren en jurisdicción del Municipio Puerto Cabello, sin que sea posible deducir ninguno de los ramos que constituyan dicho ingreso, ni las erogaciones hechas para obtenerlos, ni ninguna otra deducción que no esté expresamente prevista en dicha Ordenanza u otro instrumento jurídico sancionado conforme a la misma, lo cual quiere decir que el límite a la exacción de dicha figura tributaria por el Municipio Puerto Cabello, cuyo fundamento constitucional se halla en el artículo 179, numeral 2, de la Carta Magna, lo constituyen los ingresos brutos (sin deducibles) que efectivamente obtengan, en este caso, Caribe Motor C.A., Carabobo Cars C.A. y Náutica Automotriz C.A., por la venta de automóviles, en su condición de concesionarias de las compañías que se dedican a la fabricación de aquellos.*

*Ello quiere decir, que sólo puede tomarse en cuenta para la determinación del monto de la obligación tributaria, el ingreso derivado del porcentaje o comisión que contractualmente se haya fijado, sobre el precio del bien, entre la concesionaria y el fabricante, por la venta*

*de cada vehículo, ya que la cantidad restante percibida, no puede estimarse como ingreso de la concesionario, sino de la sociedad fabricante del bien comercializado, la cual, independientemente de su domicilio, quedaría obligada a cancelar el tributo por el solo hecho de haberse producido el acto de comercio en jurisdicción del Municipio Puerto Cabello, ya que es el lugar donde se produce la interposición en cambio, y no la ubicación territorial o domicilio del sujeto que se beneficia de la actividad comercial, el elemento espacial que integra a su vez el hecho imponible en esta modalidad de impuesto municipal; en tal sentido, mal puede considerarse que la Ordenanza parcialmente impugnada permita a la Administración Tributaria del Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo calcular el monto a ser cancelado por concepto de impuesto a las actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar sobre la base del precio total que se indique en la factura que registra la venta de los vehículos (sin tomar en cuenta que el ingreso percibido en realidad es sólo un porcentaje de dicho precio), para así exigirle a sociedades como las recurrentes el pago de dicho tributo sobre la base de un ingreso que en realidad no han percibido, pues corresponde a la compañía fabricante del bien vendido”.*

En consecuencia, al ser considerada la contribuyente como una comisionista, la base imponible a ser tomada en cuenta para el cálculo del impuesto sobre patente de industria y comercio, está conformada por los ingresos obtenidos por el monto de las comisiones, tal como lo establece el artículo 4, literal f) de la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio Baruta del Estado Miranda vigente, conforme al cual:

“Artículo 4: La base de cálculo para la determinación del monto de la Patente para el respectivo ejercicio fiscal, se hará con fundamento en los siguientes elementos:

(...)

**f) Para los agentes de aduanas y comisionistas, los ingresos por el monto de las comisiones y honorarios percibidos, el cual se estimará a los efectos de esta Ordenanza en un porcentaje equivalente al dos por ciento (2%) sobre el valor declarado en las facturas de importación o exportación, que gestionen o comercialicen dichos agentes o comisionistas, más el producto de la explotación de sus bienes y servicios”.** (Destacado de la Sala).

En atención a las consideraciones antes expuestas, se impone a esta Sala declarar que la contribuyente Rustiaco Caracas S.A., es una comisionista y a los efectos del impuesto sobre patente de industria y comercio, la base imponible a ser tomada en cuenta está conformada por el monto de las comisiones percibidas por ésta, derivado de la venta de los vehículos marca Chrysler; en consecuencia, se debe desechar la errónea calificación de la contribuyente, así como de la base imponible a serle aplicada, mediante la Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo n° 00003 de fecha 4 de enero de 2000, emanada del Servicio Autónomo Municipal de Administración Tributaria del Municipio Baruta del Estado Miranda, (SEMAT). Así se declara.

## VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

### 1. El Procedimiento Administrativo: Potestad de Autotutela

TSJ-SPA (5663)

21-9-2005

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Nestor L. Torres H. vs. Ministerio de la Defensa.

**La potestad de autotutela de la Administración se ve en principio limitada por el surgimiento o creación por parte de la Administración de derechos subjetivos en cabeza de los particulares, los cuales siempre deben ser respetados; pero cuando el acto administrativo declarado nulo está viciado de nulidad absoluta, el mismo**

**es incapaz de crear derechos subjetivos a favor de persona alguna, toda vez que se entiende que el mismo nunca existió, lo cual justifica entonces que la potestad de revocatoria de oficio de la Administración no se vea limitada en estos casos. La Sala Político Administrativa reitera jurisprudencia.**

La Resolución atacada en el presente asunto, constituye un acto administrativo de efectos particulares dictado en ejecución de una de las facetas que comprenden la llamada potestad de autotutela administrativa, como lo es la consagrada en los artículos 81 al 84 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la cual ha sido definida tanto por la doctrina como por reiterada jurisprudencia de esta Alto Tribunal como la “...potestad o poder de la Administración de revisar y controlar, sin intervención de los órganos jurisdiccionales, los actos dictados por el propio órgano administrativo, o dictados por sus inferiores. Tal potestad de autotutela se ve materializada en nuestro ordenamiento, a través del ejercicio de diversas facultades, como lo son la posible convalidación de los actos viciados de nulidad relativa a través de la subsanación de éstos; la revocatoria del acto, por razones oportunidad e ilegalidad, siempre que no se originen derechos adquiridos, o bien a través del reconocimiento de nulidad absoluta, y por último, mediante la corrección de errores materiales”. (Vid. Entre otras, Sentencia de la SPA n° 718, de fecha 22 de diciembre de 1998, Caso *Vicenzo Sabatino Asfaldo*).

En el presente caso, la Resolución impugnada ejecuta en su contenido la penúltima de las alternativas señaladas *supra*, es decir, a través de un procedimiento de revisión de oficio, se limitó a reconocer la nulidad absoluta de otra Resolución dictada por la misma autoridad; en tal sentido, sobre este punto específico esta Sala ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades señalando:

*“...esta Sala ha sostenido reiteradamente que la Administración, en virtud del principio de la autotutela, puede en cualquier momento revisar sus actos siempre que éstos no creen a favor de los particulares, incluso, si el acto adolece de un vicio de nulidad absoluta, aun cuando hubiere creado derechos, puede ser revisado y revocado por la Administración en cualquier tiempo...”*. (Vid. Sentencia de la SPA n° 845 del 02 de diciembre de 1998, Caso *Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta*).

En otras palabras, debemos entender que la potestad de autotutela de la Administración se ve en principio limitada por el surgimiento o creación por parte de la Administración de derechos subjetivos en cabeza de los particulares, los cuales siempre deben ser respetados, pero cuando el supuesto acto administrativo declarado nulo, está viciado de nulidad absoluta, el mismo es incapaz de crear derechos subjetivos a favor de persona alguna, toda vez que se entiende que el mismo nunca existió, lo cual justifica entonces que la potestad de revocatoria de oficio de la Administración no se vea limitada en estos casos. Así lo señaló esta misma Sala en Sentencia n° 1.033 de fecha 11 de mayo de 2000, Caso *Aldo Ferro García*, en los siguientes términos:

*“...los actos administrativos declarativos de derechos a favor de los particulares, una vez que adquieren firmeza, por haberse vencido los lapsos para su impugnación, se tornan irrevocables, aun en los casos de que adolezcan de algún vicio que los haga anulables. No así, si están viciados de nulidad absoluta.”*

*(...Omissis...)*

*“Por otro lado, la potestad declaratoria de nulidad que está prevista en el artículo 83 ejusdem, cuando autoriza a la Administración para que, en cualquier momento, de oficio o a instancia del particular, reconozca la nulidad absoluta de los actos por ella dictados. De allí que la Ley consagre la irrevocabilidad de los actos creadores de derechos a favor de los particulares, pero un acto viciado de nulidad absoluta -en sede administrativa- no es susceptible de crear derechos.”*

(... Omissis...)

*“No obstante lo anterior, si bien el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra la posibilidad de revisar en cualquier momento de oficio o incluso a solicitud de particulares, actos administrativos, esa facultad debe ejercerse siempre y cuando se detecte alguno de los vicios de nulidad absoluta señalados taxativamente en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.”*

(... Omissis...)

*“...puede y debe la Administración declarar la nulidad de oficio, en cualquier momento, aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentren afectados de nulidad absoluta...”*

Debe entonces analizarse el acto administrativo impugnado, a la luz de los criterios arriba señalados y, en tal sentido se observa:

La Resolución n° 14.919, se fundamenta para reconocer la nulidad de la Resolución n° 14.832, en los ordinales 1° y 3° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es decir, consideró que la resolución era nula, por así disponerlo una norma legal y por ser su contenido de ilegal ejecución; todo lo cual se deriva del hecho de que la Resolución n° 14.832, extendió el lapso máximo de permanencia en servicio activo de los integrantes de la Promoción “General de División Lino de Clemente”, para lo que el ciudadano Ministro de la Defensa (autor del acto), no estaba facultado, de conformidad con lo dispuesto en el único aparte del artículo 432 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales y el artículo 3 de la Ley sobre Tiempo de Servicio de Oficiales de las Fuerzas Armadas Nacionales.

En virtud de ello, y de conformidad con los criterios jurisprudenciales arriba señalados, concluye entonces esta Sala que la Resolución impugnada, dictada en ejecución de la potestad de autotutela de la Administración, consagrada en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al reconocer la existencia de un vicio de nulidad absoluta en un acto administrativo y, en consecuencia, declarar su nulidad, no incurre en vicio alguno que implique igualmente su nulidad; con lo cual, debe entenderse entonces que ha quedado incólume su contenido y, en consecuencia, lo establecido en la Resolución n° E/2628, de fecha 30 de diciembre de 1996, mediante la cual se pasó a retiro a los miembros de la Promoción “General de División Lino de Clemente”, a partir del 01 de enero de 1997. Así se declara.

## 2. Potestad Sancionatoria

### A. Principio de legalidad

TSJ-SC (1798)

19-7-2005

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de los artículos 9, 17, 20, 84 ordinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda.

**En el Derecho Administrativo Sancionatorio el principio de tipicidad no tiene la misma rigidez que en el ámbito penal, cuando se permite que el propio legislador, en una norma en la que la conducta prohibida no se recoge íntegramente, delegue a otras normas la regulación de algunos elementos que completen la descripción del ilícito administrativo; no obstante, su aplicación con ciertas matizaciones, debe siempre respetar el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.**

Luego de analizar el contenido del artículo 106 de la Ordenanza parcialmente impugnada, esta Sala observa que la garantía de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas exige la existencia previa de una norma legal que, por una parte, tipifique como infracción la conducta que se pretende castigar (principio *nullum crimen sine lege*), y de otro lado, establezca la sanción aplicable a quienes incurran en dicha conducta (principio *nulla poena sine lege*); sin embargo, dicho principio sólo se entiende cumplido, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala Constitucional, cuando los preceptos jurídicos sancionatorios preexistentes (*lex previa*) permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción (*vid.* sentencia del 29 de abril de 2003, caso *Margarita Farías Rodríguez*).

A este requisito de certeza responde el principio de tipicidad -inherente al principio de legalidad de las infracciones-, el cual obliga a que la conducta concreta sancionable sea determinada previamente, en forma clara, por la norma creadora de las infracciones y sanciones administrativas, mediante una descripción específica y precisa de la conducta y del contenido material de la sanción, así como de la correlación entre unas y otras (*cf.* Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 2001, p. 385).

Ahora bien, en el Derecho Administrativo Sancionatorio, ciertamente, el principio de tipicidad no tiene la misma rigidez que en el ámbito penal, cuando se permite que el propio legislador, en una norma en la que la conducta prohibida no se recoge íntegramente, delegue a otras normas la regulación de algunos elementos que completen la descripción del ilícito administrativo; no obstante, su aplicación con ciertas matizaciones, debe siempre respetar el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, uno de cuyos atributos es precisamente, conforme al artículo 49, cardinal 6 de la Constitución de 1999, la garantía de tipificación legal de las infracciones y sanciones.

La matización que se acepta respecto a la aplicación de tal principio, permite, solamente, que las descripciones genéricas de las conductas sancionables a las que acuda el legislador para dejar a la Administración la determinación de ciertos aspectos de las mismas, exige, evidentemente, que se establezca en la ley cuál es esa conducta, es decir, que se tipifique, delimitando claramente el ámbito normativo conferido a la Administración, con el propósito de que las normas que esta dicte mantengan su regulación dentro de los parámetros o límites impuestos, vale decir, el reenvío será admisible siempre que sea expreso, que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma, que la norma señale la sanción y contenga el núcleo esencial de la prohibición y que, además, proporcione la necesaria certeza para precisar suficientemente la conducta prohibida.

Establecido lo anterior, advierte la Sala que, en el caso de autos, el artículo 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao constituye una norma legal vacía de todo contenido material, dado que al no definir, ni siquiera de manera genérica, el ilícito administrativo, carece de una pauta que proporcione a la autoridad administrativa actuante y a los particulares destinatarios de su fuerza punitiva, una información suficiente para saber cuál es el comportamiento que se pretende sancionar “con el cierre del establecimiento por un lapso entre una (1) y cinco (5) semanas” (núcleo del hecho sancionable). De allí que, según se desprende de la vaga remisión efectuada por la referida norma a “leyes nacionales, ordenanzas, decretos, reglamentos, acuerdos o resoluciones municipales”, será la autoridad administrativa encargada de aplicarla, la que defina, para cada caso concreto, cuáles son las conductas que ella considera configuran las limitaciones y prohibiciones previstas en los actos y normativas legales y sublegales señaladas, cuya transgresión puede configurar “un daño a la higiene pública, convivencia ciudadana y seguridad de la población, o bien represente un obstáculo para la ejecución de obras públicas nacionales, estadales o municipales”; y, en consecuencia, será la autoridad administrativa sancionadora la que en cada caso tipificará el hecho sancionable.

Por consiguiente, se observa que un administrado al que en virtud del ejercicio de las actividades económicas reguladas por la Ordenanza parcialmente impugnada, se le atribuya haber infringido “leyes nacionales, ordenanzas, decretos, reglamentos, acuerdos o resoluciones municipales”, se le coloca ante un proceso en el cual no sabe cuáles son -objetivamente- las limitaciones y prohibiciones cuya transgresión puede resultar en un daño a los bienes jurídicos protegidos que refiere el citado artículo 106, y ni siquiera se le señala a qué normas se alude en forma concreta, pues la modalidad de remisión adoptada por el legislador municipal en la mencionada norma excede los métodos de técnica legislativa conocidos, conforme a los cuales se opta por recoger en la norma sancionatoria tanto el supuesto de hecho como la sanción, o bien, para no repetir los supuestos de hecho ya preceptuados en normas específicas del mismo texto legal u otro distinto, se hacen remisiones a tales normas e, inclusive a Títulos, Capítulos o a la totalidad de la Ley.

Ciertamente, la remisión contenida en el artículo 106 cuestionado, no se hace mencionando algún artículo, sección o capítulo de un cuerpo normativo concreto en el que están contenidos los supuestos de hecho sancionables, sino utilizando una fórmula de regulación imprecisa y totalmente en blanco, que otorga una potestad sancionatoria tan amplia que el administrado podría quedar sometido a la sanción de cierre temporal de establecimiento dispuesta en dicho artículo por cualquier conducta que, incluso arbitrariamente, se juzgue como una transgresión a “las leyes nacionales, ordenanzas, decretos, reglamentos, acuerdos o resoluciones municipales, de manera que resulte en daño a la higiene pública, convivencia ciudadana y seguridad de la población, o bien represente un obstáculo para la ejecución de obras públicas nacionales, estatales o municipales”, lo que sin duda permite una apertura indefinida de los supuestos ilícitos administrativos.

Recuérdese que, no obstante la flexibilidad del principio de tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador, son inaceptables las cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio, y no con el prudente y razonable que autorizaría una especificación normativa. Con ello, estima evidente la Sala que la disposición legal cuya nulidad se solicita, constituye una norma en blanco que, cuando faculta en forma total y completa a la Administración municipal para crear el supuesto de hecho constitutivo del acto ilícito, quebranta el núcleo esencial de la garantía fundamental de la tipicidad de las infracciones y sanciones administrativas que preceptúa el ya referido artículo 49, cardinal 6 constitucional, situación ésta que ha sido objeto de general rechazo por parte de la jurisprudencia y, en particular, por esta Sala Constitucional en decisión n° 1.269 del 11 de junio de 2002, cuando se anuló el artículo 52 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, por lo que esta Sala debe, en esta oportunidad, declarar por similares motivos la nulidad del artículo 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao. Así se declara.

En atención a las consideraciones anteriores, la Sala estima la pretensión de nulidad que, por razones de inconstitucionalidad, se planteó en este proceso y, en consecuencia, declara la nulidad de los artículos 9, 17, 20, 84 cardinal 4, 91 y 106 de la Ordenanza número 004-02 de Reforma Parcial de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda, publicada en la *Gaceta Municipal de Chacao* n° 4785 Extraordinario, del 31 de octubre de 2003, Así se decide.

*B. Principio del non bis in idem*

**TSJ-SC (1798)**

**19-7-2005**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de los artículos 9, 17, 20, 84 ordinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda.

**El principio de *non bis in idem* se excluye en la apreciación del agravante por reincidencia. La imposición de una pena o sanción aumentada -cualitativa y cuantitativamente- para sancionar el nuevo ilícito penal o administrativo cometido por una persona después de haber sido condenada o sancionada por un ilícito anterior, en virtud de su mayor peligrosidad, no vulnera la prohibición de doble sanción, puesto que nada le impide al legislador tomar en cuenta la condena o sanción anterior.**

Para evitar que un mismo hecho se sancione penal o administrativamente más de una vez, el artículo 49, cardinal 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece uno de los principios generales del Derecho, tradicionalmente denominado *non bis in idem*, que se manifiesta en la imposibilidad de que el Estado juzgue y sancione dos veces a una persona por un mismo hecho.

Este principio constituye uno de los elementos o corolarios del principio general de legalidad que domina el Derecho Administrativo Sancionador en todas sus formas, que sirve de límite al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, pues impide que el administrado sea sancionado dos o más veces por una misma conducta. Al respecto, el español Antonio Domínguez Vila, en su obra *Los Principios Constitucionales*, haciendo un análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 14 de febrero de 1986 señaló que “...el ámbito del *non bis in idem* comienza y termina en que autoridades del mismo orden, a través de procedimientos distintos, sancionen repetidamente una conducta. El *non bis in idem* sólo es admisible cuando se pretende sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos mismos hechos”.

Sin embargo, resulta importante destacar que el *non bis in idem* se excluye en la apreciación del agravante por reincidencia. La imposición de una pena o sanción aumentada -cualitativa y cuantitativamente- para sancionar el nuevo ilícito penal o administrativo cometido por una persona después de haber sido condenada o sancionada por un ilícito anterior, en virtud de su mayor peligrosidad, no vulnera la prohibición de doble sanción, puesto que nada le impide al legislador tomar en cuenta la condena o sanción anterior, con la finalidad de ajustar con mayor precisión el tratamiento que se considere más adecuado para aquellos supuestos en que un individuo incurriese en un nuevo ilícito, lo que pone en evidencia la indiferencia que manifiesta por la sanción quien, a pesar de haberla sufrido antes, recae en su conducta infractora o delictual.

Ahora bien, en correspondencia con lo anteriormente expuesto, de los argumentos esgrimidos por las partes para fundamentar la supuesta inconstitucionalidad del artículo 91 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao, parece inferirse que en dicha norma no se establece un supuesto de reincidencia en el cual se incrementa la sanción en la nueva oportunidad en que se incurre en algún ilícito tipificado en la referida Ordenanza, sino que se regulan nuevas sanciones administrativas (cierre temporal del establecimiento y cancelación definitiva de la Licencia de Actividades Económicas y de la Licencia de extensión de Horario), que se imponen, sin perjuicio de la sanción correspondiente al nuevo ilícito cometido, a quienes después de una o de varias sentencias o resoluciones sancionatorias firmes por la comisión de alguno de los ilícitos tipificados en la Ordenanza, y antes de los cinco (5) años de haberse cumplido o de haber prescrito la sanción impuesta, cometieren otro ilícito de los allí preceptuados.

En efecto, observa esta Sala que la norma impugnada se ubica en el Título VII “De los Ilícitos y sus Sanciones”, específicamente en el Capítulo I “Parte General”, de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao. Este Capítulo I se inicia con el artículo 88 que dispone cuáles son las sanciones aplicables por la violación de lo establecido



en la referida Ordenanza (multa, cierre temporal del establecimiento, cancelación de la Licencia de Extensión de Horario, cancelación de la Licencia de Actividades Económicas y cierre definitivo del establecimiento), cuya aplicación no dispensa el pago de los impuestos sobre actividades económicas adeudados y sus accesorios. Por su parte, el artículo 89 determina los criterios a los cuales ha de atenderse para fijar la cuantía de la sanción a aplicar cuando ésta se encuentre entre dos límites, que se aumentará o disminuirá en función de las circunstancias agravantes o atenuantes que existieren de acuerdo con el Código Penal, y de inmediato, el artículo 90, establece cuáles son estas circunstancias a los efectos de la referida Ordenanza, ubicando a la reincidencia dentro de las agravantes.

El artículo 91, objeto de impugnación, cierra el Capítulo I con una disposición que preceptúa dos supuestos que participen de algunas características de la reincidencia, siguiendo la doctrina especializada en el Derecho Penal, cuando en la misma se exige: (i) la existencia de sentencia(s) o resolución(es) sancionatoria(s) firme(s) por la comisión de alguno de los ilícitos tipificados en la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao, (ii) que el administrado haya cometido un nuevo ilícito que también sea de los tipificados en la referida Ordenanza, y (iii) que antes de haber cumplido o de haber prescrito la sanción no hayan transcurrido cinco (5) años; sin embargo, observa la Sala que no se dispone expresamente el aumento de la sanción que, en cada caso, habrá de imponerse al administrado por la nueva infracción, sino tan sólo que se le sancionará, primero, con una medida de cierre temporal del establecimiento o de cancelación definitiva de la Licencia de Actividades Económicas y de la Licencia de Extensión de Horario y, segundo, con la sanción correspondiente al ilícito cometido que, de acuerdo con lo pautado por el citado artículo 88 *eiusdem*, puede ser desde una multa hasta el cierre definitivo del establecimiento tal como se evidencia de las disposiciones contenidas en el Capítulo II “Parte Especial”, del Título VII “De los Ilícitos y sus Sanciones” de la Ordenanza parcialmente impugnada.

A juicio de esta Sala, los supuestos establecidos en el precepto objeto del presente recurso de nulidad resultan inconstitucionales en relación con la vigencia del principio *non bis in idem*, en la medida que preceptúan la imposición de una doble sanción, puesto que a la aplicación de la sanción que corresponde por el nuevo ilícito cometido, que posiblemente -en virtud de lo dispuesto en los mencionados artículos 89 y 90 de la Ordenanza parcialmente impugnada- podrá ser aumentada por la apreciación del agravante por reincidencia, adicionan la imposición de una sanción diferente por la misma conducta: cierre temporal del establecimiento o cancelación definitiva de la Licencia de Actividades Económicas y de la Licencia de Extensión de Horario, lo cual resulta, por demás, excesivo o desproporcionado, siendo que tales sanciones operan desde perspectivas similares en virtud del incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones establecidas en la Ordenanza cuestionada y en función de los mismos intereses públicos tutelados, quebrantándose flagrantemente la prohibición de doble sanción alegada. Así se declara.

### 3. *Contratos Administrativos*

**TSJ-SPA (4911)**

**13-7-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Juan Serva Cammarano vs. Cámara Municipal del Municipio San Felipe del Estado Yaracuy.

1. Ahora bien, precisa la Sala en primer lugar, delimitar el alcance de la comentada facultad de revocatoria unilateral de los contratos administrativos, otorgada como prerrogativa o cláusula exorbitante a los entes administrativos contratantes; en tal sentido se advierte, que por decisión signada bajo el n° 60, de fecha 06 febrero de 2001 (caso *Corporación Digi-tel, C.A.*), esta Sala dejó sentado lo siguiente:

*“(…) Señala la recurrente que si bien la rescisión unilateral de los contratos administrativos es una prerrogativa de la Administración, en el presente caso, la decisión adoptada en la Resolución n° 099 constituye una sanción impuesta a CORPORACIÓN DIGITEL C.A. por el presunto incumplimiento de la Cláusula Décima Octava del Convenio de Cooperación. Es por ello que, estima, debió garantizársele el ejercicio de su derecho a la defensa y el derecho al debido proceso. No obstante lo anterior, la Administración municipal, contraviniendo los principios que informan los procedimientos sancionatorios, omitió notificar a la demandante de la apertura de un procedimiento administrativo, impidiéndose así demostrar que su conducta se había adecuado a lo dispuesto en los artículos 84 y 85 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, por lo que no habría vulnerado ninguna de las cláusulas contractuales.*

*Por su parte, el abogado Germán Moser Cedeño, ya identificado, en su escrito de informes señaló que “en este caso, el Municipio no ejerció su potestad sancionatoria... sino su potestad de policía cuyo propósito es el de preservar el orden público que es propio de la materia urbanística”.*

*.....Sobre este punto, reitera la Sala que la Administración tiene la facultad de resolver unilateralmente los contratos administrativos en los que sea parte, por distintas razones: de legalidad, cuando no se han satisfecho los requisitos exigidos para su validez o eficacia; de interés general o colectivo; y a título de sanción, en caso de falta grave o incumplimiento del co-contratante. Ciertamente, en este último supuesto, 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 unilateral del contrato, se erige la garantía del derecho a la defensa del interesado que será afectado por la decisión que haya de adoptarse.*

## VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### 1. El Contencioso Administrativo de Anulación

#### A. Legitimación activa

**TSJ-SPA (5663)**

**21-9-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Nestor L. Torres H. vs. Ministerio de la Defensa

**De conformidad con lo dispuesto tanto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando se pretende impugnar un acto administrativo de efectos particulares, el recurrente debe ostentar como mínimo un interés legítimo, es decir, estar en una situación de hecho frente a la actuación administrativa que los afecte en sus derechos o intereses.**

2.- Una vez establecido lo anterior, observa igualmente esta Sala que paralelamente a la Resolución analizada en párrafos anteriores, fueron impugnados también los actos administrativos contenidos en las Comunicaciones n° 769, 763, 765, 766, 785, 768, 787, 776, 775, 767 y 722, todas de fecha 6 de febrero de 1998, emanadas del Ministro de la Defensa, por las cuales se les negó a algunos de los recurrentes, la solicitud de pago de diferencia por concepto de asignación de antigüedad, las cuales se pasan a analizar seguidamente:

En primer lugar, observa la Sala que los recurrentes NESTOR LUIS TORRES HERRERA (Exp. n° 16.103), JOSÉ ENRIQUE PACHECO MORENO (Exp. n° 16.100), KLEEDER ENRIQUE GARCÍA HERNÁNDEZ (Exp. n° 16.143), VALENTÍN PORRAS BERNAL (Exp. N° 16.099), MANUEL VICENTE QUIJADA SALAZAR (Exp. n° 16.102), HÉCTOR ANTONIO VARGAS (Exp. n° 16.142), GUSTAVO ELI CARPIO LECUNA

(Exp. n° 16.083), JESÚS RAFAEL MARTÍNEZ MAGO (Exp. n° 16.096), NELSON ANTONIO URDANETA (Exp. n° 16.104), EDUARDO CÉSAR MEJÍAS YTRIAGO (Exp. n° 16.098), JOSÉ RAFAEL DÍAZ NÚÑEZ (Exp. n° 16.141) y GONZALO ANÍBAL OVALLES (Exp. n° 16.116), en sus respectivos escritos recursorios señalan que no elevaron en su oportunidad solicitud alguna en sede administrativa, a los fines de que se les cancelara la diferencia derivada del aumento salarial decretado por el Presidente de la República y, por lo tanto, no les fue dictado acto administrativo ni negando ni otorgando la mencionada diferencia; motivo por el cual al acudir a esta Sala, impugnan el acto administrativo contenido en la Comunicación n° 769, dictada por el Ministro de la Defensa en fecha 06 de febrero de 1998, dirigida al también recurrente José Julián Sifontes Boet (Exp. n° 15.984). En tal sentido, resulta necesario para esta Sala realizar las siguientes precisiones:

La derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia exigía distintos grados de legitimación para los recursos de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares y para los recursos de nulidad contra actos de efectos generales, en sus artículos 121 y 112 respectivamente, y sobre este punto se ha pronunciado ya esta Sala en reiteradas oportunidades, siendo una de las últimas, la sentencia n° 1.084 del 11 de mayo de 2000, Caso *Colegio de Nutricionistas*, en la cual se reiteró:

*“En criterio de esta Sala, cuando el objeto del recurso de nulidad se refiere a un acto administrativo de efectos particulares la legitimación activa exigida es, de acuerdo a los términos de los artículos 121 y 124, ordinal 1°, la de un interés legítimo, personal y directo, esto es, que el interés en la legalidad de la actividad administrativa está calificado por el legislador, por ello se requiere que le recurrente, por ejemplo, sea el destinatario del acto, o cualquier otro sujeto que, sin ser titular de derechos subjetivos administrativos, se encuentre en una especial situación de hecho frente a la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, le hace más sensible que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley. Estos últimos han sido llamados por la doctrina interesados legítimos.*

*Distinto a lo antes dicho resulta la noción de simple interés, es decir, el interés no calificado por el legislador y que se refiere a la facultad que tiene cualquier ciudadano de impugnar la actuación administrativa, siempre que éste le afecte en su esfera jurídica. Este interés simple, pero particularizado, condicionado a que afecte derechos o intereses de quien recurre, es el que se exige para solicitar la nulidad de actos de la Administración de efectos generales.”*

Ahora bien, la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dejó incólume dicha exigencia de legitimación en el aparte 8 del artículo 21, el cual es del tenor siguiente:

*“8. Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, o que tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar un acto administrativo de efectos particulares, puede demandar la nulidad del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad. El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes las leyes les atribuyen tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando afecte un interés general.”*

En conclusión se tiene entonces que, de conformidad con lo dispuesto tanto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando se pretende impugnar un acto administrativo de efectos particulares, como ocurre en el presente caso, en que los ciudadanos antes identificados solicitan la nulidad de la Comunicación n° 769 de fecha 06 de febrero de 1998, mediante la cual se le negó el pago de diferencia por concepto de asignación de antigüedad al ciudadano José Julián Sifontes Boet, el recurrente debe ostentar como mínimo un interés legítimo, es decir, estar en una situación de hecho tal frente a la actuación administrativa que los afecte en sus derechos.

B. *Admisibilidad: Lapso de caducidad. Inaplicabilidad del término de distancia previsto en la Legislación Procesal a los lapsos de los recursos administrativos*

**TSJ-SE (99)**

**28-7-2005**

Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba

Caso: Pedro Pompeyo Camejo Ramírez vs. Actuaciones de los Órganos del Poder Electoral, de las Actas de Totalización y Proclamación del Alcalde y de las Elecciones emanadas de la Junta Electoral Municipal del Municipio Las Mercedes del Llano del Estado Guárico.

**El lapso para la interposición de los Recursos Contenciosos Electorales contra las decisiones del Consejo Nacional Electoral sobre recursos jerárquicos es de quince (15) días hábiles, y no le es aplicable a dicho lapso el término de distancia para el caso de que el recurrente se encuentre domiciliado fuera de la ciudad de Caracas.**

Sostiene el recurrente, que esta decisión del Juzgado de Sustanciación de esta Sala Electoral supuestamente viola su derecho a la defensa y al debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que en su decir, al lapso de quince (15) días consagrado en el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política debe añadirse el término de distancia en razón de que él se encuentra domiciliado fuera de la ciudad de Caracas, que es la sede de este Tribunal Supremo de Justicia, y que por lo tanto, el lapso con que él contaba para interponer el presente recurso no estaba limitado a quince (15) días hábiles, sino que debían agregarse los días correspondientes al término de distancia, por lo que en consecuencia, al haberse interpuesto el presente recurso en el día hábil dieciséis (16) siguiente a la fecha de notificación de la decisión del Consejo Nacional Electoral, significa que el recurso sí fue interpuesto tempestivamente.

Frente a este señalamiento del recurrente, observa esta Sala Electoral, que el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que es la norma que establece el lapso para la interposición de los Recursos Contenciosos Electorales contra las decisiones del Consejo Nacional Electoral sobre recursos jerárquicos, expresamente señala lo siguiente:

*“El plazo máximo para interponer el Recurso Contencioso Electoral a que se refiere el artículo anterior, contra los actos o actuaciones del Consejo Nacional Electoral, será de quince (15) días hábiles contados a partir de:*

1. *La realización del acto;*
2. *La ocurrencia de los hechos, actuaciones materiales o vías de hecho;*
3. *El momento en que la decisión ha debido producirse, si se trata de abstenciones u omisiones; o,*

*En el momento de la denegación tácita, conforme a lo previsto en el artículo 231”.*

Como se observa en la norma citada, la misma es muy clara al señalar que el lapso para la interposición del Recurso Contencioso Electoral contra las decisiones del Consejo Nacional Electoral sobre recursos jerárquicos, es de quince (15) días hábiles, señalando expresamente la norma que ese es el “*plazo máximo*” y no estableciendo ninguna excepción al respecto, como sería el invocado término de la distancia, por lo que en consecuencia se encuentra plenamente ajustada a derecho la decisión del Juzgado de Sustanciación de esta Sala Electoral que declaró la Inadmisibilidad del Recurso Contencioso Electoral interpuesto por el ciudadano PEDRO POMPEYO CAMEJO RAMÍREZ, al constatar que el recurso fue interpuesto una vez fenecido el lapso de quince (15) días consagrado en la norma citada.

Desestima esta Sala Electoral el alegato formulado por el recurrente, de que al lapso de quince (15) días hábiles consagrado en el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política debe añadirse el “término de la distancia”, toda vez que esta institución procesal no es aplicable a los lapsos o términos establecidos en las leyes para el ejercicio del derecho de accionar. El “término de la distancia” es una institución eminentemente de naturaleza procesal, la cual tiene aplicabilidad una vez que se ha iniciado el proceso y que guarda relación exclusivamente con la realización de “actos intra-procesales” (contestación de la demanda, evacuación de pruebas, entre otros), cuando el lugar del tribunal en que debe efectuarse el acto es diferente de aquel donde se encuentra la persona o los autos requeridos.

Considera la Sala igualmente necesario señalar, a los fines de precisar la inaplicabilidad del “término de la distancia” al plazo legal para la interposición del Recurso Contencioso Electoral, que el artículo 242 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política regula lo relativo al supuesto de las personas no domiciliadas en el Área Metropolitana de Caracas, permitiéndole a las mismas que puedan interponer el Recurso Contencioso Electoral ante uno de los tribunales civiles que ejerzan jurisdicción en el lugar donde tenga su residencia el recurrente o los recurrentes. Al prever expresamente la Ley que el Recurso Contencioso Electoral puede ser interpuesto ante un Tribunal Civil de la jurisdicción donde reside el recurrente, reafirma lo señalado en el artículo 237 sobre el plazo máximo de quince (15) días hábiles para la interposición del Recurso Contencioso Electoral y que en consecuencia no puede invocarse como excepción, a los fines de una eventual prórroga de dicho lapso, el tener la residencia fuera del Área Metropolitana de Caracas que amerite la aplicabilidad del “término de la distancia”.

Sobre la base de lo antes señalado esta Sala Electoral ratifica que el lapso para la interposición de los Recursos Contenciosos Electorales contra las decisiones del Consejo Nacional Electoral sobre recursos jerárquicos es de quince (15) días hábiles, y no le es aplicable a dicho lapso el término de distancia para el caso de que el recurrente se encuentre domiciliado fuera de la ciudad de Caracas, por lo que en consecuencia esta Sala Electoral declara IMPROCEDENTE la apelación planteada por el ciudadano PEDRO POMPEYO CAMEJO RAMÍREZ el día 29 de junio 2005, contra el auto de fecha 21 de junio de 2005, dictado por el Juzgado de Sustanciación de esta Sala Electoral, a través del cual declaró INADMISIBLE el Recurso Contencioso Electoral interpuesto, por haber sido incoado una vez fenecido el lapso de 15 días hábiles consagrados en el artículo 237 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Así se decide.

C. *Emplazamiento: Cartel*

TSJ-SPA (5481)

11-8-2005

Ponencia Conjunta

Caso: Miguel A. Herrera H. vs. Ministerio del Interior y Justicia.

**La obligación de retirar y publicar el cartel de emplazamiento al que se refiere el artículo 21 aparte undécimo -parte *infine*- de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se debe verificar dentro de los treinta (30) días siguientes a su expedición, aplicando supletoriamente lo dispuesto en el ordinal 1° del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, contando luego el interesado con tres (3) días de despacho siguientes a dicha publicación para consignar en autos un ejemplar de la misma.**

En primer lugar, debe esta Sala pronunciarse sobre la solicitud formulada por la representación del Ministerio Público, en el sentido que se aplique en el presente caso el artículo 125 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por ser la Ley vigente

para el momento de la admisión del presente recurso de nulidad, ello en virtud de que en fecha 20 de mayo del 2004, entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.942 de la misma fecha.

Al respecto, debe precisar esta Sala que el presente recurso de nulidad fue admitido el 13 de mayo de 2004, es decir bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, verificándose la oportunidad para librarse el cartel de emplazamiento al tercer día de despacho siguiente a aquél en que constaran en autos las notificaciones ordenadas en el referido auto de admisión.

En efecto, los días 8 y 20 de julio de 2004, el Alguacil del Juzgado de Sustanciación dejó constancia de haber practicado las mencionadas notificaciones.

Así pues, para el momento en que debía librarse el cartel de emplazamiento ya se encontraba vigente la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que dicho cartel, tal y como lo consideró el Juzgado de Sustanciación, debía librarse con fundamento en el artículo 21 aparte undécimo de la referida Ley, por ser una norma de carácter procesal cuya aplicación era inmediata, conforme lo dispone el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto los efectos procesales que produce la expedición del mencionado cartel no se habían verificado todavía.

De allí que, será con fundamento en la mencionada norma que se analizará el caso de autos. En tal sentido se observa:

El artículo 21 aparte undécimo -parte *infine*- de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela establece:

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

La referida disposición establece la figura del desistimiento tácito en aquellas situaciones en que el recurrente no consigne el ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel de emplazamiento, dentro de los tres (3) días “siguientes” a su publicación, lapso que la Sala ha considerado debe ser computado por días de despacho, tal y como se estableció en sentencia n° 4920, del 14 de julio de 2005.

Ahora bien, de la lectura de la norma contenida en el referido artículo 21 aparte undécimo -parte *infine*- de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, constató la Sala que el legislador se limitó a establecer el lapso correspondiente para “consignar” la publicación en prensa del cartel de emplazamiento, esto es tres (3) días (de despacho), sin precisar el lapso para que la parte actora cumpla con las otras obligaciones inherentes a dicha formalidad, cuales son, su retiro y efectiva publicación, determinación que resulta de particular importancia, pues al no especificarse la oportunidad para que se verifiquen tales exigencias, el proceso queda en suspenso a espera del cumplimiento por parte del recurrente del retiro y publicación del cartel de emplazamiento, lo que

podría perjudicar ostensiblemente los derechos de los terceros que se vean afectados por el acto cuya nulidad se solicite en el recurso contencioso administrativo de anulación, además de contravenir el principio de celeridad procesal y seguridad jurídica, cuya estricta observancia contribuye a ejecutar la obligación de este Máximo Tribunal de ser garante de la justicia y la tutela judicial efectiva.

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

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

Vista la relevancia e importancia del criterio establecido en este fallo, en su dispositivo se ordenará su publicación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Como consecuencia de la declaratoria anterior, en el caso en concreto esta Sala, a fin de poner en conocimiento al recurrente del criterio aquí fijado, ordena su notificación, y luego de que conste en autos la misma, empezarán a contarse los lapsos para que cumpla con la carga procesal de publicar y consignar el cartel de emplazamiento, toda vez que ya se verificó su retiro. Así se declara.

## II DECISIÓN

Por las consideraciones anteriormente expuestas, esta Sala Político- Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara:

1.- Que la obligación de retirar y publicar el cartel de emplazamiento al que se refiere el artículo 21 aparte undécimo -parte *infine*- de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, se debe verificar dentro de los treinta (30) días siguientes a su expedición, aplicando supletoriamente lo dispuesto en el ordinal 1° del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, contando luego el interesado con tres (3) días de despacho siguientes a dicha publicación para consignar en autos un ejemplar de la misma.

**TSJ-SPA (4920)**

**14-7-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Oliver Steven Vázquez Cárdenas vs. Ministerio de la Defensa

**Considera la Sala que el lapso de tres (3) días siguientes a la fecha de publicación del cartel de emplazamiento, para que el recurrente consigne en el expediente, un ejemplar del periódico donde conste dicha publicación y de no cumplirse con esta obligación, se declarará desistido el recurso y se ordenará el archivo del expediente. Dicho lapso debe ser computado por días de despacho, dado que la referida consignación tiene que hacerse en esa oportunidad, puesto que son éstos los días fijados por el Máximo Tribunal para cumplir con esas actuaciones procedimentales.**

El artículo 21, aparte 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

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

El aparte antes transcrito establece un lapso de tres (3) días siguientes a la fecha de publicación del cartel de emplazamiento, para que el recurrente consigne en el expediente, un ejemplar del periódico donde conste dicha publicación y de no cumplirse con esta obligación, se declarará desistido el recurso y se ordenará el archivo del expediente. Considera la Sala que dicho lapso debe ser computado por días de despacho, dado que la referida consignación tiene que hacerse en esa oportunidad, puesto que son éstos los días fijados por este Máximo Tribunal para cumplir con esas actuaciones procedimentales.

Ahora bien, en el presente caso se constata que, una vez practicadas las notificaciones ordenadas en el auto de admisión al ciudadano Fiscal General de la República y a la ciudadana Procuradora General de la República, el Juzgado de Sustanciación en fecha 15 de julio de 2004, libró cartel de emplazamiento, el cual fue retirado por la apoderada judicial del recurrente el 8 de septiembre de 2004, publicado el 10 de septiembre de ese año y consignado en el expediente en fecha 14 de septiembre del mismo mes y año. En atención a ello, esta Sala observa que, contado el lapso transcurrido desde el día 10 de septiembre de 2004, fecha de publicación del referido cartel, hasta el 14 de septiembre del mismo año, oportunidad en la cual la representante judicial del recurrente consignó el mismo, se evidencia que esta última fue efectuada tempestivamente, por cuanto se realizó el primer día de despacho siguiente, o sea, dentro de la oportunidad legal para ello. Por tal motivo, debe la Sala declarar improcedente la solicitud efectuada por la representante de la Procuradora General de la República. Así se decide.

D. *Pruebas: Hecho notorio comunicacional*

**TSJ-SE (86)**

**14-7-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Varios vs. Consejo Nacional Electoral

**La Sala reitera la jurisprudencia existente en torno a los supuestos que configuran un hecho notorio comunicacional.**



Corresponde ahora examinar las reseñas de la prensa en las cuales se recogen presuntas declaraciones de terceros sobre el proceso de actualización, las cuales -a juicio del recurrente- reúnen los requisitos para ser catalogadas como un hecho notorio comunicacional. En ese sentido los recurrentes invocaron en su escrito: Dos supuestos reportajes del periodista Gustavo Azocar Alcalá, en los cuales se hace referencia a una comunicación enviada por el Fiscal Auxiliar de Cedulación de San Antonio del Táchira, ciudadano Freddy García Niño, al Coordinador Regional de la Misión Identidad, Coronel Rafael González; y al contenido de una carta supuestamente elaborada por el referido Fiscal Auxiliar, y dirigida al Fiscal General de Cedulación, Oswaldo Rodríguez Rivero, en la que se relatan una serie de hechos presuntamente irregulares en cuanto al proceso de cedulación.

Cabe advertir, antes de pronunciarse sobre el valor probatorio de las reseñas periodísticas invocadas, que en su escrito de promoción de pruebas (folio setecientos sesenta y cuatro -764- de la pieza 3 del expediente) los recurrentes ofrecieron traer al proceso la comunicación número FGC-0114, emanada del Fiscal Auxiliar de Cedulación de San Antonio del Táchira, ciudadano Freddy García Niño, denunciando al Coordinador Regional de la Misión Identidad, Coronel Rafael González, la cual no fue incorporada a los autos en la oportunidad de evacuación de pruebas.

En cuanto a las reseñas periodísticas invocadas, visto que los recurrentes alegan que se ha configurado lo que se ha denominado jurisprudencialmente un hecho notorio comunicacional, considera pertinente esta Sala Electoral traer a colación el criterio de la Sala Constitucional, plasmado en la sentencia número 98 del 15 de marzo de 2000, en la cual se precisaron los elementos que deben reunirse para considerar que se está ante un hecho de esta naturaleza, así como la forma en que debe ser incorporado a la causa. En el referido fallo se expresó:

“Es cierto que el hecho comunicacional, como cualquier otro hecho, puede ser falso, pero dicho hecho tiene características que lo individualizan y crean una sensación de veracidad que debe ser tomada en cuenta por el sentenciador. Esos caracteres confluyentes son: 1) Se trata de un hecho, no de una opinión o un testimonio, si no de un evento reseñado por el medio como noticia; 2) Su difusión es simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales, o radiales, lo cual puede venir acompañado de imágenes; 3) Es necesario que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros y, es lo que esta Sala ha llamado antes la consolidación del hecho, lo cual ocurre en un tiempo prudencialmente calculado por el juez, a raíz de su comunicación; y 4) Que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o de la sentencia que los tomará en cuenta.

El que el hecho sea falso, como ya se dijo, es una posibilidad mínima, pero que siempre puede ser opuesto y constatado en la misma instancia, si es la parte quien pretende valerse de él, o en la alzada si proviene del juez; y hasta puede ser confrontado dentro del recurso de Casación, mediante el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

Resulta un despilfarro probatorio y un ritualismo excesivo, contrario a las previsiones de una justicia idónea, responsable, sin dilaciones indebidas y sin formalismos, que consagra el artículo 26 de la vigente Constitución, que se deba probar formalmente en un juicio, por ejemplo, que la Línea Aeropostal Venezolana es una línea aérea; que fulano es el Gobernador de un Estado; o que existen bebidas gaseosas ligeras, o que el equipo Magallanes es un equipo de béisbol; o que José Luis Rodríguez es un cantante; o Rudy Rodríguez una actriz; o que una persona fue asesinada, y que su presunto victimario resultó absuelto; se trata de conocimientos de igual entidad que el difundido por la prensa en el sentido que un día y hora determinado hubo una gran congestión de tránsito en una avenida, o se cayó un puente en ella, etc.

En este tipo de hecho, que no proviene de publicaciones o medios que merecen autenticidad, como lo serían las pruebas documentales, cuyas tarifas legales de valoración están establecidas en los artículos 1359, 1360 y 1363 del Código Civil, y que tampoco se encuen-

tran incorporados en forma estable a la memoria colectiva, no existe presunción alguna de veracidad y por ello queda a criterio del Juez valorarlos exigiendo o no la prueba, si las partes son quienes los alegan, lo que puede ocurrir en cualquier estado o grado del proceso, ya que el hecho puede tener lugar en cualquier tiempo.

No existe en las leyes procesales una oportunidad para que las partes consulten a los jueces sobre su conocimiento del hecho notorio clásico, o del notorio comunicacional, lo que carga a las partes, sobre todo con respecto a estos últimos, a probarlos mediante las publicaciones o copias de los audiovisuales, si es que dudan que el juez no los conozca. A tenor del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil los actos que la ley ordena se publique en periódicos son considerados fidedignos, lo que involucra que el periódico que los contiene también los son, salvo prueba en contrario. Ahora bien, si el ejemplar de la prensa se reputa, sin más, que emana del editor en esos casos, y que dicho ejemplar representa la edición de ese día, igual valor probatorio debe tener el periódico como tal en lo que al resto de su contenido expresa.

Pero para el juez, conocedor del hecho, de oficio puede acogerlo y fijarlo en el fallo, siempre que reúna las condiciones que permiten al hecho comunicacional considerarse notorio”.

En el presente caso, y dentro del contexto de estas premisas jurisprudenciales, la Sala considera que la formulación realizada por los recurrentes en cuanto a la configuración de un hecho notorio comunicacional, no reúne los requisitos aquí señalados, por cuanto:

1.- Los recurrentes no aportaron las publicaciones o copias de los audiovisuales en las cuales se recoge el hecho señalado, sino que realizaron una transcripción de unas noticias supuestamente aparecidas en la prensa (folios 320 al 324 de la pieza 2 del expediente) cuestionando la transparencia de la actualización del Registro Electoral en el Estado Táchira, sin aportar datos concretos en cuanto al medio, fecha, cuerpo y página en que aparecieron publicadas.

2.- La existencia o no de irregularidades en el proceso de actualización es un hecho que en la realidad política reciente pretendió controvertirse a través de una campaña comunicacional destinada a tal fin. De allí que no puede sostenerse que por el hecho de que algunos medios de comunicación hayan reseñado la ocurrencia de las mismas, tal hecho esté fuera de toda duda. Por otra parte, se trata de una serie de hechos que por su naturaleza están sujetos a la subjetividad de la reseña, por cuanto no se limita a exponer un acontecimiento sino que, el mismo hecho de calificarlo como una “irregularidad”, determina que también se ha emitido un juicio de valor. De allí que mal puede sostenerse que se está en presencia de un hecho notorio comunicacional, puesto que se trata de una opinión, por lo cual no podían los recurrentes sustraerse de su obligación de demostrar la verdadera existencia de dichas irregularidades (que las personas que estaban actualizando el Registro Electoral no ostentaban la condición de funcionarios autorizados por el Poder Electoral) a partir de supuestas reseñas de prensa.

Por todas estas razones, las supuestas reseñas de prensa invocadas carecen de la entidad suficiente para servir de prueba al hecho invocado. Así se declara.

## 2. *El Contencioso Administrativo de Interpretación*

TSJ-SE (125)

11-8-2005

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Interpretación del artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo.

**La Sala reitera la jurisprudencia existente referente a los requisitos que deben cumplirse a fin de la procedencia del Recurso de Interpretación.**

Determinada como ha sido la competencia de este órgano judicial para conocer del presente recurso, corresponde entonces emanar un pronunciamiento con relación a la admisibilidad del mismo, y al respecto observa que los supuestos que concurrentemente deben

cumplirse a fin de que la interpretación proceda por la vía de este especial recurso fueron delineados por la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, que antes de la entrada en vigencia de la actual Ley Fundamental, tenía atribuida con carácter exclusivo el conocimiento de este tipo de recursos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42, numeral 24, y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

De igual forma, cabe señalar que esos criterios de admisibilidad han sido acogidos por esta Sala Electoral en diversas oportunidades (sentencias 93 del 26 de julio de 2000, *interpretación del artículo 278 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*; 102 del 18 de agosto de 2000, *interpretación de los artículos 224 y 250 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*; 121 del 18 de junio de 2002, *interpretación del artículo 32 del Decreto con Fuerza de Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro*; 159 del 16 de octubre de 2002, *interpretación del artículo 8 de la Ley Orgánica del Instituto de Oficiales de las Fuerzas Armadas Nacionales en Situación de Disponibilidad y Retiro*; 159 del 7 de diciembre de 2004, *interpretación del artículo 179 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*, entre otras).

En ese orden de ideas, este órgano judicial ha sostenido que se requiere que la norma cuya interpretación y análisis se solicita sea de rango legal, pues sólo procede este recurso para fijar el alcance e inteligencia de textos legales.

En segundo lugar, es necesario que la propia Ley haya previsto de manera expresa el ejercicio de tal recurso respecto de las normas en ellas contenidas, salvo que la propia ley que prevé su interpretación disponga su extensión a otros textos normativos. En ese sentido, los más recientes criterios de la Sala Político-Administrativa han matizado esta exigencia en lo concerniente a que el instrumento de rango legal prevea la posibilidad de solicitar la interpretación del mismo, y así lo ha puesto de relieve esta Sala en sentencias números 21 del 13 de abril de 2005, *interpretación de la Resolución n° 030807-387 de fecha 7 de agosto de 2003 dictada por el Consejo Nacional Electoral (Normas para regular los Procesos Electorales de Gremios y Colegios Profesionales)* y 81 del 14 de julio de 2005, *interpretación del artículo 32 y la Disposición Especial Segunda de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro*. Sin embargo, considera este órgano judicial que, estando prevista en el artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política la extensión de la posibilidad de incoar el recurso interpretación respecto otras leyes que regulen materias electorales aún cuando éstas no lo establezcan de forma expresa, esa matización no resulta necesaria en el ámbito contencioso-electoral.

En tercer lugar, se debe verificar la conexidad entre el recurso intentado y un determinado caso concreto, lo cual posee un doble propósito: por un lado, verificar la legitimación del recurrente evitando el simple ejercicio académico de interpretación y por el otro, permitir al intérprete apreciar objetivamente la existencia de la duda que se alegue como fundamento.

Los extremos exigidos se verifican en el presente caso, por cuanto la norma en cuya interpretación se centra la solicitud planteada por vía de este especial medio procesal -artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo- es una norma de rango legal, y si bien el texto de ese instrumento normativo no prevé expresamente el recurso de interpretación, como ya se señaló, sí lo hace el artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el cual extiende el mismo a las normas de otras leyes en materia electoral, por lo que debe considerarse suficientemente amplia la disposición en cuestión a los efectos de otorgarle sustento legal a la pretensión interpuesta en el presente caso.

Respecto del requisito de su conexión a un caso concreto, en primer lugar, cabe señalar que el mismo requiere ser matizado en el caso de que el accionante resulte ser, como en el presente caso, el Consejo Nacional Electoral, toda vez que el ya citado artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política le confiere al órgano rector del Poder Electoral

*ope legis* la legitimación para interponer el recurso de interpretación. En todo caso, resulta evidente que la pretensión aquí intentada no pretende un mero ejercicio académico o teórico y sí genera una duda que requiere de dilucidación, toda vez que la misma ha sido incoada por la representación del Consejo Nacional Electoral, órgano que tiene entre sus competencias, por imperativo del artículo 293 numeral 6 constitucional, la organización de procesos electorales en el ámbito sindical, y a tal efecto, a partir de la entrada en vigencia del texto constitucional, ha procedido a hacer uso de sus potestades normativas y supervisoras de dichos procesos comiciales. Asimismo, tal como se afirma en el escrito recursivo, al referido órgano le compete resolver en vía administrativa de las impugnaciones que se intenten contra tales procesos, por lo que se hace necesaria la resolución de la duda planteada a los fines de coadyuvar en la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico laboral a la materia electoral sindical. Así se decide.

De lo anterior esta Sala concluye que se encuentran cubiertos los supuestos exigidos para que resulte admisible la interpretación solicitada. Así se decide.

3. *El Contencioso Administrativo de las Demandas contra los Entes Públicos. Admisibilidad: Procedimiento administrativo previo*

**TSJ-SPA (4912)**

**13-7-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Fondo de Comercio Proyectos y Construcciones ZEIKAR vs. Alcaldía del Municipio Autónomo San Carlos de Austria del Estado Cojedes.

Como quiera que la representación judicial del accionado, alegó la falta de cumplimiento del procedimiento previo de demandas contra la República (aplicable a los Municipios), lo cual constituye una causal de inadmisibilidad de la demanda, la Sala estima necesario clarificar dicha situación en los términos siguientes:

Sobre la aludida figura, conviene recordar que han sido reiterados los pronunciamientos realizados en torno a su naturaleza y finalidad, considerándose que la vigencia del antejuicio administrativo previsto en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no tiene históricamente como causa eficiente real la de crear una instancia que equipare a una supuesta desigualdad de la Administración respecto a los particulares, sino que a través de dicho mecanismo se persigue imponer a la República de las eventuales reclamaciones que se dirigen en su contra, con miras a que se dispongan soluciones no contenciosas a los futuros litigios que pudieran surgir.

A este respecto, vale destacar el fallo dictado por esta Sala bajo el n° 1.735, de fecha 27 de julio de 2000, en el caso Juan Eduardo Adellán contra la República de Venezuela, cuando al analizar la causal de inadmisibilidad prevista en el ordinal 5° del artículo 84 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (ahora dispuesta en el aparte 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela), señaló:

*"(...) existen una serie de normas procesales que exigen al actor el cumplimiento de requisitos previos o la presentación de documentos específicos para que el juez admita la demanda. Es lo que en doctrina se denomina como documentos-requisitos indispensables para la admisión de la demanda..."*

*...omissis...*

*... el cumplimiento del antejuicio administrativo previo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República cuando la demandada es la República, funciona como un requisito de admisibilidad de la demanda. No puede enfocarse su*

*incumplimiento como una negación del ordenamiento jurídico a la tutela jurisdiccional. Por ello resulta indispensable diferenciar las causales de inadmisibilidad de una demanda de las de una acción. En el primer caso, la demanda podrá ser intentada en cualquier momento, siempre que se cumplan los requisitos previstos por la Ley, mientras que en el segundo tipo la acción jamás podrá ser intentada (...)*". (resaltado del texto).

De tal forma, que la omisión del requisito del antejuicio administrativo se traduce en una prohibición de la ley de admitir la demanda, mientras que no se le haya dado cumplimiento, pues tal procedimiento previo puede evitar el uso de la vía jurisdiccional.

Ahora bien, estando clara la vigencia y aplicación del privilegio procesal del antejuicio administrativo, resulta forzoso para esta Sala analizar si la parte accionada goza de tal prerrogativa, contenida en el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, según el cual quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República, deben manifestarlo previamente por escrito, al órgano al que le corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso.

En este sentido, recuerda la Sala que en múltiples oportunidades reconoció que los privilegios y prerrogativas consagrados por la legislación nacional a favor del Fisco Nacional, eran extensibles a los Municipios, en virtud de lo preceptuado en la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal (Vgr. Sentencia n° 2.725, del 20 de noviembre de 2001, dictada en el caso Municipio San Cristóbal del Estado Táchira). Así, vale transcribir el contenido del artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, aplicable a este caso *ratione temporis*, el cual reza:

***“Artículo 102. El Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional salvo las disposiciones en contrario contenidas en esta Ley. Igualmente, regirán para el Municipio, las demás disposiciones sobre Hacienda Pública Nacional en cuanto le sean aplicables”***. (resaltado de la Sala).

Luego, se tiene que el artículo 63 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece:

***“Artículo 63: Los privilegios y prerrogativas procesales de la República son irrenunciables y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procedimientos ordinarios y especiales en que sea parte la República”***.

Ahora bien, visto que la presente demanda está dirigida contra el Municipio San Carlos de Austria del Estado Cojedes y demostrado como ha sido que al Municipio accionado le resultaban aplicables las prerrogativas y privilegios otorgados al Fisco Nacional, sin hacer ninguna distinción entre privilegios fiscales y procesales, se debe analizar si en efecto la parte actora cumplió con el procedimiento administrativo previo.

En este orden de ideas, conviene indicar que al examinarse el presente expediente se puede apreciar que fue acompañada al libelo una inspección ocular realizada en fecha 6 de marzo de 2002, a través del Juzgado de los Municipios San Carlos y Rómulo Gallegos de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, la cual ha sido invocada por la parte actora como prueba suficiente del agotamiento del antejuicio administrativo. Sin embargo, tal inspección fue rechazada por la demandada, de allí que resulta necesario establecer si la misma puede considerarse como un medio idóneo para la demostración del cumplimiento de la aludida formalidad.

A este respecto, observa la Sala que la inspección ocular a que hace referencia quien demanda, de modo alguno puede configurarse como un mecanismo adecuado para dar por cumplido la mencionada fase previa, pues tal figura está básicamente destinada a dejar constancia del estado de los lugares o cosas que no se pueda o no sea fácil acreditar de otra manera, o hacer constar circunstancias que puedan desaparecer o modificarse por el transcurso del tiempo, mas, dentro de su objetivo, evidentemente, no se enmarca el agotamiento del procedimiento previo de demandas contra la República.

Adicional a lo anterior, debe resaltarse que tal y como lo expresa el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, antes referido, quien pretenda instaurar una demanda de contenido patrimonial contra la República, **debe manifestarlo previamente por escrito**, al órgano al que le corresponda el asunto **y exponer concretamente cada una de sus pretensiones**, supuesto no ocurrido en el caso tratado; en efecto, la mencionada inspección ocular, según su propio contenido, estaba dirigida a que se evidenciara la exacta ubicación física de “*la Alcaldía del Municipio Autónomo San Carlos del Estado Cojedes*”, la existencia de los contratos aquí tratados y sus respectivos montos, aspectos que en nada comportan lo que debe contener la solicitud en un antejuicio administrativo, no alcanzando de esta manera, la finalidad para la cual fue prevista, es decir, poner en conocimiento del Municipio el contenido de la pretensión que se dirige en su contra.

Por lo tanto, resulta concluyente que la parte actora no acreditó el cumplimiento de la formalidad que se analiza y en tal virtud, resulta forzoso declarar inadmisibles la presente demanda, de conformidad con lo previsto en los artículos 54 y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en concordancia con lo establecido en el ordinal 5°, del artículo 84 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicable *ratione temporis*, hoy aparte 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara

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

##### A. *El Contencioso Administrativo Funcionarial: Competencia*

**CSCA (3174)**

**29-9-2005**

Juez Ponente: Jesús David Rojas Hernández

Caso: Mercedes Cecilia Negrón Paz vs. Consejo de Dirección de la Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt.

**La competencia para conocer de las acciones ejercidas por “docentes” que prestan servicios en las universidades nacionales le corresponde en primera instancia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo. Tal criterio ha sido enfático al señalar la especialidad del caso en que se encuentra los docentes universitarios, diferenciando así, al resto del personal administrativo que labora en las universidades, cuyas pretensiones, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada, compete a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativos Regionales.**

Previo a emitir cualquier pronunciamiento respecto al recurso contencioso administrativo funcionarial interpuesto por el ciudadano Miguel Ángel Negrón Balza en su condición de representante judicial de la ciudadana Mercedes Cecilia Negrón Paz, contra el Consejo de Dirección de la Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt, debe esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo pronunciarse acerca de su competencia para conocer la presente causa y a tal efecto observa que en decisión n° 2001-1.110 de fecha 31 de mayo de 2001 la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo aceptó la competencia declinada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental en los siguientes términos:

“El recurso contencioso administrativo de anulación fue interpuesto contra el acto administrativo contenido en el Oficio n° 236/2000/C.J., de fecha 13 de noviembre de 2000, emanado del Consejo de Dirección de la Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt, el cual está sometida (*sic*) al control jurisdiccional de esta Corte, conforme al artículo 185 ordinal 3° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades este Órgano (*sic*) Jurisdiccional (...)”.

Ahora bien, dado que se distribuyeron las causas pares que originalmente se encontraban en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, entre las cuales se encuentra la presente causa, todo ello en virtud de la Resolución n° 68 de fecha 27 de agosto de 2004, dictada por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, este Órgano Jurisdiccional considera necesario pronunciarse respecto a su competencia y en este sentido cabe destacar que la sentencia n° 00242 de fecha 19 de febrero de 2003, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se señaló lo siguiente:

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

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

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

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

En atención a las precisiones antes expuesta y a la norma parcialmente transcrita, considera esta Sala que, al tratarse el caso de autos de un recurso de nulidad interpuesto por un grupo de docentes contra un acto emanado del “Rector” de la Universidad Experimental Sur del Lago, con ocasión a su relación laboral, la competencia corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”. (Resaltado de la Sala)

Ello así, se ha determinado, de conformidad con la sentencia citada *supra*, que en materia funcional -como es el caso bajo estudio- la competencia para conocer de las acciones ejercidas por “docentes” que prestan servicios en las universidades nacionales le corresponde en primera instancia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, tal criterio ha sido enfático al señalar la especialidad del caso en que se encuentra los docentes universitarios, diferenciando así, al resto del personal administrativo que labora en las universidades, cuyas pretensiones, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada compete a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativos Regionales.

Del caso de marras se advierte que la parte accionante la ciudadana Mercedes Negrón desempeñaba el cargo de docente en la referida Universidad Nacional y asumiendo el criterio jurisprudencial *ut supra* citado, este Órgano Jurisdiccional declara su competencia para conocer de la causa tal y como fue asumida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así se decide.

B. *El Contencioso Administrativo Tributario*a. *Sentencia: Notificación a la Procuraduría General de la República*

TSJ-SPA (5406)

4-8-2005

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Puerto Licores, C.A. vs. Gerencia de la Aduana Principal de Guanta, Puerto La Cruz, Estado Anzoátegui y Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria.

**En aquellos juicios contencioso-tributarios en que sea parte el Fisco Nacional -y, por ende, se requiera la notificación de la Procuraduría General de la República-, y se haya dictado sentencia, sea ésta interlocutoria o definitiva, debe entenderse que una vez conste en autos la última de las boletas de notificación de cualquiera de las partes, es que comienza a correr el lapso de ocho (8) días de despacho para que éstas puedan ejercer su derecho a apelar de la sentencia de que se trate, a cuyo vencimiento se abrirá el lapso de ocho (8) días de despacho aludido en el artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para que se entienda notificado el Procurador o Procuradora General de la República.**

Tal como se indicó *supra*, la representación judicial de la contribuyente solicitó de esta Sala que, como punto previo a resolver la materia de fondo debatida, procediera a declarar la inadmisibilidad por extemporáneo del recurso de apelación interpuesto por la representación fiscal y, por ende, la nulidad de todo lo actuado a partir de la intempestiva apelación efectuada en fecha 12 de febrero de 2003; petición que descansa sobre la base de los presupuestos de hecho previstos en los artículos 277 y 278 del Código Orgánico Tributario de 2001.

Al respecto, esta Sala considera conveniente en primer lugar hacer ciertas precisiones con respecto a lo alegado por la apoderada judicial de la contribuyente, específicamente en cuanto a la oportunidad en que comienza a computarse el lapso para que el Procurador o Procuradora General de la República se entienda por notificado o notificada del contenido de la sentencia, así como del inicio del lapso para el ejercicio del recurso de apelación; luego de lo cual, podrá determinarse si en el presente caso dicho recurso fue interpuesto tempestivamente.

En tal sentido, observa la Sala que la norma prevista en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional dispone lo que se expresa a continuación:

*“Artículo 12.- Los Tribunales, Registradores y demás autoridades, deberán enviar al Ministerio de Hacienda y a la Contraloría de la Nación, copia certificada de los documentos que les presenten los particulares y de cuyo texto se desprenda algún derecho a favor del Fisco Nacional, a no ser que en el otorgamiento de dichos documentos hubiese intervenido el funcionamiento fiscal competente. Asimismo, debe notificarse, por la vía más rápida, al Procurador de la Nación y al Contralor de la Nación, toda demanda, oposición, sentencia o providencia, cualquiera que sea su naturaleza, que obre contra el Fisco Nacional, así como la apertura de todo término para el ejercicio de un derecho o recurso por parte del Fisco.”*

Del contenido de la norma antes transcrita, se observa que todo Juez, Registrador y demás autoridades de la República, tiene la obligación *ex lege* de notificar a la Procuraduría y Contraloría General de la República, de toda demanda, sentencia o providencia que obre contra el Fisco Nacional, así como la apertura de todo término para el ejercicio de algún recurso y de la fijación de la oportunidad para la realización de algún acto.



Así, resulta necesario precisar que cuando el legislador concede expresamente un privilegio o una prerrogativa procesal a un ente político territorial o a un determinado órgano de la Administración Pública, sea ésta central o descentralizada, o de la Administración Contralora, no lo hace por mero capricho o porque la jerarquía del órgano o ente así lo requiere, sino porque tales privilegios procesales son otorgados por la ley en atención a los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico que se dilucidan dentro de la controversia procesal, tal como es el caso de los intereses patrimoniales del Estado que se ven debatidos en los juicios contencioso tributarios.

Ante tales consideraciones, ha sido criterio de esta Sala (*vid.* Sentencia del 2 de mayo de 2000, n° 00969, caso *Goodyear de Venezuela*), “*que el privilegio o prerrogativa procesal contemplado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional es, a todas luces, de obligatorio cumplimiento por parte de todas las autoridades a las cuales dicha norma hace referencia. Por tales motivos, cuando se instaura un proceso o se dicta una sentencia que obre contra los intereses del Fisco Nacional, la misma debe ser puesta en conocimiento de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República, independientemente de que la sentencia sea dictada dentro del lapso de ley y sin consideración de que el órgano Contralor sea parte o no en la causa donde haya recaído el fallo. Tal prerrogativa ex lege, no puede ser inaplicada o mediatizada puesto que, como se indicara precedentemente, ello implica un mecanismo de protección de intereses cuyo titular es, en definitiva, la ciudadanía. (...)*”.

De acuerdo con lo expuesto, se desprende que los Órganos Jurisdiccionales se encuentran en la obligación de notificar a la Procuraduría General de la República y a la Contraloría General de la República de toda sentencia que obre contra los intereses del Fisco Nacional, aun cuando la misma no haya sido dictada dentro del lapso previsto, todo ello, con la finalidad de dar cumplimiento al privilegio procesal antes señalado, dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

Establecido lo anterior, corresponde a esta Sala verificar el lapso previsto en la Ley para que fuera interpuesto el recurso de apelación en el presente caso, el cual se encuentra contenido en los artículos 277 y 278 del Código Orgánico Tributario de 2001 aplicable *rationae temporis y materiae*, cuyos textos disponen que:

**“Artículo 277.- Presentados los informes, o cumplido que sea el auto para mejor proveer, o pasado el término señalado para su cumplimiento, el Tribunal dictará su fallo dentro de los sesenta (60) días continuos siguientes, pudiendo diferirlo por solo una vez, por causa grave sobre la cual el Juez hará declaración expresa en el auto de diferimiento y por un plazo que no excederá de treinta (30) días continuos.**

**Parágrafo Primero.- En caso que el Tribunal dicte la sentencia dentro este lapso, el mismo deberá dejarse transcurrir íntegramente a los efectos de la apelación. Los jueces procurarán sentenciar las causas en el orden de su antigüedad.**

**La sentencia dictada fuera del lapso establecido en este artículo o de su diferimiento deberá ser notificada a las partes, sin lo cual no correrá el lapso para interponer la apelación.**

**Parágrafo Segundo.- Dictada la sentencia fuera de los lapsos establecidos en este artículo, el lapso para interponer la apelación empezará a correr una vez que conste en autos la última de las notificaciones.**

**Artículo 278. De las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de la causa, o de las interlocutorias que causen gravamen irreparable, podrá apelarse dentro del lapso de ocho (8) días de despacho, contados conforme lo establecido en el artículo anterior.**

**Cuando se trate de la determinación de tributos o de la aplicación de sanciones pecuniarías, este recurso procederá sólo cuando la cuantía de la causa exceda de cien unidades tributarias (100 UT) para las personas naturales y de quinientas unidades tributarias (500 UT) para las personas jurídicas.”** (Destacados de la Sala)

De este modo, las normas transcritas establecen que la interposición del recurso de apelación debe hacerse en el término legal correspondiente, es decir, dentro de los ocho (8) días de despacho, contados a partir de que conste en autos la última boleta de notificación.

Ahora bien, es necesario relacionar el contenido de las disposiciones *in commento* con la normativa prevista en el artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 5.554 de fecha 13 de noviembre de 2001, aplicable al presente caso, que señala lo siguiente:

*“Artículo 84.- En los juicios en que la República sea parte, los funcionarios judiciales, sin excepción, están obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de toda sentencia interlocutoria o definitiva. **Transcurrido el lapso de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la consignación en el expediente de la respectiva constancia, se tiene por notificado el Procurador o Procuradora General de la República y se iniciarán los lapsos para la interposición de los recursos a que haya lugar.***

*La falta de notificación es causal de reposición y ésta puede ser declarada de oficio por el Tribunal o a instancia del Procurador o Procuradora General de la República.”* (Destacado de la Sala).

Es así como la norma *supra* citada establece una prerrogativa procesal a favor de la República, al contemplar el lapso de ocho (8) días hábiles siguientes a la consignación de la boleta de notificación del Procurador o Procuradora General de la República para que se tenga notificado o notificada de la demanda, sentencia o providencia que afecte los intereses del Fisco Nacional, luego de lo cual se iniciarán los lapsos para poder ejercer los recursos a que haya lugar.

A este respecto, conviene señalar que el referido lapso de ocho (8) días debe computarse como de días de despacho, todo ello con el fin de garantizar la igualdad de las partes y el derecho a la defensa de las mismas en los juicios contencioso-tributarios, así como de asegurar el cumplimiento del principio de uniformidad de los lapsos procesales.

Dilucidado lo anterior, se constata que la norma prevista en el párrafo segundo del artículo 277 del Código Orgánico Tributario, dispone que el lapso para interponer, en casos como el de autos, el recurso de apelación, comenzará a transcurrir al constar en autos la última de las notificaciones, incluyendo todas aquellas a las que está obligado a efectuar el órgano jurisdiccional en los juicios contencioso-tributarios en los que la República sea parte y se ventilen intereses del Fisco Nacional.

Así las cosas, de interpretar aisladamente la norma referida *supra* y el artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se produciría un obstáculo respecto a la oportunidad que tienen las partes en los juicios contencioso-tributarios para ejercer el recurso de apelación, ya que en el caso de no ser la última boleta de notificación consignada en el expediente la realizada al Procurador General de la República, surgiría la apertura de dos lapsos distintos para apelar; uno para la Procuraduría General de la República que comenzaría al vencimiento de ocho (8) días de despacho a que conste en autos su boleta de notificación, y otro, para las demás partes o interesados a los que se tiene la obligación de notificar, el cual comenzaría atendiendo a lo previsto en el artículo 277, párrafo segundo del Código Orgánico Tributario, una vez constara en autos la última de las notificaciones a ellos dirigida.

Delimitado lo anterior, y haciendo una interpretación concatenada y armónica de las disposiciones contempladas tanto en el Código Orgánico Tributario como en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, esta Sala considera que en aquellos juicios contencioso-tributarios en que sea parte el Fisco Nacional -y, por ende, se requiera la notificación de la Procuraduría General de la República-, y se haya dictado sentencia, sea ésta interlocutoria o definitiva, debe entenderse que una vez conste en autos la

última de las boletas de notificación de cualquiera de las partes, es que comienza a correr el lapso de ocho (8) días de despacho para que éstas puedan ejercer su derecho a apelar de la sentencia de que se trate, a cuyo vencimiento se abrirá el lapso de ocho (8) días de despacho aludido el artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para que se entienda notificado el Procurador o Procuradora General de la República. Así se declara.

Es de advertir que siguiendo la anterior interpretación, el Procurador o Procuradora General de la República, puede ejercer el recurso de apelación tanto en el lapso ordinario de ocho (8) días de despacho previsto en el Código Orgánico Tributario, como luego en los ocho (8) días de despacho contemplados en el artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, todo ello a los fines de dar cumplimiento al privilegio procesal dispuesto a favor de esta última; considerando además que si el Procurador o Procuradora General de la República incoare su apelación dentro del lapso previsto al efecto por el Código Orgánico Tributario, resultaría innecesaria la apertura de los 8 días dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley que rige sus funciones, por cuanto los intereses del Fisco Nacional habrían sido protegidos con el efectivo ejercicio del aludido recurso. En virtud de las anteriores consideraciones, esta Sala modifica el criterio acogido mediante sentencia n° 02180 del 17 de noviembre de 2004 (Caso *Banco Unión, S.A.C.A.*). Así se decide.

Aunado a lo anterior, es oportuno señalar que en decisión N° 00496 del 19 de marzo de 2002, caso *Consorcio Ediviagro-Cable Belt*, esta Sala dejó establecido que en el proceso judicial, la figura de la notificación sirve como instrumento para garantizar a las partes de un juicio el ejercicio del derecho a la defensa, pues asegura la participación de los sujetos procesales, a objeto de preservar la certeza jurídica, la igualdad de tratamiento y la lealtad dentro del contradictorio. En efecto, para que pueda proceder la apelación de la sentencia definitiva, las partes que intervienen en el juicio deben estar a derecho, es decir, luego de estar debidamente notificadas de las actuaciones que así lo ameriten.

En tal sentido, se considera que las partes están a derecho cuando en el expediente constan todas y cada una de las boletas de notificaciones libradas a las mismas, debidamente firmadas por ellas. Es sólo a partir de la fecha de consignación de la última de dichas boletas libradas o debidamente notificadas, que comienza a correr el lapso para interponer el recurso de apelación que corresponde, con lo que se respeta el derecho a la defensa y al debido proceso de las partes que intervienen en el proceso e igualmente se otorga seguridad jurídica para el cómputo del lapso de apelación; todo ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

b. *Desistimiento*

**TSJ-SPA (4897)**

**13-7-2005**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Panadería y Pastelería El Nuevo Milenio C.A. vs. Procuraduría General de la República.

**Dada la importancia de las potestades constitucionales conferidas a la Contraloría General de la República, como órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos y en procura de un amplio margen de seguridad jurídica, tanto para el Estado como para los contribuyentes, es un imperativo procesal que para el ejercicio de sus funciones y eficacia de sus actos, el Órgano Contralor autorice expresamente a sus representantes legales para desistir tanto de la acción como del procedimiento, tratándose además, de juicios en los que está comprometido el patrimonio público.**

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la solicitud de homologación del desistimiento de la apelación efectuada por la representante judicial de la Contraloría General de la República y en tal sentido, observa:

Que en fecha 24 de mayo de 2005, la Secretaria de esta Sala dejó constancia que la abogada Linda Aguirre Andrade, antes identificada, compareció en su carácter de representante del aludido Órgano Contralor, a cuyos efectos consignó copia certificada de la Resolución n° 01-00-039 de fecha 14 de marzo de 2005, emanada del Contralor General de la República, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 38.152 del 22 de marzo de 2005, y expuso:

*“En nombre de mi representada desisto de la apelación ejercida contra el auto de fecha 08 de marzo de 2005, emanado del Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario (...).”* (Resaltado de la Sala).

En orden a lo anterior, este Supremo Tribunal pasa a revisar si en el caso bajo análisis se encuentran dados los requisitos o presupuestos necesarios para homologar el desistimiento planteado.

Así, se observa que al folio 39 del expediente corre inserta la Resolución n° 01-00-039 de fecha 14 de marzo de 2005, emanada del Contralor General de la República, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 38.152 del 22 de marzo de 2005, que derogó la Resolución n° 01-00-046 de fecha 03 de febrero de 2004, emanada del aludido órgano contralor, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n° 37.873 del 05 de febrero de 2004, la cual es del tenor siguiente:

*“Caracas, 14 de marzo de 2005. n° 01-00-039. RESOLUCIÓN. CLODOSBALDO RUSIÁN UZCÁTEGUI CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 37.347 del 17 de diciembre de 2001, designo (sic) a los abogados y abogadas ... LINDA ‘CAROLINA AGUIRRE ANDRADE ... titulares de las cédulas de identidad numeradas ... 10.449.621 ..., respectivamente, e inscritos en el Impreabogado bajo los números ... 56.641, ... consecutivamente, para que en representación de la Contraloría General de la República, intervengan conjunta o separadamente, en los juicios de nulidad y acciones de amparo interpuestos contra los actos que emanen de este organismo contralor, o que estén relacionados con su Ley Orgánica, su Estatuto de Personal, su Reglamento Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones, el Procedimiento de Declaraciones Juradas de Patrimonio, la Ley Orgánica del Trabajo; en aquellos juicios que sea llamada a intervenir o tenga interés; en las causas fiscales relacionadas con los reparos formulados por el Organismo Contralor y en los juicios que se interpongan con ocasión de los actos emanados, de los titulares de sus órganos, o sus funcionarios, vinculados con la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.*

*En ejercicio de esta representación los mencionados abogados y abogadas podrán, darse por citados o notificados en mi nombre, deberán ejercer y sostener ante los organismos judiciales en cualquier instancia, los derechos e intereses de la Contraloría General de la República y de la Hacienda Pública Nacional, intervenir en todos los actos de los procedimientos judiciales de que se trate, ejercer los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, así como formular denuncias”.* (Resaltado de esta Sala).

De la resolución antes transcrita, se desprende de manera diáfana que ella no autoriza a la representante judicial de la Contraloría General de la República, abogada Linda Aguirre Andrade, antes identificada, para desistir en la causa objeto de conocimiento, así como tampoco obra en el expediente *sub examine*, ningún documento que le otorgue tal facultad.

En atención a lo anterior, la Sala considera pertinente resaltar que dada la importancia de las potestades constitucionales conferidas a la Contraloría General de la República, como órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos y en procura de un amplio margen de seguridad jurídica, tanto para el Estado como para los contribuyentes, es un imperativo procesal que para el ejercicio de sus funciones y eficacia de sus actos, el Órgano Contralor autorice expresamente a sus representantes legales para desistir tanto de la acción como del procedimiento, tratándose además, de juicios en los que está comprometido el patrimonio público.

Sobre la base de lo precedentemente expuesto, ante la inexistencia en autos de documento alguno mediante el cual se autorice de manera expresa a la representante judicial de la Contraloría General de la República para desistir en el caso bajo análisis, resulta forzoso para esta Sala concluir que la abogada Linda Aguirre Andrade no tiene facultad para desistir en este juicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, dispositivo aplicable al caso concreto por remisión expresa del artículo 332 del Código Orgánico Tributario, razón por la cual este Máximo Tribunal se abstiene de homologar el desistimiento solicitado. Así se decide

*c. Perención*

**TSJ-SPA (4928)**

**14-7-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

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

**La figura de la perención se refiere al simple cumplimiento de una condición objetiva, que no toma en cuenta la voluntariedad de las partes, es decir, no considera los motivos que tuvieron éstas y por los cuales se mantuvo paralizada la causa, sino que el simple transcurso del tiempo de un año de inactividad origina de pleno derecho la declaratoria de la misma.**

En tal sentido, esta Sala constata que la controversia se circunscribe a precisar si operó la perención de la instancia en el aludido recurso contencioso tributario, por la inactividad de las partes desde el 16 de septiembre de 1999, fecha esta en que el Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas le dio entrada al recurso y ordenó formar el expediente respectivo. A tal efecto, se observa lo siguiente:

La perención de la instancia opera por la inactividad de las partes, es decir, por la no realización de actos de procedimiento destinados a mantener en curso el proceso, cuando esta omisión se prolonga por más de un año.

Dicho modo de terminación procesal no es más que una sanción, que tiene por objeto evitar que los procesos en que existe falta de instancia o interés de las partes se prolonguen indefinidamente.

A tal efecto, se observa que la figura de la perención se encuentra prevista en la norma dispuesta en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, el cual resulta aplicable de manera supletoria a la presente causa por mandato expreso de la norma contenida en el artículo 223 del Código Orgánico Tributario de 1994, vigente *rationae temporis* al presente asunto, en los términos que a continuación se transcriben:

*“Artículo 267.- Toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes. La inactividad del juez después de vista la causa no producirá la perención”.*

Siguiendo la aplicación del transcrito dispositivo normativo, esta Sala considera que basta para que opere la perención, que la causa haya permanecido paralizada por más de un año, debiendo contarse dicho término a partir de la fecha en que se haya efectuado el último acto del procedimiento, transcurrido el cual, el tribunal podrá, sin más trámites, declarar consumada la perención de oficio o a instancia de parte.

Se trata así del simple cumplimiento de una condición objetiva, que no toma en cuenta la voluntariedad de las partes, es decir, no considera los motivos que tuvieron éstas y por los cuales se mantuvo paralizada la causa, sino que el simple transcurso del tiempo de un año de inactividad origina de pleno derecho la declaratoria de perención.

En definitiva, basta para que opere la perención de pleno derecho, el que se haya paralizado la causa por más de un año, independientemente de que se trate de razones imputables a las partes, pues el único límite impuesto por la norma aplicable prevista en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, es que la inactividad del Juez después de vista la causa no producirá la perención.

*C. El Contencioso Administrativo Electoral. Objeto: Actos administrativos electorales*

**TSJ-SE (86)**

**14-7-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Varios vs. Consejo Nacional Electoral

**La Sala Electoral reitera que en materia electoral el interesado en obtener la declaratoria de nulidad de un acto comicial no sólo tiene que invocar alguna de las causales tipificadas legalmente, sino que además debe probar la irregularidad del mismo y evidenciar que el vicio es de tal entidad que modifique los resultados comiciales.**

Antes de pasar a examinar la denuncia planteada, resulta conveniente exponer de forma sucinta una serie de consideraciones generales, en las cuales se reitera la jurisprudencia de este órgano judicial, que servirán de marco teórico a varios de los razonamientos y conclusiones que se expondrán con ocasión de analizar los alegatos controvertidos en la presente causa. En ese orden de ideas, lo primero que debe advertir esta Sala es que en este ámbito, la llamada presunción de validez del acto administrativo posee especiales connotaciones. En efecto, además de tenerse por válido y eficaz el acto dictado por la Administración Electoral, en esta especial materia existe un principio fundamental, que es el referido a la conservación del acto electoral y el respeto a la voluntad de los electores, por lo cual, en materia electoral el interesado en obtener la declaratoria de nulidad de un acto comicial no sólo tiene que invocar alguna de las causales tipificadas legalmente, sino que además debe probar la irregularidad del mismo y evidenciar que el vicio es de tal entidad que modifique los resultados comiciales. Esto se vincula con el principio del logro del fin, propio del procedimiento administrativo, que básicamente puede resumirse en este punto como que no toda irregularidad en el acto o procedimiento determina su nulidad, sino sólo aquella que altera su esencia, modifica su resultado o causa indefensión al particular.

En el ámbito electoral, si el vicio denunciado no trasciende al punto de incidir en los resultados de los comicios, el mismo no conlleva a la anulación del acto, puesto que ningún sentido tiene declarar una nulidad en sí misma si el resultado del proceso electoral, corregido el vicio, no se vería alterado.

Consecuencia de ello es el hecho de que, en materia electoral, para que una impugnación prospere debe: 1) Desvirtuar la presunción de validez y legitimidad del acto electoral; 2) Demostrar que se trata de un vicio grave que altera la esencia del acto y no simplemente de una irregularidad no invalidante; y 3) Evidenciar que el vicio, además, altera los resultados del proceso electoral de forma tal que resulta imposible su subsanación o convalidación (Véanse al respecto las consideraciones expuestas por esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia número 114 del 2 de octubre de 2000, caso *Gobernador del Estado Amazonas*, así como los lineamientos expuestos en materia de subsanación y convalidación, en sentencia 139 del 10 de octubre de 2001, caso *Gobernador del Estado Mérida*).

En el marco de los anteriores razonamientos, los cuales han sido asumidos como criterios rectores en la doctrina jurisprudencial de este órgano judicial a los fines de determinar la procedencia de declarar nulidades de votaciones o de elecciones, pasa esta Sala a examinar la denuncia planteada y al efecto observa que emana de autos (folio 14 de la primera pieza del expediente administrativo) que conforme a lo previsto en el artículo 4 de las Normas para la Totalización y Proclamación de los Resultados del Referendo Revocatorio Presidencial del 15 de agosto de 2004, publicadas en la *Gaceta Electoral* número 203 del 2 de julio de 2004, el Consejo Nacional Electoral procedió a designar la Comisión Nacional de Totalización; en cambio, no aparece demostrado que se haya designado la Subcomisión de Verificación y Control.

Así, cursa al folio catorce (14) de la primera pieza del expediente administrativo, copia certificada de comunicación de fecha 14 de agosto de 2004 emanada de la Secretaría General y dirigida a los Rectores del Consejo Nacional Electoral, en la cual se afirma que dicha Secretaría “*ha dejado constancia en registro magnetofónico (...) que en sesión celebrada el día 11-08-2004 los Rectores Electorales Principales del Consejo Nacional Electoral aprobaron, designar la Comisión Nacional de Totalización, integrada por los Rectores Jorge Rodríguez, Ezequiel Zamora, Oscar Battaglini, Andrés Brito como Coordinador y un Adjunto*”.

De allí que luce evidente entonces que resulta parcialmente cierta la afirmación del recurrente acerca de la omisión del Consejo Nacional Electoral. Sin embargo, la forma en que ha sido expuesta la denuncia no cumple con los principios que rigen en materia de impugnación de actos electorales, antes señalados, ya que, en primer lugar la irregularidad no ha sido encuadrada en ninguno de los supuestos de nulidad previstos en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; y, en segundo lugar, los denunciantes no han alegado ni demostrado que dicha irregularidad haya originado alguna modificación de los resultados comiciales.

En definitiva, la falta de constitución de la Subcomisión de Verificación y Control no constituye una irregularidad en el proceso de referendo que pueda determinar su nulidad, toda vez que ello no ha sido alegado ni mucho menos probado que deviniera en un obstáculo para la verificación de la totalización de la votación y de la proclamación de los resultados, por lo que es evidente la consecución de la finalidad del proceso comicial, sin que se hubiere alterado su esencia ni modificado los resultados arrojados, por este motivo. Por las razones expuestas, resulta forzoso declarar improcedente la denuncia. Así se declara.

## VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. Control de la Constitucionalidad

TSJ-SC (1798)

19-7-2005

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de los artículos 9, 17, 20, 84 ordinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda.

**La actividad intelectual expresada a través del contraste de las normas, no se puede limitar a una simple comparación gramatical de su texto, por lo que debe comportar igualmente, una apreciación de orden conceptual, de sentido lógico, que incida en el valor de integración al sistema que deben observar las diversas disposiciones jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico positivo, mediante su subordinación a las pautas dictadas por la Norma Fundamental.**

Señalado lo anterior, estima esta Sala procedente precisar que, tratándose de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra normas de carácter local, el ejercicio del control jurisdiccional que esta Sala tiene atribuido de manera exclusiva, se centra, básicamente, en realizar el contraste objetivo entre las disposiciones normativas impugnadas y las normas constitucionales cuya violación se denuncia, con el fin de determinar la situación de correspondencia o contrariedad que pueda existir entre los dispositivos regulatorios bajo análisis, partiendo de la necesaria subordinación jerárquica que deben todas las normas del ordenamiento positivo al texto constitucional, el cual, por ese motivo, ostenta rango de supremo y fundamental dentro del ordenamiento jurídico positivo, tal como lo establece, en forma expresa e indubitable, el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Es esta, pues, la noción clave del control jurisdiccional de la constitucionalidad, con el cual se persigue preservar y garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (art. 335 constitucional), y con ello, la integridad y unidad del Estado, a través de su expresión estructural y funcional, en tanto figura constitutiva de su representación jurídica y política, en todas sus manifestaciones y a través de todos sus componentes. En este orden de ideas, debe advertir la Sala, que esa actividad intelectual expresada a través del contraste de las normas, no se puede limitar a una simple comparación gramatical de su texto, por lo que debe comportar igualmente, una apreciación de orden conceptual, de sentido lógico, que incida, precisamente, en el valor de integración al sistema que deben observar las diversas disposiciones jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico positivo, mediante su subordinación a las pautas dictadas por la Norma Fundamental (Constitución).

2. *Acción de Inconstitucionalidad: Emplazamiento de los interesados*

**TSJ-SC (1798)**

**19-7-2005**

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Caso: Impugnación de los artículos 9, 17, 20, 84 ordinal 4, 91, 105 y 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao del Estado Miranda.

**Tanto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia como en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad para hacerse parte en el procedimiento de nulidad de actos normativos es desde la publicación del cartel de emplazamiento, con la sola diferencia que bajo la vigencia de la Ley derogada la comparecencia de los interesados se extendía hasta la oportunidad en que se efectuase el acto de informes, mientras que de acuerdo con la nueva Ley “una vez que venzan los diez días hábiles para todos los llamados a comparecer, el Juzgado de Sustanciación dará por precluida la oportunidad para hacerlo y dictará el auto convocando para un acto oral y público”, previa a cuya celebración “la Sala calificará el interés de los terceros que pretendan hacerse parte en el proceso”.**



Establecida por esta Sala su competencia y presentada la controversia en los términos descritos, debe, antes de entrar a dilucidar el fondo del asunto, pronunciarse acerca de la intervención tanto de los representantes de la Asociación de Residentes de la Urbanización Los Palos Grandes (ASOREPAL), Asociación Civil de Residentes de la Urbanización La Floresta, Asociación de Vecinos El Rosal (ASOROSAL), Asociación de Residentes de las Urbanizaciones Campo Alegre y San Marino (ARUCA), Asociación de Residentes y Propietarios de la Plaza Altamira Norte (ARPPAN), y Asociación de Residentes de las Urbanizaciones Altamira y La Castellana (ARAUCA), como de los representantes de Restaurant Heladería “El Naturista” C.A., quienes presentaron ante la Secretaría de esta Sala Constitucional sendos escritos en los que solicitan se tenga a sus representadas como terceros coadyuvantes de la presente causa.

Al efecto, observa esta Sala que la entonces Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuya normativa se aplicó desde el inicio de la sustanciación de la presente causa, regulaba, en sus artículos 116 y 117, la forma de participación de los terceros en el procedimiento de nulidad de actos normativos, en los términos siguientes:

“Artículo 116. En el auto de admisión se dispondrá notificar por oficio al Presidente del cuerpo o funcionario que haya dictado el acto y solicitar dictamen del Fiscal General de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, quien podrá consignar su informe mientras no se dicte sentencia. También se notificará al Procurador General de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República. En la misma oportunidad, el Tribunal podrá ordenar la citación de los interesados por medio de carteles, cuando a su juicio fuere procedente.

Artículo 117. A partir de la fecha del auto de admisión o de la publicación del cartel a que se refiere el artículo anterior, comenzará a correr un término de sesenta días continuos dentro del cual los interesados podrán promover y evacuar las pruebas pertinentes.

Vencido dicho término, se devolverán los autos a la Corte y ésta, en la audiencia siguiente al recibo del expediente, designará Ponente y se procederá de conformidad con lo establecido en los artículos 94, 95 y 96 sin perjuicio de lo previsto en el artículo 63 de esta Ley”. (Subrayado de la Sala).

El espíritu de las disposiciones transcritas permanece, en mayor o menor medida, en el artículo 21, párrafos 12 y 13 de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando establece lo siguiente:

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

Una vez practicada la citación, cualquiera de las partes podrán solicitar la apertura de un lapso para promover y evacuar las pruebas que consideren convenientes para la mejor defensa de sus intereses, dicho lapso será de cinco (5) días hábiles para promoverlas y treinta (30) días continuos para evacuarlas; en caso de que fuere necesario, dicho plazo podrá extenderse por una sola vez, por un lapso de quince (15) días continuos, cuando sea necesario. En el período de promoción de pruebas las partes indicarán los hechos sobre los cuales recaerán las mismas y producirá aquéllas que no requieran evacuación” (subrayado de este fallo).

Así pues, de las normas mencionadas se evidencia que, tanto en la legislación vigente como en la derogada, la oportunidad para hacerse parte en dicho proceso es desde la publicación del cartel de emplazamiento, con la sola diferencia que bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia la comparecencia de los interesados se extendía hasta la oportunidad en que se efectuase el acto de informes, mientras que de acuerdo con la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala recientemente precisó que “una vez que vengán los diez días hábiles para todos los llamados a comparecer, el Juzgado de Sustanciación dará por precluida la oportunidad para hacerlo y dictará el auto convocando para un acto oral y público”, previa a cuya celebración “la Sala calificará el interés de los terceros que pretendan hacerse parte en el proceso” (*vid.* sentencia n° 1.645 del 19 de agosto de 2004, caso *Gregorio Pérez Vargas*).

Por lo tanto, como quiera que, en el presente caso, la publicación del cartel fue ordenada, de conformidad con el artículo 116 de la entonces Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por decisión del Juzgado de Sustanciación de esta Sala Constitucional del 8 de enero de 2004, consignándose la misma a los autos el 12 de febrero de 2004, y visto que el acto de informes se celebró el 9 de noviembre de 2004, habiendo sido presentados durante ese lapso los escritos tanto de los representantes de la Asociación de Residentes de la Urbanización Los Palos Grandes (ASOREPAL), Asociación Civil de Residentes de la Urbanización La Floresta, Asociación de Vecinos El Rosal (ASOROSAL), Asociación de Residentes de las Urbanizaciones Campo Alegre y San Marino (ARUCA), Asociación de Residentes y Propietarios de la Plaza Altamira Norte (ARPPAN), y Asociación de Residentes de las Urbanizaciones Altamira y La Castellana (ARAUCA), como de los representantes de Restaurant Heladería “El Naturista” C.A., mediante los cuales acudieron a la presente causa aduciendo su carácter de terceros coadyuvantes en defensa de una postura u otra, esta Sala admite a los señalados ciudadanos, pero bajo la cualidad de auténticas partes -sosteniendo intereses distintos- en el presente recurso de nulidad, dada la amplitud de la legitimación para recurrir en inconstitucionalidad, teniendo la posibilidad de plantear de manera autónoma argumentos propios, además de los compartidos bien con la recurrente o bien con el representante del Municipio Chacao. Así se decide.

### 3. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*

**TSJ-SC (1573)**

**12-7-2005**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: CARBONELL THIELSEN, C.A. vs. Revisión de sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

**La Sala Constitucional reitera su jurisprudencia respecto a la facultad que detenta para revisar las actuaciones de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen las normas y principios contenidos en la Constitución, así como aquellas que se opongan a las interpretaciones que sobre tales normas haya realizado esa Sala Constitucional, en ejercicio de las atribuciones conferidas de forma directa por el Texto Constitucional.**

Esta Sala a los fines de determinar su competencia para conocer de la presente causa, observa lo siguiente:

Al respecto, el artículo 336 numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece como atribución de esta Sala Constitucional la revisión de “(...) *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*”.

En este sentido, la Sala reitera su criterio sostenido en decisión del 25 de enero de 2001, (caso *Baker Hughes*) donde estableció la facultad que detenta, como máximo garante de la constitucionalidad de los actos del poder público, para revisar las actuaciones de las demás Salas de este Supremo Tribunal que contraríen las normas y principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como aquellas que se opongan a las interpretaciones que sobre tales normas haya realizado esta Sala Constitucional, en ejercicio de las atribuciones conferidas de forma directa por el Texto Constitucional, según se desprende del dispositivo contenido en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no obstante la ausencia de desarrollo legislativo al respecto.

Asimismo, en el fallo n° 93 del 6 de febrero de 2001 (caso *Corpoturismo*), esta Sala determinó su potestad extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, de revisar las siguientes decisiones judiciales:

“(…) 1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.

2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional (…).”

Igualmente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 5 numeral 4, establece lo siguiente:

“Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República:

...*omissis*...

4. Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación; asimismo podrá avocarse al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala”.

En este orden, esta Sala mediante sentencia del 8 de septiembre de 2004, (caso *Peter Hofle Szabo*), reiteró que tanto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, señala las sentencias que pueden ser objeto de revisión. Asimismo, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, prevé dos (2) revisiones que atienden a supuestos diferentes, a saber, las que afectan los fallos de las distin-

tas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, la cual tiene lugar por las razones establecidas en el artículo 5 numeral 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela; y otra que atiende solamente a las sentencias firmes de amparo constitucional y de control difuso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, emanadas de cualquier Tribunal de la República, respecto a la aplicación de la Constitución o de los principios que la conforman, dispuesta en el artículo 5 numeral 16 *eiusdem*.

De igual modo, recientemente esta Sala mediante sentencia n° 325 del 30 de marzo de 2005, amplió el ámbito de control de la revisión constitucional establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al efecto dispuso:

“(...) En consonancia con lo antes expuesto, esta Sala advierte que en su función de intérprete suprema de la Constitución, concebida y dirigida a controlar la recta ampliación de los derechos y principios constitucionales y en aras de lograr la uniformidad de la jurisprudencia constitucional, debe ampliar el objeto de control mediante el supuesto de hecho de la revisión constitucional establecida en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a la violación de derechos constitucionales y no sólo a la vulneración de principios jurídicos fundamentales” (Negrillas del original).

En tal sentido, de conformidad con lo anteriormente expuesto, visto que la presente solicitud de revisión versa sobre una sentencia definitivamente firme dictada por la Sala de Casación Civil de este Máximo Tribunal, por presuntas violaciones a derechos y principios constitucionales, esta Sala resulta competente para conocer de la misma, y así se decide.

#### 4. *Acción de Amparo Constitucional*

##### A. *Órganos. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Electoral*

**CPCA (1238)**

**19-7-2005**

Juez Ponente: Rafael Ortiz-Ortiz

Caso: Reinaldo Campos Giral, Maria M. Blanco de Amaya y otros vs. Comisión Electoral Nacional del Instituto de Previsión Social del Odontólogo (I.P.S.O.).

Ahora bien, aplicando las anteriores consideraciones al caso de autos, y visto que la presente pretensión de amparo constitucional -se repite- tiene por objeto que se les permita a los querellantes su participación en el proceso electoral para la escogencia de los miembros de la Junta Directiva del Instituto de Previsión Social del Odontólogo, alegando como fundamento la presunta violación de derechos constitucionales, tales como el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la seguridad jurídica y el derecho de asociarse con fines lícitos, con ocasión de la celebración de un proceso comicial convocado para la elección de la Junta Directiva del referido Instituto. De modo que la controversia jurídica se centra en el ejercicio de derechos electorales en el marco de un proceso de elección de autoridades que ejercen potestades públicas como lo son las corporaciones gremiales. En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual le otorga a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia el ejercicio de la jurisdicción contencioso electoral, resulta competente la referida Sala en criterio de esta Corte, para conocer y decidir en primer grado de la presente pretensión de amparo constitucional, motivo por el cual declara su incompetencia y declina el conocimiento de la misma en la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

## B. Admisibilidad: Consentimiento expreso

CSCA (2919)

6-9-2005

Magistrado Ponente: Jesús David Rojas Hernández

Caso: Kelvin Gregorio Villaroel Villaroel vs. Inspectoría del Trabajo de Barcelona, Estado Anzoátegui.

**En los amparos que se interpongan contra la inejecución de las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, el cómputo del lapso previsto en el artículo 6 numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales se hará a partir de la fecha en que comience a producirse el hecho lesivo y no a partir de la última notificación del acto particular cuya ejecución se pide. De allí que el inicio del hecho lesivo, punto de partida para el cómputo en estudio, lo determinará el juez previo examen de las pruebas que se encuentren consignadas en el expediente.**

El artículo 6 numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece lo siguiente:

“(…) No se admitirá la acción de amparo:

4) Cuando la acción u omisión, el acto o la resolución que violen 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 transcurrido 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.

El consentimiento tácito es aquel que entraña signos inequívocos de aceptación (…).”  
(Subrayado de esta Corte)

Sobre este numeral se ha precisado que, salvo que se trate de una lesión al orden público o a las buenas costumbres que sea de gravísima entidad, se entiende que el agraviado ha otorgado su “consentimiento” a la violación de sus derechos o garantías constitucionales, cuando transcurren seis (6) meses a partir del momento en que este se halle en conocimiento del acto, actuación u omisión que le afecta, sin que intente la correspondiente acción de tutela constitucional.

Ahora bien, a los fines de verificar si en el presente caso operó el consentimiento tácito que inhibe el ejercicio de la presente acción, esta Corte considera necesario referir la sentencia dictada en fecha 20 de mayo de 2004, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (caso *José Luis Rivas Rojas*), en la cual se declaró lo siguiente:

“Así las cosas, considera la Sala que mal pudo la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en la sentencia cuya revisión fue solicitada, con invocación a principios generales que informan la actividad administrativa pero que no pueden constituir una (*sic*) obstáculo para el goce y disfrute de los derechos y garantías que protege la vigente Constitución, negar el derecho de acceso a la jurisdicción del ciudadano José Luis Rivas Rojas, quien ya había obtenido en sede administrativa la protección de sus derechos laborales, mediante una aplicación incorrecta al caso concreto del supuesto de hecho previsto en el artículo 6, numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ya que para efectuar el cómputo del lapso de caducidad de la acción de seis (6) meses que se encuentra en la referida norma legal, es imprescindible que el Juez constitucional haya precisado con exactitud, mediante el examen de los elementos probatorios que cursen en autos, a partir de qué fecha fue que comenzó a producirse la situación o circuns-

tancia lesiva de derechos constitucionales, sin que sea posible en casos de inexecución de actos particulares de la Administración no sujetos a un lapso de ejecución específico previsto con anterioridad en el ordenamiento -como ocurre con las providencias (*sic*) de las Inspectorías del Trabajo- computar de manera general el lapso de caducidad en sede de amparo a partir de la fecha de la última notificación del acto particular cuya ejecución se requiere, pues, se insiste, esa fecha no coincide necesariamente con la fecha en que pudo comenzar la negativa del patrono a acatar la providencia, que incluso puede ser difícil o imposible de establecer en el tiempo (...)” (Resaltado de esta Corte).

De la sentencia antes transcrita se desprende que, el cómputo del lapso previsto en el artículo 6 numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en los amparos que se interpongan contra la inexecución de las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, se hará a partir de la fecha en que comience a producirse el hecho lesivo y no a partir de la última notificación del acto particular cuya ejecución se pide. De allí que el inicio del hecho lesivo, punto de partida para el cómputo en estudio lo determinará el juez previo examen de las pruebas que se encuentren consignadas en el expediente.

Ahora bien, este Órgano Jurisdiccional no evidencia la notificación de la Providencia Administrativa n° 001 de fecha 28 de julio de 2003, a la “Tasca Paraíso (Inversiones Jomarca 57, C.A)”, en consecuencia se considera la fecha del informe de inspección que riel en autos (folio 68), es decir, 12 de mayo de 2004, realizado por el abogado Richard Antoima Jefe de la Sala Laboral, de la Inspectoría del Trabajo en Barcelona, Estado Anzoátegui, debidamente designado para notificar a la referida empresa (folio 67) en el cual se anota que se trasladó a las instalaciones de la misma, donde fue informado por el Encargado de la referida Tasca que el dueño no se encontraba y que le dejó ordenes de no firmar ni recibir nada, como el momento en que la empresa presuntamente agravante quedo notificada de la Providencia Administrativa cuya ejecución se solicita.

En otro sentido se observa, que la ultima actuación del accionante se produjo en fecha 2 de junio de 2004 cuando éste solicitó el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio de multa (folio 46) en contra de la sociedad mercantil “Tasca Paraíso (Inversiones Comarca 57, C. A)”, en virtud de su negativa a cumplir con la referida Providencia Administrativa, con lo que demostró su inconformidad con la conducta contumaz de la empresa agravante, es así que esta Corte considera que si bien el hecho lesivo de los derechos constitucionales del accionante, comenzó a producirse a partir de la fecha de notificación, 12 de mayo de 2004, no se evidencia consentimiento en tal violación sino a partir del 02 de junio de 2004.

Por consiguiente, se concluye que desde el momento a partir del cual comenzó a producirse la situación o circunstancia lesiva de los derechos constitucionales de la parte accionante, es decir, el 2 de junio de 2004, hasta el 24 de noviembre de 2004, fecha de la interposición de la presente pretensión de amparo constitucional, no transcurrió el lapso de seis (6) meses consagrado en el artículo 6 numeral 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se declara.

Con base a lo expuesto, esta Corte declara con lugar la apelación interpuesta en fecha en fecha 25 de julio de 2005 por el abogado de la parte actora, contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2005, dictada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental, mediante la cual declaró inadmisibile la pretensión de amparo constitucional interpuesta y, en consecuencia, revoca el fallo apelado. Así se decide.

## C. Objeto: Ejecución de actos administrativos

CPCA (1283)

21-9-2005

Juez Ponente: Oscar Enrique Piñate Espidel

Caso: Raúl Francisco Meza Sánchez vs. Inspectoría del Trabajo en el Estado Barinas.

**La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo analiza cuáles han sido los requisitos que se han establecido para que puedan ejecutarse por vía de amparo providencias administrativa emanadas de las Inspectoría del Trabajo.**

Del fallo parcialmente transcrito se infiere, entre otras cosas, que la pretensión de amparo se erige como mecanismo para lograr el cumplimiento de una Providencia Administrativa emanada de una Inspectoría del Trabajo.

Ahora bien, observa esta Corte que la solicitud de la parte actora iba dirigida a que se diera cumplimiento a la Providencia Administrativa n° 191-04, de fecha 8 de septiembre de 2003, por lo tanto el fallo debía ordenar el cumplimiento de lo establecido en dicho acto administrativo, sin embargo, el *A quo* declaró improcedente la presente acción de amparo, por cuanto, a su parecer, no se había vencido el lapso para que el patrono ejerciera el correspondiente recurso de nulidad.

Así las cosas, debe esta Corte entrar a conocer de la procedencia de la pretensión de amparo, por lo que en este sentido, se hace necesario revisar cuáles han sido los requisitos que ha establecido esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para que puedan ejecutarse por vía de amparo estos actos, a saber: i) Que exista una Providencia Administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo conociendo del procedimiento administrativo de reenganche; ii) Que la Providencia Administrativa haya sido debidamente notificada al empleador a los fines de su cumplimiento e impugnación; iii) Que no hayan sido suspendidos los efectos del acto cuya ejecución se solicita; y, iv) Que no sea evidente su inconstitucionalidad. (V., sentencia de esta Corte de fecha 21 de abril de 2005, caso *Helimenes Martínez*).

En cuanto a los requisitos antes señalados, debe advertirse las razones para su enumeración:

1.- Que exista una Providencia Administrativa emanada de la Inspectoría del Trabajo conociendo del procedimiento administrativo de reenganche.

Debe tratarse de una providencia administrativa que emane de la Inspectoría del Trabajo conociendo de un procedimiento sancionatorio de reenganche y pago de los salarios caídos.

2.- Que la providencia administrativa haya sido debidamente notificada al empleador a los fines de su cumplimiento e impugnación.

Es necesario que la providencia administrativa haya sido formal y materialmente notificada al empleador, pues mal puede plantearse un “incumplimiento” si, previamente, la Administración no cumple con su deber de llevar al empleador su mandato administrativo, evidenciándose de esta manera la contumacia del empleador. De esta circunstancia debe existir prueba en los autos, pues de lo contrario significa someter a un patrono a un procedimiento de amparo sin necesidad y sin interés lesionado.

Esta notificación es indispensable para la seguridad jurídica de los justiciables, pues, a partir de ese momento comienza a computarse los lapsos de caducidad de la pretensión nulificatoria y la caducidad de la pretensión de amparo constitucional de conformidad con el artículo 6.4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

3.- Que no hayan sido suspendidos los efectos del acto cuya ejecución se solicita.

Resulta obvio que si la providencia administrativa fue retirada en nulidad, ello no significa una causal de inadmisibilidad de la pretensión de amparo, pues permanece su validez y eficacia hasta tanto lo decida un tribunal. La mera interposición de una pretensión nulificatoria no suspende la eficacia del acto por lo cual queda incólume la obligatoriedad de su cumplimiento. Diferente es la situación cuando se ha solicitado y acordado la suspensión de sus efectos, pues, si bien la cautelar no afecta su validez sin embargo es una dispensa de cumplimiento en forma cautelar y mientras dure el procedimiento de nulidad.

4.- Que no sea evidente su inconstitucionalidad.

Debe esta Corte precisar que, si bien en el procedimiento de amparo constitucional no es el medio adecuado para verificar la "legalidad" del acto, sin embargo, como garante y tutor de las normas constitucionales, los órganos del contencioso administrativo (como todo juez de la República) están en el deber de garantizar la "integridad de la Constitución", de allí que el acto administrativo que se pretenda su cumplimiento debe soportar el "test de constitucionalidad", es decir, que no resulta franca y groseramente inconstitucional. Lo contrario sería aceptar que el juez está obligado "siempre" a ordenar el cumplimiento de un acto a pesar de que, en su conciencia y basado en un juicio objetivo, resulte francamente inconstitucional.

Requisitos éstos que en sentencia de esta Corte primera, n° AB412005000158 de fecha 21 de abril de 2005 (caso *Helimides Enrique Martínez vs. Estación de Servicio El Trapiche*) vinieron a ser completados con un cuarto (4°), el cual es, que la providencia administrativa cuya ejecución se pretende obtener por vía de amparo constitucional no sea franca y groseramente inconstitucional, sin que ello suponga o pueda ser interpretado como una revisión de la legalidad del acto o un pronunciamiento sobre el fondo del tema debatido, ya que el fundamento de la revisión encuentra explicación en la naturaleza misma de los derechos y libertades fundamentales ("...") como principios superiores al ordenamiento dotados de efectividad inmediata y preferente frente a todos los poderes públicos y, por supuestos, ante la Administración y ante los Tribunales ("...") (V., Eduardo García de Enterría/Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo 1, Civitas, año 1999, p. 620 y ss.); Libertades y Derechos Fundamentales, cuyos garantes son en primer lugar los jueces de la República.

Además de ello, cabe observar que la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 9 de julio de 2004, ha señalado "que para la impugnación del acto en sede contencioso administrativa es suficiente la firmeza del acto en sede administrativa a los efectos de su ejecución pues, de lo contrario, asumir que la sola interposición del recurso de anulación del acto administrativo condicionaría su ejecución, sería tanto como sostener la suspensión de los efectos del acto sin que medie norma jurídica que *ex lege possibilite* tal efecto o que se haga sin que se haya decretado medida cautelar alguna, lo cual contradice el carácter ejecutivo y ejecutorio de todo acto administrativo". (Resaltado de esta alzada).



D. *Sentencia. Consulta obligatoria*

**Véase:** Páginas 185-189.....*Revista de Derecho Público* n° 102.

**CSCA (2924)**

**12-7-2005**

Juez Ponente: Jesús Daniel Rojas

Caso: Richard Fernando Soscun vs. Asociación de Vecinos Colinas Quinta Altamira ASOGAL.

## IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

### 1. *Clases de funcionarios*

#### A. *Funcionarios de carrera. Derechos. Estabilidad*

**CSCA (02151)**

**26-7-2005**

Juez Ponente: Jesús David Rojas Hernández

Caso: Cristóbal José Restrepo Ramos vs. Consejo Nacional Electoral.

**Sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa y la consecuente estabilidad del funcionario en el desempeño de su cargo, derecho que es exclusivo de los funcionarios de carrera de conformidad con el artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.**

Ello así, esta Corte observa que cursa al folio 33 del expediente administrativo copia certificada de la ficha de ingreso del ciudadano Cristóbal José Restrepo al Consejo Nacional Electoral adscrito a la Oficina de la Representación Política Proyecto Venezuela mediante una designación temporal.

Asimismo cursa al folio 34 en copia certificada comunicación dirigida y firmada por el ciudadano querellante donde se le indicó que le fue aprobada su designación temporal para ocupar el cargo de Asistente III adscrito a la Oficina de la Representación Política Proyecto Venezuela desde del 01 de mayo hasta el 30 de junio de 1999, tal designación para proveer un cargo por un período determinado está establecida en el párrafo único del artículo 8 de la Reforma del Estatuto de Personal del Organismo Electoral publicada en la *Gaceta Oficial* n° 32.599 de fecha 10 de noviembre de 1982, cuyo texto es el siguiente:

“(...)

Parágrafo Único: El personal transitorio, designado para un periodo determinado o para cargos eventuales generalmente durante el año en que se celebren las elecciones, no estará sujeto al régimen de estabilidad”.

Ciertamente, no podrá gozar de estabilidad aquellos funcionarios que fueron designados para un cargo eventual en el año de la realización de elecciones, pues se estaría desvirtuando la propia naturaleza del funcionario de carrera, esto es, el ejercicio de un cargo de la carrera administrativa de manera permanente en beneficio de un ente público, cuyo ingreso deberá realizarse a través de ciertos requisitos establecidos en la ley, y hoy en día en la Constitución de 1999.

Establece el artículo 74 del Reglamento Interno del otrora Consejo Supremo Electoral publicado en la *Gaceta Oficial* n° 33.702 de fecha 22 de abril de 1987, lo siguiente:

“Toda persona que ingrese a prestar servicio al Consejo Supremo Electoral durante un año de celebración de elecciones, a excepción de los miembros y de quienes sean nombrados en cargos de libre nombramiento, ingresan por un tiempo limitado que no debe ser superior a aquél que transcurra hasta el vencimiento del cuadragésimo quinto día continuo siguiente a la fecha de celebración de las elecciones” (Resaltado de la Corte).

En el presente caso, analizadas las actas que conforman el presente expediente se observa que el ciudadano Cristóbal José Restrepo ingresó al Consejo Nacional Electoral el 1° de mayo de 1999 -tal como se indicó *ut supra*- año en el que el referido organismo electoral llevó a cabo un proceso electoral para la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que se prolongó hasta el año 2000 por la celebración de las elecciones de gobernadores y alcaldes, mejor conocida como las “Megas Elecciones”, lo que colocaba al recurrente en la situación especial señalada en los artículos transcritos.

No obstante que la designación tenía una vigencia hasta el 30 de junio de 1999, el ciudadano Cristóbal José Restrepo permaneció en el organismo electoral y continuó prestando sus servicios hasta el 31 de diciembre de 1999, tal como se desprende de la copia simple de la forma “Indemnización de Prestaciones Sociales” que riela al folio 12.

Ahora bien, visto que la permanencia en el cargo era eventual, sujeta a la culminación de los cuarenta y cinco (45) días -a que se refiere la norma- después de efectuadas las elecciones, se observa que la Administración realizó gestiones para ingresar al referido ciudadano al Consejo Nacional Electoral, asimismo riela a los folios 38 y 39 en copias simples el “Punto de Cuenta n° 940-99” de fecha 15 y 11 de noviembre de 1999, respectivamente, emanados del Director General de Personal y dirigido al Presidente del Consejo Nacional Electoral, a los fines de someter a su consideración la solicitud de ingreso del recurrente, tales reproducciones fotostáticas no fueron impugnadas por la parte querellante, por lo que se tendrá como fidedigna las mismas.

No obstante los trámites que la Dirección de Personal venía gestionando, no se desprende que dicho ingreso haya sido aprobado, por lo que se puede inferir que el referido ciudadano continuó sus labores en el cargo de Asistente III adscrito a la Oficina de una representación política de conformidad con la norma trascrita (ejerciendo funciones en un cargo temporal).

Precisado que el ciudadano Cristóbal José Restrepo ejercía funciones en un cargo temporal hasta el 31 de diciembre de 1999, es necesario analizar si la continuación en la prestación de servicio en el organismo electoral una vez en vigencia la Constitución de 1999 lo hizo acreedor de la categoría funcionario de carrera. Ello así es relevante y fundamental acudir al artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo texto es el siguiente:

“(…)

El ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia.

(…)”

De lo anterior se desprende palmariamente que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra expresamente el ingreso a la carrera administrativa a través de concurso público, por lo que no podría el aspirante ingresar a la Administración Pública como funcionario de carrera a través de designaciones o contrataciones que obvien el mecanismo de selección objetivo que invoca la norma constitucional, es decir, sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa y la consecuente estabilidad del funcionario en el desempeño de su cargo, derecho que es exclusivo de los funcionarios de carrera de conformidad con el artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Sobre este particular la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la sentencia n° 902 de fecha 27 de marzo de 2003 recaída en el caso Diana Margarita Rosas Arellano contra Alcaldía del Municipio Torres del Estado Lara se pronunció de la siguiente manera:

“Ello así, siendo que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé el ingreso a la Administración Pública mediante la realización de un concurso público, pormenorizadamente desarrollado en la Ley del Estatuto de la Función Pública, no pueden los órganos administrativos ni jurisdiccionales otorgar, a aquellos funcionarios que sean designados o presten sus servicios de manera irregular, bien como funcionarios de hecho o contratados, la cualidad o el “status” de funcionarios de carrera, tal y como ha venido sosteniendo a lo largo de estos años la doctrina y la jurisprudencia venezolana.

Siendo ello así, debe esta Corte, en asunción del presente criterio antes desarrollado, ordenar a la Administración, es decir, al Vice-Ministerio de Planificación y Desarrollo Institucional, se abstenga de realizar designaciones y nombramientos sin el cumplimiento de las formalidades establecidas en la Constitución y en la Ley del Estatuto de la Función Pública. Igualmente debe abstenerse de otorgar certificados que acrediten la titularidad de funcionario de carrera.

No obstante, quiere esta Corte aclarar, que todos aquellos funcionarios que hayan ingresado a la Administración mediante nombramiento, sin efectuar el concurso a que hace alusión la Constitución y la Ley, o que estén prestando servicios en calidad de contratados en cargos de carrera, tendrán derecho a percibir los beneficios económicos de su efectiva prestación de servicios, en las mismas condiciones que los funcionarios que hayan sido designados mediante concurso público, es decir, a la remuneración correspondiente al cargo desempeñado, así como el pago de las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, pero en lo que atañe a su estabilidad y a los derechos derivados de ésta, no pueden asimilarse a un funcionario de derecho, en directa aplicación de lo preceptuado en las normas constitucionales y legales antes indicadas, y así se decide”.

De lo antes expuesto se puede concluir que para seleccionar a los funcionarios o empleados públicos de carrera administrativa, la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal debe emitir un acto administrativo de nombramiento el cual debe ser dictado luego de tramitado el procedimiento administrativo constituido por el concurso, requisito que ha sido establecido en los instrumentos normativos (leyes, ordenanzas, reglamentos, etc.) a lo largo de los años, pero que hoy en día ha sido constitucionalizado.

Ello así este órgano jurisdiccional constata que el Estatuto Interno del Consejo Nacional Electoral aplicable al caso de autos establece en los artículos 19 y 20 lo siguiente:

“Artículo 19.-La selección del personal, a los efectos de su ingreso al Consejo, deberá efectuarse por concursos o exámenes mediante evaluación de la aptitud, conocimientos y destreza para el desempeño de los cargos respectivos. La calificación de los concursantes o examinadores corresponde a la Dirección General de Personal y a los funcionarios designados al efecto por el Presidente del Consejo”.

“Artículo 20.-Para ingresar al Consejo Supremo Electoral se requiere:

- 1° Ser Venezolano.
- 2° Observar buena conducta.
- 3° Estar en pleno goce de sus derechos políticos.
- 4° No estar sujeto a interdicción civil.
- 5° Aprobar el examen de aptitud y llenar los requisitos mínimos correspondientes al cargo respectivo” (Resaltado de esta Corte).

En el caso de marras, del expediente judicial se desprende 1) que el ciudadano Cristóbal Restrepo no sólo ingresó a prestar sus servicios en el Consejo Nacional Electoral en una designación temporal sino que continuó prestando sus servicios una vez vigente la Constitución sin cumplir con los requisitos anteriormente señalados, y 2) no consta a los autos prueba

alguna que demuestre que el ciudadano Cristóbal José Restrepo haya ingresado como funcionario de carrera en otro organismo, condición jurídica que no se pierde salvo que el funcionario sea destituido (artículo 44 de la Ley del Estatuto de la Función Pública)

En tal virtud, el ingreso del ciudadano Cristóbal José Restrepo al Consejo Nacional Electoral se produjo en un cargo temporal excluido expresamente de la estabilidad por el artículo 8 del Estatuto de Personal del Consejo Supremo Electoral, relación que finalizó con el pago de las prestaciones sociales, tal como se aprecia del folio 12 de la pieza administrativa de la presente causa.

Ahora bien, esta Corte debe precisar que el referido ciudadano continuó prestando sus servicios luego de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin que se hubiese regularizado su permanencia en el ente electoral a través de la participación en un concurso público que le permitiese adquirir la condición de funcionario de carrera, condición que nunca ha ostentado de acuerdo a las pruebas que rielan en autos, y en consecuencia carece del derecho a la estabilidad.

Dadas las consideraciones anteriores, esto es su exclusión del régimen de estabilidad, la Administración podía prescindir discrecionalmente de sus servicios sin la necesidad de un procedimiento administrativo previo, es decir, podía el Consejo Nacional Electoral retirar al referido ciudadano de la Administración Pública en cualquier oportunidad, con la única limitación establecida en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Razón por la cual el acto impugnado en el presente recurso demuestra la voluntad del Presidente del Consejo Nacional Electoral de retirar al querellante de la Administración, y que a criterio de esta Corte es perfectamente realizable en virtud que el ciudadano Cristóbal José Restrepo no es funcionario de carrera administrativa. Así se decide.

En virtud de lo antes expuesto esta Corte declara Con Lugar la apelación interpuesta por la abogada Dahiana García, en su condición de apoderada judicial del Consejo Nacional Electoral contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de 2004 que declaró parcialmente con lugar el recurso contencioso administrativo funcionarial interpuesto por los apoderados judiciales del ciudadano Cristóbal José Restrepo contra el referido organismo, en consecuencia revoca la sentencia dictada y declara sin lugar la presente acción. Así se decide.

*B. Funcionarios de libre nombramiento y remoción: Cargos de alto nivel y de confianza*

**TSJ-SPA (5266)**

**3-8-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Sol E. Arias F. vs. Ministerio de Interior y Justicia y Presidencia de la República.

Asimismo, señaló que se violenta el principio de irretroactividad de la ley, consagrado en el artículo 44 de la Constitución de 1961, por cuanto el acto de remoción se fundamentó en el Decreto n° 120, de fecha 5 de abril de 1989, mientras que el nombramiento ocurrió el 9 de junio de 1986.

Atendiendo al ámbito temporal donde se genera la controversia cabe aludir a la previsión contenida en el artículo 44 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, la cual consagraba el principio que ocupa a esta Sala en términos y propósito casi idénticos al dispositivo vigente, incluido en el texto fundamental de 1999. Luego, permanece inmutable la intención del Constituyente respecto a tal garantía al ordenar que ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena; también es invariable el pacífico criterio sentado por la doctrina autorizada en la materia y la jurisprudencia

nacional en torno a la retroactividad, conforme a las cuales ésta significa, resumidamente, la aplicación de una ley dirigida al pasado, supuesto que para el texto constitucional y las leyes resulta, a todas luces, improcedente, abstracción hecha de expresas excepciones.

El alcance de esta figura ha sido delineado en varias ocasiones por la jurisprudencia y doctrina de nuestro país, mediante el análisis de las diversas situaciones que pudieran dar lugar a una aplicación retroactiva de la ley. Específicamente, el autor venezolano Joaquín Sánchez-Covisa, ha expresado citando a Roubier que “*La ley tendrá efectos retroactivos - según Roubier- cuando se aplique a hechos consumados (facta praeterita) o a situaciones en curso (facta pendencia) en la parte que es anterior al cambio de legislación mas no tendrá efecto retroactivo sino inmediato, cuando se aplique a hechos futuros (facta futura) o a situaciones en curso (facta pendencia) en la parte que es posterior al cambio de legislación*”. (Citado por Joaquín Sánchez-Covisa en *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, p. 234).

Respecto al presente caso, debe indicar la Sala que la aplicación inmediata del Decreto que califica los cargos de Registrador y Notario, no implica vulneración al principio o garantía de irretroactividad, sino el modo normal de aplicación de una norma desde su entrada en vigencia. Por tanto, el argumento de la recurrente, no se compadece con un supuesto de aplicación retroactiva de la ley, la cual supone la aplicación de una norma a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia; por el contrario, en el presente caso, por mandato de una norma, se produjo un acto administrativo basado en la calificación del cargo desempeñado por la actora, lo cual corresponde a una situación determinada por el ordenamiento jurídico vigente para el momento.

Debe indicarse que el acto de remoción de la recurrente fue dictado posteriormente a la emisión del Decreto n° 120 del 5 de abril de 1989, el cual, una vez que entró en vigencia, resultaba aplicable para todos los funcionarios que estuviesen ocupando los cargos allí señalados. Por ello, el hecho de que la impugnante ejerciera el cargo antes de la entrada en vigencia del referido Decreto, no impide que éste se le aplique. En tal virtud, resulta improcedente al alegato de violación al principio o garantía de irretroactividad. Así se decide.

En cuanto a los Decretos n° 120 y 173, dictados por el Presidente de la República, la recurrente señaló que los mismos son inconstitucionales debido a que se configura el vicio de usurpación de funciones, es decir, existe una invasión en la esfera de las funciones del Poder Legislativo Nacional por parte del Poder Ejecutivo Nacional. Al respecto, expresó que “... la actividad notarial o registral, corresponde por mandato expreso del precitado artículo 136 ordinal 24° (*sic*) de nuestra Constitución, al Poder Legislativo. En consecuencia, no puede el Ejecutivo atribuirse por sí mismo y a *motu proprio*, una función reservada al Legislativo, y vulnerar con ello o solo (*sic*) dicho dispositivo Constitucional, sino también los derechos subjetivos creados a favor de particulares en base a procedimientos establecidos por la Ley. Esto es, el Ejecutivo en base al citado artículo 4 ordinal 3° de la Ley de Carrera Administrativa, puede declarar de libre nombramiento y remoción a los funcionarios públicos en general que no tengan un especial régimen legal, más no puede calificar como tales a los Notarios y Registradores Públicos, y menos mediante decreto aprobado en Consejo de Ministros”.

Con relación a este alegato, debe indicarse que el artículo 136, numeral 24, de la Constitución de 1961, vigente para el momento en que se dictaron los Decretos impugnados, (hoy, artículo 156, numeral 32 de la Constitución de 1999), disponía que es competencia del Poder Legislativo Nacional, lo relativo a la legislación en materia de notarías y registro público. Ello implica toda la regulación de esta especial materia, es decir, su organización y funcionamiento, las atribuciones de los Registradores y Notarios, las formalidades para el registro, etc.

Ahora bien, mediante el Decreto n° 120 de fecha 5 de abril de 1989, objeto de impugnación, el entonces Presidente de la República en Consejo de Ministros decretó:

*“En ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley de Carrera Administrativa, en Consejo de Ministros,*

**CONSIDERANDO**

*Que los Registradores Públicos, Principales y Subalternos, los registradores Mercantiles y los Notarios Públicos, ejercen funciones dirigidas al otorgamiento de certeza a los actos a los cuales la ley somete a sus requisitos;*

**CONSIDERANDO**

*Que el control sobre las actuaciones de los mencionados funcionarios exige de las autoridades que ejercen la correspondiente jerarquía o tutela administrativa, la aplicación de medidas que permitan garantizar a la comunidad seguridad jurídica a que están destinados tales servicios.*

**DECRETA:**

*Artículo Único: A los efectos del ordinal 3° del artículo 4 de la Ley de Carrera Administrativa, se declaran de alto nivel los cargos de Registrador Principal, Registrador Subalterno, Registrador Mercantil y Notario Público”.*

Por lo que considera esta Sala que el Decreto impugnado en modo alguno vulnera la reserva legal, ya que no regula el régimen de funcionamiento de los Registros y Notarías, sino que se limita a declarar de alto nivel los cargos de estos funcionarios, en ejercicio de potestades que le confería la entonces vigente Ley de Carrera Administrativa al Presidente de la República en Consejo de Ministros. En efecto, dicha Ley disponía:

*“Artículo 4: “Se consideran funcionarios de libre nombramiento y remoción, los siguientes:*

*...(omissis)...*

*3°. Los funcionarios públicos que ocupen cargos de alto nivel o de confianza en la Administración Pública Nacional y que por índole de sus funciones, el Presidente de la República, mediante Decreto, excluya de la carrera administrativa, previa aprobación por el Consejo de Ministros”.*

*Artículo 6. “La competencia en todo lo relativo a la función pública y a la administración de personal en la Administración Pública Nacional se ejercerá por:*

*1° El Presidente de la República;*

*2° Los Ministros del Despacho; ...”.*

En consecuencia, el citado Decreto n° 120 de fecha 5 de abril de 1989, fue dictado por el entonces Presidente de la República en Consejo de Ministros, con base en el numeral 3 del artículo 4 de la derogada Ley de Carrera Administrativa (vigente para el momento de dictarse el acto), para excluir de la carrera administrativa a funcionarios que ocuparan cargos de alto nivel o de confianza, atendiendo a los intereses superiores de la Administración.

Por tanto, considera la Sala que en este caso tampoco se verificó el vicio de usurpación de funciones, por cuanto dicho acto no afecta el funcionamiento o marco jurídico de los Registros Públicos o Notarías, sólo se refiere a la relación de empleo público de sus titulares y fue dictado con base a normas que atribuían al Presidente como al Ministro, la competencia para dictarlos. Así se decide.

Igual razonamiento debe formularse en relación al Decreto n° 173, con respecto al cual, la accionante denuncia la violación del artículo 136, ordinal 24 de la Constitución de 1961 (hoy, artículo 156, numeral 32 de la Constitución de 1999). En efecto, con este Decreto se crea la comisión para estudiar los procedimientos de selección más convenientes para la

provisión de los cargos de Registrador y Notaría Pública con el fin de plasmarlos en un Decreto. Plantea la recurrente que el Ejecutivo no puede designar esa Comisión que elaborará el pretendido proyecto, delegando en dicha Comisión facultades o atribuciones que no tiene y que son indelegables por formar parte de la reserva legal consagrada en el artículo 136 ordinal 24 de la Constitución de 1961.

Al respecto, señala la Sala que en este caso, en el Decreto citado, en modo alguno se reguló el funcionamiento de los Registros y Notarías, materia de la reserva legal, sino que el objeto del mismo, fue el de crear una Comisión para estudiar los procedimientos más convenientes para la selección de estos funcionarios, los cuales, por la dinámica y organización administrativa son considerados como de alto nivel y por consiguiente, de libre nombramiento y remoción, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la derogada Ley de Carrera Administrativa. Por tanto, no hubo quebrantamiento a lo dispuesto en el artículo 136, numeral 24 de la Constitución de 1961 y así se decide.

2. *Responsabilidades: Responsabilidad disciplinaria*

**TSJ-SC (5145)**

**21-7-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Héctor Rafael Ramírez Pérez vs. Ministerio de la Defensa.

**La apertura de una averiguación administrativa a un militar en servicio activo para determinar responsabilidades disciplinarias es autónoma frente a cualquier otra averiguación que haya sido o esté siendo procesada por los órganos judiciales.**

Otro de los argumentos sostenidos por los apoderados del actor, es el relativo a la presunta violación del principio *non bis in idem* o *ne bis in idem*, al considerar que los hechos sometidos a la consideración del Consejo de Investigación fueron los mismos de los cuales conoció la Sala Plena de este máximo Tribunal. Al respecto, esta Sala observa:

El ordinal 7° del artículo 49 de la Carta Máxima señala que:

*“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia:*

*(omnibus)*

*7° Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.*

*(...)”*

Por su parte, el artículo 15 del Código Orgánico de Justicia Militar establece:

*“Por un solo delito no se seguirán diferentes procesos, aunque los reos sean diversos; y tampoco se seguirán al mismo tiempo diversos juicios contra una persona por varios hechos punibles que haya cometido.*

*Si alguna de las infracciones correspondiere a jurisdicción distinta de la militar, se procederá conforme a lo que dispongan las leyes ordinarias o las especiales aplicables”*

Ciertamente, constituiría una actividad contraria a derecho someter a una persona a diferentes causas de **idéntica naturaleza** por un mismo delito o falta. Sin embargo, no es ésta la situación que se desprende de autos, por cuanto el recurrente, dada su condición de militar en servicio activo está sometido, **en cuanto al ámbito disciplinario**, a normativas especiales que regulan su desenvolvimiento profesional. En tal virtud, la apertura de una averiguación administrativa **para determinar responsabilidades disciplinarias es autónoma** frente a cualquier otra averiguación que haya sido o esté siendo procesada por los órganos judiciales.

En este caso, tratándose de un militar activo, independientemente de la causa que haya cursado ante la Sala Plena de este Máximo Tribunal y la decisión que haya recaído en ella, el recurrente perfectamente podía, como en efecto fue, ser sometido a un procedimiento administrativo de carácter disciplinario, para determinar si estaba o no incurso por sus actos en **responsabilidades de esa naturaleza, es decir, disciplinarias**. Así, ese procedimiento y la responsabilidad que como consecuencia del mismo puede ser declarada, resulta ser absolutamente independiente de la declaratoria de responsabilidad, de absolución, o de sobreseimiento, que se haya efectuado a propósito de un proceso seguido ante los órganos judiciales, aun cuando los hechos que hubieren dado lugar a ambos procedimientos fuesen en esencia los mismos.

Así, en virtud de la independencia de ambas investigaciones, la actuación del Consejo Disciplinario para conocer de las faltas disciplinarias ya identificadas, se encuentra ajustada a derecho y en consecuencia, se desecha la violación denunciada relativa al principio de *non bis in idem* o *ne bis in idem*. Así se declara.